

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Die Rücknahme unanfechtbarer belastender Verwaltungsakte“  
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Die Rücknahme  
unanfechtbarer belastender  
Verwaltungsakte

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des  
akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die  
Juristische Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität  
zu Münster



vorgelegt von

Max Mulert  
aus Düsseldorf

1970

71 K 5 / 130

**Meinen verehrten Eltern**

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Chr.-Fr. Menger

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. G. Uber

Dekan: Prof.Dr. W. Stree

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Januar 1970

I n h a l t

	<u>Seite</u>
Schrifttum	VIII
Abkürzungen	XIV
<u>EINLEITUNG</u>	1
§ 1 Abgrenzung des Themas und Einführung in die Problematik	1
<u>ERSTER TEIL</u>	
Die bisherigen Hauptmeinungen	4
<u>1. Kapitel</u>	
Das Problem der Rücknahme belastender Verwaltungsakte	4
§ 2 Systematischer Überblick	4
<u>1. Abschnitt</u>	
Die erste Stufe der Bestandskraft	6
§ 3 Darstellung der Auffassungen	6
I. Die einzelnen Regelungen und Ansichten	6
1. Gesetzliche Regelungen (§§ 1300 RVO, 79 AVG, 93 RKnG)	6
2. Die in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen (Preußisches OVG, BVerwG)	7
3. Die im Schrifttum geäußerte Ansicht (Zschacke)	9
II. Die Ausführungen des VG Darmstadt	10
III. Zusammenfassung	12
§ 4 Kritische Stellungnahme	13
<u>2. Abschnitt</u>	
Die zweite Stufe der Bestandskraft	14
§ 5 Darstellung der Auffassungen	15
I. Die Ansicht Forsthoffs	15

II. Die Ansicht Mengers und anderer	16
1. Die Ansicht Mengers	16
2. Die Stellungnahme des OVG Koblenz	19
3. Die Ausführungen des <u>einen</u> Teils der Rechtsprechung des Bundesver- waltungsgerichtes	20
III. Die Ansicht Bachofs	22
IV. Die Ansicht Wolffs	23
V. Die Ansicht Haueisens	25
VI. Die Ausführungen des <u>anderen</u> Teils der Rechtsprechung des Bundesver- waltungsgerichtes	26
VII. Die Ansicht Bullingers	29
VIII. Zusammenfassung	31
§ 6 Kritische Stellungnahme	33
<u>3. Abschnitt</u>	
Die dritte Stufe der Bestandskraft	36
§ 7 Darstellung der Auffassungen	36
I. Die Ansicht von Franz	36
II. Die Ansicht von Martens	37
III. Die Ansicht Maurers	38
IV. Zusammenfassung	39
§ 8 Kritische Stellungnahme	40
<u>4. Abschnitt</u>	
Zusammenfassung	41
§ 9 Zusammenfassende Darstellung der in den §§ 3,5,7 angeführten Auffassungen	41
§10 Zusammenfassende Darstellung der in den §§ 4,6,8 geäußerten Kritik	42

<u>2. Kapitel</u>	
Das besondere Problem des gerichtlich anfecht- baren Zweitbescheides und der wiederholenden Verfügung	44
§ 11 Darstellung der zu diesem Problem vertretenen Auffassungen	44
I. Der Ausgangspunkt der Ansichten	44
II. Der mögliche Inhalt eines Bescheides	44
1. Der positive Bescheid	44
a) Der dem Antrag stattgebende, den Erstbescheid aufhebende Zweitbescheid	44
b) Die Anfechtbarkeit dieses Zweitbescheides	45
2. Der negative Bescheid	45
a) Die beiden Formen des negativen Bescheides	45
aa) Der ablehnende, den Erstbe- scheid bestätigende Zweit- bescheid	45
bb) Die wiederholende Verfügung	46
cc) Der Unterschied zwischen beiden Formen	46
b) Besondere Probleme hinsichtlich der Anfechtbarkeit des den Erst- bescheid bestätigenden Zweitbe- scheides	46
§ 12 Kritische Stellungnahme	49
<u>ZWEITER TEIL</u>	
Der eigene Lösungsvorschlag	53
<u>1. Kapitel</u>	
Der Vorschlag zur Lösung des Problems im allgemeinen	53
§ 13 Überblick	53

