

Professor Dr. Mario Martini, Speyer*

Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Überblick über die Rücknahme nach § 48 VwVfG (Teil 2)

Rechtswidrige VAe sind zwar fehlerhaft, aber wirksam. Solange sie nicht aufgehoben bzw. ausnahmsweise nach § 44 VwVfG nichtig sind, ist ihr Regelungsgehalt für alle Betroffenen rechtlich bindend (§ 43 II, III VwVfG). An ihrer Aufhebung besteht aber grundsätzlich ein Interesse der Allgemeinheit. Denn rechtswidrige VAe kollidieren mit dem Verfassungsprinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns (Art. 20 III GG). Die Verwaltung darf sie daher grundsätzlich aufheben – und zwar auch nach Eintritt der Bestandskraft. Dabei muss sie aber Vertrauensschutzinteressen Begünstigter beachten.

A. RECHTSGRUNDLAGE FÜR DIE AUFHEBUNG RECHTSWIDRIGER VAe

Die Aufhebung eines VAes bedarf grundsätzlich einer Rechtsgrundlage. Eine solche hat der Gesetzgeber in zahlreichen Vorschriften, etwa § 15 I GastG, § 45 I WaffG, § 14 BBG bzw. § 12 BeamStG, § 35 StAG, spezialgesetzlich verankert. Soweit sie keine abschließende Regelung treffen, kommt subsidiär § 48 I VwVfG als *lex generalis* zur Anwendung.

Diese Rücknahmevorschriften knüpfen an rechtswidrige VAe an; für rechtmäßige VAe kommt nur ein Widerruf in Betracht (§ 49 VwVfG). Die Rechtswidrigkeit eines VAes¹ kann sich dabei aus formellen oder inhaltlichen Gründen ergeben.

Maßgeblich ist insoweit der Zeitpunkt seines Erlasses.² Spätere Änderungen der Sach- oder Rechtslage ändern an der Rechtswidrigkeit grundsätzlich nichts.³ Das ergibt sich mittelbar aus der Regelung des § 49 II 1 Nr. 3 und 4 VwVfG: Dort sieht das Gesetz für nach Erlass des VAes eintretende Änderungen der Sach-/Rechtslage eigene Wideraufgründe vor. Es geht damit davon aus, dass ein ursprünglich rechtmäßiger VA auch bei Änderungen der Sach-/Rechtslage rechtmäßig bleibt. Für ihn kommt daher nach der Wertung des Gesetzes nur ein Widerruf, nicht aber eine Rücknahme infrage.

Besonderheiten bestehen insoweit bei VAen mit *Dauerwirkung*, zB Verkehrszeichen. Deren Rechtmäßigkeit setzt nämlich wesensmäßig voraus, dass die rechtlichen und tatsächlichen Umstände, die bei ihrem Erlass existierten, auch in Zukunft fortbestehen. Rechtmäßige DauerVAe können daher rechtswidrig werden (mit der Folge, dass nicht § 49, sondern § 48 VwVfG einschlägig ist) und umgekehrt.

Bei *nichtigen und erledigten VAen* bedürfte es einer Aufhebung an sich nicht. Denn diese sind bereits unwirksam, entfalten mithin keine Regelungswirkung (§ 43 II aE, III VwVfG). Von ihnen kann aber ein Rechtsschein der Wirksamkeit ausgehen. Die Verwaltung ist daher berechtigt, auch solche VAe durch klarstellenden VA zurückzunehmen (str.).⁴

B. FORMELLE RECHTMÄßIGKEIT DER RÜCKNAHME

Formell rechtmäßig ist die Rücknahme eines VAes nur dann, wenn die handelnde Behörde für die Rücknahme zuständig ist (unten I.), das zur Aufhebung führende Verwaltungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt und die Formvorschriften beachtet hat (unten II.).

I. Zuständigkeit

Welche Behörde für die Rücknahme *sachlich* zuständig ist, regelt § 48 VwVfG nicht explizit. Vielmehr bestimmt sich das nach den allgemeinen Regeln des für den Erlass des VAes einschlägigen Fachrechts. Sachlich zuständig ist danach diejenige Behörde, die für den Erlass des VAes sachlich zuständig war, zB die Baubehörde für eine Abrissverfügung oder die Wasserbehörde für eine wasserrechtliche Erlaubnis.

