

Allgemeines Verwaltungsrecht

Verwaltungsverfahren

Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt

Verfahrensfehler

- **formelle Rechtmäßigkeit**

Der VA muss verfahrensfehlerfrei erlassen worden sein. Ist der Adressat des VA angehört worden? Ist der VA hinreichend begründet worden?

- Verfahrensfehler können unter den Voraussetzungen des § 45 VwVfG nachträglich **heilbar** sein.

Wird die Anhörung nachgeholt oder ist die Anhörung im Prozess nachholbar, ist der Verwaltungsakt formell rechtmäßig.

Vom Nachholen der Begründung ist das Nachschieben von Gründen (§ 114 S. 2 VwGO) zu unterscheiden.

- Verfahrensfehler können nach § 46 VwVfG aber auch **unbeachtlich** sein. Dann bleibt der VA formell rechtswidrig. Ausgeschlossen wird jedoch der Aufhebungsanspruch.

§ 45 VwVfG

- § 45 VwVfG benennt die Handlungen, die zur Herbeiführung der Heilung vorgenommen werden müssen. Problematisch ist die zeitliche Grenze, die vom Gesetzgeber bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 45 Abs. 2 VwVfG) verschoben worden ist. Das hat nicht mehr nur etwas mit Verfahrenseffizienz zu tun, sondern begegnet **verfassungsrechtlichen Bedenken**. Denn im Prozess ist die Behörde in einer Verteidigungsposition, aber nicht mehr offen für das Überdenken der eigenen Entscheidung.

Im Unionsrecht lässt der EuGH eine Nachholung im Prozess generell nicht zu, geboten ist ein verfassungskonform restriktives Verständnis der Heilungsmöglichkeit im Prozess. Für die Nachholung der Anhörung reicht es nicht aus, dass gegenüber dem Gericht die Gelegenheit zur Stellungnahme besteht. **Diese muss vielmehr von der Behörde und ihr gegenüber eingeräumt sein, str.**

- Heilung fehlender Anhörung im **Widerspruchsverfahren**?
Widerspruch allein reicht nicht aus, die Behörde muss sich mit den Argumenten aus dem Widerspruch im Widerspruchsbescheid auch auseinandergesetzt haben, str.

Nachholen der Begründung / Nachschieben von Gründen

- Zu unterscheiden ist zwischen
 - der Begründung im Sinne des § 39 VwVfG als Formerfordernis, dessen Fehlen zur formellen Rechtswidrigkeit des VA führt, aber mit heilender Wirkung bis zum Abschluss der letzten verwaltungsgerichtlichen Tatsacheninstanz nachgeholt werden kann (§ 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG) und
 - der im Rahmen der Begründung erforderlichen (§ 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG) Angabe von Ermessenserwägungen als Voraussetzung für eine materiell rechtmäßige Ermessensausübung. Ungenügende oder inhaltlich fehlerhafte Ermessenserwägungen führen zu Ermessensfehlern (§ 114 S. 1 VwGO) und damit zur materiellen Rechtswidrigkeit des VA, können aber durch ein Nachschieben von Gründen, d.h. ergänzenden Ermessenserwägungen "gemäß § 114 S. 2 VwGO geheilt" werden.
- **Grenzen für das Nachschieben von Gründen:** es darf durch neue Gründe nicht unter der Hand ein anderer VA geschaffen werden; die Erwägungen dürfen nur ergänzt, nicht aber ausgewechselt werden; die nachträglich angegebenen Gründe müssen schon beim Erlass des VA vorgelegen haben; die Rechtsverteidigung des Klägers darf durch das Nachschieben von Gründen nicht beeinträchtigt werden.

Umstritten: § 46 VwVfG

- M₁ Frage der **Rechtmäßigkeit** des VA, dagegen spricht der Gesetzeswortlaut
- M₂ Frage der **Rechtsverletzung**. Ein unbeachtlicher Fehler verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, so dass Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage unbegründet sind
- M₃ h.M. sieht in § 46 VwVfG eine nach der Rechtsverletzung gesondert zu prüfende Frage des **Aufhebungsanspruchs**. **Der Kläger kann nicht die Aufhebung eines rechtswidrigen und ihn in eigenen Rechten verletzenden VA beanspruchen, wenn der Fehler unbeachtlich ist.**

§ 46 VwVfG

- In § 46 VwVfG genannte Fehler sind unbeachtlich, wenn der Fehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, also
 - **rechtlich keine andere Entscheidung in der Sache möglich war**, d.h. eine gebundene Entscheidung vorliegt oder das Ermessen auf Null reduziert ist, oder
 - der Fehler die Entscheidung jedenfalls tatsächlich **nicht kausal** beeinflusst hat, also zum Beispiel keinen Einfluss auf Ermessenserwägungen hatte (sog. Kausalitätsrechtsprechung). Die Darlegungs- und Beweislast liegt bei der Behörde, d.h. das tatsächliche Fehlen einer Kausalität des Fehlers für das Entscheidungsergebnis muss feststehen.

Fallbeispiel

G beantragt eine Gaststättenerlaubnis nach § 2 GastG.

Der zuständige Sachbearbeiter S, ein Schwager des G, lehnt den Antrag ab, ohne ihn vorher angehört zu haben.

Wie ist die formelle Rechtmäßigkeit der ablehnenden Entscheidung zu beurteilen?

Ausschluss wegen Interessenkollision oder Besorgnis der Befangenheit

- Sicherung der **Unparteilichkeit der handelnden Amtswalter** vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips
- § 20 normiert allein an objektive Merkmale anknüpfende "automatische" gesetzliche Ausschließlichkeitsgründe (mit Ausnahmen in Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 und 3).
- § 21 enthält eine Generalklausel zur nach Umständen des Einzelfalls zu prüfenden Besorgnis der Befangenheit, die nicht automatisch zum Verfahrensausschluss führt, sondern vom Behördenleiter angeordnet werden muss.

Anhörung

- **erforderlich?**

§ 28 Abs. 1 VwVfG gilt für Eingriffe, umstritten bei begünstigenden Verwaltungsakten oder belastenden Nebenbestimmungen

- **ausnahmsweise entbehrlich?**

§ 28 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG: Katalog ist nicht abschließend, verfassungsrechtliche Hürden für eine Erweiterung sind jedoch hoch.

- **Heilung durch Nachholung**

§ 45 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 VwVfG. Danach ist der VA formell rechtmäßig. Bei Ermessensfehlern (also bei der materiellen Rechtmäßigkeit) kann ein Nachschieben von Gründen erfolgen (§ 114 S. 2 VwGO).

- **Unbeachtlichkeit des Fehlers**

§ 46 VwVfG macht den wegen der unterbliebenen Anhörung verfahrensfehlerhaften VA nicht rechtmäßig, sondern schließt den Aufhebungsanspruch des Klägers aus.

Anfechtungsklage

- **formelle Rechtmäßigkeit:** Eine erforderliche, also nicht ausnahmsweise entbehrliche Anhörung kann nachgeholt und geheilt werden. Ähnliches gilt für die Heilung einer fehlenden Begründung (§ 45 Abs. 1 VwVfG). Der VA ist dann formell rechtmäßig.
- **materielle Rechtmäßigkeit:** Die Begründung reicht zur Vermeidung eines Ermessensfehlers nicht aus. Möglich ist das Nachschieben von Gründen im Prozess (§ 114 S. 2 VwGO). Der VA ist dann materiell rechtmäßig.
- **Rechtsverletzung:** Ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, reicht das für den Erfolg der Anfechtungsklage noch nicht aus. Der Kläger muss durch die Rechtswidrigkeit auch in seinen Rechten verletzt sein (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO)
- **Ausschluss des Aufhebungsanspruchs:** Der Anhörungsfehler kann nach § 46 VwVfG ausnahmsweise unbeachtlich sein. Das ist dann der Fall, wenn sich der Verfahrensmangel offenkundig nicht kausal auf das Ergebnis ausgewirkt hat. Nachzuweisen hat dies nicht der Kläger, sondern die Behörde.

Dritter Teil

Gestaltungsoptionen und Aufhebung
von Verwaltungsakten

Überblick

1. Teil **Grundbegriffe**

2. Teil **Handeln durch Verwaltungsakt**

Wirksamkeits- und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Verwaltungsakts

3. Teil **Gestaltungsoptionen und Aufhebbarkeit des Verwaltungsakts**

§ 8 Nebenbestimmungen

§ 9 Behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten

§ 10 Rücknahme, Widerruf und Wiederaufgreifen des Verfahrens

4. Teil **Erweiterungen der Perspektive**

Vollstreckung des Verwaltungsakts, andere Handlungsformen

§ 8 Nebenbestimmungen

- ja, aber ...
- Nebenbestimmungen sind zusätzliche Regelungen, welche die Hauptregelung ergänzen oder beschränken, vgl. **§ 36 VwVfG (lesen!)**
Nebenbestimmungen (NB) können Bestandteil des Hauptverwaltungsaktes sein und seinen (zeitlichen) Geltungsbereich (innere Wirksamkeit) bestimmen. Es können aber auch auf den Hauptverwaltungsakt bezogene und von ihm rechtlich abhängige, eigene Sachregelungen sein. Weicht der Inhalt des Verwaltungsakts ungünstig von dem ab, was der Bürger beantragt hat, liegt deshalb nicht schon eine NB vor. Es kann auch eine **Inhaltsbestimmung** des Verwaltungsakts sein.
- Probleme

Probleme

- **Welche Nebenbestimmung?**

Um was für eine Nebenbestimmung handelt es sich im konkreten Fall?
Abgrenzung zur Inhaltsbestimmung

- **Rechtliche Zulässigkeit der Nebenbestimmung**

Ist die Beifügung der Nebenbestimmung zum VA zulässig und rechtmäßig?
§ 36 VwVfG: Unterscheidung zwischen gebundenen Verwaltungsakten
und Ermessensakten

- **Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen**

In welcher Weise kann Rechtsschutz gegen die NB erlangt werden?

Isolierte Anfechtbarkeit von belastenden Nebenbestimmungen

Nebenbestimmungen

- echte Nebenbestimmung ist vom unverbindlichen Rechtshinweis, von der Inhaltsbestimmung ohne eigenständigen Regelungsgehalt und von Modifizierungen des Beantragten zu unterscheiden.
- Nebenbestimmungen können unselbständiger Bestandteil des VA oder ein selbständiger, eigener VA (selbständige NB) sein. Nebenbestimmungen hängen vom Bestand der Hauptregelung ab (Akzessorietät). Wird der Hauptverwaltungsakt beseitigt, erlischt auch die Nebenbestimmung.
- Zu den **unselbständigen** NB gehören die Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1), die Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2) und der Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3). **Selbständige** NB sind dagegen die Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4) und der Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5).
- Nebenbestimmungen eröffnen einen Mittelweg zwischen "Alles-oder-nichts-Lösungen" einer unbeschränkten Gewährung einer Begünstigung einerseits und einer gänzlichen Versagung der beantragten Begünstigung andererseits. NBen wie die Auflage können Versagungsgründe für den Hauptverwaltungsakt ausräumen und die so die Genehmigungsfähigkeit des VA herstellen.

Beispiel

D will in der Innenstadt einen Club eröffnen. Er erhält von der zuständigen Behörde die erforderliche Genehmigung mit dem Zusatz, aus Lärmschutzgründen nicht mehr als 200 Personen einzulassen. D hat jedoch bereits ein Mischpult gekauft, das für einen Betrieb bis zu 500 Personen ausgerichtet ist. In dieser Größe will D den Club betreiben, alles andere "mache keinen Sinn" und sei wirtschaftlich nicht machbar. Er fragt, was er tun soll.

Funktionen

- **Flexibilität bei der Realisierung von Verwaltungszielen**

Beispiel: Subventionsgewährung unter der Auflage, die Subvention nur für einen bestimmten Zweck und zu einer bestimmten Zeit zu verwenden.

Diese Funktion betrifft vor allem den Bereich, wo die Verwaltung schon beim Hauptverwaltungsakt über Ermessen verfügt, vgl. § 36 Abs. 2 VwVfG.

- **Herstellung von Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

Beispiel: Baugenehmigung unter der Auflage, noch näher zu bezeichnende Brandschutzvorkehrungen in dem Gebäude zu treffen.

Diese Funktion betrifft vor allem den Bereich, wo die Verwaltung eine gebundene Hauptentscheidung zu treffen hat, vgl. § 36 Abs. 1 VwVfG.

Arten von Nebenbestimmungen

- § 36 Abs. 2 VwVfG
- **Befristung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1)**
Zeitlich bestimmte Geltungsdauer des VA: aufschiebende und/oder auflösende Befristung
- **Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2)**
Bedingung dient der Bestimmung der Geltungsdauer eines VA in Anknüpfung an ein zumindest datumsmäßig ungewisses – Abgrenzung zur Befristung – Ereignis: aufschiebende und/oder auflösende Bedingung.

Vom Eintritt der Bedingung hängt die Wirksamkeit des Verwaltungsakts ab. Das ist bei der Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4) anders. Der Eintritt der Bedingung macht den VA wirksam, die Bedingung ist jedoch nicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung zwangsweise durchsetzbar.

Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht (v. Savigny)

Arten von Nebenbestimmungen

- **Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 3)**

Sonderfall einer auflösenden Bedingung: Widerrufsvorbehalt soll schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Begünstigung ausschließen und dadurch einen entschädigungslosen Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ermöglichen.

Beifügung eines Widerrufsgrundes muss durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt sein. Ein Widerrufsvorbehalt "auf Vorrat zur Absicherung" ist unzulässig.

Außerdem darf ein VA auch "verbunden werden mit"

- **Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4)**

Bestimmung, durch die dem Adressaten des Hauptverwaltungsakts ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird, wobei die Wirksamkeit des Hauptverwaltungsakts – anders als bei der Bedingung – nicht von der Erfüllung der Auflage abhängt.

- **Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 5)**

Rechtsverbindliche Ankündigung, dass später gegebenenfalls (Ermessen) noch eine Auflage ergeht oder bestehende Auflage abgeändert wird: Ausschluss der Entstehung schutzwürdigen Vertrauens.

Rechtsnatur der Nebenbestimmungen

- Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt bestimmen den Beginn oder das Ende der **Wirksamkeit** eines VA
Diesen NB fehlt ein eigenständiger sachlicher Regelungsgehalt, sie begrenzen lediglich den Hauptverwaltungsakt.
- Anders als die mit dem VA **erlassenen** NB der Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalte enthalten die mit dem VA **verbundenen** NB der Auflage und des Auflagenvorbehalts eine eigene Sachregelung.

Deshalb enthält die Auflage eine akzessorische, aber eigenständige Regelung und **ist selbst ein Verwaltungsakt** mit der Folge, dass die Auflage isoliert vollstreckt werden kann.

Umstritten ist die **Rechtsnatur des Auflagenvorbehalts**. Auch dem Auflagenvorbehalt kommt in der zum Ausdruck gebrachten Befugnis zur nachträglichen Festsetzung selbständig durchsetzbarer Anordnungen ein eigener Regelungsgehalt zu.

Beispiel: Genehmigung einer Anlage mit der Maßgabe, dass der Einbau eines zusätzlichen Filters angeordnet werden kann, falls der Schadstoffausstoß einen bestimmten Grenzwert übersteigen sollte.

Auflage oder Bedingung?

Beispiel: Gastwirt G erhält die erwünschte Erlaubnis mit der Maßgabe, über die bereits vorhandenen fünf Toiletten hinaus eine weitere Toilette einzurichten.

Bedeutung der Abgrenzung: **Unterschiedliche Rechtswirkungen**

Ist die Verbindung eine Auflage, könnte G die Gaststätte sofort betreiben. Wird die Auflage nicht erfüllt, kann die Behörde die Gaststättengenehmigung widerrufen (vgl. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG) oder die Auflage als selbständigen VA im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchsetzen.