1. Abschnitt

Die Rücknahme belastender Verwaltungsakte	55
§ 14 Die grundsätzliche Regelung	55
I. Die in Schrifttum und Rechtsprechung vorgenommene Interpretation des § 79 BVGG	55
1. Die Interpretation von Maunz	55
2. Die Interpretation des Bundesver- fassungsgerichtes und anderer	56
a) Die Frage, ob im Regelfall eine Verpflichtung zur Rücknahme be- steht	56
b) Die Frage, ob im Regelfall eine Berechtigung zur Rücknahme besteht	58
3. Zusammenfassung	60
II. Die eigene Ansicht	60
III. Zusammenfassung	63
§ 15 Die Ausnahmeregelung	64
I. Die Interpretation des § 79 BVGG hin- sichtlich der abstrakten Voraussetzungen einer solchen Regelung	64
1. Die Voraussetzungen im allgemeinen	64
2. Die Voraussetzungen im einzelnen	65
II. Die Subsumtion verschiedener konkreter Einzelfälle unter das oben entwickelte Tatbestandsmerkmal "Überwiegendes Interes- se des Betroffenen" (§ 15 I)	67
1. Das Vorliegen eines Restitutionsgrun- des sowie die Fälle der Beweisnot, der Änderung der Rechtsprechung und des Vorliegens eines schweren Fehlers	67
2. Der Fall eines VA mit Dauerwirkung sowie die Fälle eines rechtsgestalt- enden und eines feststellenden Ver- waltungsaktes; des weiteren die Fälle eines verwaltungsgerichtlich bestätigten VA sowie eines solchen Verwaltungsaktes, dessen Rücknahme aus praktischen Gründen unmöglich ist	71
3. Zusammenfassung	80

§ 16 Die aus § 79 BVGG abgeleitete Gesamt- regelung	82
<u>2. Abschnitt</u>	
Der Eintritt in eine erneute Sachprüfung	82
§ 17 Die grundsätzliche Regelung	82
I. Die Interpretation des Art.17 zu der Frage der Zulässigkeit einer gegen einen unanfechtbaren VA gerichteten Petition	83
1. Die zu dieser Frage in Rechtsprechung und Schrifttum vorgenommene Interpre- tation	83
a) Die Rechtsprechung des Bundesver- fassungsgerichtes	83
b) Die Rechtsprechung des Bundesver- waltungsgerichtes	84
c) Die Ansicht Dagtoglous	84
d) Die Ansicht Mengers	85
e) Die Ansicht Dürigs	85
2. Die eigene Ansicht	85
II. Die Interpretation des Art.17 GG zu der Frage, welchen Umfang eine gegen einen un- anfechtbaren VA gerichtete Petition hat	88
1. Der Umfang einer erstmalig einge- reichten Petition	88
a) Das Recht auf Entgegennahme	89
b) Der Anspruch auf sachliche Prüfung	89
Der Anspruch auf	
aa) Kenntnisnahme der Petition	89
bb) eine materiell-rechtliche Entscheidung als solche	90
cc) eine materiell-rechtliche Entscheidung i.S.d. Petitions	95
c) Das Recht auf Verbescheidung	95
d) Der Anspruch auf Begründung	96
e) Zusammenfassung	99

2. Der Umfang einer in der gleichen Angelegenheit zum zweiten oder wiederholten Male eingereichten Petition	100
§ 18 Die Ausnahmeregelung	101
I. Die Form der Petition	101
1. Die Petition mit beleidigendem, herausforderndem oder erpresserischem Inhalt	101
2. Die querulatorische Petition	103
a) Die Auffassung Dürigs	103
b) Die eigene Ansicht	103
Zur Rechtslage im Falle	
aa) einer erstmalig eingereichten Petition	103
bb) einer zum zweiten oder wiederholten Male eingereichten Petition	104
II. Die Petition, in der etwas Unmögliches oder rechtlich Verbotenes verlangt wird	105
§ 19 Die aus Art.17 GG abgeleitete Gesamtregelung	107
<u>2. Kapitel</u>	
Der Vorschlag zur Lösung des besonderen Problems des anfechtbaren Zweitbescheides und der wiederholenden Verfügung	109
§ 20 Der Hinweis auf den Erstbescheid als einzige Form der Ablehnung eines Rücknahmeantrages	109
I. Die Anforderungen an einen solchen Hinweis und deren Verwirklichung	109
II. Die Beurteilung dieser Form der Ablehnung nach weiteren rechtlichen und praktischen Gesichtspunkten	110

