

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten“  
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

# Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten

INAUGURAL-DISSERTATION  
zur Erlangung des  
akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität  
in Münster

vorgelegt von  
Klaus Pöppinghaus  
Rechtsanwalt  
in Hamm (Westf.)

1959

1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolff
2. Berichterstatter: Professor Dr. Scupin
3. Dekan: Professor Dr. Wolff
4. Tag der mündlichen Prüfung: 17. Januar 1959.

Meinem Vater !

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>Erster Abschnitt: Einleitung</u>	
§ 1 Problemstellung	1
§ 2 Begriff des Verwaltungsaktes	2
§ 3 Begriff des Widerrufs	8
§ 4 Widerruf und Rechtskraft	12
A. Formelle Rechtskraft	13
B. Materielle Rechtskraft	17
<u>Zweiter Abschnitt: Grundlagen der Widerrufslehre</u>	
§ 5 Grundregel	26
A. Kritische Würdigung der angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit	26
B. Regel der Unwiderruflichkeit	34
§ 6 Haupteinteilungskriterien	41
<u>Dritter Abschnitt: Widerrufsgründe</u>	
<u>Erster Unterabschnitt: Beseitigungsgründe</u>	
§ 7 Ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Beseitigung	48
§ 8 Begünstigende Beseitigung	50
§ 9 Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte	53
A. Erheblichkeit von Mängeln	53
B. Überwiegendes öffentliches Interesse	61
C. Mängel im einzelnen	66
I. ursprüngliche	66
a) formelle Mängel	66
b) Willensmängel	69
c) Inhaltsmängel	74

	<u>Seite</u>
II. nachträgliche	75
a) Sinneswandel	75
b) Veränderung der tatsächlichen Umstände	76
c) Veränderung der rechtlichen Umstände	80
§ 10 Einwilligung des Betroffenen	81
§ 11 Beseitigungsvorbehalt	85
A. Begriff	85
B. Zulässigkeit	87
C. Ausübungsbefugnis	91
§ 12 Erlaubnis	95
§ 13 Beseitigung wegen Nichterfüllung von Pflichten	101
A. Besondere Pflichten	101
B. Allgemeine Pflichten	107
§ 14 Ausserordentliche Beseitigung aus überwiegendem öffentlichen Interesse	110
A. Aufopferungs- und Enteignungsprinzip	112
B. Gewohnheitsrecht	115
C. Rechtsanalogie	116
<u>Zweiter Unterabschnitt: Zurücknahme-</u> <u>gründe</u>	119
§ 15 Ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Zurücknahme	120
§ 16 Begünstigende Zurücknahme	120
§ 17 Zurücknahme mangelhafter Verwaltungsakte	121
§ 18 Einwilligung des Betroffenen	124

	<u>Seite</u>
§ 19 Zurücknahmevorbehalt	124
§ 20 Nichterfüllung von Pflichten	125
<u>Dritter Unterabschnitt: Zusammenfassung</u>	125
<u>Vierter Abschnitt: Anhang</u>	
§ 21 Ausübung des Widerrufs	129
§ 22 Schadenausgleich	131
§ 23 Geltungsbeendigung des Widerrufs	132

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Andersen, Poul Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe. Übersetzt von Papenheim. Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.
- Anschütz-Thoma Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, Tübingen 1932.
- Apelt, Willibald Buchbesprechung "Hans Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte" in NJW 1933, 1641.
- Bachhof, Otto Die Nachprüfbarkeit rechtsgestaltender Verwaltungsakte im Rechtsstreit über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, in JZ 1952, 211 ff.
- Bachhof, Otto Urteilsanmerkung in JZ 1953, 411 f.
- Bachhof, Otto Der massgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten in JZ 1954, 416 ff.
- Baltz-Fischer Preussisches Bergpolizeirecht, 6. Auflage, bearbeitet von Friedrich Wilhelm Fischer, Berlin 1954.
- Baring, Martin Die "Rechtskraft" der Verwaltungsakte in NJW 1952, 1073 ff.
- Baring, Martin Zum Widerruf von Verwaltungsakten in DVBl 1953, 426 ff.
- Benkendorf Über die Zurücknahme von Inanspruchnahmeverfügungen zufolge veränderter Umstände in DV 1949, 395 ff.
- Bernatzik, Edmund Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886.
- Bötticher, Eduard Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, Berlin 1930.
- Bürocker, Hermann Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig 1930.
- Coester, Robert Die Rechtskraft der Staatsakte, München-Leipzig 1927.
- Dickmann, Herbert Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf in DÖV 1957, 278.

- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, 6. Auflage, bearbeitet von Gerhard Wacke, Berlin-Köln-München 1952.
- Düll, Rudolf Zur Lehre vom Widerruf, München-Berlin 1934.
- Dürig, Günter Die Verwirkung von Grundrechten nach Art. 18 des Grundgesetzes in JZ 1952, 513 ff.
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, Kommentar, 2. Auflage, bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, München-Berlin 1954.
- Fachinger, Josef Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen in DV 1949, 118 ff. 145 ff.
- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Forathoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München-Berlin 1955 (wo vermerkt: 6. Auflage, München-Berlin 1956).
- Friesecke, Kuno Die Möglichkeiten und Grenzen einer Abänderung rechtskräftiger Steuerbescheide in NJW 1951, 633 ff.
- Friesenhahn, Ernst Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen. Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1949, 21 ff.
- Friesenhahn, Ernst Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts in Recht-Staat-Wirtschaft, Stuttgart-Köln 1950.
- Geier Widerruf von Verwaltungsakten in Württemberg in "Die Verwaltungspraxis" 1928, 4 ff.
- Gerber, Hans Grundsätze des allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des Preussischen Obergerichtes in VerwArch 1931, 1 ff.
- Giese, Friedrich Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1952.
- Giese-Neuwien-Cahn Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, von Friedrich Giese, Erhard Neuwien, Ernst Cahn, Berlin-Wien 1950.
- Hammerschmidt, Wilh. Widerruf von Verwaltungsakten, Diss. jur. Hamburg 1955.

- Haneisen Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte in NJW 1954, 1426 ff.
- Haneisen Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte in NJW 1955, 1457.
- Haneisen Urteilsanmerkungen in NJW 1958, 155 und 884.
- Selfritz, Hans Verwaltungsrecht 1948.
- Henle, Wilhelm Grenzbestimmung, Trier 1902.
- Herraritt, Rudolf-H. Das Verwaltungsverfahren, Wien 1932.
- von Hippel, Ernst Das richterliche Prüfungsrecht in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, 2. Band, Tübingen 1932.
- Holling, Werner Verwaltung und Verwaltungsrecht, Berlin 1947.
- Huber, Ernst-Rudolf Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939.
- Huber, Ernst-Rudolf Urteilsanmerkung in AÖR Band 78, 113 ff.
- Huber, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1953, 1954.
- Ipsen, Hans Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932.
- Ipsen, Hans Verwaltungsakte, Heft 23 der Schriftenfolge "Die Verwaltung", herausgegeben von Giese, Braunschweig 1957 (zitiert: Ipsen, VA).
- Jellinek, Walter Zum Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg in AÖR, Band 21, 1 ff.
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenbourg 1948.
- Jellinek, Walter Rückgängigmachung von Richterernennungen in DVBl 1954, 794 f.
- Jerusalem, Franz W. Grundriss des Verwaltungsrechts, Frankfurt a. M. 1947.
- Jung, Hans Probleme des Widerrufsvorbehalts in DVBl 1957, 708 ff.
- Keidel, Fritz Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Auflage, München-Berlin 1954.
- Klein, Friedrich Zulässigkeit und Schranken der Rückwirkung von Steuergesetzen, erschienen im Institut Finanzen und Steuern, Heft 14, 1952.

- Klein, Friedrich Von der Zulässigkeit zur Unzulässigkeit rückwirkender Steuergesetze in StuW 1954, Sp. 1 ff.
- Klinger, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Kommentar, 3. Auflage, Göttingen 1954.
- Knauth-Wagner Rudolf Knauth, Kurt Wagner, Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. Juni 1926, Kommentar, Weimar 1927.
- Koellreutter, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, ein Grundriss, Berlin 1936.
- von Köhler, Ludwig Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart-Berlin 1935.
- Köttgen, Arnold Deutsche Verwaltung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1936.
- Kormann, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
- Krüger, Herbert Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, in DVBl 1955, 380 ff, 450 ff.
- Laforet, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
- Landmann-Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung, 10. Auflage, bearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, München-Berlin 1952/1953.
- Lange, Otto Ist die behördliche Genehmigung zu einem Zivilrechtsgeschäft widerruflich? in NJW 1950, 731 ff.
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Auflage, Berlin 1949.
- Lindgen, Erich Der Verwaltungsakt und sein Widerruf wegen Willensmängeln in Arch. Post Fernw. W. 1951, 1 ff.
- Loppuch Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt in NJW 1953, 1126 ff.
- von Mangold, Hermann Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten in Verw. Arch. Bd. 37, 101 ff.
- von Mangold-Klein Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin-Frankfurt 1957.
- Marschall, Ernst Bundesfernstrassengesetz, Kommentar, Köln-Berlin 1954.



- Mauns, Theodor Verwaltung, Hamburg 1937, (Zitiert: Mauns, Verwaltung).
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, 7. Auflage, München-Berlin 1958.
- Mayer, Josef Ein Beitrag zur Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten in BayVBl 1927, 129 ff.
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München-Leipzig 1927.
- Menger, Christian Fr. Urteilsbesprechung in Verw. Arch. 1958, 81 ff.
- Naumann, Richard Wandlungen im Recht des Widerrufs von Verwaltungsakten, Berlin-Wien 1939.
- Naumann, Richard Urteilsanmerkung in DVBl 1952, 633 f.
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949.
- Neuhäuser, Robert Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, Hamburg 1921.
- Pagenstecher, Max Die praktische Bedeutung des Streitens über das Wesen der Rechtskraft in ZEP 37, 1 ff.
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage, bearbeitet von Bernhard Dankelmann, Hans Grams, Ulrich Hoche, Wolfgang Lauterbach, Ludwig Rechenmacher, München-Berlin 1955.
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- Reisler, Raimund Widerruf von Verwaltungsakten, Diss. jur. München 1937.
- Roos, Gottfried Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts in Bd. 91 der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1955.
- Seibert, Heinrich Voraussetzungen und Wirkungen des Widerrufs von Verwaltungsakten, Diss. jur. Marburg 1950.
- Sommer, Günter Der Widerruf von Verwaltungsakten in DÖV 1954, 655 f, 685 ff, 716 f, 744 ff.
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage, Köln-Berlin 1952.

- Schack Das Problem des Verwaltungsaktes in Hdb. d. Verw.R., S. 317 ff.
- Schmitt, Karl Herr. Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Berlin 1935.
- Schoen, Paul Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des OVG. Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preuss.OVG, herausgegeben von Triepel, Berlin 1925.
- Scholz, Franz Der wichtige Grund, in SJZ 1949, Sp. 1 ff.
- Schüle, Adolf Treu und Glauben im Verwaltungsrecht in Verw. Arch. Bd. 38, 399, Bd. 39, 1.
- Schüts Verwaltungsakt, Ausserkrafttreten und Beseitigung in DÖD 1956, 102 ff; Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte in DÖV 1958, 449 ff.
- Spaeth Beiträge zur Lehre vom Widerruf von Verwaltungsakten, Diss. jur. München 1954.
- Stödter, Rolf Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933.
- Tesner, Friedrich Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht in AÖR 9, 325 ff.
- Totzek, Wilhelm Mietpreise bei Umwandlungen von Räumlichkeiten, Ein Beitrag zur Lehre von Verwaltungsakten in DÖV 1949, 230 ff.
- Stricker Festschrift für Apelt, 1958, S. 240 f.
- von Turegg, Kurt E. Verwaltungsrecht, Berlin 1949 (von Turegg, Leitfaden).
- von Turegg, Kurt E. Zum Widerruf von Verwaltungsakten in JR 1952, 18 ff.
- von Turegg, Kurt E. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1954.
- Ule, Carl Hermann Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel in Recht-Staat-Wirtschaft 1951, 260 ff.
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I, 2. Auflage, München-Berlin 1958.
- Zinzer, Walter Urteilsanmerkung in DÖV 1958, 151 f.
- Zschacke Suspensivwirkung des Rechtsmittels gegen einen Verwaltungsakt zum Nachteil des Rechtsmittelführers in NJW 1954, 1437.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. A.	anderer Ansicht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
AO	Reichsabgabenordnung vom 1919 i. d. F. vom 22. 5. 1931
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. Post Fernm.W.	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen
AVG	Österreichisches Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz vom 21. 7. 1925
B	Betrieb
BadVO	Landesherrliche Verordnung das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend vom 31. 8. 1884
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
bay VGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes
BB	Der Betriebsberater
BBauBl	Bundesbaublatt
BBeaG	Bundesbeamtengesetz i. d. F. vom 18. 9. 1957
BerlVGHE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin
BerlVGG	(berliner) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 8. 1. 1951.
BezVGH Berlin	Bezirksverwaltungsgericht Berlin-Zehlendorf
BFH	Bundesfinanzhof
BFernstrG	Bundesfernstrassengesetz vom 6. 8. 1953
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz vom 29. 11. 1952
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz vom 23. 9. 1952

DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitchrift
DÖD	Der öffentliche Dienst
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GastG	(Reiche-)Gaststättengesetz vom 28. 4. 1930
GBL	Gesetzblatt
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich von 1869 i. d. F. vom 26. 7. 1900
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GUKrG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952
HdbVerwR	Deutsches Verwaltungs-Recht, herausgegeben von Frank, München 1936.
hessPolG	(hessisches) Polizeigesetz vom 10. 11. 1954
HEZ	Höchststrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
HMR	Handbuch des gesamten Mietrechts und Raumrechts (Rechtsprechungsteil)
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich vom 14. 8. 1952
LG	Landgericht
LVG	Landesverwaltungsgericht
LVO	Landesverwaltungsordnung für Thüringen vom 10. 6. 1926 i. d. F. vom 22. 7. 1930
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
nde	niedersächsisch
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
ndsSOG	(niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nrWOBB	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 16. 10. 1956
OGH BrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	(Reichs-)Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 6. 12. 1937
pr	preussisch
PrOVGE	Entscheidungen des Preussischen Oberverwaltungsgerichts
prBergG	Allgemeines Berggesetz für die preussischen Staaten vom 24. 6. 1865
prPVG	(preussisches) Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931
prZG	(preussisches) Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. 8. 1883
RdL	Recht der Landwirtschaft
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rhpFPVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26. 3. 1954
RStW	Recht-Staat-Wirtschaft. Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Wandersleb
RuPrVBl	Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung von 1911 i. d. F. vom 15. 12. 1924
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SozGG	Sozialgerichtsgesetz vom 3. 9. 1953
StuW	Steuer und Wirtschaft
thürLVO	(thüringische) Landesverwaltungsordnung i. d. F. vom 10. 6. 1926
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz

VGVO	Verordnung 165 der Militärregierung - Britisches Kontrollgebiet - über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
VO	Verordnung
VerwRepr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. Ziegler
wUEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931, ErgBd 1936
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZLA	Zeitschrift für Lastenausgleich
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

## Erster Abschnitt: Einleitung

### § 1 Problemstellung

Die Lehre vom Widerruf von Verwaltungsakten gehört seit den Anfängen der Verwaltungsrechtswissenschaft zu ihren unstrittenen Gebieten. Der Grund liegt darin, dass die Widerrufslehre in ihrem Kern von der Polarität Gesamtheit - Individuum bestimmt ist und somit von dem Ausgleich der Interessengegensätze zwischen dem Staat und dem Einzelnen beeinflusst wird<sup>1)</sup>; Für einen Widerruf spricht das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung rechtswidriger Zustände und unredlich erworbener Rechtslagen, sowie das Erfordernis der Elastizität der Verwaltung, deren sie zur laufenden Beeinflussung und Gestaltung des sozialen Lebens bedarf<sup>2)</sup>. Andererseits spricht gegen einen Widerruf der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und das private Interesse am Vertrauensschutz und an der Aufrechterhaltung einer erlangten Rechtsstellung<sup>3)</sup>. Die Abwägung der widerstrebenden Interessen wird in starkem Masse durch den Wandel der Auffassung vom Verhältnis des Individuums zum Staat beeinflusst<sup>4)</sup>. Die Widerrufslehre ist deshalb in grösserem Umfange als andere Gebiete des allgemeinen Verwaltungsrechts von den Abänderungen des Verfassungsrechts

---

1) Schack, S. 334.

2) Wolff, § 53 II; BVerwG vom 25. 10. 1957 in DÖV 1958, 178.

3) Wolff, § 53 II; OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 57, 503 f; BVerwG vom 25. 10. 1957 in DÖV 1958, 178.

4) Vgl. Naumann, S. 7 ff.

berührt worden. Ferner hat die lückenhafte gesetzliche Normierung von Widerrufsgründen das Einfließen rechts- und verwaltungspolitischer Erwägungen gefördert und die Gefahr mit sich gebracht, gewünschte Ergebnisse als Rechtsätze hinzustellen. Die wissenschaftliche Durchdringung der in Betracht kommenden Lehre wird durch eine Begriffsverwirrung erschwert, die darauf zurückzuführen ist, dass die Hauptkriterien für die Widerruflichkeit von Verwaltungsakten überwiegend nicht richtig erkannt sind.

Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ist die vielschichtige Problematik in zahlreichen wissenschaftlichen Abhandlungen und Gerichtsentscheidungen besonders lebendig geworden. Die Aufgabe dieser Untersuchung besteht darin, nach Klärung der Begriffe "Verwaltungsakt" und "Widerruf" zunächst auf der Grundlage des durch das Grundgesetz geschaffenen Verfassungsrechts die Grundregel für die Widerruflichkeit von Verwaltungsakten zu bestimmen, sowie die Haupteinteilungskriterien für das Widerrufssystem aufzufinden und sodann die einzelnen Widerrufsgünde systematisch zu ordnen.

#### § 2 Begriff des Verwaltungsaktes

Die Träger öffentlicher Verwaltung erfüllen die ihnen obliegenden Aufgaben durch verschiedenartigen Handlungen. Diese können tatsächlicher<sup>1)</sup> oder rechtlicher Art sein. Die Verwaltungs-

1) z. B. Verrichtungen, wie Unterrichtsbetrieb, Kassenführung; Durchführungshandlungen, wie Tötung verseuchter Tiere.

rechten Handlungen bestehen aus privatrechtlichen, deren Rechtsfolgen auf Grund von Privatrechtsätzen, und hoheitlichen, deren Rechtsfolgen auf Grund von Verwaltungsrechtsätzen eintreten. Eine hoheitliche Verwaltungsrechtshandlung, die eine extreme - d. h. nicht an nachgeordnete Organe gerichtete - einseitige Rechtsfolgen begründende Anordnung zur Regelung eines individuell bestimmten Sachverhalts enthält, ist ein Verwaltungsakt<sup>1)</sup>.

Die Bezeichnung und der Begriff sind heute in Gesetzgebung, Rechtslehre und Rechtsprechung geläufig. § 25 VGOV und § 23 BerlVGOG geben eine im Wortlaut übereinstimmende Definition. Verwaltungsakt ist demnach "jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Massnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen wird. Ausgenommen sind Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Zivilprozesses, des Strafprozesses einschliesslich des Strafvollzuges, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Entnazifizierungsverfahrens. Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Verordnung ist jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Geltungsbereich dieser Verordnung betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe und Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und der Amtsstellen der Religionsgemeinschaften".

1) statt vieler vgl. Wolff, § 45.



Wenngleich jene Definition nur im Rahmen partikulärer Regelungen des Verwaltungsgerichtsverfahrens gesetzt ist, so ist sie doch über ihren sachlichen und örtlichen Geltungsbereich hinaus von allgemeiner Bedeutung, weil sie die im wesentlichen allseitig anerkannten Merkmale des Begriffes, der sich durch Zusammenwirken von Theorie und Praxis herausgebildet hat, enthält. Die Legaldefinition enthebt deshalb im Rahmen und für die Zwecke dieser Untersuchung von einer Auseinandersetzung mit den zur Abgrenzung des Begriffs vertretenen Lehrmeinungen<sup>1)</sup> und von einer eigenen Begriffsbestimmung.

Der Widerruf von Verwaltungshandlungen, die keine Verwaltungsakte sind, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.<sup>2)</sup>

Da ein Verwaltungsakt erst mit der ordnungsgemässen Bekanntgabe an den unmittelbar Betroffenen rechtswirksam wird<sup>3)</sup>, handelt es sich nicht um den Widerruf eines Verwaltungsaktes, wenn eine in der Entschliessung zwar abgefasste, aber dem Empfänger noch nicht bekanntgegebene Entscheidung einer Verwaltungsbehörde geändert wird. Bis zur Bekanntgabe besteht lediglich ein innerdienstlicher Vorgang, der ohne weiteres "zurückgenommen, abgeändert oder durch eine andere Verfügung

- 1) vgl. hinsichtlich der begrifflichen Abgrenzung Ipsen, S. 6 ff; von Turgg, S. 113 f; Brathoff, § 11; Wolff, § 46; vgl. zur Begriffsgeschichte Ule in RStW 1951, S. 260 ff.
- 2) vgl. WuBadVGH vom 6. 11. 1956, EWuBadVGH 3, 192, wonach der Widerruf der Massnahme einer Verwaltungsbehörde, die kein Verwaltungsakt war, einer analogen Anwendung der Widerrufsregeln unterstehen soll.
- 3) wUEVRO Begründung S. 219; Dickmann in DÖV 1957, 280; Wolff, § 50 II c; Art. 62 wUEVRO; § 91 AO; vgl. auch Verwaltungszustellungsgesetz vom 3. Juli 1952 (BGBl I S. 379); BVerwG vom 5. 2. 1954 in ZLA 1954, 92.

ersetzt werden<sup>1)</sup> kann. Wenn die Erteilung des noch nicht ordnungsgemäss bekanntgegebenen Aktes dem Antragsteller zugesichert war, kann zwar für die Behörde eine in die Lehre des Widerrufs von Verwaltungsakten übergreifende Bindungswirkung eintreten<sup>2)</sup>. Es handelt sich aber insoweit nur um eine analoge Anwendung von Widerrufsregeln und nicht um einen Widerruf im technischen Sinne.

Von der Wissenschaft sind verschiedene Arten von Verwaltungsakten erarbeitet worden. Diese sind hier nur insoweit zu berücksichtigen, als sie für die Frage des Widerrufs Bedeutung haben können.

Der Widerruf kann von dem Inhalt des zu widerrufenden Verwaltungsaktes beeinflusst werden. Verwaltungsakte können ein Gebot oder Verbot aussprechen; sie werden dann Verfügungen genannt<sup>3)</sup>. Andererseits kann die durch Verwaltungsakt getroffene Regelung die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses betreffen. Wenn der Verwaltungsakt ein privates Rechtsverhältnis gestaltet, spricht man von einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt und wenn er ein privates Recht zur Entstehung bringt, von einem privatrechtsbegründenden Verwaltungsakt<sup>4)</sup>. Von den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten sind die feststellenden, durch die eine rechtlich erhebliche

- 1) § 92 I AO; vgl. auch § 62 wUEVRO.
- 2) vgl. LVG Hamburg vom 25. 5. 1949 in JR 1951, 564.
- 3) Wolff, § 47 I a.
- 4) Ipsen, S. 12 und die dort zitierte Literatur; Forsthoff, § 3; Wolff, § 47 I b.

Eigenschaft verbindlich festgelegt wird, und die streitentscheidenden, durch die über eine streitige oder zweifelhafte Rechtslage entschieden wird<sup>1)</sup>, zu unterscheiden.

Der Verwaltungsakt kann in seinen rechtlichen Wirkungen für den Empfänger belastend (lästig) sein, wenn er ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt, Rechte beschränkt oder entzieht oder eine beantragte Gestattung oder Feststellung versagt. Begünstigende (berechtigende, günstige) Verwaltungsakte sind solche, die ein subjektives Recht, eine Gestattung oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründen oder bestätigen<sup>2)</sup>. Obwohl manche Verwaltungsakte teils begünstigend und teils belastend wirken, wird diese Unterscheidung in der Widerrufsflehre verwandt<sup>3)</sup>.

Verwaltungsakte sind meist in dem Sinn streng einseitig, dass sie auch ohne Beteiligung des Betroffenen wirksam werden. Es gibt jedoch auch Verwaltungsakte, die zur Wirksamkeit einer Zustimmung des Betroffenen bedürfen (zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte)<sup>4)</sup>. Beim sogenannten Verwaltungsakt auf Unterwerfung gehört die Einwilligung des Betroffenen zum gesetzlichen Tatbestand<sup>5)</sup>.

- 
- 1) Ipsen, S. 12 f und die dort zitierte Literatur; Wolff, § 47 I c.
  - 2) Ipsen, S. 13; Wolff, § 47 VI.
  - 3) vgl. Ipsen, S. 13 und die dort zitierte Literatur; vgl. auch Art. 77, 88, 89 WUEVRO.
  - 4) s. B. Erlaubnisse; vgl. Forsthoff, § 11, 4; Wolff, § 48.
  - 5) Forsthoff, § 11, 4; Wolff, § 48 III und die dort genannten Beispiele.

Der Widerruf eines Verwaltungsaktes kann davon beeinflusst werden, ob der zu widerrufende Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Die Fehler von Verwaltungsakten werden nach ihrer rechtlichen Erheblichkeit unterschieden. Sie sind danach mit verschiedenen Rechtsfolgen verknüpft.

Besonders grobe Fehler, die einen Schutz des Vertrauens in die Autorität der erlassenden Behörde nicht rechtfertigen, weil ein damit behafteter Verwaltungsakt rechtlich Unmögliches verlangt (unmöglicher Verwaltungsakt<sup>1)</sup>), machen den Verwaltungsakt absolut rechtswidrig und haben dessen Unwirksamkeit (Nichtigkeit) zur Folge. Der unmögliche Verwaltungsakt ist allgemein unbeachtlich; er gilt als rechtlich nicht vorhanden<sup>2)</sup>.

Der mit minder schweren Fehlern (Mängeln) behaftete Verwaltungsakt ist zunächst rechtswirksam. Der mangelhafte Verwaltungsakt kann jedoch von dem Betroffenen angefochten werden<sup>3)</sup>.

Ein Verwaltungsakt ist lediglich unweckmäßig, wenn sein Inhalt zwar rechtlich möglich, aber nicht unerlässlich oder weniger geeignet oder belastender ist, als ein anderer rechtmässiger Inhalt oder ein Verzicht auf die Massnahme<sup>4)</sup>. Die Unweckmässigkeit kann nicht im Klagewege geltend gemacht werden.

- 
- 1) Wolff, § 51 III und I.
  - 2) vgl. Forsthoff, § 12; Wolff, § 51 III; Art. 78 I WUEVRO; OVG Münster vom 9. 3. 1956 in DVBl 57, 21, 22.
  - 3) vgl. Forsthoff, § 12; Wolff, § 51 I.
  - 4) Wolff, § 51 VIII.

Wenn auch die Lehre des fehlerhaften Verwaltungsaktes in den letzten Jahren zunehmend gefestigt worden ist, so ist doch die Abgrenzung des unmöglichen (nichtigen) Verwaltungsaktes von den mangelhaften (anfechtbaren) Verwaltungsakten in Literatur und Rechtsprechung streitig geblieben<sup>1)</sup>. Zu dem Streit braucht aber keine Stellung genommen zu werden, da die unterschiedliche Abgrenzung für die Zwecke dieser Untersuchung nicht bedeutsam ist.

### § 3 Begriff des Widerrufs.

Der Begriff des Widerrufs ist in Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig bestimmt. Mit "Widerruf" werden Vorgänge bezeichnet, die mit Namen belegt werden wie: Aufhebung, Zurücknahme, Nichtigkeitserklärung, Rückgängigmachung, Ausserkraftsetzung, Entziehung, Ausschliessung, Einschränkung, Änderung, Berichtigung<sup>2)</sup>. Die genannten Bezeichnungen werden vielfach füreinander und nebeneinander verwandt. Der Inhalt des Begriffes "Widerruf" ist infolgedessen unklar. Er kann nur durch eine Ableitung aus einem Oberbegriff gefunden werden.

Ein Verwaltungsakt kann aus verschiedenen Gründen erlöschen<sup>3)</sup>:

1. durch Eintritt gewisser Tatsachen, wie Zweckerreichung, Eintritt eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung, Erfüllung, Vollziehung;

1) vgl. Wolff, § 51; Forsthoff, § 12.

2) vgl. die Aufstellungen bei Reissler, S. 15 ff und Ipsen, S. 17 f.

3) Wolff, § 54; vgl. auch Kormann, S. 321; Ipsen, S. 16.

2. durch Fortfall eines Subjekts, wie Tod einer natürlichen Person oder Erlöschen einer juristischen Person;
3. durch einen neuen Rechtsakt.

Die Geltungsbeendigung (Erlöschen) durch einen neuen Rechtsakt ist ein Widerruf, wenn sie durch eine Behörde ausserhalb eines förmlichen Verfahrens - also ausserhalb eines Widerspruchsverfahrens (Einspruch oder Beschwerde) und nicht durch Entscheidung eines Gerichts im Verwaltungs- oder Verfassungsprozess - herbeigeführt wird<sup>1)</sup>.

Das Erlöschen eines Verwaltungsaktes durch einen neuen Rechtsakt auf Grund eines durch den Betroffenen oder den Vertreter des öffentlichen Interesses eingeleiteten förmlichen Verfahrens ist kein Widerruf. Diese Geltungsbeendigung richtet sich allein nach den Vorschriften des jeweiligen förmlichen Verfahrens und gehört in die Lehre vom Rechtsschutz im öffentlichen Recht. Diese Geltungsbeendigung soll unter Übernahme des von Wolff benutzten Begriffes "Aufhebung" benannt werden<sup>2)</sup>.

Es liegt ferner kein Widerruf vor, wenn ein Verwaltungsakt unmittelbar durch einen Gesetzgebungsakt erlischt<sup>3)</sup>. Hingegen ist der Widerruf durch eine Allgemeinverfügung möglich, wenn auch der Erlass im Wege der Allgemeinverfügung hat erfolgen können<sup>4)</sup>.

Die Feststellung der Nichtigkeit eines unmöglichen Verwaltungsaktes stellt begrifflich keinen Widerruf dar, weil der unmögliche Verwaltungsakt als rechtlich nicht vorhanden gilt. Dieser Akt bewirkt nicht - wie der Widerruf - eine konstitutive Geltungs-

1) Wolff, § 53 I o l.

2) vgl. Kormann, S. 321; Ipsen, S. 17; Wolff, § 54.

3) Ipsen, S. 16; Reissler, S. 17.

4) OLG Hamburg vom 19. 1. 1950 in HEZ Band 3, S. 101, 105.



beendigung, sondern stellt lediglich den bereits vorhandenen Rechtszustand fest. Gleichwohl ist die Behörde aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit gehalten und auf Antrag des Betroffenen sogar verpflichtet<sup>1)</sup>, einen mit Äusseren Merkmalen der Wirksamkeit erscheinenden, aber nichtigen Verwaltungsakt auch formal aus der Welt zu schaffen. Hierfür wird der zutreffende Begriff "Nichtigkeitsfeststellung" verwandt<sup>2)</sup>.

Kein Widerruf ist auch die sogenannte Nachholung (Ergänzung). Diese liegt vor, wenn sich ein Verwaltungsakt zwar auf einen anderen bezieht, aber nur deklaratorische Bedeutung besitzt, weil er keine zusätzliche Belastung oder Begünstigung für den Betroffenen enthält<sup>3)</sup>: Einem Verwaltungsakt wird nachträglich eine Auflage beigelegt, die etwas ausspricht, was sich ohnehin schon bindend aus dem Gesetz ergibt. Dieser Vorgang unterliegt im Gegensatz zur nachträglichen Beifügung einer konstitutiven belastenden Auflage nicht dem Begriff des Widerrufs<sup>4)</sup>. Denn es handelt sich lediglich um die jederzeit nachholbare Aufklärung des Betroffenen über eine ihm schon unmittelbar kraft Gesetzes betreffende Belastung.

Eine Berichtigung ist kein Widerruf, weil sie den Verwaltungsakt in seiner Substanz unberührt lässt und deshalb keine Geltungsbeendigung darstellt.

- 1) vgl. § 23 I, S. 2 VGVO; Wolff, § 53 III, 3a.
- 2) Ipsen, S. 15; Ipsen, VA, S. 23, 30; den Begriff "Widerruf" verwenden jedoch Jellinek, S. 283; Baring in DVBl 1953, 427; von Turegg, S. 127; Wolff, § 53 III, 3a; vgl. auch BayVGH vom 31. 1. 1950 in bayVGHE 66, 13.
- 3) Ipsen, S. 21; Spaeth, S. 9.
- 4) OVG Hamburg vom 26. 7. 1953 in MDR 1953, 635; Fachinger in DV 1949, 118.