Im Gegensatz dazu würde die unter einer Bedingung erlassene Genehmigung nicht wirksam. **Erfüllt G die Bedingung (einer zusätzlichen Toilette nicht) und nimmt dennoch den Betrieb seiner Gaststätte auf, so geschieht dies unerlaubt, mithin rechtswidrig.** Es gilt der Satz: Die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht; die Auflage zwingt, suspendiert aber nicht (v. Savigny).

Ist die NB der Behörde so wichtig, dass sie die Wirksamkeit des VA davon abhängig machen wolle, liegt eine Bedingung vor. Will sich die Behörde eine Flexibilität sichern, mag dies für eine Auflage sprechen. **Im Zweifel ist eine Auflage anzunehmen, weil dies für beide Beteiligten günstiger ist:** für den Bürger, weil er die Rechte aus dem VA auch bei Nichterfüllung der NB zunächst behält, für die Behörde wegen der Möglichkeit, die Auflage zu vollstrecken.

Bedingung oder Auflage?

- Bezeichnung durch die Behörde (hilft nicht immer weiter)
- Will die Behörde eine eigene zwangsweise Durchsetzbarkeit der Nebenbestimmung?
- Ist erkennbar davon auszugehen, dass die Wirksamkeit der Hauptregelung vom Eintritt der Nebenbestimmung abhängig gemacht werden soll?
- Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Behörde durch eine rechtmäßige Nebenbestimmung handeln wollte.
- Die Auflage ist im Zweifel das für den Adressaten weniger belastende Mittel.

Abgrenzungen

- **Auflage und "modifizierende Auflage"**

Beispiel: B erhält die Baugenehmigung, jedoch mit der Maßgabe, statt des beantragten Flachdachs ein Giebeldach zu bauen.

--- **Echte Auflage** hat einen vom Hauptverwaltungsakt rechtlich und tatsächlich abtrennbaren Inhalt: Es handelt sich um eine Einschränkung (minus) der begehrten Begünstigung. Dagegen betrifft die **Inhaltsbestimmung** den Kern des Hauptverwaltungsakt, nicht eine davon trennbare Nebenbestimmung. Gewährt wird kein minus, sondern ein **aliud** zum begehrten Verwaltungsakt.

--- **modifizierende Auflage?** Nach früherer Rechtsprechung, wenn durch die Auflage die eigentliche Genehmigung qualitativ verändert, also modifiziert wird. Insoweit liegt jedoch keine NB vor, sondern eine inhaltliche Einschränkung oder Veränderung des beantragten VA, also eine modifizierte Genehmigung. Als aliud zum beantragten VA ist der modifizierte VA nur rechtmäßig, wenn der Begünstigte einen entsprechenden Antrag (zumindest konkludent) nachschiebt, vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Die Rechtsprechung hat die Figur der modifizierenden Auflage inzwischen wohl aufgegeben.

Abgrenzungen

- können eine zentrale Frage ausmachen, sind bei der Klageart zu prüfen, drohen aber die Zulässigkeitsprüfung "kopflastig" zu machen.
- **Beispiel: Holzlagerhalle in Brandgefahr**
 - statthafte Klageart: Anfechtungsklage?
 - Anfechtungsklage scheidet (nur) aus, wenn Inhaltsbestimmung oder modifizierende Auflage, dann Verpflichtungsklage.
 - Anfechtungsklage wird zum Teil von der Art der Nebenbestimmung abhängig gemacht. Unumstritten ist die Anfechtungsklage nur bei selbständigen Nebenbestimmungen. Dann müsste es sich um eine Auflage und keine aufschiebende Bedingung handeln.
 - Anfechtungsklage auch gegen eine Bedingung? Hierzu gibt es einen **Meinungsstand**, der in der Fallbearbeitung darzustellen ist.

Rechtliche Zulässigkeit von Nebenbestimmungen

- **Nebenbestimmungsfeindliche Verwaltungsakte**

zB Einbürgerung, Prüfungsentscheidungen (Abitur, Staatsexamen)

- **Zulässigkeit aus spezialgesetzlichen Vorschriften, ansonsten aus § 36 VwVfG**

Bei der Spezialregelung (wie zB § 17 BImSchG) stellt sich immer die Auslegungsfrage, ob sie abschließend (und damit § 36 VwVfG verdrängend) gemeint ist oder nur die Handlungsoptionen der Verwaltung gegenüber § 36 VwVfG erweitern bzw. ergänzen soll, so dass die Möglichkeiten des § 36 VwVfG daneben voll erhalten bleiben.

- **Unterscheidung in gebundene Verwaltungsakte (§ 36 Abs. 1 VwVfG) ...**

Bei gebundenen Entscheidungen, also solchen, auf die bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ein Anspruch besteht, setzt die Rechtmäßigkeit einer NB voraus, dass die Beifügung durch besondere Rechtsvorschrift zugelassen ist (Var. 1) oder die NB erforderlich ist, um die Rechtmäßigkeit des VA im Ganzen sicherzustellen (Var. 2).

Bei Vorliegen dieser **Tatbestandsvoraussetzungen** (!) steht die Beifügung der NB im Ermessen der Verwaltung, was sich auf das "ob" der NB, aber auch das "wie" mit der Art und der inhaltlichen Ausgestaltung der NB bezieht.

Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen ...

- **.... und Ermessensverwaltungsakten**, also Hauptverwaltungsakten, deren Erlass im Ermessen der Behörde steht. Hier richtet sich die Zulässigkeit nach **§ 36 Abs. 2 VwVfG**.

Nebenbestimmungen sind **ohne tatbestandliche Voraussetzungen** zulässig und stehen im Ermessen der Behörde. Liegt es im Ermessen der Behörde, ob der VA überhaupt erlassen wird, dann muss sie auf jeden Fall berechtigt sein, diesen VA ermessensfehlerfrei unter Nebenbestimmungen zu erlassen.

- Ermessen bezieht sich auf das **ob** und das **wie** mit der Art der NB sowie deren **Inhalt**, ist aber nicht grenzenlos. Zu beachten sind die Ermessensgrenzen (§§ 40 VwVfG, 114 VwGO). Insbesondere muss die NB im Zusammenhang mit dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage stehen.

§ 36 Abs. 3 VwVfG präzisiert das dahingehend, dass eine NB dem Zweck des VA nicht zuwiderlaufen darf (Kopplungsverbot). Beispiel: Unzulässigkeit der Rücknahme einer Abrissverfügung unter der Bedingung, dass der Betroffene überfällige Abfallgebühren entrichtet.

Landesbauordnungen

§ 72 BauO Hamburg

- (1) Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind.

- (3) Die Baugenehmigung kann mit Nebenbestimmungen versehen und unter dem Vorbehalt der nachträglichen Aufnahme, Änderung oder Ergänzung einer Auflage erteilt werden.

Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

- Kann die (belastende) NB zum (begünstigenden) VA **isoliert** angegriffen werden? Oder ist die Beseitigung der Nebenbestimmung nur zusammen mit der Hauptregelung möglich?

Vorsicht: Weist die "Auflage" keinen Bezug zur Hauptregelung auf, handelt es sich um einen "normalen" belastenden VA (Anfechtungsklage). Handelt es sich dagegen nur um eine Inhaltsbestimmung (modifizierende Auflage) ohne eigenständige zusätzliche Regelung, ist die Verpflichtungsklage auf Erlass des VA mit dem begehrten Inhalt statthafte Klageart.

- **Anfechtungsklage** auf Aufhebung der Nebenbestimmung: Rechtswidrige Nebenbestimmung wird beseitigt, der Hauptverwaltungsakt bleibt bestehen.
- Ist eine isolierte Anfechtung nicht möglich, muss die Behörde zum Erlass eines neuen, nebenbestimmungsfreien Verwaltungsakt verpflichtet werden. Im Falle eines Erfolgs der **Verpflichtungsklage** würde der Hauptverwaltungsakt mit der Nebenbestimmung aufgehoben und die Behörde zum Erlass eines neuen Verwaltungsakts ohne Nebenbestimmung verpflichtet werden. Das ist umständlich und aus der Sicht des Bürgers unbefriedigend.

Meinungsstand

- M₁ Isolierte Anfechtungsklage unzulässig, weil es dem Kläger um eine Erweiterung seiner Rechtsposition gehe. Immer Verpflichtungsklage.
- M₂ Unterscheidung nach der **Art** der Nebenbestimmung (früher hM): Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt sind untrennbare und damit unselbstständige Teile des VA: Hier nur Verpflichtungsklage auf Erlass eines nebenbestimmungsfreien VA. Auflage und Auflagenvorbehalt sind dagegen selbständige Verwaltungsakte, die isoliert mit der Anfechtungsklage angefochten werden können.
- M₃ Spätere Entscheidungen des BVerwG unterscheiden danach, ob der Hauptverwaltungsakt eine gebundene Entscheidung darstellt oder im **Ermessen** der Behörde steht.
- Bei einem Ermessensverwaltungsakt ist eine separate Aufhebung einer Nebenbestimmung bedenklich, weil der Behörde dann ein VA aufgezwungen werde, den sie in dieser Form nicht habe erlassen wollen. Insoweit nur Verpflichtungsklage.
- M₄ Nach der jüngeren Rechtsprechung (heute hM) sind alle Nebenbestimmungen isoliert anfechtbar, sofern sie vom Hauptverwaltungsakt abtrennbar sind. Diese Frage nach der **Teilaufhebung** ("**soweit**" im Sinne des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO!) betrifft aber erst die Begründetheit der Klage!

Allgemeines Verwaltungsrecht

Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen

Behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten

Isolierte Anfechtungsklage

- nach der **Art der Nebenbestimmung**: Isolierte Anfechtungsklage nur bei Auflage und Auflagenvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 VwVfG), bei Bedingung, Befristung und Widerrufsvorbehalt (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 - Nr. 3 VwVfG) dagegen Verpflichtungsklage
- nach der **Art des Hauptverwaltungsakts**: Anfechtungsklage nur bei gebundenen Entscheidungen, sofern der Hauptverwaltungsakt ohne die angegriffene Nebenbestimmung rechtmäßig bestehen bleiben kann. Bei Ermessensakten nur Verpflichtungsklage.
- **Weder noch**. Nach der Rechtsprechung ist zwischen Anfechtbarkeit (Zulässigkeit) und Aufhebbarkeit (Begründetheit) zu unterscheiden: Isolierte Anfechtung bei allen Nebenbestimmungen zulässig, die **isolierte Aufhebung aber nur bei Teilbarkeit**, vgl. BVerwGE 112, 221 Leitsatz 1:

Gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage gegeben. Ob diese zur isolierten Anfechtung der Nebenbestimmung führen kann, ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig und von vornherein ausscheidet.

... von der Zulässigkeit in die Begründetheit

- Isolierte Anfechtung jeder Nebenbestimmung ist **zulässig**, wenn eine Aufhebung der Nebenbestimmung nicht von vornherein offenkundig ausgeschlossen ist.
- Isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung ist **begründet**, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und der Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung in sinnvoller und rechtmäßiger Weise bestehen bleiben kann.
- Teilbarkeit wird **nicht formell, sondern materiell** verstanden. Bei Ermessensentscheidungen ist die Anfechtungsklage begründet, wenn der Hauptverwaltungsakt erlassen werden durfte und die Behörde ihn bei objektiver Betrachtung auch in Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Teilregelung erlassen hätte.

Ist das nicht der Fall oder würde der verbleibende VA nach Beseitigung der NB rechtswidrig, kommt eine isolierte Aufhebung nach h.M. nicht in Betracht. Es bleibt die Verpflichtungsklage auf Erlass der uneingeschränkten Begünstigung. Nach a.A. ist die Anfechtungsklage auch im Fall eines rechtswidrigen Restverwaltungsakts begründet und die Behörde muss diesen VA nach §§ 48, 49 VwVfG aufheben (Maurer, § 12 Rn. 25).

Zusammenfassung

- (-), wenn Inhaltsändernde "modifizierende Auflage"
Wendet sich der Kläger gegen eine inhaltlich gegenüber dem Antrag veränderte Genehmigung (modifizierende Auflage), kommt **nur eine Verpflichtungsklage** in Betracht.
- Liegt demgegenüber eine echte Nebenbestimmung vor, ist die Frage nach der isolierten Anfechtbarkeit **umstritten**.
 - M₁** Differenzierung nach der Art der Nebenbestimmung. In den Fällen des § 36 Abs. 2 Nr. 1-3 VwVfG nur Verpflichtungsklage auf uneingeschränkte Begünstigung.
 - M₂** Isolierte Anfechtungsklage gegen alle Nebenbestimmungen, denn nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eine Teilaufhebung möglich, **soweit** der VA rechtswidrig ist. Erforderlich ist dann aber die **Teilbarkeit** von NB und Hauptverwaltungsakt.
 - M₃** Nach der formellen Betrachtungsweise kommt bei Ermessensverwaltungsakten keine Teilbarkeit in Frage. Nach der materiellen Betrachtungsweise (**h.M.**) kommt es für die Frage nach der Teil- oder Trennbarkeit darauf an, **ob nach Aufhebung der NB ein rechtmäßiger VA bestehen bleibt** (arg. § 44 Abs. 4 VwVfG).
 - M₄** Immer isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen, denn die Behörde kann im Falle eines Erfolgs der Anfechtungsklage einen rechtmäßigen Zustand mit den Instrumenten der Rücknahme, des Widerrufs oder des Erlasses einer rechtmäßigen NB die Gesamtrechtmäßigkeit des VA wiederherstellen.

§ 9 Behördliche Aufhebung von Verwaltungsakten

- Fehler und Fehlerfolgen
 - Fehlerhafte (verfassungswidrige) **Gesetze** sind nichtig.
 - Sind fehlerhafte (weil gegen Gesetze verstoßende) **Rechtsverordnungen und Satzungen** stets nichtig? Nicht immer, vgl. §§ 214, 215 BauGB
 - Auch fehlerhafte (weil gegen Gesetze, Rechtsverordnungen oder Satzungen verstoßende) **Verwaltungsakte** sind nicht stets nichtig. Rechtswidrige Verwaltungsakte sind grundsätzlich rechtswirksam. Nichtig sind sie nur in den Fällen des § 44 VwVfG. Das ist eher selten.
- Danach haben nur offenkundige und schwerwiegend rechtswidrige Fehler die Nichtigkeit des Verwaltungsakts zur Folge. Die **formelle Rechtswidrigkeit** lässt den VA demgegenüber wirksam, macht ihn aber anfechtbar und aufhebbar, soweit keine nachträgliche Heilung (§ 45 VwVfG) möglich und der Fehler nicht unbeachtlich (§ 46 VwVfG) ist. Ist der VA **materiell rechtswidrig**, ist er ebenfalls wirksam, aber anfechtbar und aufhebbar, insbesondere nach § 48 VwVfG.
- **Fehlende oder fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung** hat keine Folgen für die Rechtswirksamkeit, verlängert aber die Rechtsbehelfsfrist (zB Anfechtungsfrist) auf ein Jahr (§§ 58, 70 Abs. 2 VwGO)

Aufhebung von Verwaltungsakten

- **Bestandskraft**

Ist der VA formell bestandskräftig, ist er unanfechtbar. Dies bedeutet, der VA kann nicht mehr mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden. Ist der VA materiell bestandskräftig, kann er nur noch unter den Voraussetzungen der §§ 48 ff. VwVfG aufgehoben werden.

- **Aufhebung ist der Oberbegriff für Rücknahme und Widerruf** von Verwaltungsakten durch die Behörde oder durch ein Gericht.

