

D. TATKOMPLEX IV: DIE KAFFEEFAHRT

**Strafbarkeit des K nach § 263 I, III Nr. 1 StGB gegenüber und zulasten des R durch das Ausfüllenlassen des Überweisungsträgers**

**1. Tatbestandsmäßigkeit**

**a) Objektiver Tatbestand**

**aa) Täuschung.** Die Täuschung ist darin zu erachten, dass dem Kunden R ausdrücklich vorgespiegelt wurde, die Unterschrift auf dem Überweisungsträger sei zur technischen Abwicklung des Kaufvertrags notwendig.

**bb) Irrtum.** Hierdurch wurde bei R der Irrtum hervorgerufen, er hätte den K nur zum einmaligen Einzug des Kaufpreises berechtigt.

**cc) Vermögensverfügung und -Schaden.** Nach den herkömmlichen Grundsätzen der Schadensdogmatik könnte man in der Inbesitznahme des Überweisungsträgers einen Gefährdungsschaden erblicken. Die Übergabe des Überweisungsträgers wäre dann als Verhalten, das unmittelbar vermögensmindernd wirkt, anzusehen. Dieses Ergebnis erscheint aber unter Berücksichtigung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die eine Bilanzierbarkeit des Schadens einfordert,<sup>56</sup> fraglich. Hierbei kann auf das Kriterium der Vermeidemöglichkeit zurückgegriffen werden.<sup>57</sup> Angesichts der Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Weisung gegenüber dem Kreditinstitut (§ 130 I 2 BGB) ist ein Gefährdungsschaden vorliegend auszuschließen.<sup>58</sup> Ein weiterer Ansatzpunkt, um eine Vermögensverfügung bzw. -schädigung begründen zu können, ist die Auszahlung der angewiesenen Beträge durch die Bank, der keine Gegenleistung des K gegenübersteht. Hierbei stellt sich das weitgehend ungeklärte Problem der mehraktigen Verfügung.<sup>59</sup> Die Vermögensverfügung könnte demzufolge im Unterschreiben des Überweisungsträgers durch R (erster Teilakt) und der ihm noch zuzurechnenden Auszahlung der Überweisung durch die Bank (zweiter Teilakt) erachtet werden. Laut BGH soll dies möglich sein, „wenn die Kette der Verfügungen zwingende oder wirtschaftliche Folge des durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums und der Teilakt, der zum Vermögensverlust führt, dem Getäuschten zuzurechnen ist.“<sup>60</sup> Berücksichtigt man, dass der bei dem Kreditinstitut eingereichte Überweisungsträger auf einer Weisung des R beruht,<sup>61</sup> so kann in der Auszahlung der Überweisung eine kausal auf dem Irrtum beruhende Vermögensverfügung und in Höhe des nicht durch eine Gegenleistung gedeckten Auszahlungsbetrags ein Vermögensschaden angenommen werden.

**Hinweis:** Es erscheint durchaus vertretbar, der Vorgehensweise des BGH entgegenzutreten. So könnte man einwenden, dass die Figur der mehraktigen Vermögensverfügung dem Selbstschädigungscharakter des Betrugs und dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung widerspricht. Gute Bearbeiter würden sodann versuchen, einen Dreiecksbetrug über die Einreichung des Überweisungsträgers zu konstruieren. Die Täuschung könnte darin erachtet werden, dass K mit Eingabe des Trägers konkludent zum Ausdruck bringt, dieser sei ordnungsgemäß zustande gekommen. Da K jedoch lediglich als Erklärungsbote bei Übergabe bzw. Einwurf des Überweisungsträgers auftritt, gibt er keinen eigenen Erklärungsgehalt ab, sodass eine Täuschung ausscheidet.

**b) Subjektiver Tatbestand**

Vorsatz und eigennützige Absicht stoffgleicher Bereicherung sind gegeben.

**c) Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und Vorsatz**

**2. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**3. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall nach § 263 III 2 Nr. 1 StGB**

K, der stetig Kaffeefahrten veranstaltet und hierbei doppelt über zusätzliche Überweisungsträger den Kaufpreis für die Yogamatten in Ansatz bringt, sichert sich durch wiederholte Tatbegehungen eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang,<sup>62</sup> sodass er gewerbsmäßig iSd § 263 III 2 Nr. 1 StGB gehandelt hat.