Die Zulässigkeit einer Berichtigung von Schreib-, Rechen- oder Ausdrucksfehlern ist in Literatur und Rechtsprechung unbestritten<sup>1)</sup> und in wichtigen Verwaltungsgesetzen ausdrücklich niedergelegt<sup>2)</sup>. Die Berichtigung darf jedoch nicht zu einer Änderung des sachlichen Inhalts des Verwaltungsaktes führen, da sie sonst als Widerruf an dessen Voraussetzungen gebunden ist. Es war deshalb fehlerhaft, dass der Reichsfinanzhof<sup>3)</sup> in extensiver Auslegung des § 92 II AO eine Berichtigung bei der Änderung von Steuerbescheiden bejahte, in denen aus den Unterlagen ersichtliche Tatsachen übersehen oder Vorschriften falsch ausgelegt und deshalb unrichtig angewandt worden waren. Der Bundesfinanzhof hat mit Recht diese Rechtsprechung aufgegeben<sup>4)</sup> und die Berichtigung auf formale Fehler beschränkt.

Der Widerruf ist selbst ein Verwaltungsakt: Er enthält einen hoheitlichen Ausspruch einer Verwaltungsbehörde gegenüber einer bestimmten Person zur Regelung eines konkreten Tatbestandes. Der Widerruf richtet sich an den Empfänger des zu widerrufenden Verwaltungsaktes oder dessen Rechtsnachfolger, sofern die Rechtswirkungen des ersten Verwaltungsaktes übertragbar sind<sup>5)</sup>.

- 1) Kormann, S. 325; Ipsen, S. 21; Jellinek, S. 283; Peters, S. 168; Kühn, Anm. 2 a zu § 92; Friesenhahn in RStW 50, 260; Sommer in DOV 1954, 716; Hauzeisen in NJW 1954, 1426; Wolff, § 51 VII und § 53 I c 4.
- 2) § 92 II AO; § 1673 RVO; § 83 VGG; § 50 BVerwGG; vgl. auch § 319 ZPO.
- 3) Gutachten vom 7. 8. 1936, RStBl 1936, 919.
- 4) Urteil vom 18. 11. 1954, RStBl 1955, III, 19.
- 5) vgl. Art. 92 wUEVRO; OVG Münster vom 20. 3. 1952 in BBauBl 1952, 213.

Formal gesehen ist der Widerruf der *contrarius actus* zu einem Verwaltungsakt. In der Regel nimmt er deshalb auf den zu widerrufenden Verwaltungsakt ausdrücklich Bezug. Begriffswesentlich ist das jedoch nicht. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein Verwaltungsakt seinem Inhalt nach einen anderen widerruft. Dem Widerrufsbegriff unterfällt demnach auch ein Verwaltungsakt, der sachlich Rechtswirkungen eines anderen Verwaltungsaktes beseitigt, ohne ihn zu erwähnen<sup>1)</sup>. Ein äußerer Zusammenhang zwischen dem erlassenen Verwaltungsakt und dem Widerrufsakt braucht nicht zu bestehen<sup>2)</sup>. Ein Widerruf ist auch gegeben, wenn ein Verwaltungsakt, der die Rechtswirkungen eines anderen beseitigt, auf einer selbständigen Grundlage ergeht.

Zum Widerruf gehört ferner die nur teilweise Beseitigung eines Verwaltungsaktes, da zwischen dieser Abänderung und dem vollständigen Widerruf nur ein gradueller Unterschied besteht<sup>3)</sup>.

#### § 4 Widerruf und Rechtskraft

Als rechtlich erhebliche, hoheitliche Anordnung in einem Einzelfall hat der Verwaltungsakt eine gewisse Ähnlichkeit mit einem gerichtlichen Urteil.

- 1) Totzek in DÖV 1949, 232; Reinsler, S. 16; vgl. OVG Münster vom 2. 10. 1956 in DÖV 1957, 756.
- 2) Ipsen, S. 19.
- 3) Ipsen, S. 21; Peters, S. 68; Eyer mann-Fröhler, Anm. 2 a zu § 41; Pachinger in DV 1949, 146; Marechall, Anm. 4 b zu § 8; Krüger in DVBl 1955, 455; Wolff, § 53 I c 3; OVG Hamburg vom 26. 7. 1953 in MDR 1953, 635; vgl. auch § 43 BadVO "abändern oder ganz aufheben"; §§ 92 ff AO; § 141 LVO; Art. 82 ff WUEVRO.

Die Ähnlichkeit der beiden Staatsakte ist besonders gross, wenn Verwaltungsakte auf Grund eines förmlichen Verfahrens und zu einem abgeschlossenen Tatbestand ergehen<sup>1)</sup>. Die Bindung des Gerichts an seine Urteile ist durch die - formelle und materielle - Rechtskraft sichergestellt. Es ist daher zu klären, ob auch Verwaltungsakten Rechtskraft zukommt und dadurch ihr Widerruf begrenzt wird.

#### A. Formelle Rechtskraft

Formelle Rechtskraft bedeutet, dass eine gerichtliche Entscheidung mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angreifbar ist<sup>2)</sup>. Rechtswirksame Verwaltungsakte werden formell rechtskräftig in diesem Sinn, sobald der Betroffene sie nicht mehr anfechten kann.

Ein Unterschied besteht allerdings insoweit, als der prozessrechtliche Begriff der formellen Rechtskraft stillschweigend voraussetzt, dass ein Gericht sein Urteil nicht selbst zurücknehmen kann<sup>3)</sup>. Diese Voraussetzung ist im Verwaltungsrecht nicht gegeben, weil die erlassende Behörde in bestimmten Fällen berechtigt ist, einen Verwaltungsakt zu widerrufen. Es empfiehlt sich deshalb zur Erhaltung der Begriffsidentität, für das Verwaltungsrecht einen im Umfang weiteren Begriff der "formellen Bestandskraft" zu bilden<sup>4)</sup>. Ein Verwaltungsakt ist formell

- 1) Forsthoff, § 13; Wolff, § 52.
- 2) vgl. § 705 ZPO; Rosenberg, § 146 I, 1.
- 3) vgl. § 318 ZPO.
- 4) Wolff, § 52 II; Bering in NJW 1952, 1073, verwendet den Begriff "Unanfechtbarkeit".

bestandskräftig, wenn er von dem Staatsbürger nicht angefochten, aber durch die Verwaltungsbehörde widerrufen werden kann.

Es ist zunächst zu klären, ob die Behörde vor Eintritt der formellen Bestandskraft stets berechtigt ist, ihren Verwaltungsakt zu widerrufen.

Es ist die Ansicht vertreten worden, ein sonst zulässiger Widerruf sei ausgeschlossen, wenn die Anfechtbarkeit des Verwaltungsaktes durch Rechtsbehelfe möglich sei<sup>1)</sup>, weil der Betroffene ein Interesse an der Entscheidung einer unparteiischen Instanz und an der Wirkung einer solchen Entscheidung haben könne.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden<sup>2)</sup>; Durch den Widerruf erhält der Betroffene dasselbe, was er durch das Rechtsmittel erlangen kann; denn auch ein zusprechendes Urteil würde den Verwaltungsakt lediglich zum Erlöschen bringen. Andererseits darf die Behörde nicht gezwungen werden, an einem rechtswidrigen Verwaltungsakt bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist festzuhalten, weil sonst aus dem Fortbestand des Verwaltungsaktes ein Schaden entstehen könnte, den die Behörde nach dessen Aufhebung möglicherweise ersetzen müsste. Die verwaltungsrechtlichen Kodifikationen bestimmen demgemäß ausdrücklich, dass die Widerrufbestimmungen unabhängig von dem Eintritt der formellen Bestands-

1) RGZ vom 21. 10. 1921, 103, 107; vom 24. 10. 1923, 106, 145; vom 19. 11. 1921 in JW 1922, 491; von Köhler, S. 188 f.

2) Ipsen, S. 58, 111; Jellinek, S. 280; Sommer in DÖV 1954, 686; Hammerschmidt, S. 61 f; Porsthoff, § 13.

kraft gelten<sup>1)</sup>. Auch die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze, die den Einfluss eines Widerrufs auf ein anhängiges Verwaltungsgerichtsverfahren regeln, setzen eine Widerrufsbefugnis vor Eintritt der formellen Bestandskraft voraus (§ 79 I VGG; § 75 I VGVO).

Mit der Feststellung, dass ein Verwaltungsakt auch vor Eintritt der formellen Bestandskraft widerrufen werden kann, ist noch nichts darüber gesagt, welchen Rechtsnormen ein Widerruf vor Eintritt der formellen Bestandskraft unterliegt.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten; Verwaltungsakte seien bis zum Eintritt der formellen Bestandskraft frei widerruflich<sup>2)</sup>. Der Empfänger des Verwaltungsaktes besitze erst dann ein Recht auf Fortbestand des Verwaltungsaktes, wenn der Akt formell bestandskräftig geworden sei. Daher sei zu unterscheiden zwischen dem "rechtlichen Widerruf" nach formeller Bestandskraft und der "rein tatsächlichen Rücknahme" vor formeller Bestandskraft, die jederzeit erfolgen könne, weil "endgültig weder Rechte noch Pflichten entstanden" seien<sup>3)</sup>.

1) § 141 LVO; Art. 82 II wUEVRO; vgl. auch § 94 II AO, nach dem ein Widerruf bei Einspruch, Anfechtung oder Berufung, jedoch nicht bei Rechtsbeschwerden möglich ist.

2) Jellinek, S. 280; Eyermann-Fröhler, § 35 Anh. IV 2 a; von Turegg, S. 128 und in JR 1952, 18; Hess VGH vom 15. 12. 1948 in DÖV 1949, 315; LG Göttingen vom 13. 4. 1950 in ndsRechtspflege, 1950, 90; OVG Lüneburg vom 27. 7. 1950 E 2, 217; LVG Hannover vom 14. 11. 1950 in DÖV 1951, 360.

3) von Turegg, S. 128, 131.

Die neueren Entscheidungen, in denen ebenfalls der noch nicht bestandskräftige Verwaltungsakt als frei widerruflich behandelt wird, betreffen meist solche Verwaltungsakte, die Rechte Dritter bewirkt haben<sup>1)</sup>: Der Begünstigte könne noch keine den Widerruf ausschliessende Rechtsstellung erlangt haben, so lange zum Beispiel die Wohnungszuweisung noch durch den Dritten angefochten werden könne und somit den Veränderungen durch die Rechtsmittelentscheidung unterliege.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden<sup>2)</sup>, weil die Begründung an dem Sinn und Wesen der formellen Bestandskraft vorbeigeht. Die Anfechtungsfristen sind anschliesslich zum Schutze des Beschwerten eingeräumt. Sie sollen nicht etwa der Behörde ausserhalb des Rechtsmittelverfahrens eine Möglichkeit der Geltungsbeendigung des Verwaltungsaktes gewähren<sup>3)</sup>. Die Behörde muss sich vor Erlaas des Verwaltungsaktes die Sach- und Rechtslage hinreichend überlegen. Durch die Rechtsmittelfristen wird der Behörde keine Widerrufsmöglichkeit eröffnet.

Demnach beeinflusst die formelle Bestandskraft von Verwaltungsakten deren Widerruflichkeit nicht.

- 
- 1) vgl. die in Fussnote 2) der Vorseite zitierten Entscheidungen.
  - 2) Kormann, S. 327; Ipsen, S. 111; Seibert, S. 54; Spaeth, S. 175.
  - 3) Nebinger, S. 113; Drews-Wacke, S. 30; Huber II, S. 666; Eyermann-Frühler, Anm. IV 2 a Anh. zu § 35 VGG; Hauelsen in NJW 1954, 1426; ProVG vom 19. 1. 1939, E 103, 175, 177; vom 22. 6. 1939, E 104, 260.

## B. Materielle Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft des Zivilprozessrechts ist "diejenige Wirkung einer formell rechtskräftigen Entscheidung, die sich in der Massgeblichkeit ihres Inhalts äussert, d. h. in der Massgeblichkeit des in ihr enthaltenen Ausspruchs über die im Einzelfall eingetretene Rechtsfolge"<sup>1)</sup>. Die früher herrschend gewesene materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie sieht das Wesen der materiellen Rechtskraft darin, dass das Urteil einen neuen Rechtsgrund zwischen den Parteien schafft<sup>2)</sup>. Nach der heute herrschenden und allein anzuerkennenden prozessualen Rechtskrafttheorie<sup>3)</sup> besteht das Wesen der materiellen Rechtskraft darin, dass in einem neuen Verfahren nicht mehr in einem anderen Sinn entschieden werden kann. Jede neue Verhandlung und Entscheidung über die materiell rechtskräftig festgestellten Rechtsfolgen ist - abgesehen von ausserordentlichen Rechtsmitteln, wie der Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Verfassungsbeschwerde - ausgeschlossen<sup>4)</sup>. Der Umfang der materiellen Rechtskraft bezieht sich auf die Sachlage zur Zeit der letzten Tatsachenfeststellung<sup>5)</sup>.

Übertragen auf den Verwaltungsakt würde dies bedeuten, dass der Verwaltungsakt endgültig und somit unwiderruflich wäre, sofern sich nicht

- 
- 1) Rosenberg, § 148 II; vgl. § 322 Abs. 1 ZPO.
  - 2) vgl. Pagenstecher in ZZP 37, 10.
  - 3) vgl. Rosenberg, § 148 II, der mit überzeugenden Gründen die materielle Rechtskrafttheorie ablehnt und die prozessuale begründet.
  - 4) vgl. Rosenberg, § 148 II, 2 und die unter Bem. 1) zitierte Literatur und Rechtsprechung.
  - 5) Rosenberg, § 150 II, 2.



wesentliche tatsächliche Umstände nachträglich ändern oder ausserordentliche Rechtsmittel bestehen<sup>1)</sup>).

Die Theorie der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten ist insbesondere in der österreichischen Rechtslehre ausgeprägt worden<sup>2)</sup>. Das erklärt sich aus dem Umstand, dass die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den Verwaltungsgerichtshof, der nur Rechtskontrolle ausübt, beschränkt ist. Der Überprüfung der Verwaltungsakte durch die Verwaltungsbehörden kommt deshalb eine erhöhte, der Gerichtsbarkeit angenäherte Bedeutung zu. § 68 I ÖAVG hat dementsprechend den Grundsatz der materiellen Rechtskraft aller Verwaltungsbescheide anerkannt. Den Verwaltungsnotwendigkeiten, die etwa dem Erfordernis der Anpassung an veränderte Verhältnisse oder der Wahrnehmung dringender öffentlicher Interessen wird durch bestimmte "Wiederaufnahmegründe" Rechnung getragen<sup>3)</sup>.

Im Anschluss daran ist auch in der deutschen Verwaltungswissenschaft versucht worden, die materielle Rechtskraft auf Verwaltungsakte zu erstrecken<sup>4)</sup>. Eine einheitliche Auffassung hat sich jedoch nicht herausgebildet. Die Frage der materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten ist derart umstritten, dass von einem "Labyrinth der Meinungen" gesprochen werden kann<sup>5)</sup>.

1) Wolff, § 52 III, a.

2) Die Förderung des Problems ist mit Namen wie Bernatzik, Tezner, A. Merkel, Herrenrit verknüpft; vgl. die Ausführungen bei Ipsen, S. 23.

3) vgl. im einzelnen die Regelung der §§ 68 -70 ÖAVG.

4) vgl. die Ausführungen und Zitate bei Ipsen, S. 23 ff.

5) Forsthoff, S. 212.

Nach der Rechtsprechung des früheren preussischen OVG sollen die Umstände des einzelnen Falles, die massgebenden gesetzlichen Vorschriften und die Natur des Rechtsverhältnisses den Ausschlag geben<sup>1)</sup>. Einige Autoren und insbesondere die jüngere Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte verneinen schlechthin eine materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten<sup>2)</sup>. Andere bejahen sie für solche Verwaltungsakte, die Entscheidungen darstellen<sup>3)</sup>. Der 26. Deutsche Juristentag<sup>4)</sup> hat die Entschliessung gefasst: "Die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Urteile und der ihnen gleichstehenden Entscheidungen ist grundsätzlich anzuerkennen, und zwar auch in der Weise, dass die Urteile (Entscheidungen) den Staat binden". Nach der Ansicht von Wolff<sup>5)</sup> gelangen Verwaltungsakte zur materiellen Rechtskraft, wenn sie in einem gerichtähnlichen förmlichen Verfahren zu einem abgeschlossenen Sachverhalt ergangen sind.

Der Meinungsstreit wurzelt in unterschiedlichen Auffassungen über Begriff und Rechtsgrund der materiellen Rechtskraft.

1) vgl. PROVG vom 3. 12. 1889, Bd. 19, 375; vom 17. 4. 1902, Bd. 41, 280; vom 10. 1. 1929, Bd. 83, 360.

2) O. Mayer I, S. 162 ff; Fleiner, S. 196 ff; Jellinek, S. 281; v. Koehler, S. 186 f; Küttgen, S. 222; Laforet, S. 237; Ipsen, S. 46 ff; Klein in VerArch Bd. 45, 49 ff; Zachacke in NJW 1954, 1436; Dickmann in DÖV 1957, 281; BGH vom 19. 3. 1953, BGHZ 9, 129; OLG Braunschweig vom 9. 6. 1953 in NJW 1953, 1639; OLG Celle vom 2. 11. 1954 in NJW 1955, 871; BVerwG vom 25. 10. 1957 in DÖV 1958, 178.

3) Schack, S. 337 ff; Coester, S. 38 ff; 94 ff; Helfritz, S. 40; Richter in ZLA 1955, 68; Forsthoff, S. 212 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch BVerwG vom 1. 7. 1953, E 2, 380.

4) vgl. Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, S. 378 ff.

5) Wolff, § 52 III a.

Die Ansicht, die Begriffe "materielle Rechtskraft" und "Unwiderruflichkeit" hätten nichts gemeinsam<sup>1)</sup>, trifft nicht zu. Nach dieser Ansicht soll der Entscheidung durch die Rechtskraft die Anerkennung der Beteiligten und durch die Unwiderruflichkeit die Dauer gesichert werden. Es ist zwar zuzugeben, dass ein Urteil bereits durch das Abänderungsverbot des § 318 ZPO geschützt ist. Die Unabänderlichkeit ist aber ein Wesensmerkmal der materiellen Rechtskraft. Der "Ausschluss jeder neuen Verhandlung und Entscheidung über die rechtskräftig festgestellten Rechtsfolgen"<sup>2)</sup> lässt sich nicht erreichen, ohne dass eine Unwiderruflichkeit logisch vorausgesetzt wird. Die abzulehnende Meinung nimmt dem Begriff der materiellen Rechtskraft einen Wesensbestandteil. Wenn ein Verwaltungsakt durch die Verwaltungsbehörde widerrufen werden kann, ist er nicht "materiell rechtskräftig". Der Zustand eines solchen Verwaltungsaktes muss zwecks Erhaltung der Begriffsklarheit mit einem anderen Ausdruck bezeichnet werden. Entsprechend der formellen Bestandskraft soll die von Wolff verwandte Bezeichnung "materielle Bestandskraft" gewählt werden<sup>3)</sup>.

Der Streit, ob und inwieweit Verwaltungsakte in materielle Rechtskraft erwachsen, lässt sich nur lösen, indem die Frage nach dem Rechtsgrund der materiellen Rechtskraft gestellt wird. Wie Ipsen<sup>4)</sup> richtig erkannt hat, ist der Rechtsgrund für die

1) Bötticher, S. 30 ff; Ipsen, S. 28 ff; Spaeth, S. 13 ff.

2) Rosenberg, § 148 II, 2.

3) Wolff, § 52 III, b.

4) Ipsen, S. 39.

materielle Rechtskraft entweder der Nachweis ihrer Geltung als allgemeine Rechtserscheinung aller Staatsakte oder die Abhängigkeit ihrer Geltung von positiv rechtlichen Anordnungen.

Die Lehre, dass materielle Rechtskraft eine allgemeine Staatsakteigenschaft sei<sup>1)</sup>, kann einer Nachprüfung nicht standhalten. Merkel, der Hauptvertreter dieser Lehre, hat ausgeführt<sup>2)</sup>; Richterspruch, Verwaltungsakt, private Rechtsgeschäfte sind Rechtsnormen, wie das Gesetz, wenn auch tieferer Stufe. Die Rechtsnormqualität des Urteils folgt nicht aus der Rechtskraft. Sie ist vielmehr Voraussetzung dafür, dass es überhaupt rechtskraftfähig ist; denn Rechtskraft ist eine unterschiedslos allen Rechtsnormen und nur diesen zukommende Eigenschaft. Die Lehre steht und fällt demnach mit der Annahme, dass auch individuelle Staatsakte Rechtsnormqualität besitzen. Das trifft aber nicht zu, weil Urteile und Verwaltungsakte ihre rechtserzeugende Kraft aus der Rechtsordnung schöpfen und deshalb nicht selbst Rechtsnorm sein können<sup>3)</sup>.

Der Rechtsgrund für die Rechtskraft kann somit nur eine positiv-rechtliche Anordnung sein.

Den Urteilen der Verwaltungsgerichte ist in den verschiedenen Verwaltungsgerichtsordnungen die Wirkung der materiellen Rechtskraft anerkannt<sup>4)</sup>. Die

1) Merkel, S. 88; weitere Zitate siehe bei Ipsen, S. 40.

2) Merkel, S. 88.

3) Ipsen, S. 41.

4) § 80 VGVO; § 100 VGG n.Hd.; § 80 VGG RHPf; § 51 BVerwGG.

materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten ist hingegen nur vereinzelt gesetzlich bestimmt<sup>1)</sup>.

Darüber hinaus kann eine analoge Anwendung der materiellen Rechtskraft auf andere Verwaltungsakte in Betracht kommen. In der neueren Literatur wird teilweise eine analoge Anwendung für Entscheidungen bejaht<sup>2)</sup>; wobei sich eine Beschränkung auf rechtsprechende Entscheidungen abzeichnet<sup>3)</sup>. Eine ähnliche Entwicklung ist auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit festzustellen. Es wird eine materielle Rechtskraft für Verfahren bejaht, die ihrem Wesen nach den Streit zweier Parteien beinhalten, wie Umstellungs-, Vertragshilfe- oder Landwirtschaftsstreitsachen<sup>4)</sup>.

Es ist das spezifische Ziel aller Rechtsprechungsakte, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herbeizuführen. Bei ihnen steht deshalb das Interesse an einer endgültigen, unveränderlichen und verbindlichen Klärung der Sach- und Rechtslage im Vordergrund. Diesem Bedürfnis ist durch die Anordnung der materiellen Rechtskraft Rechnung getragen. Um die Wahrung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu

- 1) vgl. §§ 65, 66 OWiG für Bußgeldbescheide; § 77 SotGG für alle Verwaltungsakte der Sozialverwaltung und Sozialversicherungsbehörden sowie der Arbeitslosenvermittlung und der Arbeitslosenversicherung, soweit nicht wie in der Regel ihre Beseitigung gesetzlich zugelassen ist.
- 2) vgl. Anm. 5 S. 17.
- 3) Loppuch in NJW 1953, 1128; Dickmann in DÖV 1957, 280.
- 4) Keidel, Anm. 8 zu § 31 und die dort benannte Literatur; OLG Frankfurt vom 2. 9. 1953 in MDR 1953, 742; OLG Hamm in JZ 1952, 634; a. A. Schlegelberger, Anm. 8 zu § 31, der eine materielle Rechtskraft für alle Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ablehnt; ebenso Müntzel in NJW 1952, 721.

gewährleisten, wird die Möglichkeit einer im Einzelfall unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen<sup>1)</sup>. Da der Rechtssicherheit eine vorzugswürdige Bedeutung für alle Akte der Rechtsfindung zukommt, ist eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die materielle Rechtskraft auf rechtsprechende Verwaltungsakte anzuerkennen.

Obwohl die Rechtsprechung in der Regel den Gerichten obliegt, gibt es doch Verwaltungsakte, die materiell Rechtsprechungsakte sind. Denn Rechtsprechung im materiellen Sinn übt jedes Staatsorgan aus, das berufen ist, in einem Rechtsstreit zwischen zwei Parteien als unbeteiligtes Subjekt ein einem rechtlich geregelten Verfahren auszusprechen, was nach dem Gesetz rechtens ist, um dadurch den Rechtsstreit zu beenden<sup>2)</sup>. Rechtsprechung ist also Streitentscheidung nach rechtlichen Gesichtspunkten und setzt drei Subjekte voraus<sup>3)</sup>. Rechtsprechende Verwaltungsakte sind z. B. die Entscheidungen der Bezirksbeschlussausschüsse in Fürsorgesachen<sup>4)</sup>. Keine Rechtsprechungsakte im materiellen Sinn sind hingegen die behördlichen Rechtsmittelentscheidungen, da die behördliche Rechtsmittelinstanz nicht Dritter, sondern Partei ist. Das Einspruchsverfahren wickelt sich vor der Behörde ab, die den beanstandeten Ver-

- 1) BVerfG vom 1. 7. 1953, B 2, 380 ff.
- 2) Ipsen, S. 47; Priesenhahn, Festschrift für Thoma, S. 27; Wolff, § 19 I.
- 3) Loppuch in NJW 1953, 1128.
- 4) vgl. weitere Beispiele bei Loppuch in NJW 1953, 1128.

waltungsakt erlassen hat. Auch die Beschwerdebehörde schlichtet nicht als Dritter einen Streit zwischen dem Beschwerdeführer und der Verwaltungsbehörde, sondern tritt im Rahmen der Selbstkontrolle der Verwaltung lediglich an die Stelle der erlassenden Behörde<sup>1)</sup>.

Durch den Erlass eines Verwaltungsaktes und insbesondere durch den Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes in einem förmlichen Verfahren soll zwar auch ein Lebenstatbestand abschliessend geregelt werden. Die Rechtssicherheit ist hier jedoch nicht von so vorzugswürdiger Bedeutung, dass deshalb der Widerruf durch das verfahrensmässige Mittel der Rechtskraft ausgeschlossen sein müsste. Das zeigt die klare Trennung zwischen rechtsprechender und vollziehender Gewalt, die in Artikel 20 Abs. 2 GG und in den Verwaltungsgerichtsgesetzen festgelegt ist<sup>2)</sup>. Da es demnach an einer Gleichheit der Interessenlage fehlt, ist eine analoge Anwendung der den Akten der rechtsprechenden Gewalt zukommenden materiellen Rechtskraft auf Verwaltungsakte, die nicht materiell Rechtsprechung beinhalten, nicht zulässig. Zur Befriedigung des Bedürfnisses des Empfängers eines Verwaltungsaktes auf Rechtssicherheit genügt die Ausgestaltung des Widerrufs in Übereinstimmung mit den Rechtsstaatgarantien.

---

1) Friesenhahn in Festschrift für Thoma, S. 38 N 2; Bachhof in JZ 1953, 411; Ipsen, VA, S. 5; Loppuch in NJW 1953, 1127; Wolff, § 19 I, c, 3.

2) Dickmann in DÖV 1957, 280.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Verwaltungsakte in der Regel keine materielle Rechtskraft erlangen können. Sie können nur dann materiell rechtskräftig werden, wenn es ausdrücklich gesetzlich bestimmt ist oder wenn es sich um Verwaltungsakte handelt, die materiell Rechtsprechung darstellen. Die materiell rechtskräftigen Verwaltungsakte scheiden für die weitere Betrachtung aus, da sie nicht widerrufen werden können. Eine wiederholte Erörterung und Entscheidung über einen rechtskräftigen Verwaltungsakt ist nur auf Grund ausserordentlicher Rechtsmittel möglich<sup>1)</sup>.

---

1) Meist "Wiederaufnahme des Verfahrens" benannt; vgl. § 69 OAVG; §§ 359 ff StPO; §§ 578 ff ZPO; § 66 OWiG; vgl. auch Ipsen, S. 20.



Zweiter Abschnitt: Grundlagen der Widerruflehre

§ 5 Grundregel

A. Kritische Würdigung der angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit.

Das von der noch Überwiegenden Meinung vertretene Widerrufssystem beruht auf der Annahme einer angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten.<sup>1)</sup>

Dieses System ist wie folgt zu kennzeichnen: Verwaltungsakte sollen grundsätzlich jederzeit ohne besondere Gründe widerruflich sein. Der freie Widerruf dürfe nur nicht willkürlich erfolgen<sup>2)</sup>, da er wie jeder Verwaltungsakt nur im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens der Behörde auszusprechen sei. Für eine Reihe von Widerrufsfällen gäbe es Ausnahmen von dieser Regel, so dass den frei widerruflichen Verwaltungsakten die beschränkt

- 1) O. Mayer I, S. 253; Kormann, S. 330; Neuhäuser, S. 21; Schoen, S. 118; Bürckner, S. 76; Fleiner, S. 157; Giese-Neuwien-Cahn, S. 102; von Köhler, S. 188; Koellreutter, S. 80; Köttingen, S. 202; Jellinek, S. 279; Jerusalem, S. 51; Klinger, Ann. II, 4 zu § 23 VGO; Peters, S. 159, 168; Nebinger, S. 217; Forsthoff, § 13, nunmehr gegenteilige Ansicht in 6. Auflage, § 13; Sommer in DÖV 1954, S. 685 f; vgl. hinsichtlich der älteren Literatur und Rechtsprechung die Übersicht bei Ipsen, S. 56; auch zahlreiche Entscheidungen gehen von einer freien Widerruflichkeit aus; vgl. statt vieler ProVG vom 31. 3. 1877, E 2, 390; RGZ vom 24. 10. 1923, 106, 145; vom 26. 1. 1923, 112, 234; OVG Hamburg vom 6. 7. 1948 in DV 1949, 158; LG Göttingen vom 13. 4. 1950 in ndsRechtspflege, 1950, 90; BGH vom 29. 11. 1951 in AÖR 78, 102; vgl. auch § 93 AO; 141 LVO; § 42 PrPVG; Art. 82 WUEVRO.
- 2) Ipsen, S. 59; Kormann, S. 333; VRO Begründung zu § 82; BGH vom 29. 11. 1954 in AÖR 78, 102.

widerruflichen gegenüberstünden, für deren Widerruf besondere Gründe vorliegen müssten.

Das "Dogma"<sup>1)</sup> der freien Widerruflichkeit ist entwickelungsgeschichtlich bedingt zu verstehen. Es erklärt sich als Nachwirkung der polizeistaatlichen Vorstellung von der beliebigen Abänderbarkeit obrigkeitlicher Akte und aus dem Kampf des Staatsbürgers auf Beschränkung dieser Staatsallmacht<sup>2)</sup>.

Das Regel-Ausnahme-System ist im Zuge der Entwicklung zum Rechtsstaat durch eine stetige Vermehrung der Ausnahmen praktisch in sein Gegenteil verkehrt worden:

Zu den Ausnahmen werden nunmehr alle Verwaltungsakte gezählt, die ein subjektives öffentliches Recht begründet haben<sup>3)</sup>. Ein subjektives öffentliches Recht ist "die perfekte Berechtigung einer zivilen Person, der eine unabweichliche Leistungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflicht der Subjekte öffentlicher Verwaltung entspricht"<sup>4)</sup>. Angesichts der Tatsache, dass die moderne Lebensführung in eine starke Abhängigkeit von der gewähr-

- 1) Ipsen, S. 56.
- 2) Naumann, S. 22.
- 3) Kormann, S. 341; Fleiner, S. 201; Schoen, S. 125; Ipsen, S. 69; von Köhler, S. 192, I 69; Köttingen, S. 203; Koellreutter, S. 81; Helfritz, S. 40; Peters, S. 159; Ipsen, VA, 19; Nebinger, S. 218; von Turég, S. 130 und in JR 1952, 19; Forsthoff, S. 219; Sommer in DÖV 1954, 745; Hammerschmidt, S. 112 ff; aus der neueren Rechtsprechung statt vieler: EVerwG vom 31. 1. 1954 in DVBl 1954, 776, 777; (in unterschiedlicher Wortfassung).
- 4) Wolff, § 43 III d; die Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts ist freilich nicht einheitlich, vgl. die Übersicht über die wichtigsten Lehrmeinungen bei Forsthoff, S. 158 Note 1.

den Verwaltung getreten ist, macht sich das Bestreben geltend, die Widerrufsbeschränkung durch "extensive Interpretation des Schutzgutes" auszuweiten<sup>1)</sup>. Über das subjektive öffentliche Recht hinaus werden eine erlangte "Rechtsposition", ein "Besitzstand" oder "Rechtskreis" als gleichbewertete Widerrufshindernisse angesehen<sup>2)</sup>.

Im Zuge der Bestrebung, den Schutz der Individualsphäre zu stärken, entwickelte sich der Rechtsatz, dass das "Gebrauchmachen" von einer Erlaubnis oder das "Insverkehrssetzen" eines erlaubten Unternehmens eine Widerrufsschranke darstelle. Dieser in der Praxis des preussischen OVG an den Fällen der Bau-erlaubnis gebildete Grundsatz<sup>3)</sup> ist in seiner zeitlichen Bedeutung dahingehend ausgeweitet, dass ein "Gebrauchmachen" oder "Insverkehrssetzen" schon im Beginn "wesentlicher Vorbereitungen"<sup>4)</sup>, "besonderer Anstalten"<sup>5)</sup> oder in "Aufwendungen"<sup>6)</sup> gesehen wird. Sachlich wird der Grundsatz der beschränkten Widerruflichkeit auf alle Erlaubnisse<sup>7)</sup> und von einigen Autoren sogar auf begünstigende Verwal-

1) Forsthoff, S. 219.

2) von Turegg, S. 131 und in JB 1952, 19; Forsthoff, S. 219.