Gegenstand der behördlichen Aufhebung ist ein rechtswirksamer (d.h. nicht nichtiger) VA. Dabei ist zunächst unerheblich, ob der VA noch anfechtbar oder schon bestandskräftig ist. Das spielt erst bei der Ausübung des Aufhebungsermessens eine Rolle.

--- Abzugrenzen ist die Aufhebung des VA zur Rückforderung von Leistungen durch die Behörde nach [§ 49a VwVfG](#). Rückforderung von Leistungen ist ein Fall der öffentlich-rechtlichen Erstattung und setzt den Wegfall des Rechtsgrundes, also die vorherige Aufhebung des begünstigenden VA voraus.

--- Abzugrenzen ist die Aufhebung des VA auch vom Wiederaufgreifen des Verfahrens nach [§ 51 VwVfG](#). Dabei geht es um die – vorgeschaltete – Frage, ob sich die Verwaltung überhaupt neu mit der durch bestandskräftigen VA abgeschlossenen Sache beschäftigt. Entscheidet sie sich dafür, muss auf der nachfolgenden Stufe entschieden werden, ob sie den alten VA mittels Zweitbescheid bestätigt oder aufhebt.

Differenzierungen

Bei der behördlichen Aufhebung ist zu unterscheiden zwischen der **Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit** des aufzuhebenden Verwaltungsakts.

Die Rücknahme (§ 48 VwVfG) betrifft den (ursprünglich) rechtswidrigen VA, der Widerruf (§ 49 VwVfG) den (ursprünglich) rechtmäßigen VA.

Rechtswidrig ist auch ein VA, der nur gegen **Verfahrensvorschriften** verstößt. Umstritten ist, ob eine Rücknahme auch im Falle des § 46 VwVfG möglich ist.

Umstritten ist aber auch die Einordnung ursprünglich rechtmäßiger, aber im Laufe des Vollzugs rechtswidrig gewordener **Dauerverwaltungsakte**. Beispiel: Rückwirkender Wegfall der Voraussetzungen für eine Beihilfe wegen nachträglicher Bewilligung einer Rente.

M₁ Rechtsprechung hält § 48 VwVfG für anwendbar, weil der VA zum Zeitpunkt der Aufhebung "rechtswidrig geworden" ist.

M₂ Berechtigte Kritik: Abgrenzung zwischen § 48 und § 49 VwVfG verwischt. Zwecks klarer Unterscheidung muss ausnahmslos auf den Zeitpunkt des Erlasses des VA abgestellt werden (arg. § 49 Abs. 3 VwVfG, der einen Widerruf auch ex tunc möglich macht).

Aufhebung von Verwaltungsakten

- ursprünglich rechtmäßiger VA kann widerrufen werden (§ 49 VwVfG)
- ursprünglich rechtswidriger kann zurückgenommen werden (§ 48 VwVfG)

Beispiel: S hat sein Jurastudium erfolgreich abgeschlossen und möchte nun promovieren. Zur Finanzierung seiner Promotion bewirbt er sich um ein Stipendium nach dem Landesgraduiertenförderungsgesetz. Dabei verschweigt er, dass ihm bereits 50.000 Euro von einer privaten Stiftung gewährt worden sind. S weiß, dass die Landesförderung in diesem Fall ausgeschlossen ist. Mit Bescheid vom 25.7.2006 wird ihm das beantragte Stipendium gewährt, weil ansonsten alle Voraussetzungen vorliegen. Obwohl der zuständigen Behörde die andere Finanzierung durch die private Stiftung am 14.8.2006 bekannt wird, entschließt sie sich erst am 3.9.2007, den Bewilligungsbescheid aufzuheben und das bezahlte Geld zurückzufordern. Zu Recht?

Aufsuchen der Rechtsgrundlage

- wenn der Bewilligungsbescheid **rechtswidrig** ist, dann kommt eine Rücknahme nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG in Betracht.

Es ist zu trennen zwischen dem VA, der aufgehoben werden soll, und dem VA, mit dem die Aufhebung erfolgt. Bei der Frage, ob die Behörde einen rechtswidrigen VA rechtmäßig zurückgenommen hat, kommt es auf die Voraussetzungen der Rücknahme, also § 48 VwVfG, an.

- Eine **Voraussetzung für die Rücknahme nach § 48 VwVfG** ist das Vorliegen eines ursprünglich rechtswidrigen VA. Die Rechtswidrigkeit kann sich aus dem Fehlen einer passende Rechtsgrundlage, der formellen oder der materiellen Rechtswidrigkeit ergeben.

(Komplette) Inzidentprüfung der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des aufgehobenen VA.

Rücknahme und Widerruf

- § 48 VwVfG: Aufhebung eines (ursprünglich) rechtswidrigen VA
- § 49 VwVfG: Aufhebung eines (ursprünglichen) rechtmäßigen VA, der aber zum Beispiel zweckwidrig "umgesetzt" wurde.
- Abgrenzungen und Differenzierungen

zwei wichtige Punkte:

- Rechtswidrig ist ein VA auch dann, wenn er gegen eine unmittelbar geltende **Vorschrift des europäischen Unionsrechts** verstößt.

Beispiel: Der Subventionsbescheid wird auf eine Rechtsnorm gestützt, verstößt aber gegen das Beihilfenverbot nach Art. 107 AEUV. Der Verwaltungsakt ist dann rechtswidrig und kann – oder muss im Falle eines bestandskräftigen Beschlusses der Kommission nach Art. 108 Abs. 2 AEUV – nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden.

- Widerruf nach § 49 VwVfG orientiert sich an rechtmäßigen Verwaltungsakten, setzt aber nicht zwingend einen rechtmäßigen VA voraus. **Liegt ein Widerrufsgrund vor, kann der VA widerrufen werden, auch wenn er rechtswidrig sein sollte.**

Beispiel: Eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach § 8 FStrG wurde unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Widerrufs erteilt. Sind die Voraussetzungen des Widerrufsvorbehalts (§ 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG) gegeben, dann kann die Behörde widerrufen, auch wenn die Erlaubnis rechtswidrig sein sollte. In diesem Fall kann die u.U. schwierige Frage, ob die Erlaubnis rechtswidrig ist, dahingestellt bleiben!

Differenzierungen

1. Rechtswidriger oder rechtmäßiger Verwaltungsakt

2. **Aufhebung belastender oder begünstigender Verwaltungsakte**

genauer: zwischen einer begünstigenden oder belastenden Wirkung der Änderung des VA für den Betroffenen.

Bei belastenden Verwaltungsakten gelten nur § 48 Abs. 1 S. 1 bzw. § 49 Abs. 1 VwVfG, bei begünstigenden Verwaltungsakten außerdem einschränkend die **Vertrauensschutzregelungen** des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 bis 4 bzw. § 49 Abs. 2 und 3 VwVfG.

Probleme: Verschärfungen einer Belastung, Verbesserungen einer Begünstigung

Dabei ist ferner zu unterscheiden zwischen leistungsgewährenden VA (**Geld- und teilbaren Sachleistungen**) einerseits, bei denen sich der Vertrauensschutz nach § 48 Abs. 2 bzw. § 49 Abs. 2 oder – "zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks" – nach § 49 Abs. 3 VwVfG richtet und **sonstigen Leistungen**, für die Vertrauensschutz nach § 48 Abs. 3 bzw. § 49 Abs. 2 VwVfG gewährt wird.

Beispiel für leistungsgewährenden VA: Subventionsbescheid

Beispiel für sonstige Leistungen: Erteilung einer Baugenehmigung, Gaststätten-erlaubnis, Verleihung der Staatsangehörigkeit

Differenzierungen

1. rechtswidrig / rechtmäßig
2. belastender oder begünstigender Verwaltungsakt
- 3. Differenzierung zwischen zweiseitigen und mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen**

Bei zweiseitigen Rechtsverhältnissen keine zusätzlichen Probleme, anders bei drei- oder mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen: Die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte mit belastender Drittwirkung richtet sich nach den Vorschriften über begünstigende Verwaltungsakte (arg. § 50 VwVfG), doch bei der Interessenabwägung sind die Interessen der Belasteten (an der Aufhebung des VA) zu berücksichtigen.

---- Hat der Dritte keinen Rechtsbehelf eingelegt, gibt es keine Besonderheiten

---- Hat der Dritte Anfechtungsklage erhoben, **entfällt dadurch der Vertrauensschutz des Begünstigten**, wenn die Behörde den VA während des Prozesses zurücknimmt oder widerruft und dadurch das Begehren des Klägers erfüllt, vgl. § 50 VwVfG

---- Dasselbe gilt auch, wenn der VA im Widerspruchsverfahren aufgehoben wird. Die Begründung ist jedoch umstritten. hM hält die VwGO-Vorschriften für anwendbar. Diese sehen einen Vertrauensschutz nicht vor.

4. Differenzierung auf Rechtsfolgenseite

Differenzierungen

- rechtswidrig / rechtmäßig
- belastender / begünstigender Verwaltungsakt
- zweiseitiges / mehrseitiges Rechtsverhältnis
- **Differenzierung auf der Rechtsfolgenseite**

--- nach dem Umfang der Aufhebung: vollständig oder teilweise (Ermessen nach § 48 Abs. 1 S. 1 bzw. § 49 Abs. 1 oder Abs. 2 oder Abs. 3 VwVfG)

--- zeitlich: mit Wirkung nur für die Zukunft (ex nunc) oder auch für die Vergangenheit (ex tunc), ebenfalls Ermessen nach § 48 Abs. 1 S. 1 bzw. § 49 Abs. 3 VwVfG. Nur für die Zukunft möglich nach § 49 Abs. 1 oder Abs. 2 VwVfG!

Gründe für und gegen die Aufhebung

- **für die Aufhebung** auch eines bestandskräftigen VA sprechen
 - die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (gegenüber rechtswidrigen Verwaltungsakten), vgl. § 48 VwVfG
 - eine Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse seit Erlass des VA, vgl. 49 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 VwVfG
 - sonstige besonders schwerwiegende Gründe des Gemeinwohls, vgl. § 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG
- **gegen die Aufhebung** sprechen
 - die Rechtssicherheit, die ihren Ausdruck im Institut der Bestandskraft des VA findet
 - der Vertrauensschutz bei begünstigenden Verwaltungsakten, der zu Lasten der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung übersteigert zu werden droht. Das Europarecht setzt die Akzente insoweit teilweise etwas anders.

Allgemeines

- Anspruch auf Aufhebung bei belastenden Verwaltungsakten?

Der Verwaltung ist bei Rücknahme und Widerruf grundsätzlich **Ermessen** eingeräumt, vgl. § 48 Abs. 1 bzw. § 49 Abs. 1 VwVfG. Ausnahmsweise kann das Ermessen auf Null reduziert sein. Ein Anspruch des Bürgers auf Aufhebung besteht dann, wenn ein Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach den Voraussetzungen des § 51 VwVfG gegeben ist.

- Rechtsschutz gegen Rücknahme und Widerruf

Rücknahme selbst ist ein VA, die Aufhebung der Begünstigung bedeutet eine Belastung, weshalb gegen den Aufhebungsverwaltungsakt die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO) statthafte Klageart ist.

Begehrt der Adressat die Aufhebung eines ihn belastenden VA, so muss er Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO) bzw. – wenn er nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie neue Entscheidung über die Aufhebung geltend macht – Bescheidungsklage erheben.

- Bei der Aufhebung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) **gilt das VwVfG nicht.**

Das Gericht wird berechtigt und verpflichtet, einen rechtswidrigen VA aufzuheben, wenn der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird.

§ 10 Rücknahme, Widerruf und Wiederaufgreifen des Verfahrens

- **Rücknahme: § 48 VwVfG**

soweit nicht Spezialvorschriften, zB § 15 Abs. 1 GastG

- **Widerruf: §§ 49, 49a VwVfG**

soweit nicht Spezialvorschriften, zB mit verdrängender Wirkung **§ 15 Abs. 2 GastG!**

- **Wiederaufgreifen des Verfahrens: § 51 VwVfG**

Vorsicht: Es gibt neben dem geregelten Fall des Wiederaufgreifens noch einen **ungeregelten** Fall des Wiederaufgreifens des Verfahrens außerhalb des § 51 VwVfG. Liegen die Voraussetzungen des § 51 vor, **muss** die Behörde das Verfahren wiederaufgreifen, anderenfalls **kann** die Behörde das Verfahren wiederaufgreifen.

Rücknahme nach § 48 Abs. 1 VwVfG

- Ermächtigungsgrundlage: **§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVG**
- **Rücknahme setzt einen rechtswirksamen und rechtswidrigen VA voraus.**
Die Grundregel des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG gilt für alle Verwaltungsakte: Ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann (= Ermessen) jederzeit ganz oder teilweise mit Wirkung nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden.
- **Grundregel wird (nur) für begünstigende Verwaltungsakte modifiziert**
--- bei Verwaltungsakten, die eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewähren oder hierfür Voraussetzung sind (Abs. 2) und
--- bei sonstigen Verwaltungsakten (Abs. 3)
- Begrenzungen: **§ 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 bis 4 VwVfG**

Aufbau des § 48 VwVfG

- Beispiel: Die Behörde erlässt einen Bescheid, mit dem der rechtswidrige Subventionsbescheid an A zurückgenommen wird. A will dagegen gerichtlich vorgehen.
- **Anfechtungsklage** gegen Rücknahmebescheid, da die Rücknahme selbst ein VA ist.
- In der Begründetheit ist nach einer **Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme** zu suchen, da es sich um einen belastenden VA handelt.

Soweit spezialgesetzliche Vorschriften (wie zB § 15 Abs. 1 GastG oder § 12 BBG) nicht einschlägig sind, ist Rechtsgrundlage für den Rücknahmebescheid (nicht den Subventionsbescheid!) § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

- **Tatbestandsvoraussetzung** ist das Vorliegen eines (zum Zeitpunkt des Erlasses) rechtswidrigen VA: Komplette Prüfung ist – inzident – die Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides in formeller und materieller Hinsicht, also:
Liegt für den Subventionsbescheid eine ausreichende Rechtsgrundlage vor? Ist der Subventionsbescheid formell oder materiell rechtswidrig? Kommt die Prüfung zum Ergebnis, dass der Subventionsbescheid rechtmäßig ist, scheidet eine Rücknahme nach § 48 VwVfG aus.

Aufbau des § 48 VwVfG

- Rechtsgrundlage
- Tatbestandsvoraussetzungen
 - Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts
 - Ist bei der Rücknahme belastender Verwaltungsakte die einzige Tatbestandsvoraussetzung
 - Wird ein begünstigender Verwaltungsakt zurückgenommen, gibt es weitere Tatbestandsvoraussetzungen, bei Leistungsbescheiden wie dem Subventionsbescheid insbesondere, dass **kein schutzwürdiges Vertrauen** vorliegt, vgl. § 48 Abs. 1 S. 1 und § 48 Abs. 2 VwVfG.
 - Hinzukommt die **Beachtung der Jahresfrist** nach § 48 Abs. 4 VwVfG
- Rechtsfolge: Liegen die Voraussetzungen vor, stellt § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG die Rücknahme in das **Ermessen der Behörde**
 - Entschließungsermessen, ob der Subventionsbescheid zurückgenommen wird
 - Auswahlermessen, ob der Subventionsbescheid ganz oder teilweise, nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit zurückgenommen wird.

Aufbau des § 48 VwVfG

- Vorsicht: Vom Rücknahmebescheid ist nicht nur der (zurückgenommene) Subventionsbescheid zu unterscheiden, sondern auch der Verwaltungsakt, mit dem die ausbezahlte Leistung zurückgefordert wird.

Rücknahmebescheid und **Rückforderungsbescheid** können in einem Bescheid zusammengefasst werden, sind aber rechtlich zu trennen. § 49a VwVfG enthält eine eigene Ermächtigungsgrundlage mit der – früher bestrittenen – Befugnis, durch VA die Leistung zurückzufordern (spezialgesetzliche Ausprägung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs).