Anders als für die sachliche Zuständigkeit hält das VwVfG für die *örtliche* Zuständigkeit eine ausdrückliche Regelung vor: Örtlich zuständig ist diejenige Behörde, die für den Erlass des AusgangsVAes nach § 3 VwVfG örtlich zuständig ist (§ 48 V VwVfG). Das muss nicht diejenige sein, die den VA tatsächlich *erlassen hat*. Entscheidend ist vielmehr, wer für dessen Erlass *zuständig* gewesen *wäre*.⁵

II. Verfahren und Form

Vor der Aufhebung eines begünstigenden VAes ist der Adressat anzuhören (§ 28 I VwVfG). Der Bescheid ist zu begründen (§ 39 I VwVfG).

C. MATERIELLE RECHTMÄßIGKEIT DER RÜCKNAHME

I. Rücknehmbarkeit

Unter welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine Behörde einen VA zurücknehmen darf, bestimmt sich danach, ob er belastend (unten 1.) oder begünstigend (unten 2.) ist.

1. Belastender VA

Belastende VAe, also solche, die in subjektive Rechte des Adressaten eingreifen, kann die Behörde grundsätzlich uneingeschränkt zurücknehmen (§ 48 I 1 VwVfG).

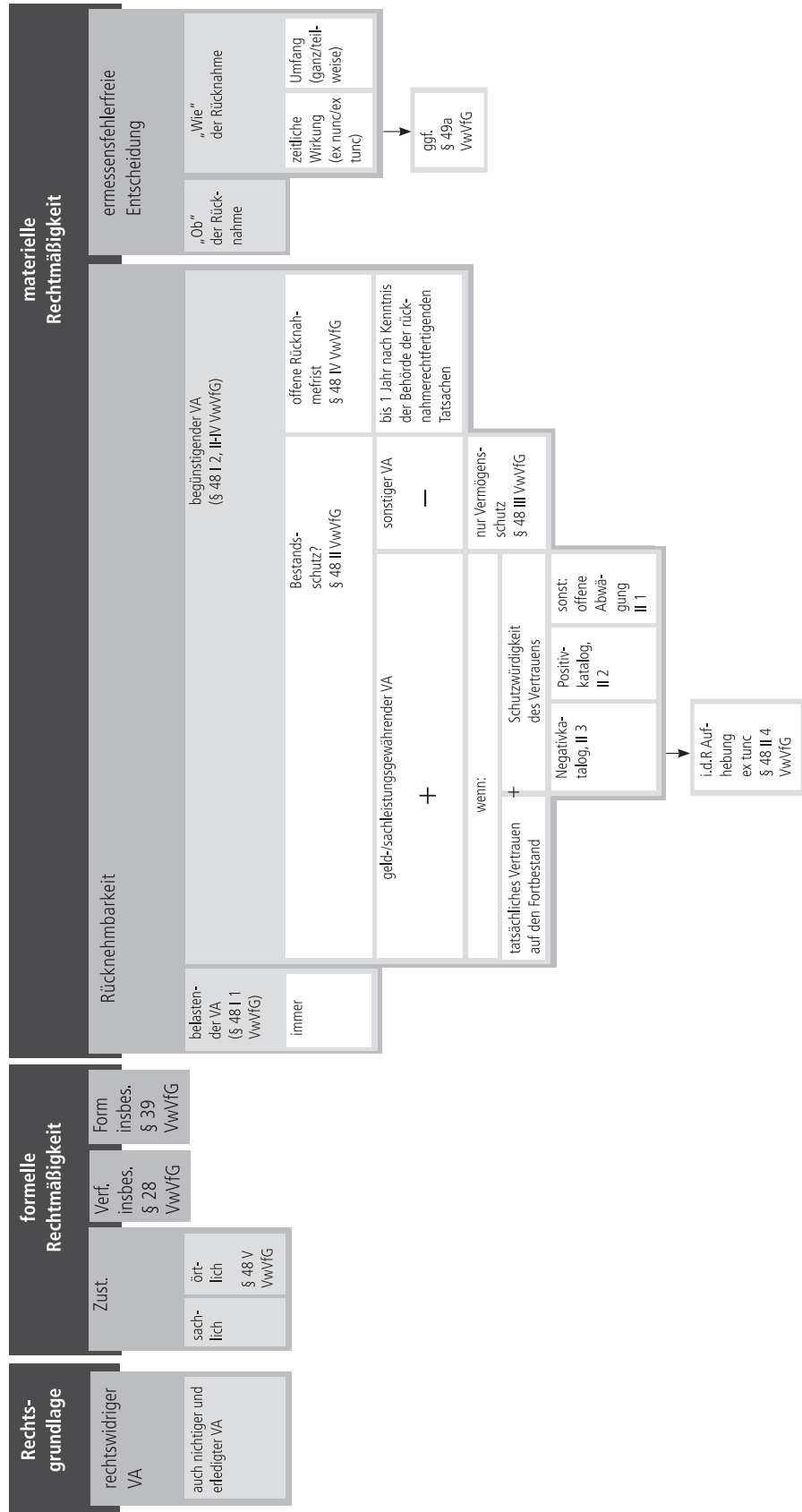
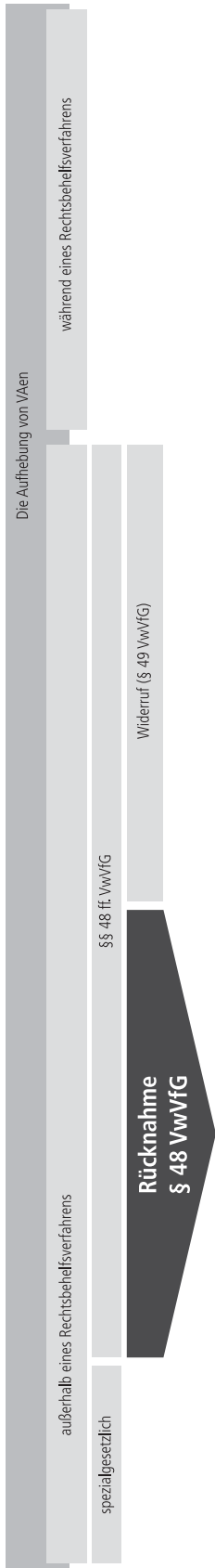
2. Begünstigender VA