3) PrOVG vom 7. 4. 1893, 24, 350; vom 18. 6. 1901, 40, 379; vom 12. 10. 1910, 57, 495; Schoen, S. 134; Fleiner, S. 201.

4) Ipsen, S. 84.

5) Forsthoff, S. 220.

6) Nebinger, S. 90, 220.

7) Schoen, S. 134; Forsthoff, S. 219, von Turegg, S. 134 Note 7; BGH vom 29. 11. 1951 in AOR 78, 102, 110.

lungsakte schlechthin ausgedehnt<sup>1)</sup>. Die Einschränkung der angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit durch ein "Insverkehrssetzen" oder "Gebrauchmachen" wird unterschiedlich begründet: Huber<sup>2)</sup> sieht den Rechtsgrund in dem Entstehen einer unentsiehbaren Rechtsposition und in dem Verbot des rückwirkenden Verwaltungseingriffe; Schoen<sup>3)</sup> in richterlichem Gewohnheitsrecht; Ipsen<sup>4)</sup> und ihm zustimmend Naumann<sup>5)</sup> in den durch das "Insverkehrssetzen" entstandenen subjektiven öffentlichen oder subjektiven privaten Rechten. Andere dagegen folgern die Einschränkung aus der Notwendigkeit des Vertrauensschutzes<sup>6)</sup>.

Der freie Widerruf soll ferner ausgeschlossen sein bei Verwaltungsakten, zu deren Erlass die Behörde verpflichtet ist (sogenannte gebundene Verwaltungsakte)<sup>7)</sup>. Aus der Gebundenheit der Behörde an den Erlass wird ihre Bindung an den erteilten Verwaltungsakt geschlossen, weil ein Widerruf sachlich gleichbedeutend mit der Unterlassung des Verwaltungsaktes wäre und dementsprechend die Verpflichtung zur Vornahme verletze<sup>8)</sup>.

1) Huber I, S. 729, vgl. Ipsen, S. 85.

2) Huber I, S. 61, 729, 730.

3) Schoen, S. 137.

4) Ipsen, S. 87.

5) Naumann, S. 41.

6) vgl. Sommer in DÖV 1954, S. 687; Helfritz, S. 40; Jerusalem, S. 51, von Turegg, Leitfaden, S. 47.

7) Kormann, S. 340; Ipsen, S. 279; Jellinek, S. 279; Peters, S. 159; von Turegg, S. 175; Eyer-mann-Fröhler, Ann. IV 1 b zu § 35 VGG; von Köhler in DÖV 1954, 1553; Sommer in DÖV 1954, 687; Forsthoff, S. 217.

8) wüBVRO Begründung, S. 284.

Als nur beschränkt widerruflich werden auch die rechtsgestaltenden Verwaltungsakte angesehen. Insbesondere sollen die privatrechtsbegründenden und privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte nicht dem freien Widerruf unterliegen. Als Gründe hierfür werden angegeben: Das Wirksamwerden der Rechtsgestaltung<sup>1)</sup>, der Erwerb von Anwartschaften<sup>2)</sup>, die Beendigung des Verfahrens<sup>3)</sup>. In noch stärkerem Masse sollen subjektive private Rechte dem freien Widerruf entgegenstehen, wenn der Widerruf auch solche Rechte beseitigen würde, die in der Person eines Dritten entstanden sind<sup>4)</sup>.

Weiterhin werden teilweise feststellende und streitentscheidende Verwaltungsakte - vor allen Dingen Rechtsmittelentscheidungen - als nur beschränkt widerruflich angesehen<sup>5)</sup>, weil ihre Stabi-

- 1) vgl. Forsthoff, S. 221; hat sich die Rechtlage dem Verwaltungsakt angepasst, so muss es aus Gründen der Rechtsicherheit sein Bewenden haben; Hausen in NJW 1954, 1426; OGH brZone vom 6. 7. 1949 in DNotZ 1950, 303.
- 2) BayVGH vom 29. 1. 1953, E 6, 11: Eine Genehmigung zur Grundstücksveräußerung könne nicht widerrufen werden, weil durch den Widerruf der Erwerb des Eigentums oder der entsprechenden dinglichen Anwartschaften nicht mehr beseitigt werden könne; unter Berufung auf RGZ vom 29. 10. 1921, 103, 104 ff, 107; vom 24. 10. 1923, 106, 142; vgl. auch Palandt, Anm. 7 zu § 925.
- 3) LG Berlin vom 6. 2. 1952 in NJW 1952, 1100; OLG München vom 1. 2. 1951 in DNotZ 1951, 418.
- 4) Ipsen, S. 73.
- 5) Korman, S. 352; Fleiner, S. 196; wUEVRO Begründung, S. 291; Jellinek, S. 281; Nebinger, S. 218; Federer, Jahrb. für GRecht in F 3, 26; BVerwG vom 1. 7. 1953, E 2, 381 ff; BVerwG vom 28. 6. 1957 in DVBl 1958, 58, lässt diese Frage offen.

lität ein Erfordernis der Rechtssicherheit sei. Aus demselben Grunde sollen Korporationsgründungsakte nicht frei widerruflich sein, weil auch bei diesen kein Zweifel an der Rechtsbeständigkeit bestehen dürfe.<sup>1)</sup>

Bei all diesen Gruppen ist der Widerruf nach der noch herrschenden Lehre beschränkt, das heisst nur bei Vorliegen besonderer Widerrufsgründe möglich: Der Widerruf kann bei diesen Verwaltungsakten nicht frei ausgesprochen werden, er ist aber auch nicht ausgeschlossen. Ein Widerrufsgrund kann auch gegeben sein, wenn durch den zu widerrufenden Verwaltungsakt ein subjektives öffentliches Recht<sup>2)</sup> entstanden ist, in Ausübung des Verwaltungsaktes "etwas ins Werk gesetzt" worden ist<sup>3)</sup> oder Rechte Dritter<sup>4)</sup> entstanden sind. Auch bei rechtsgestaltenden, feststellenden und streitentscheidenden Verwaltungsakten werden Widerrufsgründe zugelassen<sup>5)</sup>.

- 1) Bückner, S. 80; Nebinger, S. 218.
- 2) Wolff, § 53 VI c; hessVGH vom 2. 12. 1949 in DVBl 1950, 68; BGH vom 26. 2. 1951 in VRechtspr. 3, 534; OVG Münster vom 14. 6. 1955 in VRechtspr. 8, 297.
- 3) für einen Fall des Widerrufsvorbehalts: OVG Lüneburg vom 6. 6. 1950, E 2, 138, 140.
- 4) Wolff, § 53 VI c; hessVGH vom 2. 4. 1948 in DV 1948, 46 lässt Widerruf aus Gründen des öffentlichen Wohl zu; LVG RHPf vom 8. 11. 1951, DÖV 1953, 92.
- 5) Forsthoff, S. 221 Anm. 5; VGH München vom 12. 10. 1950 VRechtspr. 3, 316; BVerfG vom 1. 7. 1953 in NJW 1953, 1138 "besonders zwingende und schwerwiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete Gründe"; BGH vom 3. 12. 1953 in MDR 1954, 632; OLG Köln vom 9. 12. 1953 in RdL 1954, 71.

Die freie Widerruflichkeit wird heute überwiegend nur bei belastenden Verwaltungsakten und bei Ausnahmegewilligungen angenommen<sup>1)</sup>. Es mehren sich deshalb die Stimmen gegen die Lehre von der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten<sup>2)</sup>.

Wenngleich diese Lehre durch die zahlreichen Ausnahmen entwertet worden ist, und deshalb ihre Anhänger und Gegner praktisch weitgehend übereinstimmen, so ist es doch für die Systematik des Widerrufs unerlässlich festzustellen, ob die angebliche Regel der freien Widerruflichkeit besteht oder ob sich ein anderer Grundsatz nachweisen lässt.

Die freie Widerruflichkeit von Verwaltungsakten wird damit begründet, dass "sich die Verwaltung wechselnden Lagen gegenüber sieht und dass sie im Stande sein muss, sich ihnen anzupassen"<sup>3)</sup>. Derartige Überlegungen sind

1) Ipsen, S. 64; Friesenhahn in RStW 1950, 952.

2) vgl. insbesondere Ipsen, S. 65; ihm zustimmend Geier in ZWittRpfl 1933, 99; Apelt in JW 1933, 1641; Stödter, S. 75; Reissler, S. 19 ff; Schack in Hdb VwR, S. 337 f; Neumann, S. 31 ff; Friesenhahn in RStW 1950, 259; Lindgen in Arch. Post Fernw. 1951, 3; Forsthoff, 6. Auflage, § 13; Wolff, § 53 II und III.

3) Forsthoff, 5. Auflage, § 13 im Gegensatz zur 6. Auflage, § 13; vgl. auch Bürckner, S. 76; Jerusalem, S. 50; Giese, S. 91; Nebinger, S. 216; Sommer in DÖV 1954, 686; Federer in Jahrbuch f. ö. R. n. P. 3, 26.

jedoch nur rechtspolitischer Natur. Es handelt sich um einen unzulässigen Schluss von den Aufgaben der Verwaltung auf ihre Befugnis. Wie weit die Verwaltung befugt ist, sich wechselnden Sachlagen anzupassen, bestimmt allein die Rechtsordnung. Ausserdem kann mit diesem Argument nur die materielle Beseitigung (Änderung) der Rechtslage, nicht ein formeller Widerruf begründet werden.

Aus der Tatsache, dass Verwaltungsakte frei erlassen werden können, folgt nicht ihre freie Widerruflichkeit, weil die Verwaltungsakte die Rechtslage gestaltend verändern<sup>1)</sup>.

Die angebliche Regel der freien Widerruflichkeit ist nicht gewohnheitsrechtlich erhärtet<sup>2)</sup>, weil es in Literatur und Rechtsprechung stets Gegner dieses Grundsatzes gegeben hat<sup>3)</sup>, und daher eine einheitliche Rechtsüberzeugung und Übung zu keiner Zeit bestanden hat.

Die freie Widerruflichkeit von Verwaltungsakten kann auch nicht aus einer Analogie zu der Bestimmung des § 18 PGG oder der Widerruflichkeit zivilprozessualer Beschlüsse hergeleitet werden<sup>4)</sup>.

Das Gericht kann zwar gemäss § 18 I PGG Verfügungen ändern, die es nachträglich für ungerechtfertigt erachtet. Die Abänderungsbefugnis ist aber gemäss § 18 II PGG für solche Verfügungen ausge-

1) Ipsen, S. 59 f; Jellinek, S. 279.

2) vgl. Forsthoff, S. 216.

3) vgl. die unter Ziff. 2 der Vorseite Genannten.

4) Kormann, S. 335; VRO Begründung zu § 82; Jellinek, S. 182; Ipsen, S. 60 f.



schlossen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen. Die sofortige Beschwerde ist im Gegensatz zur einfachen Beschwerde befristet<sup>1)</sup>. Die Rechtsmittel des Verwaltungsrechts sind ebenfalls befristet. Daher würden bei einer Übertragung der Grundsätze des § 18 FGG auf das Verwaltungsgerecht - sofern dies überhaupt zulässig ist - die Verwaltungsakte den mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Verfügungen gleichzusetzen und demnach als unwiderruflich zu behandeln sein<sup>2)</sup>.

Auch eine Analogie zu den Verfügungen im Zivilprozess ist nicht möglich. Nach der Zivilprozessordnung ist das Gericht zwar befugt, Beschlüsse und Verfügungen, die der einfachen Beschwerde unterliegen, abzuändern (§ 571 ZPO). Es handelt sich insoweit aber um Anordnungen, welche die materielle Rechtslage nicht berühren, sondern nur für die prozessuale Stellung von Bedeutung sind, auf deren Gestaltung die Parteien durch den Grundsatz des Parteibetriebes bestimmenden Einfluss haben<sup>3)</sup>. Hiermit vergleichbare Voraussetzungen liegen bei den Verwaltungsakten nicht vor. Zivilprozessrechtliche Verfügungen, welche die materielle Rechtslage beeinflussen und somit den Verwaltungsakten vergleichbar sind, unterliegen der sofortigen Beschwerde und können nicht abgeändert werden.

Darüber hinaus muss die angebliche Regel der freien Widerruflichkeit auch deshalb abge-

1) § 22 FGG.

2) vgl. Ipsen, S. 62.

3) Rosenberg, § 57 II; Ipsen, S. 62.

lehnt werden, weil infolge der zahlreichen Ausnahmen der Überwiegende Teil der Verwaltungsakte auch von den Anhängern dieser "Regel" für unwiderruflich gehalten wird. Denn eine Regel besteht nur, wenn die Mehrzahl aller Fälle einem Grundsatz folgt.

#### B. Regel der Unwiderruflichkeit

Da die angebliche Regel der freien Widerruflichkeit nicht besteht, bleiben die beiden Möglichkeiten, dass Verwaltungsakte nach der Rechtsordnung in der Regel unwiderruflich sind oder dass der Widerruf von Verwaltungsakten der Aufstellung einer Regel nicht zugänglich ist.

Das Grundgesetz bekennt sich zum Rechtsstaat. In der Bestimmung der Staatsform in Artikel 20 GG erscheint zwar das Wort "Rechtsstaat" nicht. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Verfassung nicht nur aus den einzelnen Sätzen des Grundgesetzes, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen besteht, die der Verfassungsgesetzgeber nicht in einem besonderen Rechtsatz konkretisiert hat, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist<sup>1)</sup>. Wie sich aus einer Zusammenschau des Art. 20 III GG über die Bindung der einzelnen Gewalten und der Art. 1 III, 19 IV, 28 I Satz 1 GG, sowie aus der Gesamtkonzeption ergibt, gehört das Rechtsstaatsprinzip zu diesen Leitideen. Da sich bereits die Weimarer Verfassung vom 11. 8. 1919 zum Rechts-

1) BVerfG vom 1. 7. 1953 in NJW 1953, 1138; von Hippel, Handbuch DStR Band 2, 557; Ipsen in DV 1949, 490; Mauns, S. 57.

staat bekannt hat<sup>1)</sup>, handelt es sich um einen "historisch-konventionellen Rechtsatzbegriff"<sup>2)</sup>.

Ein Rechtsstaat ist ein Staat, dessen Zweck auf die Schaffung und Erhaltung eines gerechten Rechtszustandes gerichtet ist<sup>3)</sup>.

Dieser Begriff umfasst mehrere Postulate<sup>4)</sup>. Ein Hauptgrundsatz ist der von der Gesetzmässigkeit der Verwaltung<sup>5)</sup>, der zu Recht als "Rückpfeiler" des Rechtsstaates bezeichnet wird<sup>6)</sup>.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung beinhaltet negativ das Verbot der Gesetzwidrigkeit<sup>7)</sup>. Ein Verwaltungsakt darf dem Gesetz nicht widersprechen. Positiv fordert der Grundsatz, dass Eingriffe in die Rechts- und Freiheitsphäre des einzelnen durch einen Rechtsatz zugelassen sein müssen (Vorbehalt des Gesetzes)<sup>8)</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes ist ein Ausfluss der

- 1) Jellinek, S. 88; VRO Begründung, S. 222 ff.
- 2) Friesenhahn in RStW 1950, 245.
- 3) Klein in StW 1954, Sp. 37 ff; Mangold-Klein, S. 600; Wolff, § 30 I a.
- 4) z. B. Gewährleistung persönlicher Grundrechte; Rechtsgleichheit; Ausrichtung des staatlichen Handelns auf Gerechtigkeit; Gewaltentrennung; Rechtsschutz; vgl. Roos, S. 117 ff; Jellinek, S. 88 ff; Mangold-Klein, S. 601; Mauns, S. 58 ff.
- 5) Roos, S. 117; O. Mayer I, S. 58; Thoma, § 76 III; Jellinek, S. 88; Mangold-Klein, S. 601; Mauns, S. 58; BVerfG vom 16. 1. 1957, E 6, 43.
- 6) Roos, S. 118.
- 7) Wolff, § 30 II; Mauns, Verwaltung, S. 31 ff; S. 53; Laforet, S. 247.
- 8) Wolff, § 30 III; Anschütz-Thoma, § 76 III, 1.

Gliederung der Staatsgewalten und in mehreren Verfassungen der Länder ausdrücklich normiert<sup>1)</sup>.

Über den Umfang des Vorbehaltes des Gesetzes bestehen verschiedene Ansichten.

Ausgehend von der französischen Verwaltungswissenschaft, welche die alleinige Aufgabe der Verwaltung in der Durchführung des gesetzgeberischen Programms sieht, wird die Meinung vertreten, die Verwaltung bedürfe auf dem Gesamtgebiet ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit einer Ermächtigung<sup>2)</sup>, so dass jeder Verwaltungsakt auf gesetzlichen Grundlagen beruhen müsse<sup>3)</sup>. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, weil der deutschen Auffassung vom Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive eine formale Festlegung der Verwaltung auf reine Gesetzesausführung widerspricht<sup>4)</sup>. Bei begünstigenden Verwaltungsakten und solchen, die den Rechtskreis eines bestimmten einzelnen nicht berühren (wie etwa eine Widmung), besteht kein Bedürfnis, den Erlass des Verwaltungsaktes von einem Rechtsatz abhängig zu machen. Solche Akte dürfen nur nicht der Rechtsordnung widersprechen.

Andererseits kann der Meinung nicht gefolgt werden, die den Vorbehalt des Gesetzes nur "für gewisse besonders wichtige Gegenstände" anerkennen will<sup>5)</sup>. Durch eine solche Beschränkung

- 1) vgl. Art. 2 II der hess. Verfassung; Art. 58 der badwVerfassung.
- 2) Roos, S. 127; vgl. Andersen, S. 303 ff.
- 3) Fleiner, S. 131.
- 4) Ipsen, S. 5; Friesenhahn in RStW, S. 239 ff, 250; Wolff, § 17 III.
- 5) O. Mayer I, S. 69.

würde der rechtsstaatliche Schutz des Einzelnen weitgehend illusorisch.

Der Vorbehalt des Gesetzes fordert vielmehr, dass jeder belastende Verwaltungsakt einer Rechtsgrundlage bedarf<sup>1)</sup>.

Ausgehend von dem schweizer Recht lässt Roos nur ein formelles Gesetz als Eingriffsermächtigung zu, wobei er Parallelen zum Strafrecht aufzeigt: "Auf bloße Analogie oder freie Rechtsfindung dürfen keine Eingriffe in Freiheit und Eigentum oder Belastungen des Staatsbürgers gestützt werden"<sup>2)</sup>. Diese Aussage besitzt in ihrer Allgemeinheit für den deutschen Rechtskreis keine Gültigkeit. Wie verschiedene Bestimmungen des Grundgesetzes zeigen, ist nur bei besonders starken Eingriffen wie Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) oder Freiheitsentziehung (Art. 104 GG) der Vorbehalt des formellen Gesetzes aufgestellt. Wo er nicht besteht, genügt zum Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes jedes Gesetz im materiellen Sinn, d. h. jeder positive Rechtsatz<sup>3)</sup>.

Der Rechtsatz muss allerdings hinreichend bestimmt sein. Durch den Vorbehalt des Gesetzes soll sicherge-

- 1) VRO Begründung, S. 221; Ipsen, S. 5; Naumann, S. 21 f; Jellinek, S. 88; Friesenhahn in RStW 1950, S. 250; Peters, S. 91; Klein in StuW 1954, Sp. 37; Hausen in NJW 1954, S. 1425; OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 57, 503; vgl. auch BVerwG vom 20. 5. 1955 in NJW 1955, 1693; bayVGH vom 18. 2. 1955 in DVBl 1955, 253.
- 2) Roos, S. 133.
- 3) Wolff, § 30 III; Ipsen, S. 5; Sprung, Birn, Feuchte, S. 199, die für Art. 58 der badwVerfassung Wohnheitsrecht als Eingriffsnorm zulassen; OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 57, 503; mit der Begründung, dass sich das Verwaltungsrecht nicht wie das Strafrecht auf einmal durch Erlass eines umfassenden Gesetzes kodifizieren lasse, erkennt Roos, S. 133, letztlich auch Wohnheitsrecht als Grundlage für einen belastenden Verwaltungsakt an.

stellt werden, dass die Rechtsstellung des einzelnen gegenüber dem Staat klar und sicher ist. Eine unbegrenzte Ermächtigung würde zu einer Rechtsunsicherheit führen, und damit gegen dieses Prinzip verstoßen<sup>1)</sup>. Die Ermächtigung zum Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes darf deshalb nicht masslos sein. Der Staatsbürger muss den Zweck und den Inhalt der Ermächtigung erkennen können<sup>2)</sup>.

Da auch der Widerruf ein Verwaltungsakt ist, bedarf demnach der belastende Widerruf der Zulassung durch einen hinreichend bestimmten Rechtsatz, wogegen der begünstigende in der Regel<sup>3)</sup> frei möglich ist.

Da die Fälle des belastenden Widerrufs diejenigen des begünstigenden zahlenmäßig weit überwiegen, kann eine Regel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten aufgestellt werden<sup>4)</sup>. Will die Verwaltung einen Verwaltungsakt widerrufen, muss ihr ein gesetzlicher Widerrufsgrund zur Seite stehen.

Es kann nicht anerkannt werden, dass die Regel der Unwiderruflichkeit abgelehnt werden müsse, weil sie die Gefahr einer Lähmung der Verwaltung mit sich bringe<sup>5)</sup>. Allein die Rechtsordnung und nicht

- 1) v. Mangoldt-Klein, S. 601; BVerwG vom 20.5.1955 in NJW 1955, 1693.
- 2) Einschränkungen siehe S. 52, 53.
- 3) Wolff, § 30 II; Klein, S. 55, Das BVerwG vom 20.5. 1955 (in NJW 1955, 1693 mit zustimmender Ann. von Hamann und in DVBl 1955, 770 mit zustimmender Ann. von Ule) fordert darüber hinaus, "dass die den Verwaltungsbehörden erteilte Ermächtigung zu belastenden Verwaltungsakten so begrenzt und bestimmt ist, dass vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welchem Sinn und Zweck von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird ...".
- 4) vgl. Anklänge an eine Regel der Unwiderruflichkeit bei Naumann, S. 21, 22; Friesenhahn in RStW 1950, 259; Scholz in SJZ 1949, Sp. 2; Lindgen in Arch.Post Fernw. W. 1951, Sp. 3; Spaeth, S. 22; OVG Münster vom 25. 7. 1950 in DVBl 1950, 730; OVG Hamburg vom 9. 10. 1951 in MDR 1952, 62; BGH vom 29. 1. 1953 in MDR 1953, 225.
- 5) Hammerschmidt, S. 85.

eine rechtspolitische Forderung vermag zu bestimmen, in welchem Umfang die Verwaltung durch einen Widerruf in die Sphäre des Individuums eingreifen darf. Im Übrigen wird erst die erschöpfende Behandlung der nach unserer Rechtsordnung bestehenden Widerrufsgründe erkennen lassen, ob die Widerrufsmöglichkeiten für die Bedürfnisse der Verwaltung ausreichen. Wenn in Literatur und Rechtsprechung aus dem allgemein anerkannten Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung oft nicht die Regel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten gefolgert wird, so ist dies darauf zurückzuführen, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bis heute noch nicht voll verwirklicht ist, weil seine Auswirkungen im Hinblick auf die Interessen der Verwaltung vielfach als lästig empfunden werden<sup>1)</sup>. Das enthebt jedoch nicht von der Verpflichtung, den Widerruf von Verwaltungsakten nur im Rahmen der durch die Verfassung gesetzten Schranken auszusprechen.

Die Anerkennung der Regel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten führt zu einer starken Vereinfachung der Widerrufslehre:

Nach der abzulehnenden angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit ist zunächst festzustellen, ob der Verwaltungsakt zu der Ausnahmegruppe der beschränkt widerruflichen Verwaltungsakte gehört (subjektive öffentliche oder private Rechte; "Inwerkgesetzt"; Anspruch auf Erteilung; rechtsgestaltender, feststellender oder streitentscheidender Verwaltungsakte). Nur wenn diese Frage verneint wird, ist der Widerruf frei möglich. Gehört der Verwaltungsakt zu der Gruppe der beschränkt widerruflichen, so muss

1) Roos, S. 135.

weiterhin geprüft werden, ob ein besonderer Widerrufgrund vorliegt.<sup>1)</sup>

Ausgehend von der Regel der Unwiderruflichkeit ist dagegen lediglich festzustellen, ob ein Widerrufgrund gegeben ist.

Es ist entbehrlich, eine Gruppe von beschränkt widerruflichen Verwaltungsakten zu bilden, weil von der Grundregel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten ausgegangen wird. Es ist deshalb gerechtfertigt, gemeinsame Widerrufgründe für alle Verwaltungsakte aufzustellen.

Bei der Ausgestaltung der Widerrufgründe muss gegebenenfalls für einzelne Gruppen von Verwaltungsakten die für eine Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes sprechenden besonderen Gründe - z. B. bei rechtsgestaltenden, feststellenden und streitentscheidenden Verwaltungsakten die erhöhte Bedeutung der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes - Berücksichtigung finden.

## § 6 Haupteinteilungskriterien

Voraussetzung für eine systematische Durchdringung der Widerrufslehre ist das Auffinden richtiger und zugleich gliedernder Unterbegriffe. Wenn es auch missig erscheinen mag, über Begriffe zu streiten, so ist doch ohne Begriffklarheit jeder Schritt einer juristischen Untersuchung ein "banges Stolpern"<sup>2)</sup>.

1) vgl. Ipsen, S. 57.

2) Henle, S. 8.



Gerade die Widerruflehre leidet an weitgehender Sprachverwirrung<sup>1)</sup>. Das hat dazu geführt, dass Gerichte und wissenschaftliche Autoren ihren Ausführungen über den Widerruf häufig eine Aufstellung der von ihnen benutzten Begriffe und Unterteilungen voranschickten. Das Problem des Widerrufs von Verwaltungsakten wäre seiner Lösung näher, wenn hinsichtlich der Begriffe hinreichende Klarheit bestünde.

In der Literatur wird teilweise die Art der widerrufenden Behörde als Einteilungskriterium angesehen. Es werden verschiedene Unterbegriffe verwandt, je nach dem von welcher Behörde innerhalb des Behördenaufbaues der Widerruf ausgesprochen ist<sup>2)</sup>.

Ein Verwaltungsakt kann zunächst von der erlassenden Behörde widerrufen werden.

Wenn der Betroffene Beschwerde eingelegt hat, kann auch die Beschwerdebehörde den Verwaltungsakt zum Erlöschen bringen<sup>3)</sup>. Diese Geltungsbeendigung richtet sich aber ausschliesslich nach den Vorschriften des Beschwerdeverfahrens. Es handelt sich deshalb,

1) Dickmann in DÖV 1957, 281; Ipsen, S. 17; Spaeth, S. 6.

2) vgl. Schütz in DÖV 1956, 102, "Rückgängigmachung beim Widerruf durch die erlassende Behörde und "Aufhebung" beim Widerruf durch die höhere Behörde; vgl. auch Forsthoff, S. 214 Anm. 1; von Köhler, S. 173; Ipsen, S. 18.

3) vgl. Schütz in DÖD 1956, S. 103, 105; BayVGH vom 4. 11. 1953 in ZMR 1954, 156.

wie bereits ausgeführt<sup>1)</sup>, nicht um einen Widerruf, sondern um eine Aufhebung. Widerruf und Aufhebung besitzen einen gemeinsamen Oberbegriff: Geltungsbeendigung. Die Aufhebung ist deshalb im Verhältnis zum Widerruf ein gleichgeordneter und nicht ein untergeordneter Begriff, so dass sie als Einteilungskriterium für den Widerruf ausscheidet.

Ein Widerruf kann aber von der Aufsichtsbehörde kraft ihrer Aufsichtsbefugnis ausgesprochen werden<sup>2)</sup>. § 43 BadBO und § 68 IV OAVG erkennen ausdrücklich sowohl der erlassenden als auch der in Ausübung der Aufsichtrechte sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde des Widerrufsrecht zu. Die Oberbehörde kann den Widerruf aber nicht auf andere Gründe stützen als die erlassende Behörde. Denn alle Instanzen bilden zusammen ein "einheitliches Ganzes" und sind "im Widerruf in gleicher Weise gebunden"<sup>3)</sup>. Da der Widerruf nicht davon beeinflusst wird, ob er von der erlassenden oder der Aufsichtsbehörde ausgesprochen wird, kann dieser Gesichtspunkt nicht als Einteilungskriterium dienen.

Als Haupteinteilungskriterien können die beabsichtigten zeitlichen Wirkungen des Widerrufs in Betracht kommen, weil diese der wesentliche Inhalt des Widerrufsaktes sind.

Der Widerruf kann pro futuro (in der Zukunft wirkend), ex nunc (jetzt wirkend) oder ex tunc (zurückwirkend) ausgesprochen werden. Da der Widerruf pro

1) Seite 9.

2) Ipsen, S. 181; Nebinger, S. 213; Wolff, § 53 I, c, 2; OVG Münster vom 19. 11. 1951, E 5, 152, 155 unter Berufung auf Ipsen, VA, 18; VGH Bebenhausen vom 30. 5. 1956 in VRepr 9, 663.

3) Ipsen, S. 116; Sommer in DÖV 1954, 656; Schütz in DÖD 1956, 105; OVG Berlin vom 26. 11. 1952 in DVBl 1954, 129, 131; BGH Bebenhausen vom 30. 5. 1956 in VRepr 9, 663.

futuro, z. B. der einer Erlaubnis auf einen zukünftigen Zeitpunkt gegenüber dem Widerruf ex nunc keine für das Widerrufsrecht erheblichen Besonderheiten aufweist, scheidet er aus der weiteren Untersuchung aus.

Der Widerruf ex nunc bewirkt, dass "die Geltung des Verwaltungsaktes, auf den der Widerruf sich bezieht, nur mit Wirkung für die Zukunft beendet wird".<sup>1)</sup> Der Widerruf ex tunc bedeutet, dass die Beteiligten so gestellt werden, als wenn der widerrufene Verwaltungsakt rechtlich nicht erlassen wäre<sup>2)</sup>.

In Literatur und Rechtsprechung gehen die Ansichten zu der Frage, wann ein Widerruf mit Wirkung ex nunc und wann er mit Wirkung ex tunc ausgesprochen werden kann, zwar stark auseinander<sup>3)</sup>. Der Meinungsstreit ist jedoch in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, weil es hier nur auf die Eignung der zeitlichen Wirkungen als Einteilungskriterien ankommt.

1) Wolff, § 53 I, c, 2, B.

2) Wolff, § 53 I, c, 2, a.

3) vgl. den Überblick bei Seibert, S. 59 ff.; Der Widerruf soll in der Regel nur mit Wirkung ex nunc möglich sein, weil eine Rückwirkung zur Rechtsunsicherheit führe, nach den Ansichten von Neuhäuser, S. 102; Giese-Neuwien-Cahn, S. 102 ff.; Peters, § 170; v. Turagg, S. 127, ex tunc Wirkung nur, wenn diese ausdrücklich vorbehalten ist; OVG RHPf vom 24.11.1952 in ZBR 1954, 119.

Hingegen bejahen unter starker Anlehnung an das bürgerlich-rechtliche Anfechtungsrecht (§ 142 I BGB) eine ex tunc Wirkung für den Regelfall: Kormann, S. 315, 329; Fleiner, S. 206 Anm. 78; J. Meyer in bayVR 1927, 21; auch RG vom 23. 4. 1923, RGZ 124, 192 ff., 195.

Nach der herrschenden Meinung soll der Widerruf regelmässig mit ex nunc Wirkung und nur in bescheidenen Ausnahmefällen mit ex tunc Wirkung möglich sein: Ipsen, S. 180; Anfechtung fehlerhafter Verwaltungsakte besitzt Wirkung ex tunc; ähnlich Jellinek, S. 287 und Nabinger, S. 219; Hauelsen in NJW 1954, 1427; Ex tunc Wirkung stets, wenn der begünstigende Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, widerrechtliche Drohung oder sonstige unlautere Mittel herbeigeführt worden ist; ebenso Sommer in DÖV 1954, 655.

Nach einer weiteren Ansicht soll eine generelle Feststellung der zeitlichen Wirkungen nicht möglich sein; wübadVGH vom 10. 11. 1950 in VRspr 3, 304, 305; Seibert, S. 70 ff.

Nach dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bedarf nicht nur der Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes, sondern auch die Anordnung der Rückwirkung einer rechtsatzmässigen Ermächtigung<sup>1)</sup>. Wenn ein Widerruf mit Wirkung ex tunc ausgesprochen werden soll, muss der Widerrufgrund einen rückwirkenden Widerruf zulassen. Der Staatsbürger muss nicht nur den Widerruf an sich, sondern auch die ihm in der Regel besonders belastende Rückwirkung voraussehen und vorausberechnen können. Der Widerruf mit Wirkung ex tunc ist demnach an eine zusätzliche Voraussetzung gebunden. Schon hieraus ergibt sich, dass die unterschiedlichen zeitlichen Wirkungen des Widerrufs die Haupteinteilungskriterien sind.