- Rechtmäßige Rücknahme des Subventionsbescheids führt nicht bloß zur Unwirksamkeit des Verwaltungsakts, sondern auch zum **Wegfall des Rechtsgrundes (causa) für das Behaltendürfen der Leistung**.

Folge der Rücknahme ist die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs der Behörde bei Leistungen, die auf der Grundlage des zurückgenommenen Subventionsbescheids gewährt worden sind (§ 49a VwVfG).

Unterscheidung der Voraussetzungen

- je nachdem, ob ein Leistungsbescheid oder sonstiger VA zurückgenommen wird.
- Bei Leistungsbescheiden (Geld- und teilbaren Sachleistungen) ist die Rücknehmbarkeit durch Vertrauensschutz eingeschränkt (§ 48 Abs. 2 VwVfG).
Zu treffen ist bereits hier, also auf **Tatbestandsebene**, eine Abwägungsentscheidung (§ 48 Abs. 2 S. 1), die jedoch durch den Ausschluss (§ 48 Abs. 2 S. 3) bzw. eine Regelvermutung zugunsten des Vertrauens (§ 48 Abs. 2 S. 2) strukturiert wird.
- Für sonstige begünstigende Verwaltungsakte gilt § 48 Abs. 3 VwVfG. **Hier ist der Vertrauensschutz kein begrenzendes Tatbestandsmerkmal, das die Rücknahme ausschließt, sondern erlaubt die Rücknahme gegen Geldentschädigung.**
In diesen Fällen spielt der Vertrauensschutz im Ermessen eine Rolle: Der Vertrauensschutz kann so stark sein, dass das Rücknahmeermessen auf Null reduziert ist, eine Rücknahme also unzulässig ist. Ist diese "Stärke" nicht erreicht, liegt aber ein "schutzwürdiges Vertrauen" vor, ist die Folge der Rücknahme das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs für eingetretene Vermögensnachteile (§ 48 Abs. 3 VwVfG), d.h. den Ersatz des **Vertrauensschadens**.

Vertrauensschutz

- § 48 Abs. 2 VwVfG
- **Hat der Betroffene auf den Bestand des VA vertraut?**

Das ist zu verneinen, wenn er den VA nicht gekannt hat. Es handelt sich insoweit um ein subjektives Element.
- **Ist das Vertrauen objektiv schutzwürdig?**

Das ist in den Fällen zu verneinen, wo ein Ausschlussgrund des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-3 VwVfG vorliegt. **Nr. 3 verlangt kein Verschulden!**

Vertrauen wird demgegenüber vermutet, wenn der Begünstigte die Leistung verbraucht oder Vermögensdispositionen getroffen hat, die nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig gemacht werden können, vgl. § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG.
- **Überwiegt das Vertrauensinteresse des Begünstigten?**

Die Vermutung kann widerlegt werden, wenn die Abwägung (auf der letzten Stufe der Prüfung) ein Überwiegen des öffentlichen Rücknahmeinteresses ergibt, vgl. § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG. Bei Verwaltungsakten, die wiederkehrende Geldleistungen betreffen, führt die Abwägung des privaten Vertrauensinteresses mit dem öffentlichen Rücknahmeinteresse regelmäßig dazu, dass der VA nur für die Zukunft zurückgenommen werden darf.

Abwägung

- **auf Tatbestandseite**: Das Vertrauen ist nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG nur in der Regel schutzwürdig. Eine ergänzende Abwägung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist erforderlich, kann aber ggf. mit einem Satz bejaht werden.
- Ist das Vertrauen weder nach § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG ausgeschlossen noch nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG als schutzwürdig anzuerkennen, muss **im Rahmen des Ermessens** eine Abwägung vorgenommen werden, ob das Interesse des Begünstigten am Fortbestand der Vergünstigung das öffentliche Interesse an der Rücknahme überwiegt.
- Kriterien dafür sind die Auswirkungen der Entscheidung für den Begünstigten, das Ausmaß der Rechtswidrigkeit bzw. Schwere des Rechtsverstoßes, der Zeitablauf seit Erlass des VA und die Art des Zustandekommens des VA: Je förmlicher das Verwaltungsverfahren, desto eher darf der Begünstigte auf den Bestand des VA vertrauen.

Probeklausur

Lösungshinweise

Zulässigkeit

- **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Da eine aufdrängende Sonderzuweisung nicht ersichtlich ist, richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln. **Steitentscheidende Normen** sind mit der Promotionsordnung, dem Hochschulgesetz und gegebenenfalls den Vorschriften über die Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsakts solche des öffentlichen Rechts.

Da es sich um einen nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit handelt, für die auch keine abdrängende Sonderzuweisung besteht, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

Statthafte Klageart

- Die statthafte Klageart richtet sich nach dem **Klagebegehren**, § 88 VwGO.
- M richtet sich mit ihrer Klage gegen den Bescheid der H vom 18.4.2012. Dabei handelt es sich um einen **Verwaltungsakt** im Sinne des § 35 S. 1 HmbVwVfG, mit dem die Verleihung des Doktorgrades zurückgenommen wird.
- Statthafte Klageart ist deshalb die **Anfechtungsklage** nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

- **Klagebefugnis**

Die Klagebefugnis richtet sich nach § 42 Abs. 2 VwGO. Danach muss es **möglich** sein, dass M durch den Bescheid vom 18.4.2012 in ihren Rechten verletzt ist. Bei belastenden Verwaltungsakten wie der Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts kann eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG **nicht von vornherein ausgeschlossen** werden. Die Klagebefugnis der M ist gegeben.

- **Erfolgles Vorverfahrens**

Die Durchführung des Vorverfahrens gemäß § 68 Abs. 1 VwGO ist erfolglos durchgeführt worden.

- **Klagefrist**

Die Klage muss innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts erhoben werden, § 74 Abs. 1 VwGO. Davon ist vorliegend auszugehen.

Begründetheit

- Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.
- Rechtswidrig ist der Rücknahmebescheid bereits dann, wenn er nicht auf einer hinreichenden **Ermächtigungsgrundlage** beruht.
- Rechtsgrundlage für den Entzug des Doktorgrades könnte die **Promotionsordnung** der Philosophischen Fakultät sein. Fraglich ist, ob damit eine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorliegt, denn es handelt sich lediglich um eine Satzung der Philosophischen Fakultät der Universität H. Für einen belastenden, in Grundrechte eingreifenden Verwaltungsakt wie den Entzug der Doktorwürde kann die Ermächtigungsgrundlage nach dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG aber nur ein förmliches Parlamentsgesetz sein.

Promotionsordnung als Ermächtigungsgrundlage?

- Eine Satzung würde als Ermächtigungsgrundlage nicht ausreichen, wenn die Entziehung eines Doktorgrades im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes möglich sein sollte. Hier dürfte die Promotionsordnung jedoch als Ermächtigungsgrundlage ausreichen, da sie **ihrerseits auf einem förmlichen Gesetz** beruht. Das VG Köln, Urt. v. 27.10.2011, 6 K 3445/10 Rn. 34 führt dazu aus:
- „Die Fachbereiche bzw. Fakultäten werden durch § 67 Abs. 3 S. 2 ermächtigt, diesen in ihr Selbstverwaltungsrecht fallenden Bereich durch Satzungen zu regeln (...). Ebenso wie die Fachbereiche im Rahmen der Zulassung zur Promotion einen Regelungspielraum haben, an welche Zulassungsvoraussetzungen eine Promotion geknüpft sein soll, kommt ihnen auch beim umgekehrten Akt des Entzugs ein Spielraum zu, in einer Promotionsordnung festzulegen, unter welchen Voraussetzungen der von ihnen verliehene Grad wieder aufgehoben werden kann.“

Promotionsordnung

- Die Geltung des Gesetzesvorbehaltes ist jedoch nicht auf Grundrechtseingriffe beschränkt. Nach der „**Wesentlichkeitstheorie**“ des Bundesverfassungsgerichts muss der parlamentarische Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen, darf sie also nicht dem Satzungsgeber überlassen. Dass die Promotionsordnung auch Vorschriften über die Entziehung eines Doktorgrades enthalten darf, hat der Gesetzgeber jedoch in § 64 Abs. 2 Nr. 9 HG zum Ausdruck gebracht. Danach haben Hochschulprüfungsordnungen insbesondere auch die Folgen von Verstößen gegen Prüfungsvorschriften zu regeln.
- Mithin stellt § 20 der Promotionsordnung iVm §§ 67 Abs. 3, 64 Abs. 2 Nr. 9 HG eine taugliche Ermächtigungsgrundlage dar, vgl. VG Köln, Urt. v. 6.12.2012, 6 K 2684/12 Rn. 17.

Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts

- **Ermächtigungsgrundlage**
- **formelle Rechtmäßigkeit**
Ausweislich der Angaben im Sachverhalt ist der Bescheid vom 18.4.2012 formell rechtmäßig.
- **materielle Rechtmäßigkeit**
In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein und eine rechtmäßige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

Tatbestandsvoraussetzungen

- **Tatbestand**

M müsste bei der Promotionsleistung eine Täuschung begangen haben, die erst nachträglich bekannt geworden ist.

- **Täuschung**

Ob dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, steht häufig im Streit (vgl. VG Köln, Urt. v. 22.3.2012, 6 K 6097/11, BeckRS 2012, 48838). Hier ist dem Sachverhalt jedoch zu entnehmen, dass nicht nur objektiv eine Täuschung vorliegt, sondern auch in Täuschungsabsicht der Doktorgrad erworben wurde.

- **Nachträgliches Bekanntwerden**

Die Täuschung wurde auch erst nach Aushändigung der Promotionsurkunde bekannt.

Verfristung?

- Fraglich ist, ob die Rücknahme verfristet ist. Eine Frist enthält die Promotionsordnung nicht. In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 48 Abs. 4 S. 1 HmbVwVfG. Für eine Analogie ist jedoch kein Raum: Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegen könnte, sind nicht ersichtlich.
- Selbst dann, wenn das **Einhalten der Jahresfrist** verlangt würde, wäre die Frist gewahrt. Denn die Frist beginnt erst mit dem Zeitpunkt, in dem die Behörde Kenntnis von den Tatsachen erhält, die die Rücknahme rechtfertigen. Erforderlich ist positive und vollständige Kenntnis aller Tatsachen im weitesten Sinne, die für die Entscheidung über die Rücknahme einschließlich der zu treffenden Ermessensentscheidung relevant sind. Das war vorliegend mit dem Kommissionsbericht aus dem Jahr 1991 noch nicht der Fall. Erst seit dem 30.8.2011 steht die Täuschungsabsicht der M fest. Mithin ist der Rücknahmebescheid vom 18.4.2012 nicht verfristet.

Weitere Tatbestandsvoraussetzungen?

- Weitere Tatbestandsvoraussetzungen enthält die Promotionsordnung nicht. Insbesondere eine mögliche **Bindungswirkung der Mitteilung** aus dem Jahre 1991 spielt hier keine Rolle (das würde auch für § 48 VwVfG gelten). Das VG Köln, Urt. v. 6.12.2012, 6 K 2684/12 Rn. 32, führt dazu aus:
- „Weder in der Promotionsordnung noch sonst im (Hochschul-)Recht ist bestimmt, dass das Nichtvorliegen einer entgegenstehenden Bindungswirkung eines älteren Verwaltungsakts Tatbestandsvoraussetzung eines Entziehungsbescheides ist. Eine etwaige Bindungswirkung ist deshalb und wegen dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rechtsprechung nur auf der Ebene des Ermessens als eine mögliche Grenze zu beachten.“

Rechtsfolge

- Nach der Promotionsordnung „kann“ der Doktorgrad entzogen werden. Die Norm räumt H also Ermessen ein. Die Ermessensausübung kann vom Verwaltungsgericht nur auf Ermessensfehler überprüft werden, § 114 S. 1 VwGO. Fraglich ist, ob ein solcher **Ermessensfehler** vorliegt.

Zusicherung?

- Das Ermessen könnte durch die Mitteilung vom 30.4.1991, nicht wegen des Täuschungsvorwurfs gegen M einzuschreiten, eingeschränkt worden sein. Zwar hindert eine abschließende Mitteilung die Behörde nicht, das Verfahren auch außerhalb der Voraussetzungen des § 51 VwVfG wiederaufzugreifen (§ 51 Abs. 5 VwVfG). Eine Ermessensreduzierung dahingehend, den Doktorgrad nicht zu entziehen, könnte aber durch eine Bindungswirkung dieser Mitteilung eingetreten sein. Das wäre der Fall, wenn es sich um eine Zusicherung im Sinne des **§ 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG** handelt. Danach kann eine Behörde neben dem Erlass auch den Nichterlass eines Verwaltungsakts zusichern.

Zusicherung?

- **Rechtsbindungswille**

Allerdings müssten dafür die Voraussetzungen einer Zusicherung vorliegen. Dazu gehört der Rechtsbindungswille, wodurch die Zusicherung von unverbindlichen Hinweisen und Mitteilungen abgegrenzt wird. Maßgeblich ist insoweit der objektive Empfängerhorizont.

Aus der Mitteilung der H vom 30.4.1991 ergibt sich zwar, dass auf der Grundlage der seinerzeit bekannten Umstände kein Entziehungsverfahren eingeleitet werde. Eine darüber hinausgehende Zusicherung des Inhalts, eine Entziehung des Doktorgrades für alle Zukunft ungeachtet gegebenenfalls neu bekannt werdender Tatsachen zu unterlassen, lässt sich dem Schreiben aus dem Jahr 1991 aber nicht entnehmen.

- **Erlöschen der Bindungswirkung**

Erlöschen der Bindungswirkung

- Selbst dann, wenn man eine Zusicherung annimmt, wäre H an diese wegen § 38 Abs. 3 HmbVwVfG nicht mehr gebunden. Nach Abgabe der unterstellten Zusicherung hat sich die Sachlage derart geändert, dass H bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderungen durch die Veröffentlichung des Plagiatsumfangs auf der Internetplattform Vroniplag die Zusicherung nicht gegeben hätte. H war also durch die abgegebene Mitteilung zum Nichteinschreiten **nicht mehr gebunden**.
- Insoweit kommt es auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Rücknahme der Mitteilung nach § 48 Abs. 1 VwVfG vorliegen, nicht an. Wer das anders sieht, muss an dieser Stelle § 48 HmbVwVfG *bezogen auf die Mitteilung* vom 30.4.1991 prüfen. Zweifelhaft ist das Vorliegen eines Verwaltungsakts (§ 35 S. 1 VwVfG). Das betrifft nicht nur die Streitfrage, ob die Zusicherung einen Verwaltungsakt darstellt. Hier könnte man einen feststellenden Verwaltungsakt annehmen, mit dem gegenüber M verbindlich beschlossen wurde, keine Ermittlungen aufzunehmen und auf eine Titelentziehung zu verzichten.

Verwirkung?

- Die Ermessensausübung könnte aber fehlerhaft sein, wenn H das Entziehungsrecht **verwirkt** hat. Bei der Entscheidung am 18.4.2012 könnte ermessensfehlerhaft verkannt worden sein, dass seit der ersten Überprüfung über 20 Jahre des immerhin vor 25 Jahre verliehenen Titels vergangen sind.