Für begünstigende VAe begrenzt der Gesetzgeber die Aufhebungsbefugnis demgegenüber (§ 48 I 2 VwVfG). Das schutzwürdige Interesse des Begünstigten am Fortbestand des VAes kann einer Aufhebung entgegenstehen (§ 48 II, IV VwVfG).

Begünstigend ist ein VA dann, wenn er „ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt“ (§ 48 I 2 VwVfG). Manche VAe haben sowohl begünstigende als auch belastende Elemente, wie zB ein VA mit Befristung, Bedingung oder Widerrufsvorbehalt (sog. *VAe mit Mischcharakter*). Bei ihnen bereitet die Zuordnung zu § 48 I 1 bzw. § 48 I 2 VwVfG

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Der Beitrag ergänzt die Seiten 114 ff. seines Lehrbuchs zum *VerwProzR – Systematische Darstellung in Grafik-Text-Kombination*, 5. Aufl. 2011. Er knüpft an Teil 1 der Serie (JA 2012, 762 ff.) an und vertieft diesen Überblick, greift namentlich die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Rücknahme im Einzelnen heraus.

1 Diese ist im Rahmen eines Gutachtens insoweit inzident zu prüfen. Dazu *Martini*, *VerwProzR*, 5. Aufl. 2011, 108 ff.
 2 *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, 13. Aufl. 2012, § 48 Rn. 15, 57 ff.; *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, *VwVfG*, 7. Aufl. 2008, § 48 Rn. 38, 57.
 3 Vgl. dazu auch *Martini* (Fn. 1) 158 f.
 4 Vgl. dazu *Kopp/Ramsauer* (Fn. 2) § 48 Rn. 15, 18 f.
 5 Vgl. *BVerwG NVwZ-RR* 1996, 538; *BVerwGE* 110, 224 (230 ff.); *Martini JuS* 2003, 266 (267). Für die sachliche Zuständigkeit gilt insoweit das Gleiche.