Es kommt hinzu, dass auch begriffspraktische Erwägungen die Verwendung dieser Haupteinteilungskriterien gebieten. Wenn ein Widerruf mit Wirkung ex tunc ausgesprochen werden kann, steht es überwiegend im pflichtgemässen Ermessen der Behörde, ob sie dem Widerruf nur eine Wirkung ex nunc beilegen will. Für die Recht Klarheit und die Rechtssicherheit ist es aber unerlässlich, dass der Betroffene die zeitliche Wirkung eindeutig zu erkennen vermag.

Der Widerruf muss deshalb nach seinen zeitlichen Wirkungen gegliedert und gekennzeichnet werden<sup>2)</sup>. Unter Übernahme der von Wolff<sup>3)</sup> benutzten Bezeichnungen soll der Widerruf mit Wirkung ex nunc "Beseitigung" und der Widerruf mit Wirkung ex tunc "Zurücknahme" genannt werden<sup>4)</sup>. Der "Widerruf" ist der Oberbegriff.

1) vgl. BVerwG vom 2. 7. 1954, E 1, 174; Wolff, § 27 I c.

2) Wolff, § 53 I; Dickmann in DÖV 1957, 282; vgl. auch BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 155.

3) Wolff, § 53 I.

4) Dickmann in DÖV 1957, 282, benutzt statt dessen die Begriffe "Aufhebung" für den Widerruf ex nunc und "Widerruf" für den Widerruf ex tunc.

In der Literatur wird die Unterscheidung in den begünstigenden und in den belastenden Widerruf häufig zur Bildung von Unterbegriffen benutzt<sup>1)</sup>.

Als Hauptkriterium kann diese Unterscheidung aber nicht in Betracht kommen, denn die zeitlichen Wirkungen beeinflussen nicht nur den belastenden, sondern auch den begünstigenden Widerruf, weil der Betroffene bei jedem Widerruf in der Lage sein muss, die zeitlichen Wirkungen eindeutig zu erkennen. Die Unterscheidung in den begünstigenden und den belastenden Widerruf kann jedoch jeweils im Rahmen der Beseitigung und im Rahmen der Zurücknahme als weitere Unterteilung von Bedeutung sein.

Für den Widerruf fehlerhafter Verwaltungsakte wird vielfach ein anderer Begriff als für den Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte verwandt. Ipsen unterscheidet zwischen dem Widerruf fehlerhafter Verwaltungsakte, den er "Anfechtung" nennt, und dem Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, den er als "Widerruf" bezeichnet<sup>2)</sup>. Die entsprechende Trennung von "Zurücknahme" und "Widerruf" findet sich bei Friesenhahn<sup>3)</sup>, Neumann<sup>4)</sup>, Hauelsen<sup>5)</sup> und Zachacke<sup>6)</sup>. Andere benutzen für den Widerruf fehlerhafter Verwaltungsakte die Bezeichnungen "Selbstanfechtung"<sup>7)</sup> oder "Amtsanfechtung"<sup>8) 9)</sup>.

- 1) Forsthoff, S. 214; der begünstigende Widerruf wird "Rücknahme, der belastende Widerruf "Widerruf" genannt; vgl. auch Holling, S. 37; Sommer in DÖV 1954, 656, 744; Schütz in DÖD 1956, 102 und DÖV 1958, 449.
- 2) Ipsen, S. 1, 3, 16; und ihm folgend: Apelt in NJW 1933, 641.
- 3) Friesenhahn in RStW 1950, 258.
- 4) Neumann in DVBl 1952, 633.
- 5) Hauelsen in NJW 1954, 1425.
- 6) Zachacke in NJW 1954, 1437.
- 7) Kormann, S. 209, 312 f.
- 8) Hammerschmidt, S. 10 ff; 21 ff; nur für ursprüngliche Fehlerhaftigkeit, S. 25.
- 9) eine Trennung ohne Einführung besonderer Termini führen durch: Jerusalem, S. 51 f; Giese, S. 90 ff, 97.

Die Unterscheidung in den Widerruf mangelhafter und mangelfreier Verwaltungsakte knüpft zwar an einen wichtigen Widerrufsgrund an. Aus dieser Unterscheidung können aber nur Unterbegriffe für die Beseitigung und die Zurücknahme hergeleitet werden, weil die zeitlichen Wirkungen sowohl bei dem Widerruf mangelhafter als auch bei dem Widerruf mangelfreier Verwaltungsakte erheblich sind.

Es empfiehlt sich jedoch nicht, für die Beseitigung beziehungsweise für die Zurücknahme mangelhafter und mangelfreier Verwaltungsakte Unterbegriffe einzuführen. Die vorgenannten Autoren verwenden besondere Termini, weil sie der Ansicht sind, dass der Widerruf eines mangelhaften Verwaltungsaktes stets möglich sei und deshalb anderen rechtlichen Regeln unterliege als der Widerruf eines mangelfreien Verwaltungsaktes. Wie noch auszuführen sein wird<sup>1)</sup>, ist diese Ansicht nicht haltbar. Die Mangelhaftigkeit des zu widerrufenden Verwaltungsaktes ist eine von mehreren Beseitigungs- bzw. Zurücknahmegründen. Sie weist keine Besonderheiten auf, die eine terminologische Unterscheidung rechtfertigen könnte. Es kommt hinzu, dass diese Unterscheidung auch deshalb unpraktisch ist, weil die Mangelhaftigkeit eines Verwaltungsaktes häufig streitig ist und erst durch das Urteil eines Verwaltungsgerichts abschliessend geklärt werden kann<sup>2)</sup>.

1) siehe § 9 und § 17.

2) vgl. Schütz in DÖV 1958, S. 449.

Dritter Abschnitt: Widerrufsgründe

Wie im zweiten Abschnitt dieser Arbeit nachgewiesen ist, besteht eine Regel der Unwiderruflichkeit von Verwaltungsakten. Der Widerruf eines Verwaltungsaktes muss durch einen Rechtsatz zugelassen sein. Die Widerrufsgründe sind zunächst nach ihrer zeitlichen Wirkung in die Beseitigungsgründe (Widerruf mit Wirkung ex nunc) und in die Zurücknahmegründe (Widerruf mit Wirkung ex tunc) zu gliedern.

Erster Unterabschnitt: Beseitigungsgründe

§ 7 Ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Beseitigung

Die Voraussetzungen für die Beseitigung von Verwaltungsakten können ausdrücklich gesetzlich bestimmt oder aus allgemeinen Rechtsätzen herzuleiten sein.

Ausdrückliche gesetzliche Regelungen des Widerrufs bestehen nur auf einigen Sondergebieten. Sie kommen jedoch vor den allgemeinen Rechtsätzen in Betracht, weil sie als Sonderregelungen (leges speciales) vorgehen.

Die gesetzlichen Bestimmungen verwenden weitgehend nicht die Begriffe Beseitigung und Zurücknahme. Daher ist aus dem Sinn der Bestimmungen zu ermitteln, ob der Widerruf mit Wirkung ex nunc oder mit Wirkung ex tunc möglich sein soll<sup>1)</sup>.

1) vgl. z. B. §§ 93 f AO - ex nunc; § 13 PBefG "Zurücknahme" - ex nunc; §§ 78, 88 I GUKrG "Zurücknahme" - ex nunc; § 42 prPVG "Zurücknahme" - ex tunc; § 24 BG NRW "zurückgenommen oder nachträglich eingeschränkt" - ex tunc; § 53 GewO "Zurücknahme" - ex nunc; § 12 BBesG "Zurücknahme" - ex tunc.

Wenn der Vorbehalt des formellen Gesetzes besteht, ist die Beseitigung ausschliesslich auf Grund einer formellen gesetzlichen Bestimmung zulässig. Die Beseitigung, die eine Enteignung darstellt<sup>1)</sup>, kann nur auf Grund eines formellen Gesetzes, das Art und Ausmass der Entschädigung regelt, erfolgen (Art. 14 Abs. III GG). Ausserdem ist die Beseitigung einer Richterernennung schlechthin ausgeschlossen, weil sie nur durch eine richterliche Entscheidung ausgesprochen werden kann (Art. 97 Abs. II GG)<sup>2)</sup>. Die Beseitigung auf Grund allgemeiner Rechtsätze ist ferner unzulässig, wenn das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend die Geltung anderer Beseitigungsgründe verneint<sup>3)</sup>. In der Regel wird ein Spezialgesetz aber nur die für seinen Bereich bestehenden Besonderheiten durch Erweiterung oder Einschränkung der Beseitigungsgründe berücksichtigen, ohne die allgemeinen Beseitigungsgründe auszuschliessen<sup>4)</sup>.

- 1) vgl. Stödter, S. 75, "Der Widerruf eines Verwaltungsaktes ist eine der denkbaren Erscheinungen, in denen enteignet werden kann"; vgl. hinsichtlich des Umfangs des Enteignungswiderrufs Hamerschmidt, S. 234 ff; Beispiel: § 8 Ziff. 9 BFernStrG; OVG Koblenz vom 9. 9. 1954 in DÖV 1955, 255 ff; bayObLG vom 5. 10. 1954 in MDR 1954, 292 f; BGH vom 7. 10. 1954, BGHZ 15, 17 ff; BGH vom 30. 9. 1957 in DÖV 1957, 917.
- 2) vgl. Jellinek in DVEI 1954, 794.
- 3) Ipsen, S. 106, und die dort angegebenen Beispiele; vgl. auch hessVGH vom 28. 3. 1954 in VRspr 1954, 169 für den Widerruf einer Beamtenernennung.
- 4) vgl. BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 154; für das Recht des Lastenausgleichs; vgl. auch BGH vom 11. 4. 1957 in NJW 1957, 987.



Beseitigungsgründe aus allgemeinen Rechtsätzen sind Gegenstand der weiteren Untersuchung.

### § 8 Begünstigende Beseitigung

Nach dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung unterliegen nur belastende Verwaltungsakte dem Vorbehalt des Gesetzes<sup>1)</sup>. Daher ist die begünstigende Beseitigung grundsätzlich frei möglich<sup>2)</sup>.

Eine begünstigende Beseitigung liegt vor, wenn die Rechts- und Interessenlage des Empfängers unmittelbar nach der Beseitigung günstiger ist als unmittelbar vorher, indem sich entweder bisherige Vergünstigungen verbessern oder Belastungen verringern. Die Beseitigung eines verpflichtenden Verwaltungsaktes kann eine Belastung bedeuten, wenn der Empfänger Aufwendungen im Hinblick auf den Verwaltungsakt gemacht hat. Der Zeitraum zwischen dem Erlass des Verwaltungsaktes und der Beseitigung kann nicht ausser Betracht bleiben.

Demnach ist zwischen begünstigender (günstiger) und belastender (lästiger) Beseitigung zu unterscheiden<sup>3)</sup>. Obwohl schon ältere Verwaltungsgesetze

1) vgl. die Ausführungen unter § 5 B dieser Arbeit.

2) h. M. vgl. z. B. Ipsen, S. 109 ff; Jellinek, S. 282 Anm. 1; Friesenhahn in RStW 1950, 259; von Turegg in JR 1952, 19; Sommer in DÖV 1954, 744; Hauelsen in NJW 1954, 1425; Forsthoff, § 13, 2; OVG Hamburg vom 26. 7. 1948 in DVBl 1949, 158; LG Göttingen vom 13. 4. 1950 in NdsRechtspfl. 1950, 90.

3) Ipsen, S. 13.

den Widerruf durch Wendungen wie "zu Gunsten"<sup>1)</sup> oder "zu Ungunsten"<sup>2)</sup>, "zum Nachteil"<sup>3)</sup> ebenfalls von seiner Wirkung gegenüber dem Empfänger bestimmen, wird teilweise in Literatur und Rechtsprechung zwischen dem Widerruf belastender und dem Widerruf begünstigender Verwaltungsakte unterschieden<sup>4)</sup>. Diese Unterscheidung nach den Rechtswirkungen des zu widerrufenden Verwaltungsaktes ist für die Widerruflehre unbrauchbar, weil es nach dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auf die Wirkungen des Widerrufsaktes selbst ankommt. Die Unterscheidung zwischen begünstigendem und belastendem Widerruf deckt sich nicht in allen Fällen mit der Unterscheidung zwischen dem Widerruf eines belastenden Verwaltungsaktes und dem Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes.

Wenn die Beseitigung teils begünstigend und teils belastend wirkt, ist sie im ganzen ein belastender Verwaltungsakt<sup>5)</sup>. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass die teilweise Beseitigung eines Verwaltungsaktes, der Belastungen und Begünstigungen bewirkt hat, sich danach richtet, welche Rechtswirkungen beseitigt werden. Eine begünstigende Beseitigung liegt vor, wenn lediglich die Geltungsbeendigung der belastenden Wirkungen herbeigeführt wird.

1) § 142 LVO, § 95 AO.

2) § 142 I LVO; §§ 77, 86, 89 wUEVRO.

3) § 94 I 2 AO.

4) Ipsen, S. 109; Jellinek, S. 282 Anm. 1; Forsthoff, § 13, 2; LG Göttingen vom 13. 4. 1950 in NdsRechtspfl. 1950, 90.

5) Wolff, § 47 VI.

Die Beseitigung von Verwaltungsakten, durch welche Rechte Dritter begründet worden sind, kann für den Empfänger begünstigend und für den Dritten belastend sein. Bei der Rückbeordnung nach dem Bundesleistungsgesetz erwirbt z. B. der alte Eigentümer sein Eigentum zurück, während der Begünstigte es verliert. Da ein solcher Verwaltungsakt Doppelwirkungen ausser, die sich nicht trennen lassen, ist er nach seinen belastenden Wirkungen zu beurteilen.<sup>1)</sup>

Die herrschende Lehre lässt einen begünstigenden Widerruf auch zum Zwecke der Erhöhung einer Belastung zu, da niemand ein Recht auf Unterlassung weiterer Belastungen erworben habe<sup>2)</sup>. Ipsen<sup>3)</sup> vertritt hingegen die Ansicht, dass belastende Verwaltungsakte mit dem Zweck der Erhöhung der Belastung nicht frei widerrufen werden können, da die Eingriffsgrundlage durch die erste Belastung verbraucht sei. Ipsen übersieht, dass für die neue Belastung selbstverständlich eine neue Eingriffsermächtigung vorhanden sein muss. Der neue belastende Verwaltungsakt ist nur zeitlich mit dem Widerruf verbunden; begrifflich kann er gleichwohl von ihm getrennt werden. Die Rechtslage kann nicht anders zu beurteilen sein, als wenn die beiden Akte zeitlich und rechtlich selbständig erlassen worden wären.

Die Verwaltung muss auch bei der "frei" möglichen begünstigenden Beseitigung im Rahmen der allen Verwaltungshandlungen gesetzten Schranken handeln. Sie darf durch die Beseitigung nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz<sup>4)</sup> und das Verbot der Willkür<sup>5)</sup> ver-

1) Naumann in DVBl 1952, 633.

2) Kormann, S. 341; Schoen, S. 127; Jellinek in AÖR 21, 26; von Turegg, S. 130.

3) Ipsen, S. 109 f.

4) Art. 3 I GG.

5) h. M. vgl. von Turegg, S. 128; BesVGh vom 9. 3. 1951 in DÖV 1953, 150 mit Anmerkung von Zinser.

stossen. Die begünstigende Beseitigung bewirkt für die Behörde in der Regel den Verlust einer Rechtsstellung. Die Behörde muss deshalb befugt sein, auf diese Rechtsstellung zu verzichten<sup>1)</sup>. Verwaltungsakte, zu deren Erlass eine Behörde bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes verpflichtet ist<sup>2)</sup>, können nicht beseitigt werden, wenn der Inhalt des Verwaltungsaktes der Verpflichtung entspricht, da die Beseitigung gleichbedeutend mit der Unterlassung des Verwaltungsaktes wäre und somit eine Verletzung der entsprechenden Verpflichtung enthalten würde<sup>3)</sup>.

## § 9 Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte

### A. Erheblichkeit von Mängeln

In Literatur und Rechtsprechung wird der mangelhafte Verwaltungsakt als widerruflich angesehen. Es geben jedoch die Meinungen darüber auseinander, in welchem Umfange Mängel eine Beseitigung rechtfertigen.

Nach einer Ansicht, die der Rechtswidrigkeit starke Bedeutung beimisst, soll der Widerruf eines Verwaltungsaktes, "der dem geltenden Recht widerspreche"<sup>4)</sup>, mit Wirkung für die Zukunft stets möglich sein<sup>5)</sup>. Dieser Grundsatz sei zwar nur in einigen Ge-

1) vgl. wUEVRO Begründung, S. 111 f.

2) z. B. die Adordnung der Tötung von an Tollwut, Rots, Lungenseuche erkrankten Tieren gem. §§ 39, 42, 51 Viehseuchengesetz vom 26. 6. 1906.

3) vgl. wUEVRO Begründung, S. 284.

4) OVG Berlin vom 26. 11. 1952 in DVBl 1954, 129.

5) Peters, S. 187; Forsthoff, S. 187; von Turegg, S. 126, 127, einschränkend S. 131; nur Nichtigkeit; Dickmann in DÖV 1957, S. 283; OVG Lüneburg vom 21. 11. 1950, E 1951, S. 195; BesVGh Berlin vom 9. 2. 1951 in VerwSpr 3, 510; BGH vom 26. 2. 1951 in NJW 1951, 360; OVG Berlin vom 26. 11. 1952 in DVBl 1954, 129; OVG Münster vom 14. 6. 1955 in VerwSpr 9, 297; BGH vom 18. 10. 1956 in DRI 1956, 497 mit Besprechung von Hauwien in DVBl 1956, 751; BGH vom 11. 4. 1957 in NJW 1957, 987.

setzen (§ 42 Abs. I a prPVG; § 143 I Ziff. 2 ThürLVO) ausdrücklich ausgesprochen. Er müsse aber auch für den Regelfall gelten, da es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken handle. Von Turegg bringt diese Ansicht auf die Formel: "Anfechtungsgründe sind Widerrufsfgründe".<sup>1)</sup>

Eine andere Meinung sieht nur den Verstoß gegen "gebietende" Rechtsnormen als zur Beseitigung berechtigend an<sup>2)</sup>. Gebietend ist nach der Definition des bayerischen VGH - eine Norm, die "strickt, keine Ausnahme zulassend und kein freies Ermessen einräumend den Tatbestand bestimmt, der für die Entstehung von Rechten und Pflichten maßgebend ist"<sup>3)</sup>. Eine Vorschrift ist "nicht gebietend", wenn die Behörde über das Zutreffen der in einer Rechtsvorschrift festgesetzten "Voraussetzung für den Erlass eines Verwaltungsaktes nach freiem Ermessen entscheiden kann".<sup>4)</sup>

1) von Turegg, S. 127 Anm. 1.

2) vgl. § 88 Ziff. 1 wUEVRO und Begründung, S. 298; Ipsen, S. 92; Nebinger, S. 218; Baring in DVBl 1953, 426; Eyermann-Fröhler, OV 2b Anm. zu § 35, beschränkt den Widerruf wegen Fehler auf solche, die die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils ermöglichen würden. - bayVGH vom 8. 11. 1951 in VerwRspr 1952, 144; OVG Hamburg vom 1. 2. 1951 in VRspr 1951, 579; vgl. auch VerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1957, 155 und die dortige Übersicht über die neuere Literatur und Rechtsprechung.

3) bayVGH vom 8. 11. 1951 in VerwRspr 1952, 144.

4) wUEVR Begründung, S. 298.

Die Frage, welche der beiden Meinungen zutrifft oder ob eine dritte Auffassung richtig ist, lässt sich nur beantworten, indem man die nach der Grundregel der Unwiderruflichkeit erforderliche rechtsatzmäßige Ermächtigung bestimmt.

Ein allgemeiner Rechtsatz, dass ein mangelhafter Verwaltungsakt stets beseitigt werden könne ist nicht aus den vielfach als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes angeführten Bestimmungen des § 143 Ziff. 2 ThürLVO und des § 42 I 1 a prPVG zu entnehmen. Die Fassung sowohl des § 143 ThürLVO ("kann ... wenn ...") als auch des § 42 prPVG ("ist ... nur zulässig, wenn ...") lässt erkennen, dass im Hinblick auf die nicht mehr anzuwendende Regel der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten lediglich die besonderen Voraussetzungen, unter denen begünstigende Verwaltungsakte bestimmter Art zurücknehmbar sein sollen, normiert worden sind. Die Bedeutung beider Gesetzesvorschriften liegt daher in der beschränkten Aufzählung der Tatbestandsmerkmale, auf die eine Beseitigung gestützt werden kann. Weder der Wortlaut noch der Sinn dieser Vorschriften kann nur Begründung der Ansicht herangezogen werden, dass die Beseitigung eines mangelhaften Verwaltungsaktes stets gerechtfertigt sei<sup>1)</sup>. Es kommt hinzu, dass in anderen gesetzlichen Bestimmungen die zum Widerruf ermächtigenden Rechtsverstöße in einzelnen festgelegt sind<sup>2)</sup>.

Die Möglichkeit der Anfechtung eines mangelhaften Verwaltungsaktes durch den Staatsbürger kann nicht zur Bildung eines Beseitigungsgrundes herangezogen

1) vgl. OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 505.

2) vgl. §§ 77, 88 GUKrG; § 12 BBeaG; vgl. auch Art. 88 Ziff. 1 wUEVRO.

werden, weil die Anfechtungsgründe nur die Frage lösen, wann der Staatsbürger die Geltungsbeendigung herbeiführen kann, und nicht die Frage, wann die Verwaltung zur Beseitigung berechtigt ist. Die Verwaltung befindet sich in einer anderen Stellung als der Staatsbürger. Sie hat die Pflicht, vor Erlaß eines Verwaltungsaktes Sorge zu tragen, dass der beabsichtigte Verwaltungsakt mit der Rechtsordnung im Einklang steht. Wenn die Verwaltungsbehörde dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, kann sie nicht dem Staatsbürger Gleichgestellt werden, der durch die Anfechtung erstmalig eine Möglichkeit zur Einwirkung auf den Verwaltungsakt erhält. Die Ungleichheit der Interessenlage ist auch darin zu erkennen, dass die Ausübung des Anfechtungsrechts an enge zeitliche Schranken gebunden ist, während dieses Hemmnis für eine Beseitigung nicht bestehen würde<sup>1)</sup>.

Die Befugnis zur Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte ergibt sich vielmehr aus dem Prinzip der Gesetzsmässigkeit der Verwaltung. Diesen Prinzip beinhaltet - wie bereits ausgeführt - einmal den Vorbehalt des Gesetzes: Belastende Verwaltungsakte dürfen nur auf Grund eines Rechtsaktes ergehen. Zum anderen umfasst das Prinzip auch das Verbot der Gesetzesdringlichkeit. Die Staatsorgane müssen für materielle Richtigkeit und Gerechtigkeit der von ihnen erlassenen Verwaltungsakte Sorge tragen<sup>2)</sup>. Daraus erwächst der Verwaltung die Befugnis und die Pflicht, mit ihren Akten den Zustand herzustellen und aufrecht zu erhalten, der dem Gesetz entspricht<sup>3)</sup>.

- 1) von Turégge, S. 131.
- 2) BVerfG vom 24. 7. 1957 in DVBl 1957, 642 f.
- 3) Petzner in ADR 9, 357f; VRO Begr., S. 298f; BayVOH Nr 4, 214.

Die grundsätzliche Befugnis zur Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte trotz Nichtbestehens einer formalen gesetzlichen Bestimmung enthält keinen Widerspruch zum Gesetzesmässigkeitprinzip, sondern folgt aus der ihm innewohnenden Beschränkung.

Da das Verbot der Rechtswidrigkeit mit anderen Prinzipien im Widerspruch steht, ist eine Einschränkung der Beseitigung mangelhafter Akte erforderlich. Das Rechtsstaatsprinzip fordert auch die Gewährleistung der Rechtsicherheit<sup>1)</sup>. Wenn die Verwaltung einen Verwaltungsakt wegen eines jeden Mangels beseitigen könnte, würde für mangelhafte Verwaltungsakte nie eine ruhige und gesicherte Rechtslage eintreten. Der Staatsbürger, der vielfach nicht zu erkennen vermag, ob der Verwaltungsakt mangelhaft ist, müsste er stets mit einer Beseitigung rechnen. Eine solche Rechtslage würde gegen das Verfassungskonforme Prinzip der Rechtsicherheit verstossen<sup>2)</sup>. Daß die Rechtsicherheit oft dem Gebot der Gerechtigkeit vorgeht, ergibt sich daraus, dass der Staatsbürger mangelhafte Verwaltungsakte nur in einem formalen Verfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraumes anfechten kann. Lässt der Staatsbürger die Rechtsmittelfrist verstreichen, so muss er sich mit dem mangelhaften Verwaltungsakt abfinden<sup>3)</sup>. Gegen eine Beseitigung wegen jeder Mangelhaftigkeit sprechen auch die durch den Verwaltungsakt entstandenen Rechte des Adressaten oder Dritter. Das Vertrauen des Betroffenen auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen besteht in der Regel auch bei mangelhaften Ver-

- 1) BVerfG vom 24. 7. 1957 in DVBl 1957, 642f; BVerfG vom 1. 7. 1953 in NJW 1953, 1198f; Klein in Stw 1954, Sp. 37f; v. Mangoldt-Klein, S. 601.
- 2) Vgl. von Turégge, S. 131.
- 3) Vgl. auch § 79 II BVerfGG.



waltungsakten<sup>1)</sup>, wenngleich der Vertrauensschutz hier geringer zu bewerten ist, als bei fehlerfreien Verwaltungsakten. Die Ansicht, dass Rechte, die auf einem mangelhaften Verwaltungsakt beruhen, einen Widerruf nicht hindern könnten<sup>2)</sup>, da niemand einen Anspruch darauf besitzt, dass ein Zustand, der unter Verletzung des Gesetzes herbeigeführt worden sei, aufrecht erhalten werde<sup>3)</sup>, ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig.

Die Verwaltung ist demnach nicht in jedem Fall zur Beseitigung eines mangelhaften Verwaltungsaktes berechtigt<sup>4)</sup>.

Andererseits steht auch die Beschränkung der Beseitigung auf Verstöße gegen "gebietende" Rechtsnormen mit unserer Rechtsordnung nicht im Einklang. Es ist zwar erheblich, ob der zu beseitigende Verwaltungsakt gegen eine Gesetzesbestimmung, die keine Ausnahmeregelung und kein Ermessen einräumt, verstößt, weil ein solcher Verstoß schwerer wiegt als die Verletzung einer "nicht gebietenden" Rechtsnorm. Durch diese Beschränkung wird aber willkürlich ein Gesichtspunkt herausgegriffen, während wichtige öffentliche und private Interessen, die für und gegen eine Beseitigung sprechen, unberücksichtigt bleiben. Eine unterschiedliche Bewertung des Grades und der Art der Herbeiführung des Mangels wie auch der aus dem Mangel erwachsenden Rechtsfolgen für die Allgemeinheit ist nicht möglich.

- 1) BVerwG vom 25. 10. 1957 in DVV 1958, 178f; von Turczek, S. 131.
- 2) BGR vom 26. 2. 1951, BGRZ 1, 223; Porsthoff, S. 215f; vgl. auch Schütz in DVV 1958, 449 ff.
- 3) BayVGH vom 6. 11. 1951 in VerwRpR 1952, 144.
- 4) Hausstein in NJW 1958, 642 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner gegenenteiligen Ansicht; vgl. auch Hausstein in NJW 1958, 1662.

meinheit und den einzelnen würde ausgeschlossen sein<sup>1)</sup>. Es kommt hinzu, dass im öffentlichen Recht der Überwiegende Teil der gesetzlichen Bestimmungen den "gebietenden" Rechtsnormen zugeordnet werden muss, so dass im Ergebnis die Verwaltungsbehörde bei fast jeder Mangelhaftigkeit uneingeschränkt zur Beseitigung berechtigt wäre<sup>2)</sup>.

Der Umfang der Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte kann sich allein aus einer zutreffenden Abwägung der kollidierenden Rechtsprinzipien ergeben.

Bei dem Widerstreit zwischen dem Verbot der Gesetzwidrigkeit einerseits und dem Prinzip der Rechtssicherheit sowie dem Grundsatz des Vertrauensschutzes andererseits handelt es sich um eine Kollision zwischen dem Grunde nach gleichwertigen Rechtsprinzipien<sup>3)</sup>. Während die Gewährleistung eines dem Gesetz entsprechenden Zustandes im öffentlichen Interesse geboten ist, liegt die Erhaltung der Rechtssicherheit und der Schutz des Vertrauens in die erlangte Rechtsstellung überwiegend im privaten Interesse<sup>4)</sup>.

Spannungverhältnisse zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen des einzelnen kommen in der Rechtsordnung des sozialen Rechtsstaates mehrfach vor. Sie liegen insbesondere dem Enteignungsrecht (Art. 14 GG) und der Regelung des Aufopferungsanspruches (§§ 74, 75 Einzelstufung AltR) zu Grunde. Der Eingriff in die Rechtsstellung des Staatsbürgers

- 1) OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 504.
- 2) von Turczek in JR 1952, 18 ff Anm. 25f; OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 504.
- 3) OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 503f; Klein in StwV 1954, Sp. 37.
- 4) Ipsen, VA, S. 8.

netzt in diesen Fällen voraus, dass das Wohl der Allgemeinheit ihn erfordert. Das Interesse des einzelnen muss dem öffentlichen Interesse weichen, wenn Letzteres als höherwertig anzusprechen ist. Ähnlich berechtigt die Mangelhaftigkeit eines Verwaltungsaktes nur dann zur Beseitigung, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse es gebietet.

Diese Ansicht wird teilweise in der neuesten Rechtsprechung und Literatur vertreten. Das OVG Berlin<sup>1)</sup> ersucht den belastenden Widerruf eines mangelhaften Verwaltungsaktes nur dann für zulässig, wenn er im Überwiegenden öffentlichen Interesse geboten ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem neueren Urteil - allerdings für einen Widerruf ex tunc - entschieden, es müsse "unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Betroffenen" eine "pflichtgemäße Abwägung" gegenüber dem öffentlichen Interesse erfolgen. Das Gericht gibt damit zu erkennen, dass die Formel vom Verstoß gegen eine "gebietende" Rechtsnorm für den Widerruf mangelhafter Verwaltungsakte nicht ausreicht<sup>2)</sup>.

Hausisen<sup>3)</sup> führt in einer Besprechung des Urteils des OVG Berlin aus, die jahrelang herrschende Meinung, die Verwaltung sei nicht gehindert, Verwaltungsakte wegen Rechtswidrigkeit zu beseitigen, entspreche nicht mehr der heutigen Rechtsanschauung; vielmehr sei der Widerruf mangelhafter Verwaltungsakte auf solche Fälle

- 1) OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 503; anstimmend Beyerl Verw. Arch. 1958, 81 f. und Hausisen in DVBl 1957, 506; vgl. auch ISG Bremen vom 20. 2. 1957 in BB 1957, 543.
- 2) BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 155, Sp. 2; vgl. auch BVerwG vom 25. 10. 1957 in DVV 1958, 176; OVG Münster vom 20. 6. 1956 in DVV 1957, 324; BVerwG vom 23. 1. 1958 in MDR 1958, 710 und vom 29. 5. 1958 in NJW 1958, 925.
- 3) Hausisen in NJW 1958, 643; vgl. noch die gegensätzliche Ansicht in DVBl 1957, 508 und in NJW 1954, 1427.

beschränkt, in denen das Überwiegende öffentliche Interesse ihn erfordert. Wolff<sup>1)</sup> fordert im Ergebnis ebenfalls, dass die Beseitigung durch Überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein müsse.

#### B. Überwiegendes öffentliches Interesse

Die Frage, wann die Beseitigung eines mangelhaften Verwaltungsaktes im Überwiegenden öffentlichen Interesse geboten erscheint, lässt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles entscheiden. In der Regel werden verrochende Gründe für und andere Gründe gegen die belastende Beseitigung eines mangelhaften Verwaltungsaktes sprechen. Die einzelnen Gründe lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. Es können aber Gründe für Gruppen von Verwaltungsakten bestimmt werden, bei denen eine Beseitigung ausgeschlossen ist, und darüber hinaus einzelne Gesichtspunkte festgestellt werden, die für oder gegen eine Beseitigung sprechen.

Die Beseitigung ist stets im öffentlichen Interesse geboten, wenn die Mangelhaftigkeit des zu beseitigenden Verwaltungsaktes auf einem Verschulden des Betroffenen beruht<sup>2)</sup>. Wer schuldhaft bewirkt, dass er eine nur mangelhafte Rechtsstellung erhält, muss stets mit deren Entzug rechnen. Das beruht auf den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass Verschulden stets von dem schuldhaft Handelnden zu ver-

- 1) Wolff, § 53 IV b 3.
- 2) ISG Bremen vom 20. 2. 1957 in BB 1957, 543; BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 156; Hausisen in NJW 1958, 643.

treten ist<sup>1)</sup> und dass niemandem aus schuldhaften Handlungen ein Rechtswortteil erwachsen soll.