**4. Ergebnis**

K hat sich gemäß § 263 I, III 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

**E. GESAMTERGEBNIS**

**Z:** §§ 263 I, III 2 Nr. 2; 147 I, 52 StGB.

**R:** §§ 242 I; 253, 255, 250 II Nr. 1 Var. 2; 123, 53 StGB.

**K:** § 263 I, III 2 Nr. 1 StGB.

56 BVerfGE 126, 170 (228 ff.) = NSStZ 2010, 626 (629 f.).

57 Statt aller LK/Schünemann (Fn. 11) StGB § 266 Rn. 181.

58 Vgl. BGH NSStZ 2014, 578.

59 Zur Überflüssigkeit dieser Rechtsfigur LK/Tiedemann (Fn. 11) StGB § 263 Rn. 111.

60 BGH NSStZ 2014, 578 (579).

61 BGH NSStZ 2014, 578 (579).

62 BGH NSStZ 2004, 265 (266).

Professor Dr. Mario Martini, Speyer\*

**Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Vertrauensschutz bei der Rücknahme (§ 48 II, III VwVfG)**

**Rechtswidrige VAe kollidieren mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und sind daher grundsätzlich rücknehmbar (§ 48 I 1 VwVfG). Für begünstigende VAe gilt das aber nicht uneingeschränkt. Ihre Rücknahme schließt das Gesetz mit Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Begünstigten unter bestimmten Voraussetzungen aus. Bei VAen, die**

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Europarecht und Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Der Beitrag ergänzt die Seiten 114 ff. seines Lehrbuchs zum Verwaltungsprozessrecht – Systematische Darstellung in Grafik-Text-Kombination, 6. Aufl. 2017 (im Erscheinen). Er knüpft an einen mehrteiligen Beitrag zu dieser Thematik an, der in JA 2012, 762 ff. und 2013, 442 ff. veröffentlicht worden ist, und vertieft diesen Überblick im Hinblick auf die besonderen Vertrauensschutzregelungen des § 48 II und III VwVfG für die Rücknahme begünstigender VAe.

Geld- oder Sachleistungen gewähren oder hierfür Voraussetzung sind, verleiht es dem Begünstigten dann Bestandsschutz (§ 48 II VwVfG; A.), bei sonstigen VAen Vermögensschutz in Gestalt eines Geldausgleichs (§ 48 III VwVfG; B.).

**A. GELD- ODER SACHLEISTUNGEN GEWÄHRENDE VAE (§ 48 II VwVfG)**

Geld- oder Sachleistungen gewährende VAe, wie zB Stipendienbewilligungen, aber auch solche VAe, die hierfür die Voraussetzung erst schaffen, etwa die Festsetzung des Besoldungsdienstalters gemäß § 27 II BBesG, darf die Verwaltung nicht zurücknehmen, soweit der Begünstigte auf den Bestand der Begünstigung vertraut hat (I.) und vertrauen durfte (II.) – § 48 II 1 VwVfG. Diese Einschränkung ist (ebenso wie der zeitliche Schutz, den § 48 IV VwVfG gewährt) Ausdruck rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes.

**I. Tatsächliches Vertrauen auf den Fortbestand**

Der Begünstigte vertraut auf den Bestand des VAes, wenn er fest damit rechnet, dass die Behörde den VA nicht aufheben wird.<sup>1</sup> Regelmäßig ist ihm das nur schwer zu widerlegen.

**II. Schutzwürdigkeit des Vertrauens**

Schutzwürdig ist das Vertrauen des Begünstigten, wenn sein Interesse am Bestand des VAes das öffentliche Interesse an der Aufhebung der rechtswidrigen Begünstigung überwiegt. Den komplexen Abwägungsprozess leitet § 48 II VwVfG durch Abschichtung von Fallgruppen an: Er benennt Konstellationen, in denen das Vertrauen nach seiner Wertung entweder *keinesfalls* besonderen Schutz genießt (Negativkatalog, 1.) oder *regelmäßig schutzwürdig* ist (Positivkatalog, 2.). In allen anderen Fällen tritt die Verwaltung in eine *offene Abwägung* mit einem weiten Rücknahmeermessen ein (3.).