Anwendbarkeit

- Dafür müsste der Rechtsgedanke der Verwirkung im vorliegenden Fall **anwendbar** sein. Dazu führt das VG Köln, Urt. v. 6.12.2012, 6 K 2684/12 Rn. 38 aus:

„In der Rechtsprechung ist zwar geklärt, dass die Verwirkung als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben für die gesamte Rechtsordnung Gültigkeit hat. Sie bildet einen Anwendungsfall des **venire contra factum proprium** und besagt, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf **vertrauen** durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen werde (Vertrauensgrundlage), der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt werde (Vertrauenstatbestand) und sich infolgedessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde.“

Subsumtion

- Davon ist hier aber nicht auszugehen.
- M durfte nicht darauf vertrauen, dass nicht mehr gegen sie eingeschritten werde. Dazu hatte sie auch nicht aufgrund des Schreibens vom 30.4.1991 Anlass. Aus dieser Mitteilung durfte sie nur schließen, dass derzeit nicht eingeschritten werde, nicht aber, dass auch in Zukunft so verfahren werde, so das VG Köln, Urt. v. 6.12.2012, 6 K 2684/12 Rn. 40.

Unverhältnismäßigkeit?

- Eine **Ermessensüberschreitung** und damit ein Ermessensfehler würde mit der Wahl einer unverhältnismäßigen Rechtsfolge vorliegen. Bezogen auf den in der Promotionsordnung vorgesehenen Entzug des Doktorgrades in Konkretisierung des nach § 64 HG gesetzlichen Zwecks, ordnungsgemäße Prüfungen sicherzustellen, ist die Rücknahme der Verleihung des Doktorgrades ein **geeignetes** Mittel.
- **Erforderlich** ist der Entzug, wenn kein milderes Mittel in Betracht kommt. Da Plagiate schwerwiegende Verstöße gegen die gute wissenschaftliche Praxis sind, über die Eigenständigkeit der wissenschaftlichen Leistung täuschen und daher grundsätzlich nicht toleriert werden können, kommt ein milderes Mittel nicht in Form einer Nachbesserung oder Herabstufung der Note in Betracht. Angesichts des Umfangs von 40% der Dissertation handelt es sich um keinen „Bagatellverstoß“ mit der Folge, dass ein anderes Mittel hätte gewählt werden können.
- Der Entzug des Dokortitels ist erforderlich und auch **angemessen**, da eine etwaige Rufschädigung M zuzurechnen ist, die den durch H verliehenen Doktorgrad in Täuschungsabsicht erworben hat. Damit erweist sich der Bescheid vom 18.4.2012 als verhältnismäßig.

Ergebnis

- Andere Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Der Entzug des Dokortitels ist damit **materiell rechtmäßig**.
- Die Klage ist zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keine Aussicht auf Erfolg.

Der Fall ist der Entscheidung des VG Köln, Urt. v. 6.12.2012, 6 K 2684/12, NWVBI 2013, 143 nachgebildet. Inzwischen liegen eine Reihe erstinstanzlicher Entscheidungen zur Rücknahme eines Dokortitels in Plagiatsfällen vor, vgl. VG Freiburg, Urt. v. 23.5.2012, 1 K 58/12, NVwZ-RR 2013, 186; VG Karlsruhe, Urt. v. 4.3.2013, 7 K 3335/11 juris; VG Köln, Urt. v. 27.10.2011, 6 K 3445/10 juris; VG Köln, Urt. v. 22.3.2012, 6 K 6097/11 juris. Aus dem Schrifttum: *Schroeder*, NWVBI 2010, 176 ff.

Eine Lösungsskizze wird auf der Homepage bereitgestellt.

Aufhebung des Verwaltungsakts

- **durch die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat**

§§ 48, 49 VwVfG mit Differenzierungen zwischen belastenden und begünstigenden Verwaltungsakten

- **durch die Behörde im Widerspruchsverfahren**

§§ 72, 73 VwGO ohne Vertrauensschutz für den begünstigten Dritten, weil der Betroffene mit der Anfechtung rechnen muss, solange der VA noch nicht bestandskräftig ist. Aufhebung als "Abhilfe" durch die Ausgangsbehörde (§ 72 VwGO) oder durch die Widerspruchsbehörde im Widerspruchsbescheid (§ 73 VwGO).

- **durch das Gericht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren**

hier gilt das VwVfG nicht. Maßstab ist § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Systematik

- Behördliche Entscheidung über das **Wiederaufgreifen des Verfahrens** (nach § 51 VwVfG oder außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschrift nach Ermessen). Im Falle des Wiederaufgreifens folgt
- außerhalb des Anwendungsbereichs von § 51 VwVfG (hier ist die Aufhebung nach hM zwingend) die materiell-rechtliche Entscheidung über die **Aufhebung des VA** bei dem ursprünglich rechtswidrigem Verwaltungsakt über die Rücknahme nach § 48 VwVfG
bei belastenden Verwaltungsakten nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG und bei **begünstigenden Verwaltungsakten** nach § 48 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 VwVfG, soweit der VA eine Geld- oder teilbare Sachleistung (Leistungsbescheide) gewährt bzw. nach § 48 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 VwVfG gegen Entschädigung, soweit eine sonstige Leistung gewährt wurde.
- bei einem ursprünglich rechtmäßigen VA über den Widerruf nach § 49 VwVfG, je nachdem, ob es sich um einen belastenden VA (Abs. 1) oder einen begünstigenden VA (Abs. 2) handelt.
Wird der VA nicht aufgehoben, ergeht ggf. ein die ursprüngliche Entscheidung bestätigender Zweitbescheid. Wird der VA aufgehoben, folgt ggf. die Entscheidung über die Erstattung von Leistungen, die aufgrund des aufgehobenen VA gewährt worden sind, vgl. § 49a VwVfG.
Das kann in einem Bescheid geschehen, ist aber getrennt zu beurteilen!

Rücknahmefrist

- Behörde B erlässt am 10.2.1980 einen rechtswidrigen Subventionsbescheid. Am 30.3.1981 erkennt sie, dass sie zwar den Sachverhalt richtig ermittelt, aber die Rechtslage falsch eingeschätzt hatte. Deshalb nimmt sie am 30.12.1981 den Subventionsbescheid zurück. Geschah dies rechtmäßig?
- Auch die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG dient dem Vertrauensschutz. Nach Ablauf eines Jahres soll der Begünstigte darauf vertrauen können, dass der VA nicht mehr wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben wird. Drei – umstrittene – Fragen:

1. Kommt die Frist auch bei **Rechtsanwendungsfehlern** zur Anwendung?

Ja, erfasst werden nicht nur die Tatsachen, die die Rechtswidrigkeit des VA indizieren.

2. **Wann** beginnt die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG zu laufen?

Je später, desto nachteiliger für den Bürger. Nach der Rechtsprechung beginnt die Frist erst zu laufen, wenn die Behörde alle für die Rücknahmeentscheidung maßgeblichen Tatsachen kennt, also auch die für die Gewährung von Vertrauensschutz und die Ermessensabwägung relevanten Tatsachen ermittelt hat (**Entscheidungsfrist, nicht Bearbeitungsfrist**).

3. Auf **wessen** Kenntnis ist abzustellen?

Zuständiger Sachbearbeiter, **nicht** Behörde, str.

Ermessen

- **Belastende** rechtswidrige Verwaltungsakte

sind ohne Bindung an einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen (wie Vertrauensschutz) allein nach Ermessen rücknehmbar. Das Rücknahmeermessen wird oft zugunsten der Rücknahme **auf Null** reduziert sein, da sowohl die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als auch das Interesse des Betroffenen, von der Belastung befreit zu werden, für die Rücknahme sprechen.

- **Begünstigende** rechtswidrige Verwaltungsakte

Das ist hier anders. Entschließungs- und Auswahlermessen, wobei namentlich bei Verwaltungsakten im Sinne des § 48 Abs. 3 VwVfG die Aspekte des Vertrauensschutzes im Ermessen zu berücksichtigen sind, str.

Auswahlermessen betrifft insbesondere die Frage, ob der VA ganz oder teilweise zurückgenommen wird. In Betracht kommt aber auch eine zeitliche Differenzierung: So lassen sich Vertrauensschutzaspekte auch in der Frage berücksichtigen, ob der VA nur mit Wirkung für die Zukunft oder auch mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen wird.

Eine Ermessensreduzierung auf Null – und damit eine verbleibende einzig richtige Entscheidung – kommt hier seltener in Betracht, **aber**:

Rücknahme unionsrechtswidriger Verwaltungsakte

- **Alle drei Problembereiche der Rücknahme**

- Vertrauensschutz (§ 48 Abs. 2 VwVfG)

- Rücknahmefrist (§ 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG)

- Rücknahmeermessen (§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG)

erhalten durch das Europarecht – und die Rechtsprechung des EuGH – eine **weitgehende Modifizierung**, die § 48 VwVfG als Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme unionsrechtswidriger Subventionsbescheide zur formale Hülle bzw. zum *Durchsetzungshebel des Europarechts* macht.

- § 48 VwVfG bleibt zwar die maßgebliche Rechtsgrundlage, wird im Einzelfall aber durch das mit Anwendungsvorrang ausgestattete Unionsrecht verändert.

Denn die Anwendung des nationalen Rechts darf nicht gegen das Äquivalenz- und das Effektivitätsprinzip verstoßen. Insbesondere **Art. 4 Abs. 3 EUV** verlangt, dass die Anwendung nationaler Vollzugsvorschriften die Durchsetzung des Europarechts nicht unmöglich macht oder wesentlich erschwert.

Alcan-Story

- Die international tätige **Alcan-GmbH** erhält von der Landesregierung eine Zuwendung, die nicht der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV als Beihilfe gemeldet wird. Die Kommission stellt ein Jahr später, informiert durch Presseberichte, durch Beschluss fest, dass die **Beihilfe** mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist und daher zurückzufordern ist, Art. 108 Abs. 2 AEUV. Weder die Bundesrepublik Deutschland noch die Alcan-GmbH unternehmen hiergegen etwas.
- Weil auch das Land untätig bleibt, klagt die **Kommission** vor dem EuGH im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV. Der **EuGH** entscheidet, dass die Bundesrepublik mit der Nichtdurchführung des Kommissionsbeschlusses (Art. 188 Abs. 2 AEUV) gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag verstoßen hat. Daraufhin nimmt das Land den Subventionsbescheid zurück und fordert von der Alcan-GmbH die Rückzahlung des Beihilfebetrags.

aber der Fall geht noch weiter:

- Gegen diesen Bescheid erhebt die Alcan-GmbH Anfechtungsklage. Das **VG Mainz** hebt den Rücknahmebescheid auf, die Berufung des Landes zum **OVG Koblenz** bleibt erfolglos und das als Revisionsinstanz angerufene **BVerwG** ersucht den EuGH um eine Vorabscheidung nach Art. 267 AEUV. Der **EuGH** entscheidet, dass die Rücknahme des Subventionsbescheids und die Rückforderung der Zuwendung nicht durch § 48 VwVfG gesperrt seien. Das BVerwG gibt der Revision des Landes daraufhin statt und weist die Anfechtungsklage der Alcan als unbegründet ab.
- Die Alcan-GmbH hält die Entscheidung des EuGH für unwirksam. Der EuGH habe seine Kompetenzen überschritten und verkannt, dass § 48 VwVfG den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes normiert. Die gegen das Urteil des **BVerwG** eingelegte Verfassungsbeschwerde nimmt das **BVerfG** jedoch nicht zur Entscheidung an. Soweit die Vorabentscheidung des EuGH gerügt wird, sei die Verfassungsbeschwerde unzulässig und abgesehen davon auch unbegründet, da die Entscheidung des BVerwG nicht gegen den Verfassungsgrundsatz des Vertrauensschutzes verstoßen habe.

Rücknahme unionsrechtswidriger Verwaltungsakte

- Aufhebung des Bewilligungsbescheids

1. **Rechtsgrundlage:** Nicht im Unionsrecht, weil es an einem unionsrechtlichen Verwaltungsverfahrensrecht fehlt. Maßgeblich bleibt das nationale Recht, das zunächst daraufhin zu durchsuchen ist, ob es eine spezielle Norm für die Aufhebung gibt. Ist das nicht der Fall, ist die Rechtsgrundlage in § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu sehen.

2. Rücknahme nach § 48 VwVfG setzt voraus, dass der aufzuhebende VA **rechtswidrig** ist. Die Rechtswidrigkeit kann sich aus dem nationalen Recht, aber auch aus dem Europarecht ergeben:

--- **nationales Recht:** Rechtsgrundlage für Subvention? Problem des Gesetzesvorbehalt

--- **Unionsrecht:** Der Bewilligungsbescheid könnte materiell unionsrechtswidrig sein. Das ist der Fall, wenn er gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV verstößt. Er könnte aber auch (nur) formell rechtswidrig sein. Das ist der Fall, wenn ein Beschluss der Kommission nach Art. 108 Abs. 2 S. 1 AEUV vorliegt. Dieser Beschluss kann rechtswidrig sein, aber in Bestandskraft erwachsen.

- Aufzuhebender VA hat begünstigende Wirkungen, weil er eine Geldleistung gewährt. Maßgeblich sind nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG die Anforderungen des **§ 48 Abs. 2 VwVfG, aber:**

Allgemeines Verwaltungsrecht

Rücknahme und Widerruf

Schutzwürdiges Vertrauen im Rahmen des § 48 VwVfG

- § 48 Abs. 2 VwVfG: Tatbestand
- § 48 Abs. 3 VwVfG: Umfassende Güter- und Interessenabwägung, wobei **umstritten** ist, ob hier auch das Vertrauensschutzinteresse des Betroffenen berücksichtigt werden muss.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass beim Ausgleichsanspruch nach § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG auch ein schutzwürdiges Vertrauen im Sinne der Regelvermutung des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG zu berücksichtigen ist. Allerdings bezieht sich das begrenzende öffentliche Interesse hier nicht auf die Rücknahmegründe, sondern allein auf das **fiskalische Interesse**, die Pflicht zum Nachteilsausgleich zu vermeiden.

- Ferner wird die Schutzwürdigkeit des Vertrauens im Sinne des § 48 Abs. 2 VwVfG bei der Rücknahme unionsrechtswidrig gewährter Beihilfen durch das **Effektivitätsprinzip gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV** eingeschränkt.

Modifikationen in unionsrechtlich determinierten Konstellationen

- Rücknahme ist nach § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG ausgeschlossen, wenn
 - der Adressat auf den Bestand des VA vertraut hat und
 - sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist.
- Zweifelhaft kann schon sein, ob der Begünstigte **tatsächlich vertraut** hat (Indiz: Verbrauch der Leistung). Problematischer ist aber in den meisten Fällen, ob das "investierte" Vertrauen auch **schutzwürdig** ist.
- Das ist nicht der Fall, wenn die Voraussetzungen des **§ 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG** vorliegen, also arglistige Täuschung, unrichtige Angaben oder der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des VA kannte oder infolge **grober Fahrlässigkeit** nicht kannte. Insoweit wäre schon nach nationalem Recht die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu verneinen.

Schutzwürdiges Vertrauen?

- heute werden bei mittelgroßen Unternehmen erhöhte Sorgfaltsmaßstäbe anzulegen sein. Die Rechtsabteilung muss wissen, dass solche Zahlungen bei der Kommission anzumelden sind. Ob eine Nachforschungspflicht besteht, muss im Einzelfall ermittelt werden.
- Ist ein Regelbeispiel für den Wegfall der Schutzwürdigkeit des Vertrauens nicht gegeben (§ 48 Abs. 2 S. 3) und hat der Begünstigte die Leistung verbraucht (§ 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG), dann ist das Vertrauen nicht stets, sondern nach § 48 Abs. 2 S. 1 nur unter einer **unionsrechtskonformen Auslegung** schutzwürdig, zum Aufbau Arbeitspapier 8.
- Art. 4 Abs. 3 EUV und das **Effektivitätsprinzip (effet utile)** verlangt, dass das nationale Recht eine unionsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht unmöglich machen darf. An dieser Stelle, nämlich bei der Frage, ob der Begünstigte sich auf Vertrauensschutz berufen kann, erhöht das Europarecht das öffentliche Rücknahmeinteresse.