Andererseits ist die Beseitigung nicht im Überwiegenden öffentlichen Interesse Geboten, wenn lediglich eine "nicht Gebietende" Rechtsnorm verletzt ist<sup>2)</sup>. Das Interesse an der Rechtsichtheit und an der Hebung der Stellung des Staatsbürgers ist höher zu werten, als das Interesse an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, wenn lediglich eine nachgiebige Rechtsnorm nicht beachtet ist. Denn der Verwaltungsakt hält sich noch im Rahmen des Gesetzlich Zulässigen, wenn auch das Ergebnis von der Verwaltung nicht oder nicht mehr gewollt ist<sup>3)</sup>. Der Satz von der Unwiderruflichkeit eines Verwaltungsaktes bei Verbleiben gegen "nicht Gebietende" Rechtsnormen hat somit im Rahmen der Feststellung des Überwiegenden öffentlichen Interesses seine Bedeutung für die Lehre von der Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte.

Es lassen sich ferner Kriterien bestimmen, die für die Frage, ob die Beseitigung des mangelhaften Verwaltungsaktes im Überwiegenden öffentlichen Interesse Geboten ist, von Bedeutung sind.

Die Beseitigung eines mangelhaften Verwaltungsaktes wird in der Regel im Überwiegenden öffentlichen Interesse Geboten sein, wenn die Mangelbarkeit von dem Betroffenen zwar nicht verursacht<sup>4)</sup>,

- 1) Vgl. § 276 BGB.
- 2) BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 155; vgl. die Ausführungen Seite 54.
- 3) Ipsen, S. 121.
- 4) Hauwieser in NJW 1958, 643 und 664.

wenn nicht gar verschuldet worden ist. Das beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass derjenige die Gefahr zu tragen hat, in dessen Verantwortungsbereich sie entstanden ist.<sup>1)</sup>

Eine Beseitigung ist deshalb andererseits in der Regel nicht im öffentlichen Interesse Geboten, wenn die Mangelbarkeit auf einem Verhalten der Behörde beruht und erst recht, wenn sie von der Behörde verschuldet ist<sup>2)</sup>.

Wenn der Betroffene durch den Verwaltungsakt kein subjektives öffentliches oder subjektives privates Recht erworben hat, oder wenn im Hinblick auf den Verwaltungsakt nichts "ins Werk gesetzt" ist, wird die Beseitigung des mangelhaften Verwaltungsaktes ebenfalls in der Regel im öffentlichen Interesse liegen. Die durch einen Verwaltungsakt entstandenen Rechte genießen zwar auch dann einen Vertrauensschutz, wenn der Verwaltungsakt mangelhaft ist. Wenn der Betroffene eine gefestigte Rechtsstellung nicht erlangt hat, ist sein Interesse an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Rechtmäßigkeit in der Regel jedoch geringwertiger. Wenn hingegen eine Begünstigung (z. B. eine Erlaubnis) durch Vornahme tatsächlicher oder rechtsgesondlichter Handlungen "ins Werk gesetzt" worden ist, sind mittelbare Wirkungen des Verwaltungsaktes und

- 1) Hauwieser in NJW 1958, 1663.
- 2) BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 156; vgl. auch das Schreiben des Bundesausgleichsamtes betreffend Aufhebung und Änderung von Beschneidungen vom 12. 9. 1956 Mt.-Bl. BA 1956, 491 Ziff. 3 Abs. I, S. 3.

wirtschaftliche Werte entstanden, die trotz der Mangelhaftigkeit des Verwaltungsaktes einen Vertrauensschutz rechtfertigen<sup>1)</sup>.

Auch die Art des Verfahrens ist von besonderer Bedeutung dafür, ob das überwiegende Interesse die Beseitigung des mangelhaften Verwaltungsaktes gebietet. Wenn der Verwaltungsakt in einem förmlichen und mit besonderen Sicherungen ausgestatteten Verfahren ergangen ist, wird die Beseitigung in der Regel ausgeschlossen sein<sup>2)</sup>. Denn es ist der Sinn eines förmlichen Verfahrens, eine höhere Sicherheit für die Rechtsabsichtlichkeit des Verwaltungsaktes zu schaffen und dadurch dem Staatsbürger einen größeren Schutz gegen eine Beseitigung zu gewähren.

Aus dem gleichen Gesichtspunkt ist die Beseitigung verachtlicher Gruppen von Verwaltungsakten, denen wegen ihrer besonderen Bedeutung eine größere Rechtsbeständigkeit beimessen ist, nur bei besonders zwingenden und schmerzhaften, den Erwägungen der Rechtsstaatlichkeit übergeordneten Gründen<sup>3)</sup> möglich: Bei rechtsgestaltenden, feststellen-

1) Ipsen, S. 85.

2) BVerwG im NJW 1958, 156 für das Innehalten eines Verfahrens: Entscheidung schon in der unteren Instanz durch eine Kollegialbehörde, § 335 Abs. 1 i. d. F., in allen Instanzen Mitwirkung eines besonderen Vertreters der Interessen des Ausgläubigen, § 322, Erlaß von Vorbehaltsbescheiden, von Teilbescheiden.

3) BVerfG vom 1. 7. 1953 in NJW 1953, 1138; vgl. auch Forsthoft, S. 221 Anm. 5; VGH München vom 12. 10. 1950 in VerwRsp 3, 316; BGH vom 3. 12. 1953 in MDR 1954, 632; OLG Köln vom 9. 12. 1953 in RdL 1954, 71.

den und streitentscheidenden Verwaltungsakten, kommt der Rechtsicherheit und dem Vertrauensschutz erhöhte Bedeutung zu<sup>1)</sup>.

Für die Frage des Vertrauensschutzes ist es ferner erheblich, welcher Zeitraum seit dem Eintritt der Mangelhaftigkeit verstrichen ist, da der Betroffene sich bei einem längeren Zeitraum auf den Fortbestand des Verwaltungsaktes einzurichten pflegt<sup>2)</sup>. Das muss erst recht gelten, wenn der Behörde die Mangelhaftigkeit bekannt gewesen ist.

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Beseitigung für den Betroffenen wie für die Allgemeinheit sind ein weiterer wichtiger Anhaltspunkt dafür, ob die Beseitigung im öffentlichen Interesse liegt<sup>3)</sup>.

In der Praxis werden in der Regel mehrere der aufgezählten Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein, von denen bald der eine, bald der andere überwiegt. Bei der Abwägung ist zu beachten, dass die einzelnen Gesichtspunkte in verschiedenen Gebieten des Verwaltungsrechts verschiedenen Gewicht besitzen können. Der Gedanke des Vertrauensschutzes wiegt z. B. auf dem Gebiet der beamtetenrechtlichen Fürsorgebestimmungen besonders schwer<sup>4)</sup>.

1) vgl. die Ausführungen Seite 30.

2) Hausen in DVBl 1957, 508; BGR vom 22. 3. 1956 in NJW 1957, 397; BVerwG vom 29. 5. 1958 in MDR 1958, 710; BGR Stuttgart vom 31. 3. 1958 in ZHR 1958, 144.

3) OVG Berlin vom 14. 11. 1956 in DVBl 1957, 503; BVerwG vom 25. 10. 1957 in DVV 1958, 178.

4) Hausen in DVBl 1957, 508; Pischbach, Recht im Amt, 1956, 289.



C. Mängel im einzelnen

An Hand der gewonnenen Erkenntnisse sind nunmehr die einzelnen Mängel daraufhin zu überprüfen, ob sie eine Beseitigung von Verwaltungsakten im überwiegenden öffentlichen Interesse gebieten.

Da das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Behörde die Verpflichtung auferlegt, den dem Gesetz entsprechenden Zustand herzustellen und aufrecht zu erhalten, muss ein Verwaltungsakt nicht nur bei seinem Erlass, sondern während seiner ganzen Bestandszeit mit der Rechtsordnung im Einklang stehen<sup>1)</sup>. Diese Erkenntnis führt zu der Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Mangelhaftigkeit. Ein Verwaltungsakt ist ursprünglich mangelhaft, wenn der Mangel schon zur Zeit seines Erlasses besteht. Eine nachträgliche Mangelhaftigkeit liegt vor, wenn der Mangel zu einem späteren Zeitpunkt entsteht.

I. Ze sollen zunächst die ursprünglich mangelhaften Verwaltungsakte untersucht werden.

a) Ein Verwaltungsakt kann zur Zeit seines Erlasses an einem formalen Mangel leiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur relative Mängel im Betracht kommen. Besonders schwere (absolute) Mängel, durch die der Verwaltungsakt unmöglich mit der Wirkung der Nichtigkeits ist, sind nicht Gegenstand der Untersuchung<sup>2)</sup>.

1) Vgl. die Ausführungen S. 35 ff dieser Arbeit; vgl. auch Reitzner in AOR 9, 357; WIEBERO Begründung, S. 298; Ruber I, 730, 731; BAYVOH Nr 4, 214.  
2) Vgl. die Ausführungen S. 7 ff dieser Arbeit.

Ein relativer Zuständigkeitsmangel liegt vor, wenn ein Verwaltungsakt von der Behörde, die ihn erlassen hat, zwar unter den obwaltenden Umständen rechtlich nicht hätte erlassen werden dürfen, aber unter anderen Umständen hätte ergehen können<sup>1)</sup>. Ein relativer Verfahrensmangel ist gegeben, wenn relative Verfahrensvorschriften verletzt sind<sup>2)</sup>. Wenn gegen gesetzlich nicht zwingend gebotene Formvorschriften verstoßen ist, liegt ein relativer Formmangel vor<sup>3)</sup>.

Bei der gebotenen Feststellung, ob der Widerruf eines Verwaltungsaktes, der unter Verletzung formeller Vorschriften ausstünde gekommen ist, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, ist zwar nicht zu verkennen, dass die Einhaltung der formalen Vorschriften sehr wichtig ist, weil durch sie sichergestellt werden soll, dass der Verwaltungsakt durch die zuständige Behörde, in dem vorgeschriebenen Verfahren und in der vorgeschriebenen Form erlassen wird. Da jedoch bei absoluten formalen Fehlern der Verwaltungsakt unmöglich ist, handelt es sich hier nur um mindere schwere Verstöße, bei denen die Einhaltung der formalen Vorschriften nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist, so dass aus der Schwere und der Art der Mangelhaftigkeit ein überwiegendes Interesse an einer Beseitigung nicht hergeleitet werden kann. So kommt hinzu, dass Verstöße gegen Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften im Verantwortungsbereich der Verwaltungsbehörde liegen. In den überwiegenden Fällen wird sogar ein Verschulden der Behörde

1) Wolff, § 51 IV b 2. n. B. polizeiliche Nachteile unter Verletzung der §§ 22, 23 PRPVG.  
2) Wolff, § 51 IV b 3i  
3) Wolff, § 51 IV b 4i n. B. mangelnde Schriftform, wenn zwar im Einzelfallen Mündlichkeit genügt, ein Einfall aber nicht vorliegt Vgl. § 20 I OBG NRW.



de den Verstoß gegen die formellen Vorschriften verursacht haben. Ausserdem kann der Staatsbürger die reinlichen formellen Mängel angesichts der komplizierten gesetzlichen Regelungen meistens nicht erkennen. Es kann deshalb ein Überwiegendes öffentliches Interesse an der Beseitigung eines Verwaltungsaktes, der lediglich relative formelle Mängel aufweist, nicht anerkannt werden<sup>1)</sup>.

In Gegensatz hierzu wird in der Literatur<sup>2)</sup> die Mangelhaftigkeit, die auf Verstoß gegen formelle Vorschriften beruht, als Beseitigungsgrund angesehen. Diese Ansicht wird auf die entsprechenden Regelungen in den Verwaltungsgesetzen gestützt<sup>3)</sup>. Diese gesetzlichen Bestimmungen lassen aber keine analoge Anwendung zu, weil der allgemeine Grundsatz, dass eine Beseitigung nicht zulässig ist, wenn der Mangel auf einem Verstoß der Behörde beruht, entgegensteht.

Die Begründung des Entwurfs der Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg lässt eine Beseitigung dementsprechend nur bei "wesentlichen" formellen Mängeln zu.

Als wesentlich wird ein formeller Mangel angesehen, wenn er die Entscheidung über die Erlassung des Ver-

1) Vgl. BadVGH vom 11. 6. 1918, BadVerwZ 1919, S. 29 ff., der bereits den Grundsatz der Widerruflichkeit mangelhafter Verwaltungsakte bei Verstößen formeller Art einschränkt; zitiert bei Jellinek, S. 283; vgl. auch Wolff, § 53 IV b 2 S.

2) Vgl. Betseler, S. 23; Jellinek, S. 283; Wolff, § 53 III b 2 y.

3) Die Widerruflichkeit wird bejaht für: I. Unzuständigkeit: a) sachliche: § 96 I 1 AO, §§ 142 Ziff. 2, 143 Ziff. 1, 144 IVd; § 43 Ziff. 2 BadVO; Art. 88 Ziff. 2 WUEVHO; b) örtliche: § 45 I Ziff. 2 BadVO; Art. 88 Ziff. 3 WUEVHO. II. Formmängel: Art. 88 Ziff. 4, 5 WUEVHO.

waltungsaktes beeinflusst hat<sup>1)</sup>. Diese Beschränkung trifft jedoch nicht den massgebenden Gesichtspunkt. Für die Frage, ob die Beseitigung des mangelhaften Verwaltungsaktes im Überwiegenden öffentlichem Interesse geboten ist, kann es nicht entscheidend sein, ob der Erlasse des Verwaltungsaktes überhaupt durch den formellen Mangel beeinflusst ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob diese Beeinflussung zu einem beschnittenen Inhaltsmangel geführt hat. Nur dieser sachliche Mangel kann die Beseitigung rechtfertigen.

b) Die Willensbildung, die sich bei dem Erlasse eines Verwaltungsaktes in der für die Verwaltung handelnden Person vollzieht, kann durch Mängel beeinträchtigt werden.

Hinsichtlich der Entstehungsurachen ist der einfache Willensmangel, der im Behördenapparat selbst entsteht, vom sogenannten qualifizierten Mangel zu unterscheiden, der durch ein Verhalten Ausenstehender hervorgerufen wird<sup>2)</sup>.

Die Beantwortung der Frage, ob ein einfacher (nicht qualifizierter) Irrtum ein Beseitigungsgrund ist, hängt davon ab, ob dem Willen des handelnden Beamten beim Erlasse eines Verwaltungsaktes dieselbe entscheidende Bedeutung zukommen wie dem Willen im Privatrecht.

Nach der früheren im Verwaltungsrecht vorherrschend Gewesenen zivilistischen Betrachtungsweise

1) WUEVHO Begründung, S. 300.

2) Vgl. Ipsen, S. 119.

wurden die Vorschriften des BGG über die Willensmängel, insbesondere über den Irrtum, unmittelbar oder entsprechend auf den Verwaltungsakt angewandt mit der Begründung: Der Vorgang beim Erlaß eines Verwaltungsaktes sei derselbe wie bei der Ausübung einer Willenserklärung<sup>1)</sup>. Das Reichsgericht hat in mehreren Entscheidungen die "Aufrechnung" einer Beamtenernennung wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften der Person des Beamten mit einer Analogie zu § 119 Abs. 2 BGB begründet<sup>2)</sup>. Der Besel-sche VGH hat die Bestimmungen des BGG über Willensmängel (§§ 119 ff) als Widerspruch angesehen, da es sich "um Rechtsgedanken, welche einen selbstver-ständlichen, immanenten Bestandteil der rechts-staatlichen Ordnung darstellen", handelt<sup>3)</sup>.

Dieser zivilistischen Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Verwaltungsakt ist auch dort, wo er unter Mitwirkung des Betroffenen zustande kommt, "eine einseitige Emanation der hoheitlichen Gewalt"<sup>4)</sup>. Er stellt kein dem bürgerlichen Recht vergleichbares Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem einzelnen her. Die rechtserzeugende Tatsache ist beim Erlaß eines Verwaltungsaktes nicht der Wille des handelnden Organwalters, sondern der des Handelnden des Beamten bestimmende Staatswille, wie er in der Rechtsordnung seinen Ausdruck gefunden hat. Es kommt deshalb beim Erlaß eines Verwal-

- 1) Vogels, VerwArch 27, 249, 250.
- 2) RGZ 85, 429 ff; RG in JW 1935, 3151; RGZ 124, 192; dazu Jellinek in JW 1924, 2352; vgl. auch Vogels in VerwArch 27, 247 ff; dazu kritisch Heubauer, S. 30 ff.
- 3) BessVGH in NJW 1949, 635 (vom 19. 1. 1949).
- 4) Forsthoft, S. 160.

tungsaktes darauf an, dass seine Voraussetzungen und Wirkungen mit dem Gesetz übereinstimmen und nicht darauf, ob innerhalb dieses Rahmens der Wille des Beamten zur Wirkung gelangt ist. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass der Verwaltungsakt eines gesetzlichen Beamten Gültigkeit hat, wenn er gesetzesmäßig und sachlich richtig ist<sup>1)</sup>. In Übereinstimmung damit geht die überwiegende Ansicht zutreffend davon aus, dass der nicht qualifizierte Behördenirrtum keinen selbständigen Grund zur Beseitigung von Verwaltungsakten bildet, sondern hierfür nur mittelbar erheblich ist, wenn er einen Inhaltsmangel bewirkt hat<sup>2)</sup>.

Die Zulassung der Beseitigung wegen eines einfachen Irrtums würde auch der Offizialmaxime widersprechen, nach der die Behörde die für den Erlaß eines Verwaltungsaktes in Betracht kommenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse aufzuklären und festzustellen hat<sup>3)</sup>. Dieser Maxime entspricht die Ausstattung der Verwaltungsbehörden mit den nur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen

- 1) Forsthoft, S. 172; vgl. auch §§ 11, 14 BVerwG.
- 2) Heubauer, S. 30 ff; J. Mayer in BayVerwZ 1927, 129; Andersen, S. 139, 165, 190; O. Mayer I, 256 Anm. 34; WUEVRO Begründung, S. 301; Ipaen, S. 117 und 129; VA 17, 28 ff; von Köhler, S. 195; Koellreutter, S. 81; Reinsler, S. 321; Jellinek, S. 284; Peters, S. 169; Selbert, S. 19; Ule in RSStW 1951, 267; Baring in DVBl 1953, 426; Sommer in DVV 1954, 688; Forsthoft, S. 199; Wolff, § 53 IV 2.
- 3) WUEVRO Begründung, S. 301.
- 4) Korman, S. 377; WUEVRO Begründung, S. 301; von Köhler, S. 195.

Mittel. Wenn die Behörde aus irgendeinem Grunde davon keinen Gebrauch macht, darf darunter der einzelne nicht leiden, sofern er diese Unterlassung nicht verursacht hat<sup>1)</sup>. Auch hieraus folgt, dass der einfache Irrtum nur mittelbar zu einer Beteiligung führen kann, wenn er zu einem beschriftlichen Mangel des Inhalts geführt hat.

Gegen dieses Ergebnis spricht nicht der Umstand, dass einige gesetzliche Regelungen jenen Widerspruch auch dann vorsehen, wenn Umstände bekannt werden, die schon bei Erlaß des Verwaltungsaktes vorliegen, und bei deren Kenntnis die Behörde zur Versagung des Aktes zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet gewesen wäre<sup>2)</sup>. Diese Bestimmungen können nicht analog angewandt werden, weil sie Rechtsgebiete betreffen, auf denen es auf die Zuverlässigkeit des Bescheidnehmers besonders ankommt<sup>3)</sup>.

Ein Besetzungsgrund ist hingegen stets gegeben, wenn die Willensbildung durch unzulässige Mittel wie Drohung, unwillkürlichen Zwang, arglistige

1) vgl. Fußnote 4) der Vorseite.

2) vgl. z. B. § 14 VO zur Ausführung des Gesetzes zur Verhütung von Missbräuchen auf dem Gebiet der Rechtsberatung (vom 13. 12. 1935, RGBl. I, S. 1433) § 5 Reichsleiterkreise (vom 6. 4. 1936, RGBl. I, S. 347) in Verbindung mit § 3 der Bestallungs-Ordnung für Bundesjäger vom 29. 11. 1952 (BGBl. I, S. 760) in Verbindung mit § 17 Abs. II.

3) Der von Reissler, S. 34 f. offensichtlich im Anschluß an Köttgen, S. 207, unternommene Versuch, aus diesen speziellen Vorschriften nachzuweisen, dass auch ein Irrtum über nachträgliche Bestimmungen eine Widerunmöglichkeit begründe, überzeugt nicht.

Täuschung, Bestechung beeinflusst oder der Verwaltungsakt durch eine Kollusion erschlichen worden ist. Diese Rechtsfolge ist in der Literatur unbestritten<sup>1)</sup> und in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften normiert.<sup>2)</sup>

Die Täuschung muss sich auf solche Umstände beziehen, die für die Willensbildung bestimmend sind.<sup>3a)</sup>

Darüber hinaus ist eine Besetzung möglich, wenn der Willensmangel durch den Empfänger des Verwaltungsaktes verursacht worden ist<sup>3)</sup>. Denn auch in diesem Fall entstammen die Umstände, auf welche die Mangelhaftigkeit des Verwaltungsaktes zurückzuführen

1) Korman, S. 371; Schoen, S. 119 f.; O. Mayer I, S. 265; Pfeifer, S. 206; WüVRO Begründung, S. 304; Jellinek, S. 287; Keding, S. 219; Peters, S. 170; Eyermand-Prohler, Abh. IV zu § 35; Wolff, § 53 III b 3 B; OVG Rhpf vom 6. 7. 1954 in JE 1955, 175; wobei teilweise eine Unmöglichkeit des auf Grund eines qualifizierten Irrtums erlassenen Verwaltungsaktes angenommen wird; vgl. Huber I, S. 756; Forsthoft, S. 212.

2) z. B. § 43 I, 2 BadVO; § 53 I 1 GewO; § 96 I 2 AO; § 42 PrPVG; § 142 I Ziff. 5 und § 143 Ziff. 5 und 6 LVO; § 12 I und II Ziff. 2 Gaarb; Art. 88 Ziff. 7 und Art. 91 I Ziff. 3 WüVRO; § 12 I Ziff. 1 Bzang; § 1744 I Ziff. 1 - 4 und II HVO; § 10 Besagdg; § 31 I b ndasOG; § 24 I c nrwOG; § 50 I d rhpzPVG.

3) vgl. Korman, S. 371; Feitzek in DVV 1949, S. 232; Lindgen in Arch Post Fernm. W. 1951, 12; von Turzelle in JR 1952, 20.

3a) Vg. br. Sektor Berlin vom 9. 5. 1949 in DB 1950, 53.

ren ist, aus dem Verantwortungsbereich des Besetztesten. Dementsprechend lassen auch §§ 142 I Ziff. 4, 143 Ziff. 5 und 6 thurVVO und § 142 I b prPVG eine Besetzung zu, wenn der Verwaltungsakt auf Grund unrichtiger Angaben des Beteiligten erteilt worden ist.

o) Ein ursprünglicher Inhaltsmangel ist gegeben, wenn der Verwaltungsakt zur Zeit seines Erlasses gegen die Rechtsordnung verstößt. Nur die Besetzung eines Verwaltungsaktes, der an einem Inhaltsmangel leidet, ergeben sich keine Besonderheiten. Die Frage, ob die Besetzung im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, bleibt sich an Hand der bereits genannten allgemeinen Erkenntnisse beantworten.<sup>1)</sup>

II.

Die Zulässigkeit der Besetzung von Verwaltungsakten wegen nachträglicher Mangelhaftigkeit setzt zunächst voraus, dass die Besetzung noch möglich ist. Ein Verwaltungsakt, der mit seinem Erlass alle seine Rechtswirkungen erschöpft hat, oder dessen Rechtswirkungen bereits fortgefallen sind, kann nicht Gegenstand nachträglicher Mangelhaftigkeit sein<sup>1)</sup>. Eine Besetzung wegen nachträglicher Mangelhaftigkeit ist daher begrifflich nur bei Verwaltungsakten mit öffentlich-rechtlicher Dauerwirkung möglich<sup>2)</sup>. Ob ein Verwaltungsakt Dauerwirkungen ausstrahlt, ergibt sich aus seinem Inhalt.

e) Aus der bereits gewonnenen Erkenntnis, dass ein Verstoß gegen nicht zwingende Rechtsvorschriften eine Besetzung nicht zu rechtfertigen vermag<sup>3)</sup>, folgt, dass ein Verwaltungsakt, der im Rahmen der Rechtsordnung ergangen ist, nicht wegen reinen Sinnenwandels der Behörde über seine Zweckmäßigkeit und Richtigkeit besetzt werden kann<sup>4)</sup>. Der Sinnenwandel über Zweckmäßigkeit und Richtigkeit eines Verwaltungsaktes, der nicht durch eine Rechts-widrigkeit führende Änderung der Sach- oder Rechts-

1) Vgl. die Ausführungen Seite 61 ff dieser Arbeit.

1) J. Mayer in BayDVBl 1927, 213; Birkner, S. 74, 75.  
2) Vgl. OVG Münster vom 17. 4. 1950 in VerwRspr 2, 452.  
3) Vgl. die Ausführungen Seite 62 dieser Arbeit.  
4) LVG Braunschweig vom 19. 1. 1949 in DVBl 1949, 296; OVG Hamburg vom 9. 10. 1951 in MDR 1952, 62; OVG Berlin vom 26. 11. 1952 in DVBl 1954, 129, 131.



lage veranlasst wurde, ist rein interner Vorgang, der den Bestand des Verwaltungsaktes nicht behrnt<sup>1)</sup>.

b)

Die Vernderung tatschlicher Verhltnisse wrde in jedem Falle eine Besettigung rechtfertigen, wenn alle Verwaltungsakte als unter der "clausula rebus sic stantibus" erlassen gelten wrden. Das wrde bedeuten, dass ein Verwaltungsakt nur solange rechtsberrndig sein soll, wie auch die Verhltnisse, unter denen er ergangen ist, unverndert bleiben. Der mitunter vertretenen Ansicht, es sei jedem Verwaltungsakt "eine clausula rebus sic stantibus immanent"<sup>2)</sup>, kann nicht gefolgt werden. Die Anerkennung der clausula scheitert schon deshalb, weil sie auf eine freie Willkrllichkeit von Verwaltungsakten hinauslaufen wrde, die gegen das verfassungsmssige Prinzip der Gesetzmssigkeit der Verwaltung verstst. Darber hinaus knnt sich, wie Ipsen im einzelnen nachgewiesen hat, die zivilrechtliche "clausula rebus sic stantibus" nicht auf das Verwaltungsrecht berrtragen<sup>3)</sup>. Die berrwiegende Meinung lehnt aus diesen Grnden zu Recht eine allgemeine Geltung der "clausula rebus sic stantibus" ab<sup>4)</sup>. Soweit Spezialgesetze die Besettigung eines

- 1) Ipsen, S. 148; vgl. auch Sommer in DVV 1954, 686, 747; Ebermann-Frhlner, Anm. IV 2 a Anh. zu § 35 VGO; Klindner, Anm. A II, 4 zu § 23 VGO; von Tursegg, S. 134 und in JR 1952, 20.
- 2) Korman, S. 362; vgl. auch Giese, S. 91.
- 3) Ipsen, S. 133 ff.
- 4) Ipsen, S. 132 und VA, S. 16; Jellinek, S. 283; Helfritz, S. 40; Peters, S. 170; Bunkendorf in DV 1949, 395; Lindgen in Arch. Post Fernw. 1951, 4; Sommer in DVV 1954, 718; ProVG, B 13, 406.

Verwaltungsaktes wegen Wegfalls von Erlaubnisaussetzungen oder wegen nachtrglich eingetretener Umstnde allgemein zulassen, handelt es sich um Sonderregelungen fr Sachgebiete, auf denen die Erteilung eines Verwaltungsaktes an besondere sachliche und persnliche Voraussetzungen geknft ist<sup>1)</sup>. Es kann aus diesen Bestimmungen deshalb nicht geschlossen werden, dass eine Besettigung wegen Vernderter tatschlicher Umstnde ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts sei. Letzteres lsst sich auch nicht den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen entnehmen. Eine Besettigung wegen vernderter Verhltnisse kennen nur § 96 Ziff. 2 AO und § 42 I Ziff. 3 BAdVO, whrend die anderen Verwaltungsgesetze die Besettigung wegen vernderter Verhltnisse an ausschlieliche Voraussetzungen knpfen<sup>2)</sup>.

Andererseits kann auch der Ansicht nicht zugestimmt werden, die eine Besettigung wegen vernderter tatschlicher Verhltnisse nur kraft ausdrcklicher gesetzlicher Bestimmung zulassen will<sup>3)</sup>. Da derartige gesetzliche Bestimmungen selten sind, wrde diese Ansicht dazu fhren, dass die Verwaltung mit einer einmaligen Stellungnahme zu einem Ereignis die Mglichkeit verbrucht htte, sich der Knftigen

- 1) §§ 35 b, 53, 58 GewO; § 12 GastG; § 4 Gesetz bber den Verkehr mit unedlen Metallen; § 1x Fernberg; § 98 GUKrG; § 16 BundesjagdG.
- 2) Vgl. IVO § 143 I Ziff. 4 in Verbindung mit Abs. II "wenn die Zurdernahme nur Verdtung oder Beteiligung berrwiegender Nachteile oder Gefahren fr das bffentliche Wohl notwendig ist" § 42 I d. PrPVG "Gerbildung polizeilich zu schlussender Interessen eintreten wurde".
- 3) Fleiner, S. 202 f; Ipsen, S. 136, 142; und VA S. 16; Jellinek, S. 285; Bunkner, S. 90, 219; Murtwigh BstVBl 1929, 642.



tigen Entwicklung anzupassen. Sie wäre dadurch  
gezwungen, eine einmal getroffene Regelung beizu-  
behalten ohne Rücksicht darauf, ob diese noch mit  
der Rechtsordnung übereinstimmt. Ein solches Er-  
gebnis ist mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.  
Die Verwaltungsbehörde ist auch nicht, wie Benken-  
dorf<sup>1)</sup> meint, auf den Weg verwiesen, die Änderung  
der Verhältnisse durch die Befügung eines Wider-  
rufs vorbehalte zu berücksichtigen. Die Behörde kann  
zwar in vielen Fällen durch einen Widerrufsvorbe-  
halt den nachträglichen tatsächlichen Veränderungen  
Rechnung tragen. Hat die Behörde aber die Befügung  
einer Besetzungsklausel unterlassen, so wäre sie  
nach der Ansicht von Benkendorf gehindert, eine  
spätere Gesetzwidrigkeit des Verwaltungsaktes gel-  
tend zu machen, was gegen das Prinzip der Gesetz-  
mäßigkeit der Verwaltung verstossen würde. Es kommt  
hinzu, dass die Behörde die Möglichkeit nachträg-  
licher tatsächlicher Veränderungen oft nicht vorher-  
sehen kann und somit keinen Anlass zu einem Wider-  
rufs vorbehalte hat.

Die nachträgliche Veränderung tatsächlicher Ver-  
hältnisse ist vielmehr ein Besetzungsgrund, wenn  
sie dazu führt, dass der Verwaltungsakt mit der  
Rechtsordnung nicht mehr im Einklang steht und die  
Besetzung im überwiegenden öffentlichen Interesse  
geboten ist. Diese Einschränkung ist auch in ver-  
schiedenen Verwaltungsgesetzen zum Ausdruck geko-  
men. So ist z. B. Gemäss § 143 Abs. I Ziff. 4 d. B. V. O.

1) Benkendorf in DV 1949, 395 ff.

die Besetzung wegen Veränderung der Verhältnisse  
nur zulässig "zur Verhütung oder Besetzung von  
überwiegenden Nachteilen oder Gefahren für das  
Gemeine Wohl" (§ 143 II V. O.). § 42 I d. FPVG  
lässt die Besetzung wegen Veränderung von Tat-  
sachen zu, sofern ohne sie "im einzelnen Fall  
eine Gefährdung politisch zu schützender  
Interessen eintreten würde".

Die Besetzung wegen nachträglicher Verände-  
rung von Umständen ist nicht im überwiegenden  
öffentlichen Interesse geboten, wenn der Verwal-  
tungsakt lediglich gegen nicht zwingende Normen  
verstösst<sup>1)</sup>.

Beim Wegfall von Voraussetzungen, die für den  
Erlang des Verwaltungsaktes erforderlich waren, ist  
nach dem Sinn und Zweck der Rechtsnorm zu prüfen,  
ob diese Voraussetzungen nur zur Zeit des Erlasses  
des Verwaltungsaktes oder während der ganzen Be-  
standzeit vorliegen müssen<sup>2)</sup>. Nur im letzteren  
Fall ist eine Besetzungsmöglichkeit gegeben.

Bei Verwaltungsakten, die auf Grund von Prüfungen  
Qualifikationen verliehen, berechtigt der spätere  
Regfall der bewiesenen Kenntnisse in der Regel die  
Behörde nicht zur Besetzung<sup>3)</sup>. Zuweilen muss ein  
Teil der vorgeschriebenen Voraussetzungen nur beim  
Erlang des Verwaltungsaktes, ein anderer Teil hin-  
gegen auch später noch vorliegen<sup>4)</sup>. Der Wille des

1) Vgl. die Ausführungen Seite 62 dieser Arbeit;  
vgl. auch OVG Münster vom 25. 7. 1950 in DVBl  
1950, 730.

2) Kormann, S. 360; J. Mayer in BayVBl 1927, 214.

3) Kormann, S. 361; J. Mayer in BayVBl 1927, 219;  
Ipsen, S. 139; Mauns, Verwaltung, S. 191, 192.