Schwierigkeiten. Hier gilt: Sind die begünstigenden und die belastenden Elemente untrennbar miteinander verwoben, wie zB im Falle der Einbürgerung, gelten die Regeln für begünstigende VAe. Sind die Elemente demgegenüber trennbar, wie zB eine einem VA beigefügte Auflage, sind für den einen Teil die Regelungen für belastende, für den anderen Teil die Regelungen für begünstigende VAe anzuwenden.⁶

Für die Begünstigung im Sinne des § 48 I 2 VwVfG kommt es allein auf die Person des Adressaten an: Eine *Drittbegünstigung*, zB die durch eine Abrissverfügung eintretende Begünstigung des Nachbarn, macht den VA nicht zu einem begünstigenden. Es handelt sich dann um einen belastenden VA mit begünstigender Drittwirkung.

Begünstigende VAe sind nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers nur insoweit rücknehmbar, als das Interesse der Allgemeinheit an der Aufhebung das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Fortbestand der Begünstigung überwiegt. Die Rücknahme ist daher ausgeschlossen, soweit § 48 II VwVfG dem Betroffenen Bestandsschutz verleiht (unten a) oder die Rücknahmefrist verstrichen ist (§ 48 IV VwVfG, unten b).⁷

a) Bestandsschutz?

aa) Geld-/sachleistungsgewährende VAe (§ 48 II VwVfG). Bestandsschutz verleiht das Gesetz nur VAen, die eine Geld- oder Sachleistung gewähren oder hierfür Voraussetzung sind. Sie dürfen ausnahmsweise nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des VAes vertraut hat und vertrauen durfte (§ 48 II 1 VwVfG). Ob der Begünstigte auf den Bestand vertrauen durfte, hat die Behörde auf der Grundlage einer Abwägung des individuellen Bestandsinteresses mit dem öffentlichen Interesse an einer Aufhebung des rechtswidrigen VAes zu ermitteln. Das Bestandsinteresse des Begünstigten stuft das Gesetz jedenfalls dann als nicht schutzwürdig ein, wenn dieser den VA durch sein Verhalten, namentlich durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung (§ 48 II 3 Nr. 1 VwVfG) bzw. falsche Angaben (Nr. 2), erwirkt hat oder die Rechtswidrigkeit kannte bzw. grob fahrlässig nicht kannte (Nr. 3) – Negativkatalog. Umgekehrt ist das Vertrauen des Begünstigten in der Regel schutzwürdig, wenn er gewährte Leistungen verbraucht oder Vermögensdispositionen getroffen hat – Positivkatalog (§ 48 II 2 VwVfG). In allen anderen Fällen ist das Abwägungsergebnis grundsätzlich offen. Die Behörde hat dann schutzwürdige Vertrauensinteressen des Einzelnen und das Aufhebungsinteresse der Öffentlichkeit einander gegenüberzustellen und nach pflichtgemäßem Ermessen über die Rücknahme zu entscheiden (vgl. auch unten II.).

bb) Sonstiger VA (§ 48 III VwVfG). Bei anderen als geld-/sachleistungsgewährenden VAen, zB einer waffenrechtlichen Erlaubnis oder einer Bescheinigung über das Bestehen einer Prüfung, lässt das Gesetz die Rücknahme auch bei schutzwürdigem Vertrauen des Begünstigten zu. Denn bei solchen VAen geht das Interesse am Fortbestand des VAes über reine Vermögensinteressen hinaus. Es berührt auch sonstige, immaterielle Gestaltungsinteressen der Rechtsordnung. Das Gesetz gewichtet das öffentliche Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände daher höher als das Bestandsschutzinteresse des Begünstigten. Der Gesetzgeber tastet zwar den Bestand des VAes grundsätzlich⁸ an, gewährt aber Vertrauensschutz: Die vermögensbedingten Nachteile, die dem Begünstigten durch die Rücknahme entstehen, sind auf Antrag in Geld auszugleichen – vorausgesetzt, das Vertrauen auf den Bestand des VAes ist schutzwürdig (§ 48 III VwVfG).⁹