Effektivitätsprinzip

- heute: Art. 4 Abs. 3 EUV
- Durch die Anwendung des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts (also § 48 VwVfG) darf die Ausübung der durch die EU-Rechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden.
- Notfalls muss der Mitgliedstaat sein Verfahrensrecht unangewendet lassen, d.h. nicht die Norm ist unionsrechtswidrig, aber die Anwendung der Norm unter Missachtung der unionsrechtlichen Vorgaben.

Unionsrechtliche Determinierung

- Zwar kennt auch das Unionsrecht den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Nationale Regelungen, die eine Rückforderung von zu Unrecht gezahlten Beihilfen aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit ausschließen, verstoßen als solche nicht gegen Unionsrecht.
- Da jedoch die Überwachung von staatlichen Beihilfen durch die Kommission in Art. 108 AEUV zwingend vorgeschrieben ist, kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Beihilfeempfängers grundsätzlich nur entstehen, wenn die Beihilfe unter **Einhaltung dieses Verfahrens** gewährt wurde.
- Soweit kein Fall des § 48 Abs. 2 S. 3 vorliegt, ist die Regel des § 48 Abs. 2 S. 1 unionsrechtskonform einzuschränken: Bei der **Interessenabwägung im Einzelfall** basiert das öffentliche Interesse nicht allein auf der Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern – auch – auf der Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsordnung.

Fallbearbeitung

- § 48 Abs. 2 S. 3 VwfG (-)
- § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG (-)
Allein der Verbrauch der Leistung kann wegen des gesteigerten öffentlichen Rücknahmeinteresses (Europarecht) nicht die Schutzwürdigkeit des Vertrauens begründen, deshalb
- § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG mit der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme und dem privaten Interesse am Fortbestand des Bewilligungsbescheids, wobei – spätestens – **hier**
der Vertrauensschutz gegenüber dem öffentlichen Rücknahmeinteresse wegen der Effektivität des Unionsrechts im Einzelfall zurücktritt, vgl. Arbeitspapier 8

Modifikation: Frist

- § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG: Jahresfrist

Ist die Frist abgelaufen, darf nach nationalem Recht der Bescheid nicht mehr zurückgenommen werden. Die Frist dient der Rechtssicherheit zugunsten des Begünstigten.

- Unionsrecht steht Fristbestimmungen nicht generell entgegen. Allerdings muss bei ihrer Anwendung das Interesse an einer effektiven Durchsetzung des Unionsrechts berücksichtigt werden. Hat die Kommission über die Rechtswidrigkeit einer Beihilfe entschieden, muss der Begünstigte mit einer Rücknahme rechnen, so dass eine Ungewissheit nicht mehr besteht.

- § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG steht einer Rücknahme nicht entgegen, wenn die Behörden einer Kommissionsentscheidung, hier dem Beschluss nach Art. 108 Abs. 2 AEUV verspätet nachkommen. Anderenfalls läge es in der Hand der Behörden, durch Untätigkeit eine Rückforderung unmöglich zu machen.

Die bisweilen schwierige Frage, ob die Frist bereits abgelaufen ist (Fristbeginn), **kann deshalb offen bleiben**. Ein Fristablauf steht der Rücknahme nicht entgegen.

Modifikation: Ermessen

- § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG räumt der Behörde Ermessen ein.
Ob Ermessensfehler vorliegen, kann ebenfalls offenbleiben, denn im Falle unionsrechtswidrig gewährter Beihilfen gebietet das Effektivitätsprinzip des Unionsrechts die Rückforderung. Hat die Kommission die Rechtswidrigkeit der Beihilfe festgestellt, sind die nationalen Behörden zur Durchführung dieses Beschlusses **verpflichtet** ohne dass ihnen noch ein Ermessensspielraum verbleibt.
- Konsequenzen
§ 48 VwVfG ist die Rechtsgrundlage, aber hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des Vertrauens, der Fristbestimmung und der Ermessensausübung wird die Anwendung durch Unionsrecht überlagert. Die Alcan-GmbH ist damit nicht schutzlos. Gegen den Beschluss der Kommission kann und muss Alcan fristgerecht nach Art. 263 Abs. 4 AEUV **Nichtigkeitsklage** zum EuGH erheben.

Rückforderungsbescheid

- § 49a Abs. 1 VwVfG
- formelle Voraussetzung: Schriftform, vgl. § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG. Materielle Voraussetzungen: Es muss ein rechtmäßiger oder bestandskräftiger Rücknahmebescheid vorliegen (+)
- Kann sich der Begünstigte nach § 49a Abs. 2 S. 1 iVm § 818 Abs. 2 BGB auf **Entreicherung** berufen?
möglicherweise schon keine Entreicherung , jedenfalls (-), wenn die Umstände, die zur Rücknahme führten, dem Begünstigten bekannt waren oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt waren. Der Verfahrensverstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV führt im Ergebnis dazu, dass sich der Begünstigte **nicht auf den Wegfall der Bereicherung** berufen kann.
- Ergebnis: Klage ist als unbegründet abzuweisen. Eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht nicht, da die entscheidungserheblichen Fragen zur Auslegung des Unionsrechts geklärt sind.
- **Was hätte Alcan machen müssen?** Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss der Kommission nach § 263 Abs. 4 AEUV (Frist: 2 Monate)

§ 50 VwVfG

- schließt die Anwendbarkeit des § 48 Abs. 2 VwVfG (Vertrauensschutz) aus, wenn ein begünstigender VA anlässlich des Rechtsbehelfs (zB Anfechtungsklage) eines Dritten aufgehoben wird. **Auf diese Weise wird die Rücknahme eines begünstigenden VA mit belastender Drittwirkung erleichtert.**
- Umstritten ist, welche Anforderungen an den Rechtsbehelf des Dritten zu stellen sind. Einigkeit herrscht darüber, dass er zulässig sein muss. Nur wenn der Rechtsbehelf wirksam eingelegt ist, muss der Betroffene mit der Aufhebung des VA rechnen. Unsicher ist, inwieweit er auch begründet sein muss.

M₁ Rechtsbehelf muss zulässig und begründet sein. Diese Ansicht ist abzulehnen, da sie die **Verfahrenserleichterung des § 50 VwVfG aufheben** würde.

M₂ hM fordert neben der Zulässigkeit nur, dass der Rechtsbehelf **nicht offensichtlich unbegründet** ist.

Verortung des Vertrauensschutzes

- keine spezialgesetzliche Ermächtigung, dann § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG
- wenn leistungsgewährender Verwaltungsakt, dann § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG
 - kein Ausschluss des Vertrauensschutzes (§ 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG)
 - Wird die Schutzwürdigkeit des Vertrauens nach § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG bejaht, ist eine die gesetzliche Grundwertung ergänzende Abwägung im **Tatbestand** erforderlich (weil nur Regelbeispiele).
 - Ansonsten hat eine Abwägung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG im **Ermessen** hinsichtlich des "ob" und "wie" der Rücknahme stattzufinden.
- bei sonstigen begünstigenden Verwaltungsakten: § 48 Abs. 3 VwVfG gewährt keinen Vertrauensschutz im Tatbestand, aber es stellt sich die Frage, ob das Vertrauen auf den Bestand des VA im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist, str.

Widerruf von Verwaltungsakten

- Der Widerruf eines **rechtmäßigen belastenden VA** richtet sich nach § 49 Abs. 1 VwVfG.

Da der VA belastend ist, kann er unter erleichterten Umständen widerrufen werden. Ein Widerruf kommt vor allem dann in Betracht, wenn sich bei einem Verwaltungsakt mit Dauerwirkung die zugrundeliegende **Sach- oder Rechtslage geändert** hat.

Ausnahmen: rechtlich gebundener VA, dessen Voraussetzungen immer noch vorliegen (Beispiel: § 35 GewO).

- Der Widerruf eines **rechtmäßigen begünstigenden VA** richtet sich demgegenüber nach § 49 Abs. 2 oder Abs. 3 VwVfG

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes rückt wegen der Rechtmäßigkeit des VA noch stärker in den Vordergrund als bei § 48 VwVfG. Deshalb zählen die beiden Regelungen **abschließende Widerrufsgründe** auf. Deren Tatbestandsvoraussetzungen sind jeweils durchzuprüfen. Sie betreffen vor allem Konstellationen, in denen Nebenbestimmungen vorliegen, aber nicht eingehalten werden oder in denen sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage geändert hat, so dass der (ursprünglich) rechtmäßige Verwaltungsakt inhaltlich nicht mehr mit dem geltenden Recht im Einklang steht ("rechtswidrig gewordener" VA).

- **Widerrufsfrist:** § 49 Abs. 2 S. 3 oder Abs. 3 S. 2 iVm § 48 Abs. 4 VwVfG

Beispielsfall

Gastronom G möchte auf dem Bürgersteig der durch die Stadt S führenden Kreisstraße Tische und Stühle für einen Biergartenbetrieb aufstellen. Die erforderliche Sondernutzungserlaubnis wird ihm unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs im April 2010 erteilt.

Im Mai 2010 widerruft die zuständige Behörde die Erlaubnis ohne nähere Begründung nur unter Hinweis auf den Widerrufsvorbehalt. Ist der Widerruf rechtmäßig?

§ 49 Abs. 2 VwVfG

Möglichkeit des Widerrufs mit **Wirkung für die Zukunft** unter der Tatbestandsvoraussetzung eines rechtmäßigen begünstigenden VA und:

1. **Widerrufsvorbehalt** im Fachgesetz oder im Verwaltungsakt auf der Basis des § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG: Der Widerruf muss durch **sachliche Gründe** gerechtfertigt sein, wie sie sich aus den Zwecksetzungen des Gesetzes bzw. des Vorbehalts ergeben. **Umstritten** ist, ob der Widerrufsvorbehalt rechtmäßig sein muss oder ob eine Rechtswidrigkeit im Falle seiner Unanfechtbarkeit nur im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist, vgl. Maurer § 11 Rn. 41.
2. **Auflage** und deren Nichterfüllung
3. **Änderung der dem VA zugrunde liegenden Sachlage** mit der Folge, dass die Behörde berechtigt wäre, den VA nicht zu erlassen **und** Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf
4. Änderung der dem VA zugrunde liegenden Rechtslage mit der Folge, dass die Behörde berechtigt wäre, den VA nicht zu erlassen **und** kein entgegenstehender Vertrauensschutz des Begünstigten **und** Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne den Widerruf
5. Vordringliches öffentliches Interesse (Verhütung/Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl); diese Auffangklausel ist eng auszulegen.

§ 49 Abs. 3 VwVfG

Möglichkeit des Widerrufs **auch** mit **Wirkung für die Vergangenheit**

Die Norm regelt zusätzliche Widerrufsgründe (§ 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VwVfG) neben denen des § 49 Abs. 2 VwVfG:

- **Tatbestandsvoraussetzungen**

Rechtmäßiger VA, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt oder hierfür Voraussetzung ist und eine der folgenden Varianten

- zweckwidrige Verwendung von Leistungen
- Auflage und deren Nichterfüllung

- **Rechtsfolge**

Ermessen hinsichtlich des Widerrufs als solchem (darf nur = kann) und hinsichtlich der Reichweite, soweit es um den vollständigen oder teilweisen Widerruf und um die Wirkung für die Vergangenheit (ex tunc) oder für die Zukunft (ex nunc) geht.

Beispiel

- A erhält einen Subventionsbescheid mit einer Zweckbestimmung, wonach die Betriebsanlagen zu erweitern sind. Nachdem die Subvention ausbezahlt ist, der Absatz aber nachlässt, verwendet A das Geld für den Ausbau seines Vertriebsnetzes.
- Eine Rücknahme des Subventionsbescheides nach § 48 VwVfG scheidet aus, weil die zweckwidrige Verwendung der Subvention den Subventionsbescheid nicht rechtswidrig macht, sondern eine **nachträglich eintretende Tatsache** darstellt.
- Nach § 49 Abs. 2 VwVfG wäre der Subventionsbescheid nur mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen, das ausbezahlte Geld könnte nicht zurückgefordert werden. Um die bereits ausbezahlte Subvention erfassen zu können, müsste der Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit, also rückwirkend zulässig sein. **Dafür schafft § 49 Abs. 3 VwVfG die erforderliche Rechtsgrundlage.**
- Kein Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 3 VwVfG liegt vor, wenn die Betriebshallen zwar erweitert werden, sich die Erwartung des Subventionsgebers, dass dadurch neue Arbeitsplätze entstehen, nicht erfüllt.

Wirkungen des Widerrufs

- **Unwirksamkeit** des widerrufenen VA mit dem Wirksamwerden des Widerrufs, § 49 Abs. 4 VwVfG
- bei Widerruf nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. **3- 5** VwVfG: **Entschädigungsanspruch** des Betroffenen, § 49 Abs. 6 VwVfG

Achtung: Bei Streitigkeiten über die Entschädigung nach § 49 Abs. 6 ist nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern nach der Sonderzuweisung des § 49 Abs. 6 S. 3 VwVfG der Zivilrechtsweg gegeben (abdrängende Sonderzuweisung).

- bei Widerruf nach § 49 Abs. 3 VwVfG: **Erstattungspflicht**, § 49a VwVfG.

Vertrauensschutz und Entschädigung

- Widerrufsvorbehalt (Nr. 1) und Nichterfüllung einer Auflage (Nr. 2):
Kein Vertrauensschutz
- Änderung der Sach- oder Rechtslage (Nr. 3) und Widerruf bei vordringlichem öffentlichen Interesse (Nr. 4): **Beachtung schutzwürdigen Vertrauens, aber nur im Rahmen des Entschädigungsanspruchs nach § 49 Abs. 6 VwVfG.**

Entschädigung wird nicht generell, sondern nur insoweit gewährt, als der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat.

Widerruf von Verwaltungsakten

Widerruf **rechtmäßiger belastender Verwaltungsakte** nach § 49 Abs. 1 VwVfG ist zulässig, wenn

- nicht ein VA gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste (wenn zB ein rechtlich gebundener VA vorliegt, dessen Voraussetzungen immer noch gegeben sind)
- nicht aus anderen Gründen ein Widerruf ausscheidet.

Rechtsfolge

- Entschließungsermessen: Bei Änderungen der Sach- und Rechtslage, wenn der VA nicht mehr erlassen werden dürfte, wird das **Ermessen regelmäßig auf Null** reduziert sein. Dann sprechen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Interesse des Bürgers gleichermaßen für einen Widerruf.
- Auswahlermessen hinsichtlich des Umfangs: ganz oder teilweise
Bei der zeitlichen Wirkung besteht **kein Ermessen**: Widerruf ist nur für die Zukunft zulässig.

Widerruf

rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakte mit Wirkung für die Zukunft

- bei Vorliegen eines **Widerrufsgrundes (§ 49 Abs. 2 Nr. 1-5)**
 - Widerrufsvorbehalt (§ 49 Abs. 2 Nr. 1)
 - Nichterfüllung einer Auflage (§ 49 Abs. 2 Nr. 2)
 - Änderung der Sachlage und Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne Widerruf (§ 49 Abs. 2 Nr. 3)
 - Änderung der Rechtslage und noch kein Gebrauchmachen von der Begünstigung oder kein Empfang von Leistungen und Gefährdung des öffentlichen Interesses ohne Widerruf (§ 49 Abs. 2 Nr. 4)
 - Abwehr schwerer Nachteile für das Gemeinwohl (§ 49 Abs. 2 Nr. 5)
- Rechtsfolge: **Widerrufsermessen**

insbesondere: Widerrufsvorbehalt

- **§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG**
- Beruft sich die Behörde allein auf den Widerrufsvorbehalt, nennt aber keine sachlichen Gründe, die mit dem Sinn und Zweck des Vorbehalts und des konkreten VA im Zusammenhang stehen, handelt die Behörde **ermessensfehlerhaft**, wenn sie den VA widerruft (Ermessensmissbrauch)
- **Umstritten** ist, ob die Behörde auch von einem rechtswidrigen, aber bestandskräftigen Widerrufsvorbehalt Gebrauch machen darf. Das ist zu **bejahen**, allerdings ist das Widerrufsermessen umso eingeschränkter, je schwerwiegender die Rechtswidrigkeit des bestandskräftigen Widerrufsvorbehalts ist.
Im Falle der Nichtigkeit des Widerrufsvorbehalts ist eine Widerrufsbefugnis nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwVfG ausgeschlossen.
- Das gilt auch für die rechtswidrige Auflage nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG, wobei das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten ist. Der Widerruf des gesamten VA kann nur die ultima ratio sein.