4) Vgl. § 4 I a Gesetz über die Führung akademischer  
Grade vom 7. 6. 1939.

Gesetzes, dass die Erlasse vor Aussetzung auch künftig bestehen sollen, muss deutlich erkennbar zum Ausdruck gelangen. Bei der Feststellung dieses Willens ist ein strenger Massstab anzulegen<sup>1)</sup>.

Zulässig ist z. B. die Beseitigung eines wohnungsbehördlichen Verwaltungsaktes, wenn sich die allgemeine Rohdichte geändert hat, da diese während des ganzen Bestandes des Verwaltungsaktes von ausnahmsgebender Bedeutung ist<sup>2)</sup>. Dagegen erscheint es bedenklich, wenn Huber<sup>3)</sup> für vertriebene Gewerbeberechtigungen allgemein annimmt, dass die gesetzlich bestimmten Zulassungsvoraussetzungen (z. B. sachliche oder persönliche Zuverlässigkeit) stets dauernd erfüllt sein müssten. Da bedarf vielmehr der Prüfung im einzelnen Fall, ob dies gefordert ist<sup>4)</sup>.

Eine Veränderung der Umstände kann nicht als Beseitigungsgrund in Betracht kommen, wenn der Betroffene die arglistig herbeigeführt hat, um den Zweck des Verwaltungsaktes zu vereiteln<sup>5)</sup>.

e)

Es bleibt noch zu prüfen, ob und inwieweit eine nachträgliche Veränderung der für einen Verwaltungsakt massgebenden Rechtsvorschriften seine Beseitigung rechtfertigen kann.

- 1) Ipsen, VA, S. 16.
- 2) OVG Lüneburg vom 24. 1. 1950 in VRepr 3, 327.
- 3) Huber I, S. 731.
- 4) Ipsen, VA, S. 16.
- 5) Egermann-Pröhler, S. 121.

Die Beseitigung ist zulässig, wenn das neue Gesetz ausdrücklich hierzu ermächtigt<sup>1)</sup>. Beim Fehlen einer ausdrücklichen Ermächtigung kommt es darauf an, ob das neue Gesetz seinem Sinn und Zweck nach auch Regelungen vor seinem Inkrafttreten erfasst und ihm nunmehr entgegenstehende Verwaltungsakte beseitigen oder ob es nur für die Zukunft den Erlasse gleichartiger Verwaltungsakte verhindern will<sup>2)</sup>. Gibt das neue Gesetz, was häufig der Fall sein wird - nicht eindeutig zu erkennen, dass ihm widersprechende altrechtliche Verwaltungsakte nicht mehr von Bestand sein sollen, so gilt im Zweifel, dass Verwaltungsakte wegen Änderung der Rechtslage nicht beseitigt werden können<sup>3)</sup>.

Keine Änderung der Rechtslage bedeutet eine von anderen Rechtsanschnungen ausgehende Rechtsprechung<sup>4)</sup> mit Ausnahme der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, denen Gem. § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft zukommt.

§ 11 Einwilligung des Betroffenen

Die überragende Ansicht erkennt die Einwilligung des Betroffenen als Rechtsgrund für eine sonst nicht zulässige Beseitigung an<sup>5)</sup>. Auch die

- 1) vgl. z. B. § 8 BVermerG.
- 2) Ipsen, S. 145 f; Relesler, S. 41.
- 3) Ipsen, S. 17.
- 4) Relesler, S. 41; ProVG in BVB 1934, 976f; RGZ 141, 69.
- 5) O. Mayer I, S. 97; Plehner, S. 169; WERYO Beschl. S. 307f; Ipsen, S. 160; Jellinek, S. 285; Poretschoff, S. 176f; Wolff, § 53 R 2.

Verwaltungsrechtlichen Kodifikationen kennen diesen Besetzungsgrund<sup>1)</sup>.

Eine gegenteilige Ansicht geht davon aus, dass im öffentlichen Recht die Besetzung einmal geschaffener Rechtszustände ebensowenig wie deren Zustandekommen der freien Vereinbarung zwischen der Behörde und dem Privaten unterliegen könne<sup>2)</sup>; wenn die Besetzung unzulässig sei, könne auch die Einwilligung des Begünstigten nicht ändern; nur ausnahmsweise könne eine Besetzung mit Einwilligung des Betroffenen dort in Betracht kommen, wo eine Amtshandlung auf Antrag und primär im Interesse der Privatperson vorgenommen worden sei, wie z. B. bei gewerblichen Erlaubnissen<sup>3)</sup>.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Rechtssystematisch handelt es sich bei der Besetzung kraft Einwilligung des Betroffenen um einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung<sup>4)</sup>. Durch die Unterwerfung wird der sonst mangelhafte Verwaltungsakt grundsätzlich unanfechtbar<sup>5)</sup>. Das folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz "volenti non fit iniuria"<sup>6)</sup>.

Die Besetzung kraft Einwilligung findet jedoch dort ihre Grenze, wo der Staatsbürger über das

- 1) § 94 I, 2 AO; § 142 I LVG; Art. 64 II, 89 Ziff. 2 WUEVRO.
- 2) Peters, S. 170; Priesenbahn in HStW 1950, 249; Sommer in DVV 1954, 71B.
- 3) Peters, S. 170.
- 4) Wolff, § 53 III b 2; O. Mayer I, S. 98; II, S. 235.
- 5) Wolff, § 48 III; WUEVRO Begründung, S. 307; Forsthoft, S. 176.
- 6) Ipsen, S. 162.

Recht nicht verfügen kann<sup>1)</sup>. Die Einwilligung kann der Verwaltung keine weitergehende Rechtsgrundlage geben, als eine Rechtsnorm könnte<sup>2)</sup>. Auch die verwaltungsrechtlichen Kodifikationen beschränken die Besetzung kraft Einwilligung auf solche Rechte, auf die der Begünstigte verzichten kann<sup>3)</sup>. In der Regel ist der Verzicht auf ein öffentliches Recht unzulässig, wenn es nicht nur zum Vorteil des Inhabers verlihen, sondern zugleich mit Pflichten gegenüber der Allgemeinheit verbunden oder im gemeinsamen Interesse eingeknüpft ist<sup>4)</sup>. Unverzichtbar ist z. B. das Recht des Beamten auf Gehalt und Hinterbliebenenversorgung, weil die im öffentlichen Interesse gebotene wirtschaftliche Unabhängigkeit des Beamten gefährdet sein soll<sup>5)</sup>.

Die Besetzung kraft Einwilligung ist ferner nicht zulässig, wenn sie gebotenen Rechtsnormen widerspricht, gegen die guten Sitten verstößt<sup>6)</sup> oder wenn die Einwilligung durch eine unlätere Beeinträchtigung des Einwilligungenden durch die Behörde herbeigeführt wird<sup>7)</sup>.

- 1) Vgl. Art. 89 Ziff. 2 WUEVRO; von Köhler, S. 193, 161; Ipsen, S. 161; Sommer in DVV 1954, 71B; Kehliger, S. 218.
- 2) Forsthoft, S. 108.
- 3) Vgl. Art. 89 Ziff. 2 WUEVRO.
- 4) bayVGH Z nr Band 2, 1, 5; Vgl. Art. 14 WUEVRO.
- 5) Sommer in DVV 1954, 71B; Vgl. für Bescheide aus der Sozialversicherung und Fürsorge Minderden in Arch Post Fernm. # 1951, 54.
- 6) Ipsen, S. 163 unter Berufung auf § 64 II WUEVRO.
- 7) Die Besetzung ist nichtig; bayVGH vom 19. 1. 1949 in NJW 1949, 635.

Die Besetzung ist nur zulässig, wenn alle, denen durch den betreffenden Verwaltungsakt eine Begünstigung gewährt wurde, einwilligen. Zu Recht hat daher das OLG Koblenz die Besetzung der Genehmigung des Pachtvertrages für unstatthaft erklärt, weil nur der Verpächter, nicht jedoch der Pächter mit ihr einverstanden war.<sup>1)</sup>

Die Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. In dem Antrag, einen Verwaltungsakt aufzuheben, kann ohne weiteres die Einwilligung zur Besetzung gesehen werden.

Kann der Betroffene den Verwaltungsakt vor der Beschwerdebeförde oder vor dem Verwaltungsgericht angefochten hat, ist eine Einwilligung zu vermuten<sup>2)</sup>, weil der Betroffene durch die Besetzung im wesentlichen das erhalt, was er im Wege der Klage erstrebt. Die darüber hinausgehenden Belange des Betroffenen werden nicht benachteiligt, da er die Möglichkeit hat, eine Kostenentscheidung gegen die Verwaltung zu erwirken<sup>3)</sup>, und da er im Falle eines berechtigten Interesses ein Urteil erlangen kann, welches ausspricht, dass der besetzte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist.<sup>4)</sup>

Von der Einwilligung in die Besetzung ist der Verzicht zu unterscheiden. Während die Einwilligung

- 1) OLG Koblenz vom 10. 5. 1949 in DVV 1949, 518.
- 2) Vgl. Wolff, § 53 III b 1.
- 3) analog § 91 a ZPO.
- 4) § 75 VGVG; § 79 VGG.

die Wirkungen eines Verwaltungsaktes noch nicht zum Erlöschen bringt, sondern einen darauf abzielenden Verwaltungsakt erst die Rechtsgrundlage gibt, ist der zulässige Verzicht unmittelbarer Endigungsgrund der Wirkungen des Verwaltungsaktes<sup>1)</sup>. Der Verzicht erfolgt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine daraufhin ausgesprochene Besetzung hat nur deklaratorische Bedeutung<sup>2)</sup>.

## § 11 Besetzungsvorbehalt

### A. Begriff

Unter einem Besetzungsvorbehalt ist die einem Verwaltungsakt beigefügte Nebenbestimmung des Inhalts zu verstehen, dass die Behörde es sich vorbehält, den Akt zu besetzen.

In Literatur und Rechtsprechung wird ausschließlich die Bezeichnung "Widerrufsvorbehalt" verwendet. Da der Widerruf nach seinen zeitlichen Wirkungen in die Unterbegriffe Besetzung und Zurücknahme zu gliedern ist und der vorbehaltene Widerruf ebenfalls mit den verschiedenen zeitlichen Wirkungen erfolgen kann, empfiehlt es sich, den Widerrufsvorbehalt nach seinen beabsichtigten zeitlichen Wirkungen zu kennzeichnen und die Besetzungen "Besetzungsvorbehalt" und "Zurücknahmevorbehalt" einzuführen.

- 1) MUEVBO Begründung, S. 111, 220, 307; Landmann-Rohmer I, 1938, S. 591; von Turseg, S. 149; Wolff, § 43 V, c.
- 2) A. A. Forsthoff, S. 234, der für verschiedene Fälle dem Verzicht nur die Bedeutung eines Antrags, das öffentliche Recht durch einen Widerruf zu beenden, beimisst; Vgl. auch O. Mayer I, S. 98, 108, 254.



Die Besetzung kann allgemein oder für besond-  
ders bestimmte Fälle vorbehalten sein<sup>1)</sup>.

Der Besetzungsvorbehalt ist eine besondere  
Art aufhebender Bedingung<sup>2)</sup>; Durch ihn wird der  
Bestand eines Verwaltungsaktes von einem zukünfti-  
gen ungewissen Ereignis abhängig gemacht, nämlich von  
der Besetzungserklärung der Behörde<sup>3)</sup>. Da die Ber-  
eiführung dieses Bedingungsbeitritts vom Willen der  
Behörde abhängt, erscheint der Besetzungsvorbehalt  
als sogenannte Willensbedingung<sup>4)</sup>. Diese wird im  
bürgerlichen Recht als eine echte Bedingung anerkannt<sup>5)</sup>

- 1) OVG Lüneburg vom 6. 6. 1950, Z 2, 138 ff; bei der  
Beorderung eines PKW gemäß §§ 2, 15 HLG: "sofern  
Sie den Nachweis erbringen, dass sie berechnigte  
Ausacht auf Zulassung des Kfz's für Ihre eigenen  
Zwecke haben, wird diese Verfügung auf Ihren Ab-  
trag rückgängig gemacht; Drews-Nacke, S. 127.
- 2) Ipsen, S. 150; Wolff, § 49 I c; O. Mayer I, S. 259  
charakterisiert den Widerrufsvorbehalt als eine  
Abart der Befristung (Vgl. die Widerrücklegung bei Ip-  
sen, S. 149 und Spaeth, S. 127), andere als Abart  
der Auflage, Vgl. hierzu Ipsen, S. 149 und Balts-  
Fischer, S. 258; Der Widerrufsvorbehalt wird auch  
mit dem Rücktrittsvorbehalt des BGB verglichen -  
siehe Ipsen, S. 149; OVG Lüneburg vom 6. 6. 1950  
in Z 2, 138 weist auf § 346 BGB hin; Vgl. auch  
Jung in DVBl 1957, 708.
- 3) Ipsen, VA, S. 11; Gerber in VerwArch Bd. 36, S. 1  
f, S. 67; § 96 I AO.
- 4) Ipsen, S. 150; Relesler, S. 44; Sommer in DVV  
1954, 718.
- 5) Vgl. Palandt, Ann. 2 d Einf. vor § 158 BGB; §§ 495,  
497, 505 BGB, wo die Bedingung auf die Willensser-  
klärung desjenigen gestellt ist, der sie befreit  
hat; Ipsen, S. 150; Peters, S. 163; Relesler, S.  
43; von Mangoldt in VerwArch Bd. 37, 101; Sommer  
in DVV 1954, 686, 718; Hammerreichmidt, S. 158; OVG  
Münster vom 20. 5. 1952 in HBRuhl 1952, 213.

und ist auch im Verwaltungsrecht zulässig, da  
sie durch das Willkürverbot beschränkt ist<sup>1)</sup>.

Die Erklärung der vorbehaltenen Besetzung hat  
demnach eine doppelte Funktion: Sie bewirkt die  
Herbeiführung des Beendigungsbeitritts und ent-  
hält den gestaltenden Anspruch der Besetzung<sup>2)</sup>.  
Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung einer  
auf einem Vorbehalt beruhenden Besetzung hat  
deshalb zweierlei zu berücksichtigen: Die Zuläs-  
sigkeit der Bedingungsbeitrügung und die Begrün-  
detheit der daraus im Anspruch genommenen Be-  
seitigungsbefugnis.

#### B. Zulässigkeit

Ob ein Verwaltungsakt mit der Nebenbestimmung  
des Besetzungsvorbehalts versehen werden darf,  
hängt von seiner Art ab<sup>3)</sup>. Bei belastenden Ver-  
waltungsakten ist der Besetzungsvorbehalt  
ohne weiteres zulässig, weil er die Interessen  
des Betroffenen nicht beeinträchtigt<sup>4)</sup>. Probie-  
matisch ist die Zulässigkeit des Besetzungs-  
vorbehalts aber bei begünstigenden Verwaltungs-  
akten, weil er dort eine belastende Nebenbestim-  
mung ist.

In vielen Fällen lässt sich die Zulässigkeit  
des Besetzungsvorbehalts den gesetzlichen

- 1) OVG Hamburg vom 25. 5. 1950 in VerwArch 2,  
433 statt vieler.
- 2) Ipsen, S. 150.
- 3) Wolff, § 49 II.
- 4) OVG Lüneburg vom 6. 6. 1950 in Z 2, 139 f.



Bestimmungen entnehmen, die für den Erlass des Verwaltungsaktes massgebend sind.

Einzelne Rechtsvorschriften, die zum Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes ermahnen, erklären ihn für besetzungsfähig<sup>1)</sup>. Eine ausdrückliche Wiederholung der Besetzungsklausel im Verwaltungsakt oder eine Verweisung auf die Rechtsvorschrift ist zwar nicht erforderlich, aber im Interesse der Betroffenen zweckmässig und empfehlenswert. Sie hat nur deklaratorische Bedeutung.

Zweifellos ist der Erlass eines Verwaltungsaktes zwingend an einen Besetzungsvorbehalt gebunden, ohne dass dessen Wirkung Ipsa iure eintritt<sup>2)</sup>. Hat die Behörde einen zwingend vorgeschriebenen Besetzungsvorbehalt nicht beigefügt, ist der Verwaltungsakt mangelhaft. Die Besetzung kann trotz Fehlens des Besetzungsvorbehalts wegen der Mangelhaftigkeit möglich sein<sup>3)</sup>.

Häufig gestattet das Gesetz die Befugung des Besetzungsvorbehalts, ohne ihn zu gebieten<sup>4)</sup>. In diesen Fällen liegt es im Ermessen der Behörde, ob sie von der Ermächtigung Gebrauch machen will.

- 1) Vgl. § 1 Abs. 2 Sussstoffgesetz vom 1. 2. 1939; § 7, 2 Sammlungsgesetz vom 5. 11. 1935.
- 2) Vgl. § 8 Abs. 2 Bundesferntasungsgesetz, "die Erlaubnis darf nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt werden; § 39 IV 1 GewO; § 1 I Satz 9 VO-Sch für Bes.Schornsteinfeger; § 16 II BandwerkVO.
- 3) Ipsen, S. 151; Maunz, Verwaltungsrecht, S. 193; a. A. HD vom 27. 1. 1928 in RGZ 120, 63; Schack in RVerf 1936, 228.
- 4) Vgl. § 42 Abs. 2 PVG; § 52 GewO.

Beim Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung kann sich die Zulässigkeit eines Besetzungsvorbehalts aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben. Die Ansicht, dass ein Besetzungsvorbehalt stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfe<sup>1)</sup>, ist nicht zutreffend, weil die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch für Nebenbestimmungen eines Verwaltungsaktes gelten<sup>2)</sup>.

Ein Besetzungsvorbehalt ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung in der Regel zulässig, wenn der Erlass des Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde liegt und dem einzelnen kein Anspruch auf die Erteilung zusteht<sup>3)</sup>. Die Behörde kann statt der völligen Versagung des Verwaltungsaktes dem Betroffenen eine Rechtsstellung verschaffen, die durch einen Besetzungsvorbehalt beschränkt ist (Schlussus a maiore ad minus).

Dies gilt jedoch nicht, wenn sich aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes, auf dem der Ver-

- 1) Bernatzik, S. 286 Anm. 35.
- 2) h. M. Vgl. Wolff, § 49 II b) Forststoff, S. 179! Während der erste Entwurf der WUEVRO seinen Widerrufsvorbehalt nur auf Grund besonderer Rechtsvorschrift zulassen wollte - Vgl. Art. 70, 69 Ziff. 1 und Begründung S. 240; wurde in dritter Lesung eine weitergehende Zulässigkeit des Widerrufsvorbehalts eingeführt, um die Verwaltung nicht zu beschranken - Vgl. Ergänzungsband, S. 63.
- 3) von Kohler, S. 168; Mangoldt, VerwArch 37, 119; Ipsen, S. 154; Heiseler, S. 43; Wolff, § 49 III PrOVG vom 2. 4. 1915 in E 69, 398; 71, 428; RVerfVGH vom 26. 3. 1952 in VerwRspr 5, 462 ff; OVG Idaroburg vom 6. 6. 1950 in AS 2, 139 f.

waltungsart beruht, ergibt, dass der Verwaltungsakt nur uneingeschränkt oder überhaupt nicht erlassen werden darf<sup>1)</sup>. Der Zweck dieser Regelung kann vielfach anders sein. Oft ist er darin zu erblicken, dass die durch den Verwaltungsakt einmal erfolgte Rechtssetzung aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht wieder bestritten werden soll. Es gibt keine widerrechtliche juristische Person und einen Beamten auf Widerruf nur dort, wo die Gesetze ausdrücklich dazu ermächtigen. Die Verletzung einer Staatsangehörigkeit, die Ernennung eines Beamten, die Verletzung der Befugnis zum Richteramt können in der Regel nicht unter dem Vorbehalt einer Besetzung geschehen<sup>2)</sup>. Verwaltungsakte, die kraft Gesetzes oder infolge ihrer Art bedingungsfeindlich sind, können auch einem Besetzungsvorbehalt nicht zugänglich sein, da dieser ein Sonderfall der Resultatbedingung ist<sup>3)</sup>.

Der Besetzungsvorbehalt ist nicht zulässig, wenn eine Besetzung ausdrücklich gesetzlich untersagt ist<sup>4)</sup>. Bei einer erkennbar erschöpfenden Aufzählung der Besetzungsgründe ist der Besetzungsvorbehalt auf diese beschränkt<sup>5)</sup>.

- 1) Kormann, S. 150; Forsthoff, S. 179; Wolff, § 49 II.
- 2) Beispiele bei Kormann, S. 153, 156; WEVERHO Begründung, S. 236; von Köhler, S. 169; Peters, S. 163; Wolff, § 49 II; vgl. zur Staatsangehörigkeit auf Widerruf: Mauns, S. 31.
- 3) Peters, S. 163.
- 4) z. B. § 40 I GewO.
- 5) Ipsen, S. 154; ProVG vom 13. 12. 1928, Z 84, 279.

Der Besetzungsvorbehalt ist ferner unzulässig bei Verwaltungsakten, auf deren Erstellung der ein- oder mehrere Beteiligten Anspruch besitzen. Die Behörde würde gesetzwidrig verfahren, wenn sie einen Verwaltungsakt, den sie beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen oder beim Fehlen bestimmter Voraussetzungen erteilen muss, mit einem Besetzungsvorbehalt versehen, weil sie dann dem Empfänger weniger gewähre, als ihm gebührt<sup>1)</sup>. Bei einem solchen gebundenen Verwaltungsakt besteht ein Rechtsanspruch auf eine uneingeschränkte Zerteilung.

Die Zulässigkeit der Befugnis des Besetzungsvorbehalts setzt schliesslich voraus, dass sie sich innerhalb der Schranken jeder Verwaltungstätigkeit einschliesslich der Ermessensschranken hält und sachlich gerechtfertigt ist<sup>2)</sup>.

C. Ausübungsbefugnisse

Hinsichtlich der Ausübung des Besetzungsvorbehalts besteht in Literatur und Rechtsprechung Einmütigkeit darüber, dass sie - wie alle Verwaltungshandlungen - nicht willkürlich sein darf, sondern sachlich gerechtfertigt sein muss<sup>3)</sup>. Über die weiteren Voraussetzungen für die Ausübung des Besetzungsvorbehalts gehen die Meinungen auseinander.

- 1) O. Mayer I, S. 248; Kormann, S. 150; Ipsen, S. 154; von Köhler, S. 168; Peters, S. 163; Huber I, S. 731; Sommer in DVV 1954, 687; von Furegg, S. 135 und in JR 1952, S. 20, Note 22; OVG Jahrbuch vom 6. 6. 1950 in Z 2, 139 f.
- 2) von Köhler, S. 170; Wolff, § 49 II.
- 3) WEVERHO Begründung, S. 307; Ipsen, S. 155; Forsthoff, S. 219.

Das PROVG hat in ständiger Rechtsprechung für die Ausübung des Beseitigungsvorbehalts bei Erlaubnissen des Polizeirechts das Vorliegen der polizeilichen Ermächtigung aus § 10 II, 17 AIR gefordert<sup>1)</sup>. Später hat das PROVG ausserdem verlangt, dass das polizeiliche Bedürfnis für die Ausübung des Widerrufsvorbehalts auf einer Veränderung der Sach- oder Rechtslage beruhen müsse<sup>2)</sup>. Die überlegende Meinung in der Literatur hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen<sup>3)</sup>. Der Widerrufsvorbehalt soll in seiner praktischen Bedeutung eine Umkehrung der Beweislast<sup>4)</sup> und eine Belehrung des Betroffenen enthalten<sup>5)</sup>. Diese Rechtsprechung hat ihren gesetzlichen Niederschlag in der Regelung des § 42 II PVG gefunden.

Jellinek<sup>6)</sup> vertritt hingegen die Ansicht: Der Widerruf in Ausübung eines Widerrufsvorbehalts müsse frei möglich sein, da der Widerrufsvorbehalt mit einer in die Zukunft verlegten Versagung nahe verwandt sei. Daher dürfe der Verwaltung bei der Ausübung des Widerrufsvorbehalts keine Schranke aufer-

- 1) PROVG vom 22. 2. 1906 in R 59, 363 bezeichnet es bereits als feststehende Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass zur Ausübung des Widerrufsvorbehalts besondere polizeiliche Gründe aus AIR § 12, II, 17 vorliegen müssen; Vgl. auch PROVG vom 8. 5. 1896 in PrVBl 1896, 116; Schoen, S. 124.
- 2) PROVG vom 2. 4. 1915 in R 69, 399.
- 3) Schoen, S. 124; Scholz, S. 260; Ipsen, S. 156 mit weiteren Nachweisen; Forsthoft, S. 217; Vg Berlin vom 22. 6. 1954 in NJW 1954, 1584.
- 4) Forsthoft, S. 217.
- 5) Ipsen, S. 156 mit weiteren Nachweisen; Korman, S. 333; Peters, S. 153; OVG Hamburg vom 22. 5. 1950 in VerwSpr 2, 435.
- 6) Jellinek, S. 281 und PrVerwBl 1926, 574.

legt werden. Auf diesem Standpunkt stehen auch §§ 142, 143 LVO und Art. 89 Ziff. 1 WRVVO. Der Fehler dieser Ansicht liegt darin, dass sie die Veragung der Erlaubnis und den Widerruf einer - zwar unter Widerrufsvorbehalt - erteilten Erlaubnis als rechtlich gleichwertig behandelt<sup>1)</sup>.

Es ist vielmehr der herrschenden Meinung zu folgen: Die Verwaltungsbehörde gibt durch den mit einem Beseitigungsvorbehalt versehenen Verwaltungsakt zu erkennen, dass dieser Verwaltungsakt dem pflichtgemässen Ermessen entspricht; dass weder die vorbehaltlose Erteilung noch die Veragung der Sach- und Rechtslage gerecht werden würde. Da es mit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung unvereinbar wäre, wenn die vorbehaltlose Beseitigung wegen reinen Sinnenwandels der Behörde über die Zweckmässigkeit des Verwaltungsaktes ausgesprochen werden könnte, muss ein rechtfertigendes sachliches Motiv bestehen. Dieses kann nur aus einer veränderten Sach- oder Rechtslage entspringen<sup>2)</sup>. Die Sach- oder Rechtslage muss so gestaltet sein, dass sie zur Versagung des Verwaltungsaktes berechnigt hätte, wenn sie im Zeitpunkt seiner Erteilung vorgelegen hätte<sup>3)</sup>. Es können deshalb nur solche Motive zur Ausübung des Beseitigungsvorbehalts berechnigt sein, die aus den konkreten Aufgabenkreisen der betreffenden Behörde stammen. Zur Reststellung der für die Ausübung der allgemeinen vorbehaltenen Beseitigung bedeutsamen Umstände kann das für den betreffenden Verwaltungsakt einschlägige Gesetz

- 1) Ipsen, S. 157.
- 2) PROVG vom 2. 4. 1915 in R 69, 399.
- 3) Ipsen, VA, S. 18.

Anhaltspunkte geben. Kennt es z. B. gewisse Ver-  
sagungsgründe, so ist der Eintritt eines Umstan-  
des, der einen Versagungsgrund tatbestandlich  
erfüllt für die Ausübung des Vorbehalts mass-  
gebend<sup>1)</sup>.

Die Behörde muss ihrem Entschlusse zur Ausübung  
des Beseitigungsvorbehalts ein Abwägung der öffent-  
lichen Belange mit denjenigen des einzelnen vorber-  
geben lassen. Die Beseitigung muss sich dabei als  
notwendiges und zulässiges Mittel zur Wahrung der  
öffentlichen Belange erweisen.<sup>2)</sup>

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass  
die allgemein vorbehaltene Beseitigung nur ausge-  
sprochen werden kann, wenn sie infolge nachträglich  
veränderter Verhältnisse im öffentlichen Interesse  
Geboten ist.

Die Bedeutung und der Wert des Beseitigungsvor-  
behalts bestehen darin, dass er in vielen Fällen  
einen selbständigen Beseitigungsgrund erschliesst.  
Das ist stets bei einem speziellen Vorbehalt der  
Fall. Wenn z. B. die Beordnung eines PKW's nach  
dem RLG unter dem Vorbehalt der Rückbeorderung für  
den Fall, dass der Leistungspflichtige die berech-  
tigte Aussicht auf Zulassung des Kfz's nachweiset,  
erfolgt, erschliesst sich die Verwaltung einen  
sonst nicht bestehenden Beseitigungsgrund<sup>3)</sup>.

- 1) Ipsen VA, S. 18; vgl. BeseVOH vom 10. 10. 1952  
in VerRapp 5, 701.
- 2) vbbdVOH vom 18. 5. 1951 in VerRapp 4, 362,  
372.
- 3) vgl. OVG Lüneburg vom 6. 5. 1950 in E 2, 136.

### § 12 Erlaubnis

Nach einer in Literatur und Rechtsprechung ver-  
tretenen Meinung bedeutet die Erteilung einer Er-  
laubnis nicht die Einkümmung eines subjektiven  
öffentlichen Rechts, weil dem Empfänger nicht Po-  
sitives verliehen, sondern lediglich seine "natur-  
liche Handlungsfreiheit wieder hergestellt" werde<sup>1)</sup>.  
Im Hinblick darauf wird angenommen, Erlaubnisse  
seien frei widerruflich<sup>2)</sup>; ihr Widerruf dürfe nur  
nicht willkürlich sein.

Diese Meinung beruht auf der Lehre vom Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt<sup>3)</sup>: Die ursprüngliche Handlungs- und Eigentumsfreiheit wird für bestimmte Handlungen und Zustände als zunächst aufgehoben angesehen. Die Behörde könne jedoch im einzelnen Fall die Handlungsfreiheit durch eine Erlaubnis wieder herstellen.

Schon früh wurde jedoch die Frage aufgeworfen, ob durch die Erlaubnis nicht ein "atomisiertes widerrechtliches Element" entstehe<sup>4)</sup>, weil es unverändertlich sei, dass die durch sie eingeräumte Befugnis, die doch immerhin ein rechtliches und nicht nur wirtschaftliches Interesse darstelle, von vornherein des rechtlichen Schutzes entbehren und dem freien Widerruf ausgesetzt sein solle<sup>5)</sup>. So werden die ge-

- 1) KLEVERO Begründung, S. 311.
- 2) Vgl. Peters, S. 160; Hebing, S. 219; Klingert, Anm. A 11, 4 zu § 23 VO, S. 165; Sommer in DVV 1954, 686; Forsthoft, S. 218; OVG Hamburg vom 2. 12. 1952 in MDR 1953, 253.
- 3) Grundlegend O. Mayer, 1. Auflage, I, 287 ff.
- 4) Korman, S. 336.
- 5) Korman, S. 347 ff.



Bundenen Erlaubnisse, zu deren Erlaß die Verwaltung verpflichtet ist, als nicht frei widerruflich anerkannt. An der Erlaubnis entwickelte sich der Grundsatz, dass das "Gebrauchsmachen" oder das "Im-Werk-Setzen" eine Widerrufsschranke bildet<sup>1)</sup>. Darüber hinaus ist auch die Meinung zu vertreten, dass durch die Erlaubniserteilung subjektive private oder subjektive öffentliche Rechte entstehen<sup>2)</sup>.

Der Meinung, die zum dem Ergebnis führt, Erlaubnisse seien frei widerruflich, kann schon in ihrem Ausgangspunkt nicht zugestimmt werden. Auch die genannten Versuche, die freie Widerruflichkeit einzuschränken, führen nicht zur Lösung des Problems. Diese ist vielmehr auf folgendem Wege zu finden:

Es muss zwischen der (echten) Erlaubnis und der Ausnahmebewilligung (Dispensation) unterschieden werden<sup>3)</sup>. Die Ausnahmebewilligung hebt ein repräsentatives Verbot des objektiven Rechts (z. B. der materiellen Bauordnung, des Sammelwand, des Waffens, des Ladenschlusses) für einen Einzelfall auf. Die repräsentative Verbotsnorm will die von ihr betroffene Tätigkeit schlechthin unterbinden und gestattet Ausnahmen nur bei ausserordentlichen Bedürfnissen.

1) Vgl. schon O. Meyer I, 1. Auflage, I, S. 302; Vgl. die Ausführungen oben Seite 28 f.

2) Vgl. hierzu im einzelnen Ipsen, S. 76 ff.

3) Wolff, § 48 II a; die Unterscheidung geht zurück auf Thoms, Verwalt 32, 247; Vgl. OLG Freiburg vom 30. 4. 1951 in MDR 1951, 625; BGE vom 29. 11. 1954 in ADR 78, 102; Huber in ADR 78, 113; Huber I, S. 70; Forsthoff, S. 218; von Turess, S. 119, 134.