**1. Gesetzlicher Ausschluss der Schutzwürdigkeit – Negativkatalog (§ 48 II 3 VwVfG)**

**a) Arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung (Nr. 1)**

Das Vertrauen des Begünstigten ist jedenfalls dann *nicht* schutzwürdig, wenn er den VA durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat (§ 48 II 3 Nr. 1 VwVfG). Diese Ausschlussstatbestände nehmen auf die zivil- und strafrechtlichen Begriffe des § 123 BGB sowie der §§ 263 (Betrug), 240 (Nötigung) und 334 StGB (Bestechung) Bezug und sind grundsätzlich wie diese auszulegen. „Erwirkt“ ist der VA durch eine solche unredliche Verhaltensweise, wenn das Handeln des Begünstigten (bzw. seines Vertreters, Bevollmächtigten oder eines von ihm Angestifteten oder Unterstützten)<sup>2</sup> zweck- sowie zielgerichtet auf den Erlass des VAes gerichtet und dadurch für diesen kausal war. Wer die entscheidende Ursache für die spätere Rücknahme gesetzt hat, entzieht einem schutzwürdigen Vertrauen in den Fortbestand des VAes von vornherein die Grundlage.

**b) Erwirken des VAes durch in wesentlicher Beziehung unrichtige oder unvollständige Angaben (Nr. 2)**

Nicht nur, wer den VA durch Betrug, Drohung oder Bestechung, sondern auch, wer ihn durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren, trägt maßgeblich zur Rechtswidrigkeit des VAes bei. Hätte die Behörde anders entschieden, wenn der Begünstigte die Angaben richtig gemacht hätte, ist ihm die Rechtswidrigkeit des VAes zurechenbar. Er ist dann nach der Wertung des

Gesetzgebers nicht schutzwürdig (§ 48 II 3 Nr. 2 VwVfG). Ausreichend ist, dass die Ursache für die Fehlerhaftigkeit der Angaben im Verantwortungsbereich des Begünstigten (nicht der Behörde) gelegen hat.<sup>3</sup> Auf sein Verschulden kommt es nicht an. Auch ein Mitverschulden der Behörde ist grundsätzlich unbeachtlich, solange die Grenze der Treuwidrigkeit (vgl. § 242 BGB) nicht, etwa infolge fehlerhafter Beratung, überschritten ist.

**c) Kennen oder Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit des VAes (Nr. 3)**

Selbst wenn der Begünstigte den Rücknahmegrund nicht selbst gesetzt hat, genießt sein Vertrauen keinen Schutz, wenn er die *Rechtswidrigkeit des VAes* kannte oder grob fahrlässig nicht kannte (§ 48 II 3 Nr. 3 VwVfG). Kenntnis oder Kennenmüssen der die Rücknahme rechtfertigenden *Tatsachen* genügt insoweit nicht. Vielmehr ist notwendig, dass der Begünstigte<sup>4</sup> den rechtlichen Fehler, den die Behörde begangen hat, und seine Folgen (im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre) kannte oder kennen musste. Grob fahrlässig handelt er, wenn er die von ihm zu erwartende Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt, namentlich einfachste, naheliegende Überlegungen nicht angestellt hat. Das tut er insbesondere dann, wenn er sich als Empfänger einer unionsrechtlichen Beihilfe nicht der ordnungsgemäßen Durchführung des Notifikationsverfahrens nach Art. 108 III 1 AEUV versichert hat.<sup>5</sup> Dies folgt in unionsrechtskonformer Auslegung des § 48 II 3 Nr. 3 VwVfG aus dem Effektivitätsgebot (Art. 4 III 2 EUV, Art. 197 I AEUV): Die Mitgliedstaaten müssen dem Unionsrecht bei seiner Anwendung zu effektiver Wirksamkeit verhelfen.<sup>6</sup>

**d) Rechtsfolge: intendiertes Ermessen**

Entfällt der Vertrauensschutz auf der Grundlage des § 48 II 3 VwVfG, schmilzt das Rücknahmeermessen der Behörde<sup>7</sup> zusammen: Sie hat den VA dann *idR mit Wirkung für die Vergangenheit* zurückzunehmen (§ 48 II 4 VwVfG). Ihr steht nur ein intendiertes Ermessen zu Gebote. Eine Rücknahme *ex nunc* oder der gänzliche Verzicht auf die Rücknahme ist dann lediglich in besonderen Ausnahmefällen zulässig.