Änderung der Sach- oder Rechtslage

- **§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG**

Neue Tatsachen, die nach Bekanntgabe des VA eingetreten sind, zB Verhaltensänderung des Betroffenen (Beispiel: ledige schulpflichtige Mutter beantragt Ruhen der Schulpflicht, überlässt die Betreuung ihres Kindes dann aber ihrer Mutter)

Verlangt wird zusätzlich die Gefährdung des öffentlichen Interesses im Falle des Nichtwiderrufs, worunter nicht nur die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder die Beseitigung rechtswidriger Zustände, sondern auch fiskalische Interessen gehören.

Änderung der Rechtsprechung oder andere Beurteilung der Rechtslage durch die Behörde ist keine Änderung der Sachlage, lässt vielmehr darauf schließen, dass der VA im Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war, dann § 48 VwVfG.

- **§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG**

Änderung von Rechtsvorschriften berechtigt die Behörde nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zum Widerruf. Wirkt die Änderung der Rechtsvorschrift mit Wirkung für die Vergangenheit auf den Zeitpunkt des VA-Erlasses zurück, ist der VA als von Anfang an rechtswidrig anzusehen und damit nach § 48 VwVfG rücknehmbar.

Eine Änderung der Rechtslage kann auch durch nachträglich ergangenes Unionsrecht eintreten.

Auf welchen Zeitpunkt kommt es an?

- Gegenüber dem Gewerbetreibenden G wird ein Gewerbeverbot wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO verhängt. Hiergegen klagt G vor dem VG. Im Verwaltungsprozess stellt sich heraus, dass G zwar unzuverlässig war, jetzt aber als zuverlässig anzusehen ist.
- Grundsätzlich ist auf den **Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung** abzustellen, dann wäre die Anfechtungsklage erfolglos. Bei Dauerverwaltungsakten wird jedoch auf den **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** vor dem VG abgestellt. Früher hat die Rechtsprechung deshalb die Auffassung vertreten, dass das Gewerbeverbot aufzuheben ist, wenn sich die Sach- oder Rechtslage während des Prozesses zugunsten des Klägers geändert hat, allerdings nur mit Wirkung für die Zukunft.
- Heute stellt die Rechtsprechung aber auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ab und berücksichtigt spätere Änderungen nicht mehr. Denn nach § 35 Abs. 6 GewO hat die Behörde auf Antrag die Ausübung des Gewerbes **wieder zu gestatten**, wenn die Unzuverlässigkeit nunmehr zu verneinen ist. Das antragsbedingte Wiedergestattungsverfahren schließt die Berücksichtigung der neuen Umstände im laufenden gerichtlichen Anfechtungsverfahren aus.
- Der Sache nach handelt es sich bei der Wiedergestattung um einen Widerruf, der den Weg für eine generell erlaubnisfreie gewerbliche Betätigung (Gewerbefreiheit!) wieder frei macht, vgl. Maurer, § 11 Rn. 52.

Behördliche Aufhebung eines Verwaltungsakts

- Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Abs. 1 VwVfG?
- ursprünglich rechtswidrig, dann Rücknahme nach § 48 VwVfG
- ursprünglich rechtmäßig, dann Widerruf nach § 49 VwVfG
rechtmäßige belastende Verwaltungsakte: § 49 Abs. 1 VwVfG

rechtmäßige begünstigende Verwaltungsakte

- mit Wirkung nur für die Zukunft: § 49 Abs. 2 VwVfG
- im Fall des Vorliegens eines Widerrufsgrundes nach § 49 Abs. 3 VwVfG
 - nicht rechtzeitige oder zweckwidrige Verwendung der Leistung (Nr. 1)
 - auflagenwidrige Verwendung der Leistung (Nr. 2)

erstreckt sich das **Widerrufsermessen** auch auf die Frage, ob der VA nur mit Wirkung für die Zukunft oder auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen wird.

- Folge: Der widerufene VA ist unwirksam, bietet also auch keinen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung: Entstehen eines **Erstattungsanspruchs der Verwaltung nach § 49a VwVfG**

§ 49 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG

- § 49 Abs. 2 VwVfG berechtigt zum Widerruf nur für die Zukunft, für Subventionsbescheide § 49 Abs. 3 aber **auch mit Wirkung für die Vergangenheit** in zwei Fallgruppen:

--- § 49 Abs. 3 Nr. 1: **nicht rechtzeitige oder zweckwidrige Verwendung von Leistungen**

Betroffener trägt die Darlegungs- und Beweislast und damit das Risiko, dass Unterlagen, mit denen er den Nachweis führen könnte, abhanden kommen. Widerruf auch dann, wenn die Leistung nicht "alsbald" nach der Auszahlung für den bestimmten Zweck verwendet wird. Fehlendes Verschulden kann erst im Rahmen der Ausübung des Ermessens berücksichtigt werden.

--- § 49 Abs. 3 Nr. 2: **Auflagenwidrige Verwendung von Leistungen**

- Problem: **Analoge Anwendung des § 49 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG auf rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakte?**

Wenn schon ein rechtmäßiger VA widerrufen werden kann, dann erst recht (a maiore ad minus) ein rechtswidriger VA. Effizienzerwägungen mögen dafür sprechen, die Frage der Rechtmäßigkeit in diesen Fällen offen zu lassen, str.

Beispiel

H bestand im Zweiten Staatsexamen für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen weder die erste Prüfung noch die Wiederholungsprüfung. Weitere Wiederholungsversuche sieht die Prüfungsordnung nicht vor. Dennoch wird H eine zweite Wiederholungsprüfung bewilligt, jedoch nur mit der Maßgabe, dass er sie bis spätestens zum 30.4. zu absolvieren habe.

Dem kommt H jedoch nicht nach. Darauf widerruft die zuständige Schulbehörde den Bescheid über die Zulassung zur zweiten Wiederholungsprüfung. Darf die Behörde den Bescheid auf § 49 VwVfG stützen?

Unterschiede

- **Widerruf nur mit Wirkung für die Zukunft**

- mit Entschädigungsanspruch des Betroffenen in den Fällen des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-5 VwVfG
- ohne Entschädigungsanspruch in den Fällen des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VwVfG

Vorsicht: Lagen die Tatsachen im Fall der Änderung der Sachlage bereits bei der Bekanntgabe des VA vor, kommt nur eine Rücknahme nach § 48 VwVfG in Betracht. Wirkt die Änderung von Rechtsvorschriften auf den Zeitpunkt des VA-Erlasses zurück, macht sie diesen rechtswidrig und es kommt ebenfalls nur eine Rücknahme nach § 48 VwVfG in Betracht.

- **Widerruf auch mit Wirkung für die Vergangenheit** bei Subventionsbescheiden

- nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG, wenn die gewährte Leistung nicht entsprechend ihrer Zweckbestimmung verwendet wird.
- nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG, wenn eine im VA enthaltene Auflage nicht erfüllt wird.

Beide Widerrufsgründe sind gegenüber § 49 Abs. 2 spezieller und deshalb vorrangig anzuwenden.

Europäisierung des Widerrufs?

- Um den Zugang zur Nordsee für Kreuzfahrtschiffe der Meyer-Werft sicherzustellen, erhält die Stadt Papenburg durch Planfeststellungsbeschluss die Genehmigung, die Ems bei Bedarf auszubaggern. Diese Genehmigung ist bereits vor vielen Jahren erteilt worden und bestandskräftig.
- Nachdem das betreffende Gebiet in die Liste von Schutzgebieten des Netzes Natura 2000 nach der FFH-Richtlinie aufgenommen worden ist, stellt sich für die zuständige Behörde die Frage, ob eine Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG durchzuführen ist, weil die Ausbaggerung geeignet ist, das unter Schutz gestellte Gebiet zu beeinträchtigen.
- Die Behörde gelangt zu der Auffassung, dass die ausgeübte Nutzung des gelisteten Gebietes geeignet ist, dieses fortschreitend zu beeinträchtigen. Sie sieht sich durch Europarecht, namentlich durch die FFH-Richtlinie zum Widerruf der Genehmigung betreffend die Vertiefung der Ems gezwungen. Die Meyer-Werft beruft sich demgegenüber auf die Bestandskraft der Verwaltungsentscheidung und auf Vertrauensschutz. Zu Recht?

Wiederaufgreifen des Verfahrens

- Beispiel: Grundstückseigentümer G wird durch Bescheid mit Rechtsmittelbelehrung zur Zahlung bestimmter Anliegerkosten aufgefordert. Er zahlt. Zwei Monate später erfährt er, dass Nachbar N nicht zur Zahlung herangezogen wurde. Er meint, die Verhältnisse bei ihm liegen nicht anders und der ihm gegenüber ergangene Bescheid sei rechtswidrig. Er teilt dies der Behörde mit, verlangt die Rücknahme des Bescheids und die Rückerstattung des bezahlten Geldes. Die Behörde lehnt das mit der Begründung ab, der Bescheid sei unanfechtbar geworden.
- Rücknahme und Widerruf betreffen die **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** der Aufhebung eines Verwaltungsakts. Das Wiederaufgreifen des Verfahrens betrifft die **vorgelagerte verfahrensrechtliche Frage**, ob die Behörde berechtigt und verpflichtet ist, einen unanfechtbaren VA erneut auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. § 51 VwVfG zeigt, dass die Bestandskraft des VA **keine absolute Sperre** bildet. Das Wiederaufgreifen führt zur Durchbrechung der Bestandskraft aus Gründen materieller Gerechtigkeit.

Struktur

- **zwei Begehren**
 - Behörde soll zum Wiederaufgreifen des Verfahrens veranlasst werden und den VA erneut überprüfen
 - aufgrund dieser Prüfung soll der VA aufgehoben werden.
- **Entscheidungsvarianten**
 - Behörde lehnt Wiederaufgreifen des Verfahrens ab: Umstritten ist die Einordnung der Entscheidung: Wiederholende Verfügung ohne VA-Qualität, feststellender VA oder Verfahrensentscheidung mit Regelungswirkung, nämlich keine Sachentscheidung zu treffen
 - Behörde greift das Verfahren wieder auf, überprüft den VA und will ihn aufrechterhalten. Ist das nach § 51 VwVfG möglich?
 - Behörde greift das Verfahren wieder auf, überprüft den VA und hebt ihn auf. Die Aufhebung des VA wird in einem positiven Zweitbescheid geregelt.

Nochmalige Überprüfung eines bestandskräftigen Verwaltungsakts

- Wiederaufgreifen ist eine **Verfahrensentscheidung**

hM sieht darin eine Regelung (mit der Rechtsfolge, eine erneute Sachentscheidung zu treffen). Es handelt sich somit um einen VA. Nach aA handelt es sich, wenn das Wiederaufgreifen abgelehnt wird, um eine bloße wiederholende Verfügung ohne Regelungswirkung.

Davon zu unterscheiden ist die nach positiver Entscheidung über das Wiederaufgreifen zu treffende **Sachentscheidung** über die Aufhebung des VA und/oder dessen Ersetzung durch einen anderen VA. Es ergeht ein Zweitbescheid.

- Umstritten ist das Verhältnis von § 51 VwVfG zu §§ 48, 49 VwVfG

M₁ **hintereinander** zu prüfen: Nach Wiederaufgreifen ist in einem zweiten Schritt eine Ermessensentscheidung über die Rücknahme bzw. den Widerruf zu treffen. Dies würde es der Behörde erleichtern, am Erstbescheid festzuhalten.

M₂ **alternativ**: Besteht nach § 51 VwVfG ein Anspruch auf Wiederaufgreifen, sind die §§ 48, 49 VwVfG nicht anwendbar. Besteht dagegen kein Anspruch auf Wiederaufgreifen, so ist das Ermessen des § 48 Abs. 1 S. 1 bzw. § 49 Abs. 1 S. 1 VwVfG auszuüben (hM).

Allgemeines Verwaltungsrecht

Wiederaufgreifen des Verfahrens

Grundzüge der Verwaltungsorganisation

Klausur

15. Juli, 9.00-11.00 Uhr

Raum CCH, Saal 3 (am Dammtor)

Rückgabe und Besprechungstermin wird
noch bekanntgegeben

Beispielsfall

D hat an einer amerikanischen Hochschule den "Doctor of Chiropractic" erworben. Ihren Antrag auf Genehmigung, diesen Dokortitel in Deutschland führen zu dürfen, lehnt die Behörde mit der Begründung ab, es gebe keine hinreichenden Belege dafür, dass es sich um eine "wissenschaftliche Hochschule" handele. Die Anfechtungsklage der D bleibt erfolglos.

Nach einigen Jahren stellt D erneut den Antrag auf Genehmigung der Titelführung in Deutschland. Zur Begründung verweist sie auf neue Stellungnahmen amerikanischer Institutionen, wonach die in die Rede stehende Bildungseinrichtung sehr wohl eine wissenschaftliche Hochschule sei. Kann D ein Wiederaufgreifen des Verfahrens erreichen?

Zulässigkeit

- Betroffene muss einen **Antrag** auf Wiederaufgreifen des Verfahrens stellen, § 51 Abs. 1 VwVfG
- VA muss **unanfechtbar** sein, regelmäßig wegen Ablaufs der Rechtsbehelfsfristen. Unanfechtbarkeit kann auch auf der Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils beruhen.
- Betroffene muss schlüssig darlegen, dass ein **Wiederaufgreifensgrund** gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1-3 VwVfG vorliegt.
- Betroffene muss **ohne grobes Verschulden** außerstande gewesen sein, den Grund für das Wiederaufgreifen in einem früheren Verfahren geltend zu machen, § 51 Abs. 2 VwVfG.
- Antrag ist innerhalb einer **Frist** von drei Monaten von dem Tag an, an dem der Betroffene von dem Grund für das Wiederaufgreifen Kenntnis erlangt hat, zu stellen, § 51 Abs. 3 VwVfG.

Begründetheit

- hängt davon ab, ob ein **Wiederaufgreifensgrund** gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1-3 VwVfG gegeben ist.
 - Nr. 1 **Änderung der Sach- oder Rechtslage** zugunsten des Betroffenen
 - Nr. 2 **Vorliegen neuer Beweismittel** (§ 26 VwVfG), die neu sind, wenn sie erst nach Abschluss des Verfahrens bekannt geworden sind. Sie müssen aber auf Tatsachen bezogen sein, die schon zur Zeit des Erlasses des VA vorlagen.
 - Nr. 3 Wiederaufnahmegründe im Sinne des **§ 580 ZPO**
- Liegt ein solcher Wiederaufgreifensgrund vor, **muss** die Behörde das Verfahren wieder aufgreifen.
- Umstritten ist, **auf welcher Rechtsgrundlage die neue Sachentscheidung** – ob der VA aufrechterhalten werden kann oder aufgehoben werden muss – zu erfolgen hat. §§ 48 f. VwVfG (Ermessen) oder materielles Recht (hM).