Die echte Erlaubnis hingegen ist lediglich die formelle, konstitutive Voraussetzung der Rechtmäßigkeit dessen, was erlaubt ist. Es ist z. B. nicht allgemein verboten zu bauen. Vielmehr ist es nur untersagt, gegen das materielle Baurecht, um dessen Beachtung willen eine formelle Erlaubnispflicht besteht, zu verstossen. Der gesetzliche Vorbehalt der Erlaubnis dient der repräsentativen Kontrolle des sozialen Lebens durch die zuständige Verwaltungsbehörde.<sup>1)</sup>

Die Erlaubnis im engeren Sinn und die Ausnahmebewilligung gewähren zwar kein volle subjektiven öffentlichen Recht, sondern nur einen sogenannten öffentlich-rechtlichen Besitzstand<sup>2)</sup>. Für die Frage der Besetzung ist es aber nicht ausschlaggebend, ob durch den Verwaltungsakt ein subjektiver öffentliches Recht entstanden ist. Da auch der verwaltungsrechtliche Besitzstand eine Begünstigung bedeutet, ist die Besetzung belastend und unterliegt damit dem Vorbehalt des Gesetzes. Es kann deshalb keinen freien Widerruf der Erlaubnis geben. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, dass der öffentlich-rechtliche Besitzstand

1) Wolff, § 48 II a.

2) Wolff, § 48 II a, b.

3) schon das ProVG (ProVG E 52, 367 vom 18. 5. 1908 und vom 1. 10. 1909, E 55, 459) hat bei der Besetzung polizeilicher Erlaubnisse die Ermächtigung des § 10 II 17 ALR zur Rechtfertigung der Besetzung herangezogen und somit zu erkennen gegeben, dass für die Besetzung einer Erlaubnis eine Rechtsgrundlage erforderlich ist; Vgl. auch Neumann, S. 35.



zu den "Rechten" des Art. 19 IV GG gehört und an dem durch das Grundgesetz normierten Rechtsschutz teilnimmt. Nur die Besetzung einer Erlaubnis gelten deshalb dieselben Grundskizze wie für die Besetzung anderer begünstigender Verwaltungsakte.<sup>1)</sup> Das ist auch in § 143 thURVO und § 96 AO bestimmt.<sup>1)</sup>

Wenn die Erlaubnis mit der Rechtsordnung im Einklang steht, ergeben sich bei den einzelnen Besetzungsmöglichkeiten keine Besonderheiten.

Wenn dagegen die Erlaubnis urspränglich oder nachträglich mangelhaft ist, wird die Besetzung im öffentlichen Interesse eher geboten sein, als bei sonstigen begünstigenden Verwaltungsakten, weil dem Vertrauensschutz infolge der schwächeren Rechtsstellung des Begünstigten keine volle Bedeutung beigemessen werden kann. Dies gilt insbesondere bei freies Erlaubnissen und dann, wenn von der Erlaubnis noch kein Gebrauch gemacht worden ist. In diesen Fällen ist die Besetzung der mangelhaften Erlaubnis in der Regel zulässig.<sup>2)</sup>

1) Gem. Art. 90 WUEVRO können hingegen freie Erlaubnisse über die sonstigen Besetzungsgünde hinaus besetzt werden, wenn sich die gesetzlichen Verhältnisse geändert haben oder wenn die Zurücknahme (gemeint ist der in dieser Arbeit mit "Besetzung" bezeichnete Widerruf ex nunc, vgl. Art. 91 WUEVRO) oder Einschränkung durch dringende Gründe des öffentlichen Wohls oder durch überwiegende Interessen Dritter geboten ist.

2) § 42 Ziff. a - d PVG lässt weitergehend eine Besetzung zu, wenn die Erlaubnis aus irgend einem Grunde mit der Rechtsordnung nicht oder nicht mehr im Einklang steht.

In manchen Entscheidungen wird die Besetzungsmöglichkeit zu Unrecht auf eine freie Widerruflichkeit gestützt, obwohl der wirkliche Besetzungsgrund eine Mangelhaftigkeit der Erlaubnis ist.<sup>1)</sup>

Dieselben Rechtsgrundsätze gelten auch für Ausnahmebewilligungen, da auch diese einen öffentlich-rechtlichen Bestzustand gewähren und deshalb die Besetzung der Ausnahmebewilligung ein belastender Verwaltungsakt ist, der einer Rechtsgrundlage bedarf.<sup>2)</sup>

In den Verbotsgesetzen ist in der Regel die Besetzung der Ausnahmebewilligung weitgehend zugelassen.<sup>3)</sup> Bei einer Mangelhaftigkeit der Ausnahmebewilligung ist die Besetzung in noch größerem Umfang als bei Erlaubnissen im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten, weil die Ausnahmebewilligung eine noch schwächere Rechtsstellung als die echte Erlaubnis verachafft.

1) Vgl. BVerwG vom 31. 3. 1954 in DVBl 1954, 776; die einem besessenen Rechtsanwalt erteilte Erlaubnis zur Abhaltung auswärtiger Sprechtage wurde im Hinblick auf seine nunmehrige Zulassung beim Oberlandesgericht widerrufen. Der Widerruf wird vom Gericht gebilligt, weil durch die Erlaubnis kein Recht auf Beibehaltung der auswärtigen Sprechtage erworben sei. Dieser Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen; allerdings mit einer anderen Begründung: Da für OLG-Anwälte keine Sprechtage zugelassen werden, war die Erlaubnis durch die Zulassung zum OLG mangelhaft geworden. Da lag im überwiegenden öffentlichen Interesse, diese Mangelhaftigkeit zu beseitigen.

2) Vgl. OVG Münster vom 20. 6. 1956 in DVV 1957, 324.

3) Vgl. u. B. Waffeng § 5, 17, 23.

Es ist nicht zu billigen, dass für Ausnahmebewilligungen im Sinne der herkömmlichen Auffassung von der Regel der freien Widerruflichkeit an einer freien Bewilligungsmöglichkeit<sup>1)</sup> festgehalten wird.

Insoweit kann das Urteil des BGH vom 29. 11. 1954<sup>2)</sup> zu Missverständnissen Anlass geben. Durch dieses Urteil wird die Auffassung der Vorinstanz bestätigt<sup>3)</sup>, dass eine im Baden erteilte Ausnahmebewilligung zum Sonntagserwerb Gemäß § 45 der badischen Verfassung von 1984 wie alle sonstigen Verfügungen und Entscheidungen, durch die eine Partei einen gesetzlichen Anspruch erworben hat, schon wegen abweichender Ansicht der Behörde frei widerruflich ist. Es handelt sich insoweit jedoch nur um eine Beseitigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung, die ausserhalb von Baden keine Geltung beanspruchen kann<sup>4)</sup>.

Der durch eine Ausnahmebewilligung erlangte öffentlich-rechtliche Rechtszustand genießt "den Schutz, den die objektive Rechtsordnung, insbesondere das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung jeder nicht verbotenen Tätigkeit verleiht"<sup>5)</sup>. Auch der Inhaber einer Ausnahmebewilligung befindet

- 1) Gorrathoff, S. 218; von Turégga, S. 34, 132 Note 5; VGH Stuttgart vom 25. 2. 1953 in VerwRspr 6, 569; wohl auch Huber in ADR 78, 113 ff.
- 2) in ADR 78, 102 ff.
- 3) OLG Freiburg vom 15. 2. 1951 in MDR 1951, 625 ff.
- 4) vgl. zum Widerruf einer Genehmigung zum Sonntagserwerb OVG Hamburg vom 22. 5. 1950 in VerwRspr 2, 435, das die bloße Meinungsänderung einer Behörde nicht als ausreichenden Widerrufgrund ansieht.
- 5) Huber in ADR 78, 113.

sich "in einer durch das objektive Recht gesicherten Position, in die nur auf der Grundlage und in den Grenzen des Rechts eingegriffen werden kann und darf"<sup>1)</sup>. Da die Behörde gerade mit Rücksicht auf das Wesen einer Ausnahmebewilligung Veranlassung zu einer besonders eingehenden Prüfung vor der Erteilung hat, kann auch aus rechtspolitischen Gründen nicht anerkannt werden, dass die Behörde trotz unveränderter Verhältnisse bei bloßer Änderung ihrer Ansicht über die Zweckmäßigkeit der Ausnahmebewilligung zum freien Widerruf berechtigt sein soll.

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, dass für Erlaubnisse und Ausnahmebewilligungen nur die allgemeinen Beseitigungsgründe gelten.

#### § 13 Beseitigung wegen Nichterfüllung von Pflichten

##### A. Besondere Pflichten

Die Beseitigung eines Verwaltungsaktes wegen Verletzung einer mit ihm verbundenen Pflicht ist im Eisenbahnrecht entwickelt und dann von Otto Mayer auf das gesamte Recht der öffentlichen Unternehmensübertragen worden: "Wenn der Beliehene seinen Pflichten nicht nachkommt, das Unternehmen nicht herstellt oder den gehörigen Betrieb unterlässt, oder sonst wesentliche Konsensbedingungen verletzt, so ist die Behörde berechtigt, die Konsession zu entziehen"<sup>2)</sup>.

- 1) Huber in ADR 78, 114; vgl. auch OVG Münster vom 20. 6. 1956 in DVV 1957, 324.
- 2) O. Mayer II, S. 316.

Es ist heute ein allgemeines anerkannter Rechtsgrundsatz, dass die Behörde einen von ihr erteilten Verwaltungsakt beseitigen darf, wenn der Begünstigte die mit der Erteilung für ihn verbundenen Pflichten nicht erfüllt.<sup>1)</sup> Das ist in verschiedenen allgemeinen Verwaltungsgesetzen ausdrücklich bestimmt<sup>2)</sup>.

Die besondere Verpflichtung kann dem Begünstigten gesetzlich obliegen oder ihm beim Erlasse des Verwaltungsaktes auferlegt werden<sup>3)</sup>. Besondere gesetzliche Pflichten sind beispielsweise die erhöhten Treuepflichten des Beamten<sup>4)</sup> und die mit der Ausübung einer Gewerbeerlaubnis verbundenen gesetzlichen Pflichten, Steuern und Sozialbeiträge abzuführen. Die Rechtsprechung hat die Verletzung der letzteren Pflichten unter dem Begriff der Unzuverlässigkeit zusammengefasst<sup>5)</sup>. Beim Erlasse eines Verwaltungsaktes können dem Begünstigten Pflichten durch die Befolgung von Hebenbestimmungen, insbesondere durch

- 1) Vgl. statt vieler WUEVRO Begründung, S. 308 ff Sommer in DÖV 1954, 717; Ipsen, VA, S. 15; Eyermann-Frohler, Abm. IV 2 c Anh. zu § 35; Vgl. auch BGR vom 11. 4. 1957 in NW 1957, 987.
- 2) § 96 I Ziff. 3 AO; § 143 Ziff. 7 LVO; Art. 89 Ziff. 3 WUEVRO; § 12 II Ziff. 5 GastG.
- 3) Sommer in DÖV 1954, 717; Eyermann-Frohler, Abm. IV 2 c Anh. zu § 35 VGG; Art. 89 Ziff. 3 WUEVRO.
- 4) Vgl. OVG Muebung vom 27. 1. 1954 in DVerl 1954, 255.
- 5) Vgl. OVG Berlin vom 25. 6. 1952 in BR 1952, 861; Vgl. auch § 78 II Ziff. 3 GUKro.

eine Auflage, auferlegt werden<sup>1)</sup>. Eine Auflage ist die mit einem Verwaltungsakt verbundene bestimmte Forderung, durch die von dem Betroffenen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen verlangt wird<sup>2)</sup>.

Der Rechtsgrund für die Beseitigung eines Verwaltungsaktes wegen Verletzung der mit ihm verbundenen Pflichten ist nicht eine strafweise Aberkennung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung, was nach dem Grundsatz "nulla poena sine lege" nur auf Grund eines gesetzlich normierten Rechtsatzes möglich wäre<sup>3)</sup>. Diese Beseitigung ist vielmehr der für den Eintritt bestimmter Umstände vorbehaltenen Beseitigung verwandt<sup>4)</sup>. Wie der Verwaltungsakt, der mit einem solchen Beseitigungsvorbehalt befaßt ist, trägt noch der Verwaltungsakt, der unter Auferlegung besonderer Pflichten (z. B. einer Auflage) ergangen ist, die Möglichkeit einer Geltungsbeendigung in sich. Dem Begünstigten ist ersichtlich, dass die Verwaltungsbefugnisse der Verwaltungsbefugnisse ohne Auferlegung besonderer Pflichten nicht erlassen hätte und dass sie ihn besitzendigen kann, wenn die Pflichten nicht erfüllt werden. Der Begünstigte kann also erkennen, dass er im Falle der Nichterfüllung der Pflichten keine endgültige Rechtsstellung erworben hat, so dass für den Gedanken des Vertrauensschutzes kein Raum ist.

- 1) Korman, S. 403 ff; O. Mayer I, S. 251; von Köhler, S. 196; Ipsen, S. 163 und VA, S. 15; Jellinek, S. 285; Peters, S. 159; Nebinger, S. 220; Eyermann-Frohler, Abm. IV 2 c zu § 35 VGG; Hauelsen in NW 1955, 1457; Forsthorst, S. 252; von Turck, S. 130; Wolff, § 53 IV a 3; BGR vom 11. 4. 1957 in NW 1957, 987.
- 2) Wolff, § 49 I d.
- 3) Vgl. hierzu DVerl im JZ 1952, 514.
- 4) Ähnlich Ipsen, S. 164.

Die konstruktive Erklärung des Widerrufes wegen Nichterfüllung von besonderen Pflichten in Anlehnung an die für den Eintritt bestimmter Umstände vorbehaltenen Besetzung macht verständlich, dass es nicht darauf ankommt, ob der Begünstigte die Pflichtverletzung, wie etwa die Nichterfüllung einer Auflage, verschuldet hat, sondern dass die reine Verursachung durch ihn - nicht jedoch durch einen Dritten - genügt<sup>1)</sup>. Für die Verwaltung kommt es auf den mit der auferlegten Pflicht beabsichtigten Erfolg an, der durch die Nichterfüllung gefährdet wird; mag der Verpflichtete schuldhaft handeln oder nicht<sup>2)</sup>.

Hinsichtlich der Ausübung besteht Einmütigkeit darüber, dass die Behörde nicht verpflichtet ist, von ihrer Besetzungsbefugnis Gebrauch zu machen, sofern das Gesetz sie hierzu nicht ausdrücklich anbahnt<sup>3)</sup>.

Hingegen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob die Behörde ebe sie den Verwaltungsgesamt besetzt zunächst versuchen muss, die Erfüllung der Pflicht auf dem zulässigen Zwangsweg durchzusetzen. Während einige Autoren diese Frage verneinen und es der Behörde lediglich freistellen, die Mittel der Verwaltungszwanges anzuwenden<sup>4)</sup>, machen andere die Besetzungszwangs anzuwenden<sup>4)</sup>, machen andere die Besetzungszwangs anzuwenden<sup>4)</sup>.

- 1) Ipsen, S. 165 und VA, S. 15; Eyermann-Pröhler Ann. IV 2 o Anh. zu § 35 VGG; zu vermerken ist die in Art. 89 Ziff. 3 Satz 2 WUEVRO vorgesehene Regelung, dass der Widerruf wegen Nichterfüllung einer nur eines Dritten wegen auferlegten Pflicht ausgeschlossen ist, wenn dieser die zur Erfüllung der Auflage erforderliche Mitwirkung verweigert.
- 2) von Köhler, S. 197; vgl. auch Kornann, S. 404; Ipsen, S. 165; WUEVRO Begründung, S. 508.
- 4) Ipsen, S. 164 und VA, S. 15; Jellinek, S. 285; Sommer im DÖV 1954, 718; von Turregg, S. 132 Note 2 und im JR 1952, 20 Note 21.
- 3) Ipsen, S. 165; Sommer im DÖV 1954, 718.

bedingte davon abhängt, dass die Erzwungung der Pflicht nicht oder nicht mit Stoberheit möglich ist<sup>1)</sup>.

Die richtige Lösung ergibt sich aus dem verwaltungsrechtlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit des Mittels<sup>2)</sup>. Nach diesem Grundsatz muss das gewählte Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zur abzuwehrenden Gefahr stehen; nach Möglichkeit ist das den Betroffenen geringere belastende Mittel zu wählen. Da die zwangsweise Erfüllung der auferlegten Pflicht in der Regel gegenüber der Besetzung des Verwaltungsgamtes das mildere Mittel ist<sup>3)</sup>, muss die Behörde zunächst den Betroffenen zur Erfüllung auffordern und, sofern es zweckmäßig erscheint, die Vollstreckung im Wege des Verwaltungszwangs versuchen<sup>4)</sup>.

In der Rechtslehre wird die an die Nichterfüllung besonderer Pflichten geknüpfte Besetzung oft als Verwirkung bezeichnet<sup>5)</sup>. Die Verwendung dieses Begriffes empfiehlt sich jedoch im Sinne der Erhaltung einer Begriffsklarheit nicht. Der Begriff der Verwirkung ist im Stillsrecht entwickelt worden, als Ausfluss des allgemeinen Rechtsgedankens, dass jemandem wie in der Erfüllung seiner Pflichten so auch in der Ausübung seiner Rechte nach Treu und

- 1) Kornann, S. 403; von Köhler, S. 196 ff; Rebin-ger, S. 220; Eyermann-Pröhler, Ann. IV 2 o Anh. zu § 35 VGG.
- 2) vgl. O. Mayer I, S. 251 Ann. 25.
- 3) vgl. Pleiner, S. 404, 505.
- 4) vgl. die Regelung des Art. 89 Ziff. 3 WUEVRO.
- 5) Kornann, S. 403 ff; Ipsen, S. 163 ff; Jellinek, S. 285; Spaeth, S. 106 ff; Bamerschwandt, S. 160 ff.



Glauben zu handeln hat (§ 242 BGB)<sup>1)</sup>. Es ist bestritten, ob dieser allgemeine Begriff der Verwirkung auch für das Verwaltungsrecht Geltung beanspruchen kann<sup>2)</sup>. Teilweise wird ihm im Verwaltungsrecht nur die Bedeutung eines Rechtsverlustes durch Zeitablauf beigelegt: "Sine Berechtigung kann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sie trotz Veranlassung zur Rechtsausübung längere Zeit hindurch nicht ausgeübt worden ist und der Verpflichtete daraus Nachteile sehen durfte, der Berechtigte werde von seinem Recht keinen Gebrauch machen"<sup>3)</sup>. Die Befugnis der Behörde zur Beteiligung wegen Nichterfüllung bestimmter Pflichten gründet sich hingegen gerade darauf, dass der Berechtigte von dem Verwaltungsakt Gebrauch gemacht hat, ohne die mit ihm verbundenen Pflichten zu erfüllen. Der Ausgangspunkt der Verwirkung ist demnach ein anderer<sup>4)</sup>, so dass der Begriff für diesen Besetzungsgrund ohne Inhaltsänderung nicht verwandt werden kann.

- 1) Grundlegung RGZ 155, 148; vgl. auch Palandt, Anm. 9 und 1 zu § 242 BGB; Lehmann, S. 279 ff.
- 2) bejahend Kirchenhoff, Rechtsverwirkung im öffentlichen Recht, in HRPVBl Band 51, 275 ff; Huber, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, S. 388 ff; ablehnend z. B. Forsthoff, S. 145.
- 3) Wolff, § 37 III d; vgl. auch BVerwG vom 21. 11. 1955 in DVBl 1956, 306 und vom 28. 5. 1957 in DVBl 1957, 646.
- 4) Vgl. Schulte in VerwArch 39, 32 ff.

#### B. Allgemeine Pflichten

Die Besetzung wegen Verletzung bestimmter durch Gesetz oder durch den begünstigenden Verwaltungsakt auferlegter Pflichten hat Huber in einer früheren Veröffentlichung unter besonderer Herausstellung des Verwirkungsgedankens auf die Verletzung allgemeiner Pflichten ausgedehnt versucht<sup>1)</sup>. Danach soll die Besetzung bei einer Verletzung der allgemeinen Unversehrtheit oder einer Verletzung der gegenseitigen Allgemeinheit bestehenden Pflichten möglich sein. Der Rechtsgrund hierfür soll darin liegen, dass der Inhaber einer Rechtsstellung sich ihrer unwürdig erweisen habe.

Ein solcher Besetzungsgrund vertritt wegen Unbestimmtheit der Eingriffsgrundlage gegen das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Der Empfänger des Verwaltungsaktes ist nicht in der Lage, die Art der Pflichtbindung und demgemäss den Pflichtenverstoß im einzelnen Fall zu erkennen. Das ProVG hat stets daran festgehalten, dass die Verletzung allgemeiner, dem Volksganzen gegenüber bestehender Pflichten die Verwaltung mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu einem Eingriff ermächtigt<sup>2)</sup>. Auch von dem überwiegenden Teil der Literatur wird der an eine allgemeine Pflichtenverletzung geknüpfte Verstoß einer Rechtsstellung nicht anerkannt, da die Voraussetzungen für einen solchen Widerruf nicht bestimmt genug festgelegt seien<sup>3)</sup>.

- 1) Huber, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, S. 388 ff.
- 2) ProVG 92, 99.
- 3) Vgl. insbesondere Forsthoff, S. 145, 146.



Neuerdings hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 29. 1. 1953<sup>1)</sup> der Verwaltung die Befugnis zugesprochen, einen begünstigenden Verwaltungsakt (sogar mit Wirkung ex tunc) zu widerrufen, wenn die spätere Ausübung der Begünstigung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar sei: Einem Anwesener K., dem Diktien zustanden, war irr- tümlich nur ein Referendar-Unterhaltsschuss ge- währt worden. Nach Aufdeckung des Irrtums wurden ihm unter Zurücknahme des Bewilligungsaktes Diktien zuge- sprochen, von denen im Wege der Aufrechnung die empfangenen Unterhaltsschüsse abgezogen wurden. Die Klage auf den Unterschiedsbetrag wies der BGH ab, da es mit Treu und Glauben unvereinbar sei, wenn der Kläger die Behörde an der Bewilligung des Unterhaltsschusses festhalten wolle. Da infolge- dessen nun der Bewilligung des Unterhaltsschusses keine Rechte mehr gegen die Behörde hergeleitet wer- den könnten, sei es der Behörde unbenommen, diese auch formal durch einen Widerruf zu beseitigen.

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von "Treu und Glau- ben" ist auch im Verwaltungsrecht anwendbar<sup>2)</sup>. Für eine rechtsanaloge Anwendung der zu § 242 BGB ent- wickelten Institutte ist aber im Recht der Verwal- tungswerte zur Eröffnung einer Widerrufbefugnis in der Regel kein Raum. Ein "faktisches Synallagma" zwischen der Verwaltung und dem Einzelnen, das "so konkret und nahe ist, dass es tatsächlich weitge- hend an Individualistischen Merkmalen und damit

- 1) VerwBsp 5, 276.
- 2) Forsthoff, S. 145; Wolff, § 25 I aI § 41 I c.

sich an der Generalklausel von Treu und Glauben gemessen werden kann", wird im allgemeinen durch einen Verwaltungsakt nicht hergestellt.<sup>1)</sup> Hinzu kommt, dass das Prinzip der Gesamtheit der Verwaltung, das eine hinreichende Bestimmtheit und Begrenztheit der Eingriffsnorm voraussetzt, den Grundsatz von Treu und Glauben beim Widerruf von Verwaltungsakten auf einen schmalen Raum beschränkt<sup>2)</sup>. Eine Ausnahme kann bei mitwirkungsbedürftigen Ver- waltungsakten im Rahmen solcher öffentlicher Rechts- verhältnisse bestehen, die durch ihre beiderseitigen Pflichten bestimmt sind, wie n. B. das Beam- tenverhältnis<sup>3)</sup>. Es muss sich aber stets um be- sondere Ausnahmefälle handeln. Mit Recht bemerkt Baring<sup>4)</sup>, "es sollten weder der - Königliche - § 242 BGB noch die ihm entsprechenden Gesichtspunkte des öffentlichen Rechts ohne Not zu Hilfe gerufen wer- den".

Die zitierte Entscheidung des BGH wurde aber ohne zwingende Notwendigkeit auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestellt. Da einem Anwesener K. ein Referendar-Unterhaltsschuss nicht gewährt wer- den durfte, war die Bewilligung mangelhaft. Es lag im Überwiegenden öffentlichen Interesse, den Ver- waltungsakt nach Feststellung der Mangelhaftigkeit mit Wirkung ex tunc zu widerrufen<sup>5)</sup>. Der BGH hätte nicht auf die hinter dieser Widerrufregelung ste-

- 1) Vgl. Durig in JZ 1952, S. 514 Note 13.
- 2) Forsthoff, S. 145, 180.
- 3) Vgl. BGH vom 20. 5. 1954 in BGRH 265 (309).
- 4) Baring in DVBl 1953, 428 Note 13.
- 5) Vgl. Baring in DVBl 1953, 428.

bende Interessensabwägung zurückgreifen brauchen. Letztlich lassen sich alle Rechtsgrundakte auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückführen. Eine unbeschränkte unmittelbare Anwendung dieses fundamentalen Rechtsgedankens würde aber das Ende der konstruktiven Jurisprudenz bedeuten<sup>1)</sup>.

§ 14 Ausserordentliche Beseitigung aus Überwiegen dem öffentlichen Interesse.

In Literatur und Rechtsprechung wird verschiedentlich angenommen, ein Verwaltungsakt könne beseitigt werden, wenn es "zur Verhütung unmittelsbar drohender oder zur Beseitigung bereits eingetretener Überwärtender Nachteile für das Gemeinwohl"<sup>2)</sup> erforderlich sei.

Kormann<sup>3)</sup> scheidet diese "Rechtsentziehung aus Gründen des öffentlichen Wohls" aus dem Widerrufsbegriff aus, weil sich dieses Rechtsinstitut auf alle subjektiven Rechte ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund bezöge. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Auch die Entziehung von Rechten aus Gründen des öffentlichen Wohls kann eine Beseitigung sein, wenn dadurch die Wirkungen eines anderen Verwaltungsaktes beendet werden. Es ist unzutrefflich,

1) Vgl. Old Kohn vom 9. 12. 1953 in RdL 1954, 71, das unter Berufung auf den BGR eine Genehmigung der Landwirtschaftsbehörde zur Landverhauenernung für widerruflich hält, wenn "die Geldendmachung der durch die Genehmigung erworbenen Rechte gegen Treu und Glauben verstösst", obwohl auf diese Begründung nicht zurückgegriffen zu werden brauchte, weil der Verwaltungsakt mangelhaft war.

2) Egermann-Pröbller IV 2 d, Anh. zu § 35 VGGf Vgl. auch ProVG 29, 392 "wenn ein öffentlicher Interesse eine Besetzung unabweisbar erheischt"; Jerusalem, S. 51, "wenn stärkere Interessen der Gesamtheit des Verlangens".

3) Kormann, S. 327.

ob auch Rechte, die nicht durch einen Verwaltungsakt entstanden sind, aus dem gleichen Grunde entzogen werden können.

Infolge des ausserordentlichen Charakters wird mit der Zulassung dieses Beseitigungsganges häufig für die Verwaltung die Verpflichtung zur Entscheidung ausgesprochen<sup>1)</sup>. Die Entscheidungspflicht enthebt aber nicht von einer Untersuchung der Zulässigkeit der Beseitigung. Nur nach der naturrechtlichen Auffassung besass der Fürst das "ius emittendi" und damit die Befugnis, dem Untertan verliehene Rechte gegen Entscheidung zu entziehen<sup>2)</sup>. Hingegen können rechtsstaatliche Garantien nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass für eine Rechtsverletzung eine Entscheidung gewährt wird; denn "die Entscheidung bleibt immer ein Minus gegenüber der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes"<sup>3)</sup>.

Nach dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzsmässigkeit der Verwaltung kann auch eine ausserordentliche Beseitigung nur auf Grund eines hinreichend bestimmten Rechtssatzes erfolgen<sup>4)</sup>. Auch das dringendste öffentliche Interesse reicht nicht zur Beseitigung einer Rechtssetzung aus, wenn eine Eingriffsnorm fehlt. Es ist deshalb festzustellen, ob eine rechtsatzmässige Ermächtigung für eine ausserordentliche Beseitigung aus Überwiegendem öffentlichen Interesse besteht:

1) Vgl. § 51 I GewO; Ipsen, S. 168 f.

2) Vgl. Stödter, S. 75 und die dort zitierte Literatur.

3) Schmitt, S. 79.

4) Vgl. Ipsen, S. 168.

#### A. Aufopferungs- und Anteilungsprinzip

Gemäße § 74 EInl. AltR sollen einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates den Rechten und Pflichten zur Förderung des gemeinschaftlichen Wohls nachstehen, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt<sup>1)</sup>. Der Staatsbürger erhält für die Aufopferung Gemäße § 75 EInl. AltR eine Entschädigung.

Dieser sogenannte Aufopferungsanspruch, der insbesondere durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts näher ausgestaltet worden ist, gilt nach einhelliger Auffassung in der Bundesrepublik weiterhin<sup>2)</sup>. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Rechtsgrundlage ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, ein allgemeiner Rechtsgedanke<sup>3)</sup> oder eine gewohnheitsrechtliche Geltung ist<sup>4)</sup>.

Huber<sup>4)</sup> vertritt die Auffassung, dass der Aufopferungsgrundsatz einem untrennbaren doppelten Inhalt habe: Er legalisiere einmal in dem Kollisionsfall zwischen dem Einzelinteresse und dem Gemeinwohl den staatlichen Zugriff auf die Rechtestellung des einzelnen. Ferner knüpfe er an eine solche Massnahme unabhängig einen Entschädigungsanspruch<sup>5)</sup>.

- 1) BGR GS vom 10. 6. 1952 in BGRHZ 6, 270 (275 f); Forsthoft, S. 273; Wolff, § 61.
- 2) Wolff, § 61; BGRHZ 9, 85; 11, 249; 20, 64.
- 3) BGRHZ 16, 374; Forsthoft, S. 295; wohl auch BVerwG in NJW 1957, 234 (vom 20. 6. 1956).
- 4) Huber II, S. 38.
- 5) Vgl. auch Hammer Schmidt, S. 246.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 11. Juli 1927<sup>1)</sup> den Entzug eines privaten Kirchenstuhls aus kirchenspezifischen Gründen ebenfalls auf § 74 EInl. AltR gestützt. Diese Entscheidung ist aber vereinzelt geblieben. In anderen Entscheidungen<sup>2)</sup> ist hingegen nur im Hinblick auf die Entschädigungsfrage festgestellt worden, ob die öffentliche Gewalt den Staatsbürger wegen eines Blinderopfers zwischen dem "gemeinen Wohl und den besonderen Rechten und Vorteilen des Geschädigten mit Erfolg zu einer Aufopferung genötigt hat"<sup>3)</sup>. Die Rechtsgrundlage für den Eingriff ist nicht in § 74 EInl. AltR gesucht worden.

§ 74 EInl. AltR hat auch nur die Aufgabe, diejenigen Eingriffe, die einen Aufopferungsrechtsbestand enthalten, von denjenigen abzuheben, die keine besondere Opferlage herbeiführen, und daher keinen Entschädigungsanspruch nach § 75 EInl. AltR auslösen. Schon deshalb kann ein Grund zur Besetzung von Verwaltungsräten wegen überwiegender öffentlicher Interessen daraus nicht hergeleitet werden.

Abgesehen davon kann die Bestimmung der §§ 74, 75 EInl. AltR auch deshalb nicht als selbständiger Rechtsgrund für eine belastende Besetzung in Betracht kommen, weil die nach dem Prinzip der Gesamtheitlichkeit der Verwaltung erforderliche inhaltliche Bestimmtheit und Begrenztheit nicht gewahrt

- 1) RGZ 118, 22 (26).
- 2) Vgl. BGR 112, 95; 118, 22; 139, 285; 140, 226 (282); BGR in NJW 52, 621; BGR vom 13. 2. 1953 in VerwRpr 5, 715; BGR vom 26. 3. 1953 in VerwRpr 5, 686.
- 3) RGZ 140, 282.

last<sup>1)</sup>. Ein Widerspruch zwischen den Interessen der Allgemeinheit und den Interessen des einzelnen kann nicht ohne weiteres nach dem Grundsatz "dulde und liquidiere" zum Nachteil des einzelnen gelöst werden. Es ist vielmehr erforderlich, dass einzelne Voraussetzungen, unter denen das allgemeine Interesse den Vorrang hat, rechtsanwendbar festgelegt sind<sup>2)</sup>. Das ist in § 74 Einl. AIR nicht der Fall.

Ein Rechtsgrund für eine Besetzung wegen Überwiegender öffentlicher Interessen kann auch nicht aus dem Enteignungsrecht hergeleitet werden.

Die Möglichkeit der Enteignung zeigt zwar, dass in unserer Rechtsordnung das öffentliche Interesse den Vorrang vor den Interessen und der Rechtsstellung des Staatsbürgers genießen kann<sup>3)</sup>. Die Enteignung darf aber nur auf Grund eines Gesetzes im formellen Sinn ausgesprochen werden, das zugleich den Eingriffsgrund und das Ausmaß der Entschädigung bestimmt (Art. 14 III Satz 2 GG). Diese doppelte Junktimarklauseel zeigt, dass die Rechtsstellung des einzelnen nur angetastet werden darf, wenn der Vorrang des öffentlichen Interesses durch ein formelles Gesetz ausgesprochen worden ist.

1) Vgl. Naumann, S. 43; Sohm, S. 142.

2) Vgl. a. B. das Bundesleistungsgesetz.

3) "Der Widerruf ist eine der denkbaren Erweichungen, in denen enteignet werden kann"; Stödter, S. 75; vgl. auch BGR vom 30. 9. 1957 in DVV 1957, 917. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob alle Vermögenswerten subjektiven öffentlichen Rechte enteignet werden können - so BGRZ 6, 216 - oder nur solche, die dem Inhaber eine Eigentümerähnliche Rechtsstellung verschaffen - so BVerfG E 1, 275; 4, 280; Wolff, § 62 III.