**2. Regelfälle der Schutzwürdigkeit – Positivkatalog (§ 48 II 2 VwVfG)**

Ist das Vertrauen des Begünstigten nicht schon aufgrund seines unredlichen Vorverhaltens ausgeschlossen, erweist es

1 Das setzt notwendig auch die Kenntnis des Betroffenen von dem (ggf. fingierten) VA voraus; BVerwGE 48, 87 (92).  
 2 Dieser Zurechnungsgrundsatz gilt in allen Konstellationen des § 48 II 3 VwVfG, vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, VwVfG § 48 Rn. 164. Handelt ein Dritter, der nicht Teil dieses Personenkreises ist, greift Nr. 1 zwar nicht, allerdings kann die Interessenabwägung nach S. 2 ggf. eine Rücknahme gebieten, Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2016, VwVfG § 48 Rn. 114.  
 3 Daran fehlt es etwa, wenn das Antragsformular, das die Behörde vorhält, bestimmte bewilligungsrelevante Angaben nicht vorsieht, vgl. BVerwGE 88, 278 (285).  
 4 Zur Zurechnung von Fehlern Dritter s. Fn. 2.  
 5 Grundsätzlich gilt dies auch, wenn die Kommission in einem später durchgeführten Notifikationsverfahren die Rechtmäßigkeit der Subvention feststellt. Ihre abschließende Entscheidung hat nämlich nicht die Heilung der unter Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV ergangenen und deshalb rechtswidrigen Bewilligung zur Folge. Von einer Rücknahme kann die Behörde in einem solchen Fall aber uU im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung absehen (str.). Dann sind in diesem Zeitraum #ausgezählte Subventionen jedoch zu verzinsen (§ 49 a III VwVfG), EuGH EuZW 2008, 145 (146f.); Calliess/Ruffert/Cremner, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 108 Rn. 14; vgl. für das Zivilrecht auch BGH NVwZ-RR 2012, 960 (963) Rn. 21.  
 6 Dazu etwa Grabitz/Hilf/Nettesheim/Classen, Das Recht der Europäischen Union, 55. EL 2015, AEUV Art. 197 Rn. 25f.  
 7 Grundsätzlich zum Umfang der Ermessensentscheidung unter 3.

ÜBUNGSBLÄTTER STUDENTEN

sich regelmäßig dann als schutzwürdig, wenn er sein Vertrauen *ins Werk gesetzt* hat, dh die gewährten Leistungen verbraucht (a) oder Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter Inkaufnahme unzumutbarer Nachteile rückgängig machen kann (b; § 48 II 2 VwVfG).

a) Ein *Verbrauch* setzt erst mit der Minderung des Bestandes oder der Substanz des aufgrund des VAes Erhaltenen ein. Das Gesetz legt insoweit vergleichbare normative Wertmaßstäbe wie beim Wegfall der Bereicherung nach § 818 III BGB an: Sind die Leistungen im Vermögen wirtschaftlich noch vorhanden, zB beim Erwerb langlebiger Wirtschaftsgüter oder bei Schuldentilgung, liegt noch kein Verbrauch vor. Gleiches gilt, wenn der Begünstigte Ausgaben erspart hat, die er sonst notwendigerweise getätigt hätte.<sup>8</sup>

b) *Vermögensdispositionen* iSd § 48 II 2 VwVfG umfassen jedes Verhalten, dem *subjektiv* das Vertrauen auf den Bestand des VAes zugrunde liegt und das *objektiv* im Falle einer Rücknahme nachteilige wirtschaftliche Konsequenzen nach sich zieht – etwa eingegangene Verpflichtungen aus Kauf- oder Werkverträgen, das Ausheben einer Baugrube oder die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nicht die Auszahlung des Geldes, sondern die Veranlassung der Dispositionen.