Das Verfahren ist in den Zustand wie vor der Erstentscheidung zu versetzen, d.h. Behörde ist zu einer neuen Sachentscheidung unter Zugrundlegung der neuen Sach- oder Rechtslage verpflichtet.

Voraussetzungen

Kumulativ

- Wiederaufgreifensantrag (§ 51 Abs. 1 VwVfG)
- **Unanfechtbarkeit des Erstbescheids (§ 51 Abs. 1 VwVfG)**
- Kein grobes Verschulden im Hinblick auf früheres Nichtgeltendmachen des Wiederaufgreifensgrundes (§ 51 Abs. 2 VwVfG)
- Wahrung der Drei-Monatsfrist (§ 51 Abs. 3 VwVfG)

Alternativ: **Wiederaufgreifensgrund**

- Nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage (Nr. 1)
zielt auf einen Widerruf. Änderung der Rechtssprechung ist regelmäßig keine Änderung der Rechtslage.
- Vorliegen neuer Beweismittel (Nr. 2)
zielt auf eine Rücknahme. Neue Sachverständigengutachten nur, soweit auf neue Tatsachen gestützt.
- Wiederaufnahmegründe nach § 580 ZPO (Nr. 3)

§ 51 Abs. 5 VwVfG

- § 51 VwVfG ist **nicht abschließend**.
- Außerhalb der Wiederaufgreifensgründe des § 51 Abs. 1 Nr. 1-3 VwVfG kann ebenfalls neu über die Rücknahme oder den Widerruf des VA entschieden werden. Auch ein solches **Wiederaufgreifen im weiteren Sinne**, also die Entscheidung darüber, ob der VA zurückgenommen oder widerrufen wird, kann der Bürger verlangen. Worin besteht der Unterschied?
- **Wiederaufgreifen im engeren Sinne (§ 51 VwVfG)**: Die Behörde muss den belastenden VA widerrufen, wenn sich die Sach- und Rechtslage zugunsten des Betroffenen geändert hat. Die Rücknahme eines belastenden VA liegt im Ermessen der Behörde, **aber die Aufrechterhaltung des ursprünglichen VA ist bei Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrund nach zutreffender Auffassung** (Maurer, § 11 Rn. 61) **ausgeschlossen**. Nimmt die Behörde den VA nicht zurück, handelt sie ermessensfehlerhaft (Ausnahme: § 50 VwVfG).
- **Wiederaufgreifen im weiteren Sinne (§§ 48, 49 VwVfG)**: Hier liegt – anders als bei § 51 VwVfG - nicht nur die Entscheidung über das Wiederaufgreifen im Ermessen der Behörde. Der Bürger hat einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Wiederaufgreifen, es bleibt jedoch beim **Aufhebungsermessen** nach §§ 48, 49 VwVfG.

prozessuale Konsequenzen

- § 51 VwVfG begründet eine Pflicht zum Wiederaufgreifen des Verfahrens, es gibt **kein Ermessen**.
Liegt ein Wiederaufgreifensgrund des § 51 VwVfG vor, so muss die Behörde eine neue Sachentscheidung entsprechend der materiellen Rechtslage treffen.
- Muss zunächst mit der **Verpflichtungsklage auf Wiederaufgreifen** geklagt werden?
Behörde habe sich noch gar nicht inhaltlich mit der Sache befasst. Für eine Klage auf die begehrte Sachentscheidung fehle es am Rechtsschutzbedürfnis.
- **Gegen ein gestuftes Vorgehen spricht jedoch die Prozessökonomie.**
Wenn und weil es bei der Sachentscheidung in den Fällen des § 51 VwVfG kein Ermessen gebe, ist bei der gebundenen Entscheidung sogleich die Klage auf die Sachentscheidung (unter Aufhebung des Rücknahmebescheids) zu richten.
- Also **zweistufiges Verfahren** mit der ersten Stufe der Prüfung und Entscheidung, ob in der Sache nochmals entschieden wird und falls ja, der zweiten Stufe einer erneuten Sachentscheidung. **Aber nur eine Klage!**
Verpflichtungsklage auf neue Sachentscheidung oder Anfechtungsklage zur Aufhebung der alten Sachentscheidung

Aufbau

- Zulässigkeit

Klageart (§ 88 VwGO): Verpflichtungsklage auf neue Sachentscheidung (ohne zuvor noch eigenständig auf Wiederaufgreifen des Verfahrens, hM lehnt Stufenklage ab). Möglich kann aber auch eine Anfechtungsklage gegen die Rücknahme oder den Widerruf sein.

- Begründetheit der Verpflichtungsklage

- 1. Anspruchsgrundlage**

- a) Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG, wenn (-) nach Ermessen
- b) Anspruchsgrundlage nach dem Fachgesetz für neue Sachentscheidung

- 2. Wiederaufgreifen des Verfahrens**

- a) Tatbestandsvoraussetzungen nur im Fall des § 51 VwVfG: Nr. 1-3. Außerhalb des § 51 keine Tatbestandsvoraussetzungen
- b) Rechtsfolge: im Fall des § 51 zwingend (kein Ermessen), außerhalb des § 51 weites Ermessen mit der Überprüfung von Ermessensfehlern nach § 114 VwGO

- 3. Neue Sachentscheidung**

Lösung

- D muss Antrag stellen.
- § 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG: Neue Beweismittel
Sachverständigengutachten sind grundsätzlich neue Beweismittel, vgl. § 26 Abs. 1 Nr. 2 VwVG. **Erforderlich ist jedoch, dass Beweismittel ihrerseits auf neuen Tatsachen beruhen.**
Anderenfalls bestünde die Möglichkeit, dass allein durch eine neue Stellungnahme das Verfahren wieder neu aufgerollt wird. Gutachten als neues Beweismittel muss zu der sicheren Überzeugung führen (können), dass die Behörde damals von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist und in Kenntnis der richtigen Verhältnisse zugunsten von D entschieden hätte, vgl. BVerwGE 82, 272 (277).
- D kann allein aufgrund neuer bzw. anderer Bewertungen zur wissenschaftlichen Anerkennung der Bildungseinrichtung, an der sie ihren "Doctor of Chiropractic" erworben hat, kein Wiederaufgreifen des Verfahrens erzwingen.
- Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 51 VwVfG steht die Rücknahme der Ablehnungsentscheidung im Ermessen der Behörden. Ermessensfehler sind jedoch nicht ersichtlich. Die Klage wird also als unbegründet abgewiesen.

Grundzüge der Verwaltungsorganisation

Wer macht was?

Träger öffentlicher Verwaltung

- Verwaltungsträger sind der Bund und die Länder (§ 1 Abs. 1 VwVfG). **Bund und Länder sind Träger der unmittelbaren Staatsverwaltung.**

Daneben gibt es noch die mittelbare Staatsverwaltung mit Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, aber auch den Gemeinden.

- Verwaltungsträger sind in der Regel **juristische Personen des öffentlichen Rechts** (Ausnahme: Beliehene). Sie haben eigene Rechtspersönlichkeit und sind Träger von Rechten und Pflichten, die selbst klagen und verklagt werden. Errichtet werden sie durch Gesetz oder aufgrund Gesetz, das dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

Organ, Behörde, Amt

- Juristische Personen – und damit auch Verwaltungsträger – sind Inhaber von Rechten und Pflichten, also rechtsfähig. Handlungsfähig werden sie jedoch erst durch **Organe**. Das sind nicht rechtsfähige Verwaltungsstellen, durch welche die Verwaltungsträger ihre Aufgaben erfüllen.

Verfassungsorgane: Bundestag, Bundesregierung etc.; Verwaltungsorgane: Regierungspräsident, Ordnungsbehörde, Finanzamt etc.; Universitätsorgane: Senat, Präsident etc.

- Solange das Organ als Werkzeug innerhalb des Verwaltungsträgers tätig wird, ist es bloßes Verwaltungsorgan. Handelt es im Außenverhältnis gegenüber einem Bürger oder einem verselbständigten Verwaltungsträger, wird es als **Behörde** tätig. Behörde ist nach § 1 Abs. 4 VwVfG jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Funktionaler Behördenbegriff: Abgestellt wird auf die Tätigkeit der Stelle. Sobald ein Staatsorgan, das nicht zur Verwaltung gehört, eine Verwaltungsaufgabe erledigt, ist es Behörde (zB Bundestagspräsident übt Hausrecht aus). Auch die Fakultät einer Universität kann Behörde sein, die "in eigenem Namen" Verwaltungsakte erlässt. Abgrenzung zur Gesetzgebung und Rechtsprechung, aber auch zu juristischen Personen des Privatrechts: Beliehene sind Private, aber mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut.

Organ, Behörde, Amt

- Verwaltungsträger haben Behörden, sind aber selbst keine Behörde.
Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sind nach dem Rechtsträgerprinzip gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. den Verwaltungsträger zu richten, deren bzw. dessen Behörde tätig geworden ist, **§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO**.
- Behörden sind innerorganisatorisch in verschiedene Aufgabenbereiche untergliedert, die häufig als Ämter bezeichnet werden, zB Bauamt, Ordnungsamt.
Das **Amt** wird von natürlichen Personen wahrgenommen, die Amtswalter.
Im Gegensatz zur Behörde besitzt das Amt keine Außenzuständigkeit im Verhältnis zum Bürger, weshalb nur die Behörde, nicht aber das ihr untergeordnete Amt bzw. dessen Amtswalter im Verwaltungsprozess klagen oder verklagt werden kann.
Macht die Fakultätsassistentin beim Dekan der Juristischen Fakultät einen Fehler, wird das dem Dekan bzw. der Fakultät als Behörde zurechnet.

Zuständigkeiten

- rechtssatzförmige Festlegung, welcher Verwaltungsträger und welches Verwaltungsorgan innerhalb der Verwaltungsorganisation eine bestimmte Aufgabe zu erledigen hat.
- Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit eines VA ist die Zuständigkeit der ersten Prüfungspunkt: Dabei ist zwischen **sachlicher und örtlicher Zuständigkeit** zu unterscheiden. § 48 Abs. 5 VwVfG verweist für die Rücknahme des VA hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit auf § 3 VwVfG, enthält aber keine Aussage zur sachlichen Zuständigkeit.

Sachlich zuständig für die Rücknahme ist die Behörde, die zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden VA zuständig wäre.

Nur der Verstoß gegen die örtliche Zuständigkeit hat die Nichtigkeit des VA zur Folge, vgl. § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

Verwaltungsaufbau

- Bundes- und Landesverwaltung
- Unmittelbare und mittelbare Bundes- oder Landesverwaltung
- **Unmittelbare Staatsverwaltung**, wenn Bund oder Länder durch eigene, nicht rechtsfähige Behörden tätig werden.

Mittelbare Staatsverwaltung, wenn ausgegliederte Verwaltungsträger handeln, der Bund oder das Land seine Verwaltungsaufgaben nicht durch eigene Behörden erfüllt, sondern durch rechtlich eigenständige Organisationen wahrnehmen lässt. Unterscheiden lassen sich Verwaltungsträger mit Selbstverwaltungsrechten (zB Gemeinden) und Verwaltungsträger ohne solche Befugnisse (zB Beliehene).

Unmittelbare Staatsverwaltung

- Oberste Stellen: **Oberste Bundesbehörde** kann Regierungsaufgaben, aber auch Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, zB Ministerium. Sie sind keiner anderen Behörde untergeordnet.

Mittlere und untere Behörden: Ausnahmsweise bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsaufbau, zB Bundeswehrverwaltung nach Art. 87b GG. Hier ist oberste Bundesbehörde die Bundesverteidigungsministerin, die Mittelinstanz bilden die Wehrbereichsverwaltungen und untere Behörden sind die (früheren) Kreiswehersatzämter. **In der Regel fehlt der unmittelbaren Bundesverwaltung aber der eigene Verwaltungsunterbau.**

- Außerhalb des Instanzenzugs: **Bundesoberbehörden**. Sie sind zwar einer obersten Bundesbehörde nachgeordnet, haben aber selbst keine nachgeordneten Behörden. Sie nehmen fachlich abgrenzbare Verwaltungsaufgaben für das gesamte Bundesgebiet wahr, zB Kraftfahrt-Bundesamt, Umweltbundesamt, Bundesnetzagentur.

Mittelbare Staatsverwaltung

- **Körperschaften** sind durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene, rechtsfähige und **mitgliedschaftlich** verfasste Organisationen des öffentlichen Rechts, zB *Hochschulen oder Gemeinden*.
- **Anstalten** sind ein durch Hoheitsakt geschaffener Bestand von sächlichen und/oder persönlichen Mitteln, der in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen Zweck dauernd zu dienen bestimmt ist. Eine Anstalt **hat keine Mitglieder, sondern Nutzer**, sei es freiwillig (zB kommunale Badeanstalt) oder gesetzlich (zB Strafvollzugsanstalten). Sie kann rechtsfähig sein, wie zB *öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (NDR)*.
- **Stiftungen** sind eine durch Hoheitsakt errichtete Organisation zur Verwaltung eines vom Stifter zweckgebunden übergebenen Bestands an Vermögenswerten (Kapital oder Sachgüter). **Stiftungen haben Nutznießer**, zB *Stiftung Preußischer Kulturbesitz*.

Beliehene

- Beispiel: TÜV
- Beliehene sind **natürliche oder juristische Personen des Privatrechts**, denen durch Gesetz, aufgrund Gesetzes oder im Wege eines Beleihungsvertrags einzelne **hoheitliche Aufgaben** zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind.

Im Außenverhältnis ist der Beliehene eine **Behörde** im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG. Obwohl der Beliehene ein Privatrechtssubjekt bleibt, kann er hoheitlich handeln, zB Verwaltungsakte erlassen oder Gebühren erheben. Er unterliegt jedoch der Rechts- und Fachaufsicht des beleihenden Verwaltungsträgers.

- **Abzugrenzen ist die Beleihung von der Verwaltungshilfe.** Der Verwaltungshelfer handelt nicht selbständig, sondern ist gewissermaßen Erfüllungsgehilfe der Verwaltung. Sein Handeln wird unmittelbar der Behörde zugerechnet, für die er tätig wird. Beispiele: Schülerlotsen, Dritte nach § 4b BauGB, Projektmanager nach § 29 NABEG.

Verwaltungshelfer sind weder Verwaltungsträger noch Behörde, es handelt sich um Fälle der funktionalen Privatisierung. Abgrenzung zu privaten Unternehmen, die im Auftrag des Staates selbständig, aber nicht hoheitlich tätig werden, vgl. *Maurer*, § 21 Rn. 15-17.

Privatisierung

- materielle Aufgabenprivatisierung (selten), zB Telekommunikation
- formelle Organisationsprivatisierung (häufig), zB Hamburger Hochbahn AG
- **funktionale Privatisierung:** Die Durchführung einer bestimmten Aufgabe wird auf ein Privatrechtssubjekt übertragen, an dem die Verwaltung nicht beteiligt ist. Die Verwaltung behält aber die Verantwortung für die Aufgabenerledigung und übt die Aufsicht über die private Stelle aus. Fehler sind der Behörde zuzurechnen.

Typische Form dieser Privatisierung ist die Verwaltungshilfe. Verwaltungshelfer sind Hilfsorgane der Verwaltung, die bei der Erledigung von Verwaltungsaufgaben unterstützend tätig werden. Es können aber auch selbständige Unternehmen eingeschaltet werden. Beispiel: Polizei bedient sich im Rahmen des Vollzugs des Straßenverkehrsrechts eines privaten Abschleppunternehmens. Die Aufgabenverantwortung verbleibt bei der Behörde. Gegenüber dem Bürger handelt die Behörde öffentlich-rechtlich.

lesen: *Maurer*, § 23 Rn. 30-64.