S c h r i f t t u m

- Arndt, Adolf            Entscheidungsbesprechung,  
NJW 1957,1072
- Bachof, Otto            Begriff und Wesen des sozialen  
Rechtsstaates, in: Veröffentlichun-  
gen der Vereinigung der Deutschen  
Staatsrechtslehrer, Heft 12, S.37 ff.,  
Berlin 1954,  
zitiert: VVDStL
- Bachof, Otto            Der maßgebende Zeitpunkt für die ge-  
richtliche Beurteilung von Verwal-  
tungsakten, JZ 1954,416
- Bachof, Otto            Die verwaltungsgerichtliche Klage  
auf Vornahme einer Amtshandlung,  
Tübingen 1954,  
zitiert: Vornahmeklage
- Bachof, Otto            Entscheidungsbesprechung,  
JZ 1953,411
- Bachof, Otto            Über einige Entwicklungstendenzen  
im gegenwärtigen deutschen Verwal-  
tungsrecht, in: Staatsbürger und  
Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum  
hundertjährigen Bestehen der Verwal-  
tungsgerichtsbarkeit, Bd.2, Karlsruhe  
1963,  
zitiert: Entwicklungstendenzen
- Bachof, Otto            Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,  
Verfahrensrecht in der Rechtsprechung  
des Bundesverwaltungsgerichtes,  
Bd.I und II, Tübingen 1963,  
zitiert: Rechtsprechung I bzw.II
- Bähr, Peter            Die maßgebliche Rechts- und Sachlage  
für die gerichtliche Beurteilung von  
Verwaltungsakten, Köln-Berlin 1967
- Baumbach-Lauterbach    Kommentar zur Zivilprozeßordnung von  
Adolf Baumbach und Wolfgang Lauter-  
bach, 29.Aufl., München und Berlin  
1966,  
zitiert: Baumbach-Lauterbach
- Bettermann, Karl August   Zweitanfechtung nach verspäteter  
Erstanfechtung, JZ 1965,265

- Bonner Kommentar        Kommentar zum Bonner Grundgesetz,  
Loseblattausgabe, herausgegeben  
von Hans-Jürgen Abraham, Peter  
Badura, Rudolf Bernhardt, Ottmar  
Bühler, Prodromos Dagoglou u.a.,  
zitiert: Bonner Kommentar
- Bullinger, Martin        Zur Bestandskraft belastender Ver-  
waltungsakte, JZ 1963,466
- Dahn, Georg            Deutsches Recht. Die geschichtlichen  
und dogmatischen Grundlagen des gel-  
tenden Rechts, 2.Aufl., Stuttgart u.  
Köln 1963
- Dickmann, Herbert        Die Beseitigung behördlicher Bewilli-  
gungen durch Aufhebung oder Wider-  
ruf, DÖV 1957,278
- Eyermann-Fröhler        Kommentar zur Verwaltungsgerichts-  
ordnung von Erich Eyermann und  
Ludwig Fröhler, 4.Aufl., München  
und Berlin 1965
- Forsthoff, Ernst        Lehrbuch des Verwaltungsrechts,  
1.Band; Allgemeiner Teil, 9.Aufl.,  
München und Berlin 1966
- Franz, Fritz            Die Bestandskraft der Verwaltungs-  
akte, DRiZ 1964, 339
- Geiger, Willi           Kommentar zum Gesetz über das Bun-  
desverfassungsgericht, Berlin und  
Frankfurt 1952
- Hauelsen, Fritz         Der begünstigende und rechtsgestal-  
tende Verwaltungsakt, NJW 1960, 1497
- Hauelsen, Fritz         Entscheidungsbesprechung,  
JZ 1961, 428
- Hauelsen, Fritz         Erst- und Zweitbescheid im Verwal-  
tungsrecht, NJW 1959,2137
- Hauelsen, Fritz         Erst- und Zweitbescheid im Verwal-  
tungsrecht, NJW 1965, 561
- Hauelsen, Fritz         Unterschiede in den Bindungswirkun-  
gen von Verwaltungsakt, öffentlich-  
rechtlichem Vertrag, gerichtlichem  
Vergleich und Urteil, NJW 1963,1329
- Hauelsen, Fritz         Verwaltungsakte mit Dauerwirkung,  
NJW 1958,1065