### 3. Offene Abwägung

Soweit das Gesetz die Schutzwürdigkeit des Vertrauens weder nach § 48 II 3 VwVfG ausschließt noch nach § 48 II 2 VwVfG indiziert, ordnet es eine offene Abwägung zwischen den Interessen des Begünstigten am Fortbestand des Vorteils und dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme des rechtswidrigen VAes an (§ 48 II 1 VwVfG aE). In die Entscheidungsfindung sind insbesondere die Folgen der Rücknahme für den Begünstigten, die seit der Gewährung verstrichene Zeit (vgl. dazu auch § 48 IV VwVfG) sowie die Zurechenbarkeit des Rücknahmegrundes einzustellen. Maßgeblich ist, ob das schutzwürdige Vertrauen des Betroffenen in den Bestand des VAes bei einer sachgerechten Gewichtung hinter dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung eines gesetzmäßigen Zustandes zurückbleibt. Die Behörde hat eine Ermessensentscheidung zu treffen (§ 48 I 1 VwVfG). Ihr Spielraum erstreckt sich dabei nicht nur auf das „Ob“, sondern auch auf das „Wie“ der Rücknahme, namentlich auf den Aufhebungszeitraum (*ex tunc/ex nunc*) und ihre inhaltliche Reichweite (vollständig/teilweise). Die behördliche Entscheidung ist gerichtlich grundsätzlich nur auf Ermessensfehler überprüfbar (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO).

Verstößt der VA gegen Unionsrecht, reduziert der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz das behördliche Ermessen jedoch grundsätzlich auf Null.<sup>9</sup> Gleiches gilt bei einer Selbstbindung der Verwaltung aufgrund einer verfestigten Aufhebungspraxis der Behörde in gleich gelagerten Fällen.<sup>10</sup>

### B. SONSTIGE BEGÜNSTIGENDE VAE (§ 48 III VwVfG)

Bei VAen, die keine Geld- oder Sachleistungen gewähren oder hierfür Voraussetzung sind, wie zB bei Sondernutzungserlaubnissen, Baugenehmigungen oder der Verleihung des Doktorgrades, schließt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens die Rücknahme nicht kategorisch aus. Vielmehr erhält der Begünstigte als Ausgleich für sein schutzwürdiges, enttäuschtes Vertrauen regelmäßig allenfalls einen Anspruch auf Vermögensausgleich in Geld (§ 48 III VwVfG<sup>11</sup>): Er kann nur verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er

ohne sein Vertrauen auf den Bestand des VAes gestanden hätte (negatives Interesse)<sup>12</sup> – nicht aber, wie er ohne eine Rücknahme stehen würde (positives Interesse).

Dass sich der Vertrauensschutz bei VAen iSd § 48 III VwVfG auf eine Geldzahlung beschränkt, das Gesetz also – vereinfacht ausgedrückt – keinen echten Bestands-, sondern nur Vermögensschutz gewährt,<sup>13</sup> gründet sich auf die Staatsbezogenheit dieser VAe:<sup>14</sup> Eine rechtswidrige Erlaubnis aufrechtzuerhalten, die nicht nur Geld- oder Sachleistungen gewährt, wäre mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in einer rechtsstaatlichen Ordnung nur bedingt vereinbar.

Sinnfällig wird dies etwa am Beispiel einer rechtswidrigen Erlaubnis zum Betrieb einer atomrechtlichen Anlage oder einer rechtswidrigen Waffenerlaubnis. Der Inhaber der Begünstigung hat dann zwar grundsätzlich keinen Anspruch darauf, weiterhin ein AKW zu betreiben oder eine Waffe zu besitzen – die Behörde kann ihm den Vorteil durch Rücknahme entziehen. Das schließt aber nicht gänzlich aus, dass die Behörde den VA dennoch aufrechterhält. Ihr kommt grundsätzlich weiterhin ein Rücknahmeermessen zu (§ 48 I 1 VwVfG).