b) Offene Rücknahmefrist

Die Rücknahme begünstigender VAe ist grundsätzlich nur innerhalb eines Jahres ab Kenntnisnahme der Behörde von den die Rücknahme rechtfertigenden Tatsachen zulässig (§ 48 IV 1 VwVfG). Zu diesen Tatsachen zählen dabei auch Rechtsanwendungsfehler.¹⁰

Bei § 48 IV VwVfG handelt es sich nach Ansicht des BVerwG um eine *Entscheidungsfrist*: Sie beginnt erst mit Kenntnis aller entscheidungserheblichen Tatsachen, also mit Entscheidungsreife, zu laufen. Alleine die Kenntnis der Rechtswidrigkeit genügt insoweit nicht (str.¹¹). Die Frist beginnt auch noch nicht, sobald ein beliebiger Behördenmitarbeiter Kenntnis erlangt. Vielmehr löst erst die Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters in der Behörde den Lauf der Frist aus (str.¹²).

Die Frist läuft nicht, wenn der Begünstigte den VA durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat (§ 48 II 3 Nr. 1 VwVfG) – § 48 IV 2 VwVfG. Gleiches gilt, wenn eine unionsrechtliche Beihilfe entgegen Art. 108 III 1 AEUV nicht notifiziert wurde.¹³ In beiden Fällen kann die Rücknahmebefugnis jedoch in Ausnahmefällen verwirkt sein.

II. Ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme

Soweit das Gesetz die Rücknahme nicht nach § 48 II, IV VwVfG ausschließt, steht die Entscheidung über die Rücknahme im Ermessen der Behörde. Ihr Spielraum erstreckt sich grundsätzlich auf das „Ob“ (unten 1.) und das „Wie“ (unten 2.) der Rücknahme. Zu berücksichtigen hat sie dabei insbesondere die Folgen einer Rücknahme für den Betroffenen und die Allgemeinheit sowie die Zurechenbarkeit des Rücknahmegrundes.

1. Entschließungsermessen („Ob“)

Aus der Rechtswidrigkeit selbst kann der Betroffene grundsätzlich keinen Anspruch auf Rücknahme ableiten.¹⁴ Denn § 48 VwVfG setzt gerade die Rechtswidrigkeit tatbestandlich voraus und begründet keinen gebundenen Anspruch. Ein grundrechtlich gesicherter Anspruch auf Rücknahme, der das behördliche Entschließungsermessen auf Null reduziert, be-

6 Beachte: In der nachträglichen belastenden Änderung eines ursprünglich belastenden VAes kann die Teilaufhebung eines begünstigenden VAes liegen. Zu der Frage, ob sich die Aufhebung dann nach den Regelungen über begünstigende oder belastende VAe richtet, siehe Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs (Fn. 2) § 48 Rn. 43 f.; Stelkens JuS 1984, 930 ff.

7 Für begünstigende VAe mit belastender Drittwirkung (zB eine Baugenehmigung), die die Verwaltung während eines Rechtsbehelfsverfahrens auf den Widerspruch oder die Klage des Dritten hin aufhebt, gelten diese Einschränkungen nicht. Der Gesetzgeber geht in diesem Fall vielmehr davon aus, dass der Begünstigte wegen des Drittrechtsbehelfs von vornherein mit der Aufhebung rechnen musste und daher keinen besonderen Rücknahmeschutz verdient. Die Verwaltung darf den VA mithin dann nach § 48 I 1 iVm § 50 VwVfG ohne Rücksicht auf Vertrauensschutz aufheben. Dazu und zur Aufhebung von VAen während eines Rechtsbehelfsverfahrens siehe bereits Teil I der Serie JA 2012, 762 (764).