## B. Gewohnheitsrecht

Einen Ansatzpunkt für eine gewohnheitsrechtliche Bildung eines Rechtsatzes, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse eine Besetzung rechtfertigt, könnte die Rechtsprechung des früheren ProVG bilden. In einer Entscheidung vom 9. 6. 1977<sup>1)</sup> hat das ProVG die Besetzung einer Genehmigung einer Feldtiegel für zulässig erachtet, weil sich nachträglich eine Gefährdung des öffentlichen Interesses herausstellte, da Passanten unter der Raubentwicklung litten und in ihrer Gesundheit gefährdet wurden. In einer weiteren Entscheidung vom 25. 1. 1962<sup>2)</sup> ist der Widerruf einer Baugenehmigung für ein bereits im Rohbau fertiggestelltes Haus zugelassen worden, weil dieses in einer zu geringen Entfernung von einer Sprengstoffabrik lag. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass Zölle, in denen "beim Mangel konkreter Vorschriften die allgemeinen dem Ermessen der Polizeibehörde als Richtschnur gegebenen Normen des Polizeirechts (10, II, 17 AIR) massgebend seien und durch offenbar nach- und pflichtwidrige Handhabung im Einzelfall derartig verdrängt würden, dass das öffentliche Interesse eine Bauur unwiderruflich erheischt", den Teilbestanden gleichgestellt werden müssten, in denen die Baugenehmigung mit dem zur Zeit geltenden Baurecht im Widerspruch stehe. Das ProVG hat diese Entscheidungen somit nur darauf gestützt, dass das öffentliche Interesse den Widerruf verlange. Ob die Baugenehmigung auf einer Pflichtverletzung der Baubehörde in der Anwendung des § 10, II, 17 AIR be-

1) ProVG 2, 415 ff.

2) ProVG 29, 319 ff.



ruhen oder nachträglich durch eine Änderung der tatsächlichen Umstände mangelhaft geworden waren, erscheint dem OVG offenbar unerheblich.

Das Gericht hat seinen Rechtsatz auch in zwei weiteren Entscheidungen aufgestellt, jedoch seine Anwendung aus tatsächlichen Gründen verweigert<sup>1)</sup>. In der neueren Rechtsprechung hat sich das OVG Hamburg in einer Entscheidung vom 1. 2. 1951<sup>2)</sup> zu der Möglichkeit des Widerrufs wegen Überwiegender öffentlicher Interessen bekannt, wengleich es den Widerruf im konkreten Fall mangels eines Überwiegenden öffentlichen Interesses verneint hat.

Diese Rechtsprechung ist insbesondere in der neueren Zeit vereinselt geblieben. Da es somit an einer ständigen Gerichtspraxis fehlt, hat sich kein Gewohnheitsrecht bilden können, zumal die Rechtsprechung des PrOVG stark unstritten ist<sup>3)</sup>.

### C. Rechtsanalogie

Eine Besetzung wegen Überwiegender öffentlicher Interessen wäre zulässig, wenn im Wege der Rechtsanalogie aus gesetzlichen Einzelbestimmungen gefolgert werden könnte, dass dem geltenden Recht die Ermächtigung für einen derartigen Eingriff innewohnt.

- 1) PrOVG B 24, 344; 57, 494.
- 2) VerwRspr 3, 588.
- 3) ablehnend z. B. Kormann, S. 389 ff; Schoen, S. 141 ff; Jellinek, S. 284; Forsthofer, S. 220 ff; zustimmend nur Scholz, VerwArch 23, 238 ff; J. Mayer in BayVerwBl 1927, 203 f.

Eine Besetzung wegen Überwiegender öffentlicher Interessen ist in § 51 GewO zugelassen. Da es sich um eine Sonderbestimmung des Gewerberechts handelt, ist eine analoge Anwendung jedoch ausgeschlossen. Es kommt hinzu, dass eine analoge Anwendung des § 51 GewO auf andere Rechtsgebiete dem Vorbehalt des Gesetzes widersprechen würde, weil die Sitzgriffsvermächtnigung dort nicht hinreichend bestimmt wäre<sup>1)</sup>.

Die Thüringische Landesverwaltungsordnung bietet keinen Ansatz zu einer Rechtsanalogie, weil sie eine Besetzung aus "überwiegenden Gründen des Gemeinwohls" nur zulässt, wenn weitere Gründe, wie Mangelhaftigkeit oder Befugung eines Widerrufsvorbehalts, hinzukommen (§ 142 Ziff. 1 - 6 ThürLVO). Ausserdem gilt diese Regelung nicht für Erlaubnisse und sonstige begünstigende Verwaltungsakte (§ 143 ThürLVO).

Gemäss Art. 90 I WLEVERO ist eine Besetzung aus "dringenden Gründen des öffentlichen Wohls" nur bei freiem Erlaubnissen möglich. Da für alle anderen begünstigenden Verwaltungsakte dieser Besetzungsgrund nicht besteht (Art. 90 II WLEVERO) beschränkt sich die Bedeutung des Rechtssatzes auf einen engen Raum.

Das österreichische AVG (§ 68 III) räumt allerdings der Behörde allgemein die Befugnis ein, im Wahrung des öffentlichen Wohls Bescheide zu besetzen, wenn es "zur Besetzung von das Leben oder die Gesundheit von Menschen gefährdenden Missständen

1) vgl. Ipsen, S. 170.



oder zur Abwehr schwerer Volkswirtschaftlicher Schädigungen notwendig und unvermeidlich ist". Diese Bestimmung kann aber eine Analogie nicht rechtfertigen, weil dann die Vertriebsische Norm nicht auf einen ähnlichen Tatbestand ausgedehnt, sondern unzulässigerweise auf den gleichen Tatbestand in einer anderen Rechtsordnung übertragen würde.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse allein kein Besetzungsgrund sein kann. Es muss eine Mangelhaftigkeit des zu besetzenden Verwaltungsgesetzes hindurkommen.

#### Zweiter Unterabschnitt: Zurücknahmegründe.

Die Zurücknahme (Widerruf mit Wirkung ex tunc) ist an zwei Voraussetzungen geknüpft: Der nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu dem Eingriff erforderliche Rechtsatz muss nicht nur zu einer Geltungsbeendigung, sondern auch zu einer Rückwirkung ermächtigen<sup>1)</sup>. Eine Zurücknahme können deshalb nur solche Rechtsätze zulassen, die eine Besetzung rechtfertigen; wenn schon eine Besetzung nicht zulässig ist, kann der Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden. Daher sind die einzelnen Rechtsätze, die eine Ermächtigung zu einer Besetzung beinhalten, daraufhin zu prüfen, ob sie auch eine Zurücknahme zulassen.

Aus dieser Untersuchung scheiden diejenigen Verwaltungsgesetze aus, bei denen eine Zurücknahme tatsächlich unmöglich ist. Wird eine Tauschabgabe, von der schon Gebrauch gemacht worden ist, widerrufen - um ein vielgenanntes Beispiel anzuführen<sup>2)</sup> - so ist eine Rückwirkung begrifflich und rechtlich ausgeschlossen. In solchen Fällen muss es bei den bereits eingetretenen Wirkungen sein Bewenden haben; es kann nur für die Zukunft eine Besetzung ausgesprochen werden.

#### § 15. Ausdrückliche gesetzliche Zulassung der Zurücknahme.

Eine Zurücknahme ist möglich, wenn sie in einem formellen Gesetz in verfassungsrechtlich

1) Vgl. die Ausführungen Seite 43.

2) WUSTRO Begründung, S. 314; Ipsen, S. 179; Ipsen, VA, S. 22; von Köhler, S. 200.

zulässiger Weise<sup>1)</sup> ausdrücklich zugelassen ist.

Es ist dabei zu berücksichtigen, dass der Sprachgebrauch der Gesetze nicht eindeutig ist, so dass das Wort Zurücknahme auch eine Beseitigung beinhalten kann und eine Zurücknahme gemeint sein kann, wenn eine andere Bezeichnung benutzt wird<sup>2)</sup>. Daher ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Wille des Gesetzgebers im einzelnen Fall auf einen rückwirkenden Widerruf gerichtet ist.

Ein rückwirkender Widerruf aus anderen als in dem Gesetz vorgesehenen Gründen ist in der Regel ausgeschlossen, wenn eine Gesetzesbestimmung eine Rückwirkung nur für bestimmte Fälle vorsieht.<sup>3)</sup>

§ 16 Begünstigende Zurücknahme

Die begünstigende Zurücknahme ist stets zulässig, da sie nicht dem Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung unterliegt. Abweichend von der begünstigenden Beseitigung ist nur zu beachten, dass auch die Rückwirkung für den Betroffenen günstig sein muss.

- 1) Zur Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen vgl. von Köster "Verfassungsrechtliche Seiten der rückwirkender Gesetzgebung" in BB 1952, 93; Meyer-Cording "Die Rückwirkung von Gesetzen" in JZ 1952, 161; Grass "Gesetze haben keine rückwirkende Kraft" in BB 1953, 93; Colme "Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen" in BB 1954, 137; VGH Preiburg vom 18. 7. 1950 in DRZ 1950, 409; OVG Hamburg vom 22. 1. 1952 in BB 1952, 961 OVG Hamburg vom 28. 2. 1952 in JZ 1952, 416; BayVerfG vom 10. 11. 1952 in NJW 1953, 397; BVerfG vom 24. 4. 1953 in NJW 1953, 1017; BVerfG vom 24. 7. 1957 in DVBl 1957, 642.
- 2) Wolff, § 53 III b 5; Das Wort Zurücknahme benutzen z. B.: § 12 (14) BdeG; § 75 I VGO; § 79 VGG; § 42 I und II PrVG; § 13 (15 I) LBG NRW; § 24 I OBG NRW; Andere Bezeichnungen benutzen z. B.: § 96 Abs. 2 AO; § 222 ff AO; § 144 LVG; Art. 91 WLEVBH.
- 3) WLEVBH Begründung, S. 314; Ipsen, S. 181.

§ 17 Zurücknahme mangelhafter Verwaltungsakte

Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung sieht Verwaltungsakte, die gegen "Gebietende" Rechtsnormen verstossen, als rückwirkend widerrufen an<sup>1)</sup>. Dieser Ansicht kann - wie bereits zur Beseitigung mangelhafter Verwaltungsakte ausgeführt ist<sup>2)</sup> - in ihrer Allgemeinheit nicht zugestimmt werden, da sie dem Vorbehalt des Gesetzes widerspricht. Da der Vorbehalt des Gesetzes sich auch auf die Rückwirkung bezieht, ist die Zurücknahme eines mangelhaften Verwaltungsaktes nur zulässig, wenn das überlegende öffentliche Interesse einen Widerruf mit Wirkung ex tunc gebietet<sup>3)</sup>. Der Mangel muss so beschaffen sein, dass der Betroffene mit einem rückwirkenden Widerruf rechnen muss und ihn voraussehen kann.

Zu der Frage, wann die Zurücknahme im überlegenden öffentlichen Interesse liegt, kann weitgehend auf die für die Beseitigung erarbeiteten Gesichtspunkte verwiesen werden.<sup>4)</sup>

Die Zurücknahme ist stets im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten, wenn die Mangelhaftigkeit auf einem Verstoß des Betroffenen beruht. Die Zurücknahme wird der Forderung gerecht, dass niemandem aus einem schuldhaft erlangten Verwaltungsakt ein Vorteil erwachsen soll. Insbesondere bei mangelhaften Verwaltungsakten, die keine Dauerwirkung ausstrahlen, gebietet das öffentliche Interesse oft eine Zurücknahme, da durch

- 1) vgl. Korman, S. 135 ff; Ipsen, S. 180; Jerusalem, S. 52; Bauer in DRZ 1949, 222; Lindgen in Arch Post Fernw. 1951, 1 ff; Kaumann in DVBl 1952, 633; Hausen in NJW 1954, 1427; BayObLG vom 4. 11. 1952 in NJW 1953, 193.
- 2) vgl. die Ausführungen § 9 A dieser Arbeit.
- 3) vgl. Wolff, § 53 III b 3.
- 4) vgl. die Ausführungen zu § 9 B dieser Arbeit.

eine Beseitigung die Rechte des schuldhaft Handelnden nicht entzogen werden können<sup>1)</sup>.

Die Zurücknahme ist aus denselben Gründen wie eine Beseitigung ausgeschlossen, wenn lediglich eine nicht "gebietende" Rechtsnorm verliert ist.

Darüber hinaus ist die Zurücknahme ausgeschlossen, wenn die Mangelhaftigkeit auf einem Verschulden der Behörde beruht<sup>2)</sup>. In diesem Fall kann in die Rechte des Staatsbürgers nicht eingegriffen werden, weil es nicht zu Lasten des Staatsbürgers gehen darf, wenn die Behörde ihrer Pflicht, den Sachverhalt und die Rechtslage von Amts wegen aufzuklären und zu prüfen, schuldig nicht erfüllt hat. Wenn das Verbot der Gesetzwidrigkeit einen Widerruf des mangelhaften Verwaltungsaktes dingend erforderlich macht, kann die Behörde in Ausnahmefällen eine Beseitigung aussprechen<sup>3)</sup>. Eine Zurücknahme ist ihr jedoch verwehrt.

Die weiteren Kriterien, die als bedeutsam für die Frage, ob die Beseitigung des mangelhaften Verwaltungsaktes im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, festgesetzt worden sind, gelten auch für die Zurücknahme. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Zurücknahme als besonders belastender Eingriff in die Rechtsstellung des Staatsbürgers nur in Ausnahmefällen im öffentlichen Interesse geboten ist. Daher wird die pflichtgemäße Abwägung zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen des einzelnen häufig nur zu einer Beseitigung führen.<sup>4)</sup>

- 1) BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1958, 155 ff; BVerwG vom 25. 10. 1957 in DÖV 1958, 178.
- 2) BVerwG vom 28. 6. 1957 in NJW 1959, 156.
- 3) Vgl. oben Seite 62.
- 4) Vgl. Hausstein in NJW 1954, 1427.

Hinsichtlich der einzelnen Mängel ist festzustellen, dass eine Zurücknahme bei formellen Mängeln und bei nicht qualifizierten Willensmängeln ausgeschlossen ist, weil schon eine Beseitigung nicht zulässig ist.<sup>1)</sup> Hingegen ermöglicht ein Mangel, der durch unläutere Mittel, wie arglistige Täuschung, Bestechung, Drohung herbeigeführt ist, stets an einem Widerruf mit Wirkung ex tunc. Das ist in Literatur und Rechtsprechung unbestritten und auch in zahlreichen Verwaltungssetzen grundsätzlich anerkannt<sup>2)</sup>. Bei ursprünglichen Inhaltsmängeln kann eine Zurücknahme erfolgen, wenn sie im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt.

Hingegen ist eine Zurücknahme bei nachträglicher Mangelhaftigkeit in der Regel nicht zulässig, da der Betroffene bei einem nachträglichen Mangel nicht mit einem Widerruf, der auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurückwirkt, rechnen kann<sup>3)</sup>. Bei einem Sinnwandel ist eine Zurücknahme schlechthin ausgeschlossen, weil schon eine Beseitigung nicht zulässig ist<sup>4)</sup>. Bei einer nachträglichen Veränderung tatsächlicher Verhältnisse ist ein rückwirkender Widerruf allenfalls auf den Zeitpunkt möglich, an dem die Mangelhaftigkeit eingetreten ist<sup>5)</sup>. Denn der Betroffene muss vom Zeit-

- 1) A. A. bei Zuständigkeitsmängeln Wolff, § 53 III b 3 VI bei Verletzung von Verfahrensvorschriften Art. 91 Ziff. 2 WBEVRO.
- 2) Vgl. Seite 73, Anm. 1 und 2.
- 3) Vgl. OVG Lüneburg vom 4. 12. 1952, E 9, 335; auch § 96 II AO, § 144 I IVG und Art. 91 WBEVRO kennen keine Zurücknahme bei nachträglicher Mangelhaftigkeit.
- 4) Vgl. die Ausführungen zu § 9 C II a dieser Arbeit; s. A. Wolff, § 53 III b 4, der eine Zurücknahme bei Sinnwandel zulässt, wenn kein volles subjektives Recht begründet und auch nicht ins Werk gesetzt worden ist.
- 5) Dickmann in DÖV 1957, 283.

punkt der Mangelhaftigkeit mit einem Widerruf rechnen. Eine Änderung des geltenden Rechts er-  
möglicht nur dann zu einer Zurücknahme, wenn das  
Gesetz einen Widerruf mit Wirkung ex tunc aus-  
drücklich zulässt<sup>1)</sup>. Da in diesem Fall das Gesetz  
eine Rückwirkung beinhaltet, ist im einzelnen Fall  
zu prüfen, ob die Rückwirkung verfassungsmäßig  
ist<sup>2)</sup>.

§ 18 Einwilligung des Betroffenen

Bei fehlerfreien Verwaltungsakten ist eine Zu-  
rücknahme zulässig, wenn der Betroffene in einem  
zurückwirkenden Widerruf einwilligt<sup>3)</sup>. Diese Vor-  
setzung ist auch erfüllt, wenn der Betroffene  
den Verwaltungsakt mit einem Rechtsmittel angegrif-  
fen hat, da er durch eine Zurücknahme in vollem Um-  
fange so gestellt wird, wie er im Falle des Obste-  
hens stehen würde<sup>4)</sup>.

§ 19 Zurücknahmeverbehalt

Eine Zurücknahme auf Grund eines Vorbehaltes  
ist nur zulässig, wenn ausdrücklich ein rückwir-  
kender Widerruf vorbehalten war<sup>5)</sup> (Zurücknahmever-  
behalt).

- 1) Vgl. Wolff, § 53 III b 4; Dickmann in DVV 1956, 285.
- 2) Vgl. Klein, S. 61 ff; Coling in BB 1954, 137; OVG  
Mannburg vom 26. 2. 1952 in JZ 1952, 416; BVerfG  
vom 24. 4. 1953 in E 2, 237; BVerfG vom 24. 7.  
1957 in DVBl 1957, 542.
- 3) Ipsen, S. 101; Knauth-Wagner, S. 232; Wolff, § 53  
III b 2.
- 4) Vgl. Wolff, § 53 III b 1.
- 5) Ipsen, S. 101; von Taregg, S. 121.

behalt). Im Übrigen gilt hinsichtlich der Zuläs-  
sigkeit und der Ausübungsbefugnis das Gleiche  
wie für den Besetzungsvorbehalt.<sup>1)</sup>

§ 20 Nichterfüllung von Pflichten

Die Zurücknahme eines Verwaltungsaktes wegen Nicht-  
erfüllung von Pflichten ist nicht zulässig<sup>2)</sup>. Bei  
diesem Widerrufgrund handelt es sich nicht um eine  
Bestrafung<sup>3)</sup>. Der Widerruf kann deshalb nicht auf  
einen Zeitpunkt zurückwirken, in dem durch Erfüllung  
der Pflicht eine Ausübung des Widerrufgrundes mög-  
lich war. Da der Betroffene seiner Pflicht bis zum  
Auspruch des Widerrufs nachkommen kann, ist ein Wi-  
derruf mit Wirkung ex tunc ausgeschlossen.

Dritter Unterabschnitt: Zusammenfassung

Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten  
läßt sich zusammenfassend wie folgt kennzeichnen:

Aus dem verfassungsmäßigen Prinzip der Gesetz-  
mässigkeit der Verwaltung folgt die Regel der Umw-  
iderruflichkeit von Verwaltungsakten. Ein Widerruf  
ist nur zulässig, wenn ein Widerrufgrund besteht.

Die beachtlichste zeitliche Wirkung des Wider-  
rufes ist das Hauptteilungskriterium, das die Ein-  
führung der Unterbegriffe "Besetzung" für den Wi-  
derruf mit Wirkung ex tunc und "Zurücknahme" für den  
Widerruf mit Wirkung ex tunc erfordert.

- 1) Vgl. die Ausführungen zu § 11 B. und C dieser  
Arbeit.
- 2) Dickmann in DVV 1957, 283; Vgl. § 96 I Nr. 3 AO.
- 3) Vgl. die Ausführungen Seite 103 dieser Arbeit.

Eine Beseitigung ist zunächst möglich, wenn eine Ermächtigung durch ein formelles Gesetz gegeben ist.

Die Beseitigung eines Verwaltungsaktes kann aber auch auf Grund allgemeiner Rechtsakte zulässig sein:

Die Möglichkeiten einer Beseitigung auf Grund allgemeiner Rechtsakte richten sich zunächst danach, ob die Beseitigung begünstigend oder belastend wirkt. Die begünstigende Beseitigung ist stets möglich.

Eine belastende Beseitigung ist bei einem mangelhaften Verwaltungsakt zulässig, wenn die Beseitigung im Überwiegenden öffentlichen Interesse geboten ist. Das Überwiegende öffentliche Interesse an einer Beseitigung kann bei ursprünglichen und bei nachträglichen Mängeln gegeben sein.

Die Beseitigung eines fehlerfreien Verwaltungsaktes ist zulässig, wenn der Betroffene in eine Beseitigung einwilligt, wenn dem Verwaltungsakt zulässigerweise ein Beseitigungsvorbehalt beigefügt war und die Behörde zu dessen Ausübung berechtigt ist, oder wenn der Empfänger des Verwaltungsaktes besondere Pflichten (z. B. eine Auflage) nicht erfüllt.

Die Zurücknahme ist nur im beschränkteren Umfang möglich, weil der zum Eingriff erforderliche Rechtsakt nicht nur zur Geltungsbekendigung, sondern auch zur Rückwirkung ermächtigen muss.

Eine Zurücknahme ist möglich, wenn sie ausdrücklich durch ein formelles Gesetz zugelassen ist.

Die Zurücknahme kann auch durch allgemeine Rechtsakte zugelassen sein:

Eine begünstigende Zurücknahme ist stets möglich.

Eine belastende Zurücknahme ist zulässig, wenn sie einen mangelhaften Verwaltungsakt betrifft und im Überwiegenden öffentlichen Interesse geboten ist. Das ist in der Regel nur bei ursprünglichen Mängeln der Fall.

Bei fehlerfreien Verwaltungsakten ist die belastende Zurücknahme zulässig, wenn der Betroffene in sie einwilligt oder wenn zulässigerweise ein Zurücknahmenvorbehalt beigefügt war und die Behörde zu dessen Ausübung berechtigt ist.

Die einzelnen Widerwurfsgründe lassen sich durch die folgende graphische Darstellung veranschaulichen:



Widerrufsgründe

Beseitigungsgründe (ex nunc)		Zurücknahmegründe (ex tunc)	
ausdrückliche gesetzliche Zulassung	auf Grund allgemeiner Rechtsätze	ausdrückliche gesetzliche Zulassung	auf Grund allgemeiner Rechtsätze
begünstigende Beseitigung	belastende Beseitigung	begünstigende Zurücknahme	belastende Zurücknahme
mangelhafte Verwaltungsakte	fehlerfreie Verwaltungsakte	ursprünglich mangelhafte Verwaltungsakte, sofern die Zurücknahme im Überwiegenden öffentlichen Interesse geboten ist	fehlerfreie Verwaltungsakte
Beseitigung ist im Überwiegenden öffentl. Interesse geboten	Beseitigung ist nicht im Überwiegenden öffentl. Interesse geboten	Einwilligung	Zurücknahmevorbekalt
	Einwilligung	Nichterfüllung besonderer auferlegter Pflichten	
	Beseitigungsvorbehalt		

Vierter Abschnitt: Anhang

§ 21 Ausübung des Widerrufs

Der Widerruf kann von der Behörde, die den zu widerrufenden Verwaltungsakt erlassen hat, oder von einer zuständigen Oberbehörde (Aufsichtsbehörde, Beschwerdebehörde) ausgesprochen werden<sup>1)</sup>.

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Widerrufs ist das Vorliegen eines oder mehrerer der dargestellten Widerrufsgründe. Beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes kann die Ausübung des Widerrufs entweder zwingend vorgeschrieben sein oder im pflichtgemessen Ermessen der Behörde stehen.

Die Behörde ist zum Widerruf verpflichtet, wenn ein formales Gesetz ihn ausdrücklich gebietet<sup>2)</sup>.

Wenn Tatsachen entfallen sind, die Voraussetzung für den Erlaß eines Verwaltungsaktes waren oder Tatsachen eintreten, auf Grund derer der Fortbestand des Verwaltungsaktes nicht mehr rechtmäßig ist, besteht ebenfalls eine Verpflichtung der Behörde zum Widerruf<sup>3)</sup>. Da in diesen Fällen die Gesetzeswidrigkeit erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingetreten ist, muss dem Betroffenen auch nach formeller Bestandskraft ein Anspruch zustehen, da er sonst ohne Rechtsschutz wäre.

1) vgl. die Ausführungen Seite 45 dieser Arbeit.  
 2) vgl. § 12 I EBOAG "Eine Ernennung ist zurückzunehmen".  
 3) Speeth, S. 162 ff. Schmitz in: DÖV 1956, 106; Wolff, § 53 III b 3; vgl. auch § 43 PrVOG; § 20 nrv. OBG.

Hingegen kann der Ansicht, dass aus dem Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung für die Gebühr eine Pflicht zum Widerruf eines jeden mangelhaften Verwaltungsaktes trotz Ablaufs der Rechtsmittelfrist folge<sup>1)</sup>, nicht zugestimmt werden<sup>2)</sup>.

Nach dem System der Rechtsmittel im Verwaltungsrecht ist der Anspruch des Betroffenen stets befristet. Wenn der Betroffene einen Widerruf nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erlangen konnte, würde die Befristung der Rechtsmittel illusorisch.

Da der Widerruf ein Verwaltungsakt ist, muss er sich in den allgemeinen Schranken halten, die dem Erlaas von Verwaltungsakten durch allgemeine Rechtsgrundsätze, wie den Gleichheitsgrundsatz<sup>3)</sup>, den Grundsatze des rechtlichen Gehörs<sup>4)</sup>, den Begründungszwang<sup>5)</sup>, das Verbot der Ermessensüberbreitung und den Ermessensmissbrauches<sup>6)</sup>, gesetzt sind.

- 1) Ipsen, S. 128 unter Verweisung auf Fechner in ADR 9, 357.
- 2) Huber II, S. 666; Hausjens in NJW 1954, 1426; von Turegg, S. 128; Wolff, § 52 III b 3; Schütz in DDD 1956, 106; WbVerfGH vom 8. 7. 1949 in DVBl 1950, 182; OVG Münster vom 12. 12. 1950 in DVBl 1951, 476; OVG Lüneburg vom 1. 11. 1952 in BB 1952, 449; bayVerfGH vom 14. 8. 1954 in VerwRspr 6, 406 ff.
- 3) Art. 3 00; Forsthoff, S. 224; 414 f; Wolff, § 30 I b.
- 4) Art. 101 GG gewährleistet das Recht des rechtlichen Gehörs verfassungsrechtlich zwar nur vor den Gerichten. Indes besteht der Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch beim Erlaas belastender Verwaltungsakte; vgl. Forsthoff, S. 194 ff; Wolff, § 25 I; Lindgen in Arch Post Fernw. W. 1951, 12; OVG Münster vom 25. 1. 1955 in MDR 1955, 377.
- 5) vgl. § 82 III MuVerfO; Hebingner in BStW 1951, 260, 279; Hebingner, S. 304.
- 6) vgl. Wolff, § XI II.

Als *contrarius actus* zu dem zu widerrufenden Verwaltungsakt unterliegt der Widerruf demselben Formvorschriften wie jener<sup>1)</sup>. Nur für wenige Ausnahmefälle hat das Gesetz abweichende Sonderregelungen getroffen<sup>2)</sup>.

§ 22 Schadensausgleich

Da ein zulässiger Widerruf rechtmässig ist, befreit er nur dann einen Erweisanspruch des Betroffenen, wenn es gesetzlich bestimmt ist<sup>3)</sup>.

Einige Verwaltungsgesetze gewähren über die Bestimmungen des Enteignungs- und Aufopferungsrechts hinaus im Falle eines Widerrufs einen Anspruch auf Entschädigung<sup>4)</sup>. Das ist darauf zurückzuführen, dass in derartigen Fällen der Widerruf in einem grösseren Umfang als nach den allgemeinen Regeln zulässig ist. Diese Einzelbestimmungen können über ihren Geltungsbereich hinaus nicht analog angewandt werden.

- 1) Kormann, S. 329; Ipsen, S. 161; Peters, S. 170; Jellinek, S. 287; Sommer in DVV 1954, 656; Eyermann-Prehler, Anh. IV zu § 35 VGG; von Turegg, S. 129 und in JR 1952, 16; Wolff, § 35 V; OVG Münster vom 9. 11. 1951, R 5, 152; bay VGH vom 18. 9. 1952, R 5, 217.
- 2) §§ 51 ff GewO; §§ 57, 119, 120 PrZG; Art. 90 GG; vgl. die Übersicht bei Huber II, S. 629; für den Widerruf gewerblicher Konzessionen, Approbationen, Genehmigungen und Bestellungen.
- 3) Wolff, § 53 VI a.
- 4) vgl. § 144 II ThürLVO; § 51 GewO; § 70 II PrPVG; § 40 IV BesPolG; § 40 II nds SOG; § 45 nrw OBG; § 65 II rhpf PrG.

Bei einem schuldhaft rechtswidrigen Widerruf kann dem Betroffenen Gemäss § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG ein Schadensersatzanspruch zustehen.

Die Behörde hat mit dem Widerruf eines mangelhaften Verwaltungsaktes in der Regel allen Erforderliche getan. Wenn aber der widerrufene Verwaltungsakt tatsächliche Wirkungen ausser, die durch den Widerruf nicht beendet werden, steht dem Betroffenen ein Anspruch auf Beseitigung dieser Folgen zu (Folgenbeseitigungsanspruch)<sup>1)</sup>.

#### § 23 Geltungsbeendigung des Widerrufsaktes

Widerrufsakte können - wie andere Verwaltungsakte und aus den gleichen Gründen wie diese - unmöglich oder mangelhaft sein. Der belastende Widerrufsakt ist dann von dem Betroffenen im gleichen Umfang und mit den gleichen Rechtsmitteln angreifbar wie andere Verwaltungsakte.

Wenn der Widerruf unmöglich mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit ist, kann er keine Rechtswirkungen gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt aussern. Auch im Falle der Aufhebung eines mangelhaften Widerrufs in einem Rechtsmittelverfahren bleibt der ursprüngliche Verwaltungsakt unberührt, weil die Entscheidung den mangelhaften Widerruf mit Wirkung ex tunc zum Erlöschen bringt.

1) Vgl. im einzelnen Forsthoff, S. 214; Wolff, § 54 II.

Es ist jedoch unstritten, ob die Geltungsbeendigung eines Widerrufs auch durch einen Widerruf herbeigeführt werden kann.

Der Widerruf des Widerrufs soll nach der überwiegenden Ansicht schlechthin ausgeschlossen sein<sup>1)</sup>, weil er zu einer völligen Verwirrung führe<sup>2)</sup>, und auch begrifflich nicht denkbar sei.

Der Widerruf zielt auf die Geltungsbeendigung eines anderen Verwaltungsaktes ab. Mit dieser Zweckerreichung ist der Widerrufsakt erschöpft. Diese Gestaltungswirkung wird mit der formellen Bestandskraft endgültig. Daher ist der Widerruf eines unanfechtbaren Widerrufsaktes begrifflich ausgeschlossen. Vor Eintritt der formellen Bestandskraft ist hingegen der Widerruf des Widerrufsaktes begrifflich möglich, da die Gestaltungswirkung noch nicht endgültig ist<sup>3)</sup>.

Nach Eintritt der formellen Bestandskraft bleibt der Behörde nur die Möglichkeit, den widerrufenen Verwaltungsakt neu zu erlassen, sofern sie dessen Rechtswirkungen wieder herbeiführen will.

1) Klünger, Note 114 B 6 zu § 23; Note 326 unter Ann. C 8 zu § 75 VGO; Sommer in DVV 1954, 689; Eyermann-Frohler, Ann. IV 1 a Anh. zu § 35 VGO; von Turck, S. 175.

2) Jellinek, S. 261.

3) Vgl. Wolff, § 53 VI b.

### Lebenslauf

Ich, Klaus Pöppinghaus, wurde am 16. Dezember 1928 als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Gottfried Pöppinghaus und seiner Ehefrau Martha geborene Fabry in Hamm (Westf.) geboren. Ich habe drei jüngere Geschwister und besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ab Ostern 1935 besuchte ich die Grundschule und anschließend das städtische Realgymnasium in Hamm (Westf.), an dem ich am 23. März 1949 die Reifeprüfung bestanden habe.

Vom Sommersemester 1949 an studierte ich drei Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Georg-August-Universität in Göttingen und anschließend vier Semester an der Wilhelms-Universität in Münster (Westf.). Am 20. Januar 1953 bestand ich die Erste juristische Staatsprüfung. Nach dem Vorbereitungsdiens in Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) legte ich am 19. Dezember 1956 die Zweite juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission in Düsseldorf ab.

Selt Februar 1957 bin ich als Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) zugelassen.