Wenn ein Ersatz in Geld keinen ausreichenden Ausgleich ermöglicht, hat die Behörde die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Bestand des VAes als Teil ihres Rücknahmeermessens in Rechnung zu stellen (*str.*)<sup>15</sup> Sie darf den VA überdies grundsätzlich nur binnen der Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG zurücknehmen.

Die Festsetzung einer Entschädigung gem. § 48 III 3 VwVfG ist keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Rücknahme. Die Entschädigung erhält der Betroffene auch nicht von Amts wegen. Er muss sie binnen einer Ausschlussfrist von einem Jahr beantragen, nachdem die Behörde ihn auf die Frist hingewiesen hat (§ 48 III 1, 5 VwVfG).

### C. SONDERFALL: BEGÜNSTIGENDER VA MIT BELASTENDER DRITTWIRKUNG (§ 50 VwVfG)

Für einen besonderen Fall, nämlich begünstigende VAe mit belastender Drittwirkung, wie zB Baugenehmigungen, schließt das Gesetz die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in weitem Umfang aus: Hebt die Ausgangsbehörde einen solchen VA auf, nachdem ein betroffener Dritter, zB ein Nachbar, Widerspruch oder Anfechtungsklage erhoben hat, kann sich der Begünstigte ausnahmsweise nicht auf den Vertrauensschutz des § 48 I 2 und II–IV VwVfG berufen. So verfügt es § 50 VwVfG. Ihm liegt eine nachvollziehbare Wertung zugrunde: Hat ein Dritter einen begünstigenden VA angefochten, ist der Inhaber der Begünstigung dadurch bereits hinreichend „vorgewarnt“; ein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand des VAes kann sich in seinem Fall nicht bilden.

8 BayVGh BayVbl. 2003, 152 (153).

9 Isensee/Kirchhof/Streinz, Handbuch des Staatsrechts X, 2012, § 218 Rn. 24. Ausführlich Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 2) VwVfG § 48 Rn. 270 ff.