8 Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist aber im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen. Wenn ein Ersatz in Geld ausnahmsweise keinen ausreichenden Ausgleich bietet, Vertrauensschutz also nur durch Bestandsschutz erreicht werden kann, kann das Rücknahmevermessen (dazu unten II.) sich auf Null reduzieren (str.). Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2001, 198 (199); Erbgruth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2013, § 16 Rn. 18; Kopp/Ramsauer (Fn. 2) § 48 Rn. 137; aA Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 48 Rn. 52.

9 Dazu Martini (Fn. 1) 134 f.

10 BVerwGE 70, 356 (362 f.); Knack/Henneke (Fn. 8) § 48 Rn. 81.

11 BVerwGE 70, 356 (362 f.); kritisch Kopp/Ramsauer (Fn. 2) § 48 Rn. 155.

12 BVerwGE 70, 356 (364); aA Pieroth NVwZ 1984, 681 (685).

13 EuGH Urt. v. 20.3.1997 – C-24/95, NJW 1998, 47 – Alcan; Kopp/Ramsauer (Fn. 2) § 48 Rn. 151.

14 Dazu Ludwigs DVBl 2008, 1164 ff.

steht ausnahmsweise aber bei belastenden VAen, die noch nicht unanfechtbar geworden sind. Bis zum Ablauf der Rechtsbehelfsfristen, also *bis zur Bestandskraft*, sind die Behörden hier grundsätzlich zur Aufhebung verpflichtet (es sei denn, es liegt ein Fall des § 46 VwVfG vor).

Nach *Bestandskraft* besteht ein Anspruch auf Rücknahme des VAes nur ausnahmsweise, wenn seine Aufrechterhaltung „schlechthin unerträglich“ ist.¹⁵ Zu bejahen ist das regelmäßig bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des VAes, in Fällen der Selbstbindung, wenn die Behörde also in ähnlich gelagerten Fällen von ihrer Rücknahmebefugnis Gebrauch gemacht hat (Art. 3 I GG), sowie wenn die Berufung auf die Bestandskraft gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben verstieße. Eine solche Ermessensreduzierung auf Null kann sich auch aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts ergeben (Art. 4 III 2 EUV; vgl. die sog. Kühne & Heitz-Kriterien)¹⁶. Zwar verlangt das Unionsrecht nicht, dass eine nationale Verwaltungsbehörde einen bestandskräftigen unionsrechtswidrigen VA immer zurücknehmen muss; die nationale Behörde darf der Bestandskraft des VAes und dem damit einhergehenden Interesse der Rechtsordnung an Rechtssicherheit vielmehr bei ihrer Entscheidung Gewicht einräumen. Das nationale Recht darf die Durchsetzung des Unionsrechts aber nicht

praktisch unmöglich machen bzw. übermäßig erschweren (*Effektivitätsprinzip*) oder diese ungünstigeren Verfahrensmodalitäten unterwerfen als die Durchsetzung rein innerstaatlicher Normen (*Äquivalenzprinzip*).

2. Auswahlermessen („Wie“)

Soweit der Behörde Auswahlermessen zukommt, erstreckt sich der Entscheidungsspielraum auf die zeitliche Wirkung (*ex nunc/ex tunc*) sowie auf den Umfang der Rücknahme (*ganz/teilweise*). Im Regelfall hält das Gesetz die Rücknahme *ex nunc* für ausreichend und angemessen; etwas Anderes gilt jedoch, wenn der Begünstigte durch sein Vorverhalten den Vertrauensschutz gleichsam verwirkt hat (§ 48 II 3 iVm II 4 VwVfG). In diesem Fall ist regelmäßig die rückwirkende Aufhebung geboten (sog. intendiertes Ermessen). Die bereits erbrachten Leistungen fordert die Verwaltung dann auf der Grundlage des § 49 a I VwVfG zurück.¹⁷

(Der Beitrag wird fortgesetzt).

¹⁵ BVerwGE 28, 122 (127); 44, 333 (336); 95, 86 (92).

¹⁶ EuGH Urt. v. 13.1.2004 – C-435/00, JA 2004, 715 = NJW 2004, 1439 – Kühne & Heitz.

¹⁷ Dazu *Martini* (Fn. 1) 152 f.