10 Dazu im Einzelnen Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 2) VwVfG § 40 Rn. 103 ff.

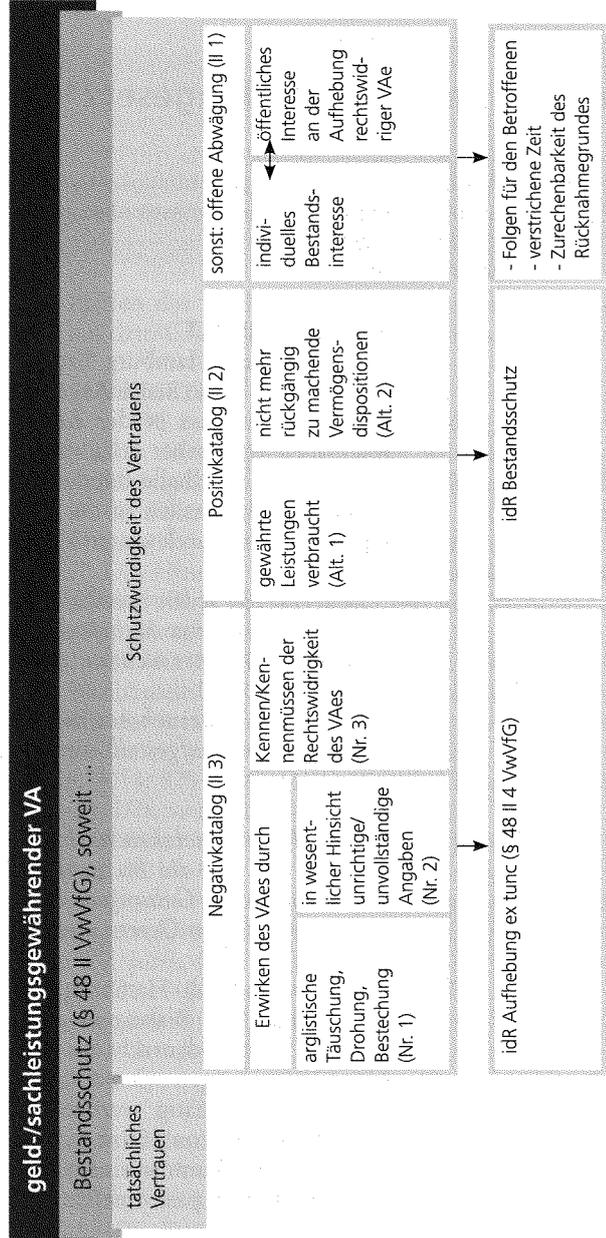
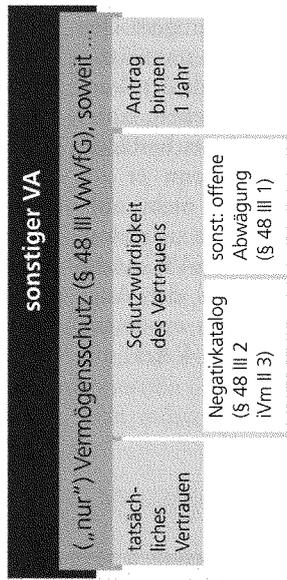
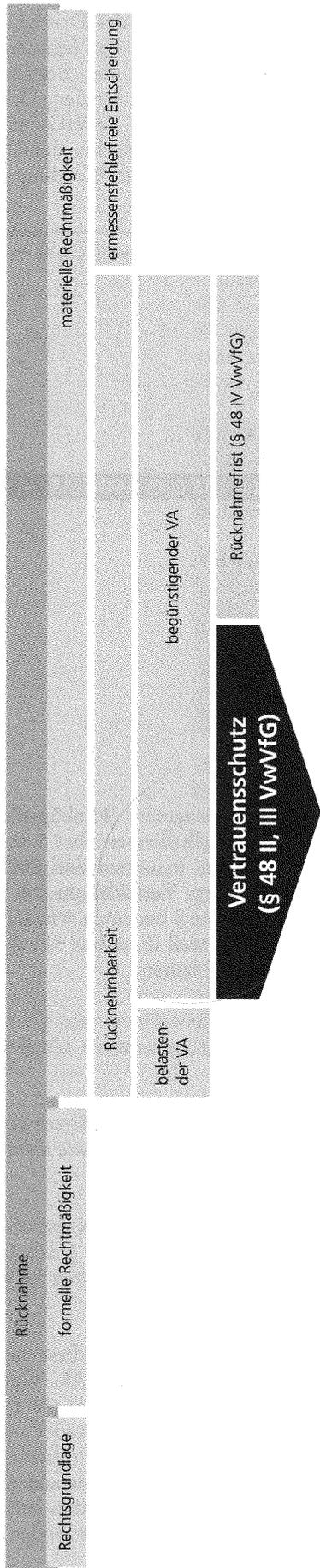
11 Dazu Martini, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2011, 134 f.

12 Vgl. auch die ähnliche Wertung in §§ 122 I, 179 II BGB; auch hier ist der Ausgleichsanspruch – ebenso wie nach § 48 III 3 VwVfG – in seiner Höhe durch das positive Interesse begrenzt.

13 Die Folgen des Vertrauensschutzes in § 48 II und III VwVfG bleiben sich im Ergebnis aber weitgehend gleich: In beiden Fällen gewährt der Gesetzgeber wirtschaftlichen Erwartungsschutz. Bei Geld- oder Sachleistungen gewährenden VAen besteht dieser in deren Nichtaufhebbarkeit, in allen anderen Fällen in einer Geldzahlung.

14 BT-Drs. 7/910, 71.

15 Erbgruth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2016, § 16 Rn. 18; Kopp/Ramsauer (Fn. 2) VwVfG § 48 Rn. 137; Knack/Henneke/Peuker, VwVfG, 10. Aufl. 2014, VwVfG § 48 Rn. 67 f.



§ 50 VwVfG schließt den Vertrauensschutz aber nicht pauschal aus, sondern knüpft ihn an Voraussetzungen: Der Rechtsbehelf des Dritten darf nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet sein (str.).<sup>16</sup> Die Vorschrift will der Verwaltung nämlich kein Instrument an die Hand geben, einen VA ohne Rücksicht auf die Vertrauensschutztatbestände des § 48 II, IV VwVfG zurückzunehmen, wenn er im Rahmen einer Drittanfechtung (offensichtlich) nicht aufgehoben werden könnte bzw. müsste. Das ergibt sich zwar nicht zweifelsfrei aus dem Wortlaut des § 50 VwVfG, sehr wohl aber aus seiner Ratio: Die Vorschrift soll der Ausgangsbehörde die Möglichkeit eröffnen, einer zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Aufhebung eines VAes mit

belastender Drittwirkung durch Rücknahme zuvorzukommen. Nur wenn der Rechtsbehelf des Dritten eine realistische Erfolgsaussicht hat, kann er ein legitimes Vertrauen zerstören. Anderenfalls kann sich der Begünstigte weiter auf sein schutzwürdiges Vertrauen berufen. Der Ausschluss des Vertrauensschutzes nach § 50 VwVfG reicht also nur so weit wie die schutzwürdigen Rechte des Dritten – das deutet die Vorschrift auch mit der Wendung „abgeholfen wird“ an.

<sup>16</sup> So bspw. Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 2) VwVfG § 50 Rn. 99 mwN.

Professor Dr. Guy Beaucamp, Hamburg\*

## „Streit um das neue Spielhallengesetz“

THEMATIK	Gesetzgebungszuständigkeit und Grundrechtsprüfung
SCHWIERIGKEITSGRAD	Mittel-/Schwer (Semesterabschlussklausur)
BEARBEITUNGSZEIT	3 Stunden
HILFSMITTEL	GG

### ■ SACHVERHALT

Die Hansestadt Hamburg hat im Jahr 2012 ein Spielhallengesetz (HmbSpielhG) erlassen, welches eine Reihe neuer Regelungen enthält, die dem Spielhallenbetreiber S wenig gefallen. Von 2015 an muss er die Zahl der Automaten-Spielgeräte in seinen drei 2005 eröffneten Spielhallen von bisher erlaubten zwölf auf acht vermindern. Von 2017 an soll der Abstand zur nächsten Spielhalle mindestens 500 m betragen, was für S bedeuten würde, dass er eine seiner zwei Spielhallen in der F-Straße schließen müsste, weil diese nur 350 m auseinander liegen. Die für Sie relevanten Vorschriften des HmbSpielhG lauten:

„§ 2 III: Für jeden Spielhallenstandort darf nur ein Unternehmen nach § 1 II zugelassen werden (Verbot von Mehrfachkonzessionen). Der Abstand zu weiteren Unternehmen nach § 1 II soll 500 Meter nicht unterschreiten. ...“

§ 4 III: In Unternehmen nach § 1 II darf je 12 qm Grundfläche höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät aufgestellt werden; die Gesamtzahl darf jedoch acht Geräte nicht übersteigen. ...“

§ 9 III: Unternehmen nach § 1 II, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33 i GewO erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht vor dem 30. Juni 2017 endet, gelten bis zum 30. Juni 2017 als mit diesem Gesetz vereinbar. ...“

S bezweifelt, ob Hamburg die nötige Gesetzgebungsbefugnis für diese neuen Rechtsvorschriften hat. Bislang seien die Glücksspielgeräte allein nach § 33 i GewO geregelt gewesen. Das Bodenrecht sei außerdem eine Bundesmaterie gemäß Art. 74 I Nr. 18 GG, Abstandsregelungen seien zum Bodenrecht zu zählen, da dürften die Länder also überhaupt nicht gesetzlich tätig werden. S rügt ferner, dass sich andere Bundesländer mit einem Mindestabstand von 300 m zufrieden gäben, der Hamburger Mindestabstand von 500 m sei ungerecht und komme einem Berufsverbot für Neueinsteiger gleich. Man solle sich nichts vormachen: Ein passionierter Spieler würde auch 500 m locker überwinden, sodass der

\* Der Verfasser ist Professor an der Hamburger Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Fakultät Wirtschaft und Soziales, Department Public Management.