- Klinger, Hans           Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2.Aufl., Göttingen 1964
- Lechner, Hans           Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2.Aufl., München und Berlin 1967
- Leibholz-Rupprecht     Rechtsprechungskommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz von Gerhard Leibholz und Reinhard Rupprecht, Köln 1968, zitiert: Leibholz-Rupprecht
- von Mangoldt-Klein     Kommentar zum Bonner Grundgesetz von Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt zitiert: Mangoldt-Klein
- Martens, Joachim       Der Anspruch auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes, NJW 1963, 1856
- Maunz, Theodor         Deutsches Staatsrecht, 16.Aufl., München 1968, zitiert: Staatsrecht
- Maunz-Dürig            Kommentar zum Grundgesetz von Theodor Maunz und Günter Dürig, Loseblattausgabe, 3.Aufl., München und Berlin 1969 ff., zitiert: Maunz-Dürig
- Maunz - Sigloch - Schmidt-Bleibtreu - Klein     Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz von Theodor Maunz, Heinrich Sigloch, Bruno Schmidt-Bleibtreu und Franz Klein, Loseblattausgabe, München und Berlin 1967 ff., zitiert: Maunz-Sigloch
- Maurer, Hartmut        Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV 1966,477
- Menger, Christian-Friedrich   Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd.2, Karlsruhe 1963, S.427 ff., zitiert: Prozeßrechtssätze

- Menger, Christian-Friedrich   Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3.Bd., 2.Halbband, S.717 ff., Berlin 1959, zitiert: Grundrechte
- Menger, Christian-Friedrich   Die Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, in: Festschrift für Walter Bogs, Wiesbaden 1967, S.89 ff., zitiert: Allgemeine Grundsätze
- Menger, Christian-Friedrich   Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960,297
- Menger, Christian-Friedrich   Entscheidungsbesprechung, JZ 1955,556
- Menger, Christian-Friedrich   Entscheidungsbesprechung, JZ 1965,720
- Menger, Christian-Friedrich   Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955,587
- Menger, Christian-Friedrich   Rechtsschutz im Bereich der Verwaltung, Versuch einer Bilanz, DÖV 1969,153
- Menger, Christian-Friedrich   System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, zitiert: System
- Menger, Christian-Friedrich   Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. Bd.50 (1959), S.394 ff. VerwArch. Bd.53 (1962), S.281 ff. VerwArch. Bd.54 (1963), S.89 ff., S.286 ff. VerwArch. Bd.56 (1965), S. 83 ff.
- Menger, Christian-Friedrich und Erichsen, Hans-Uwe   Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. Bd.58 (1967), S.287 ff.
- Neubauer, Hans           Probleme des Petitionsrechtes, BayVerwBl. 1959,75
- Obermayer, Klaus         Die Untätigkeitsklage und das Recht auf Bescheid, NJW 1956,361

- Ossenbühl, Fritz Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 29, Berlin 1964
- Radbruch, Gustav Vorschule der Rechtsphilosophie, 2.Aufl., Göttingen 1959
- Redeker-von Oertzen Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung von Konrad Redeker und Hans-Joachim von Oertzen, 3.Aufl., Münster 1969
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9.Aufl., München und Berlin 1961
- Schäfer, Gerhard Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Bd.5, 1960
- Schwabe, Jürgen Zur Unanfechtbarkeit rechtswidriger belastender Verwaltungsakte, DÖV 1967, 340 ff.
- Stein-Jonas-Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Rudolf Pohle, 1.Band, 19.Aufl., Tübingen 1964  
zitiert: Stein-Jonas
- Turegg, Frhr.von, Kurt-Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl., Berlin 1956
- Ule, Carl Hermann Das allgemeine Verwaltungsrecht im deutschen Verwaltungsblatt, DVBl. 1968, 781  
zitiert: Das allgemeine Verwaltungsrecht
- Ule, Carl Hermann Kommentar zum Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Köln und Berlin 1952,  
zitiert: Verwaltungsgerichtsbarkeit
- Wolff, Hans J. Rechtsgrundsätze und verfassungs-gestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Bd.6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S.33 ff.,  
zitiert: Rechtsgrundsätze

- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht I  
6. Aufl., München und Berlin 1965,  
7. Aufl., München und Berlin 1968,  
zitiert: Wolff I
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht III  
2. Aufl., München und Berlin 1967,  
zitiert: Wolff III
- Zschacke, Rudolf Die Rücknahme unanfechtbarer rechtswidriger belastender Verwaltungsakte der Leistungsverwaltung, DVBl. 1962, 322

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
ARA	Allgemeiner Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
BayVerwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
Bonn.Komm.	Bonner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
BVGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DÖD	Der öffentliche Dienst
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Einl.	Einleitung
EVerwVerfG 1963	Entwurf zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1963, mit Anhang: Münchener Fassung, 1968
Fn.	Fußnote
GeschOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GG	Grundgesetz
GSA	Ausschuß für Grundsatzfragen (Fachausschuß des Parlamentarischen Rates)

i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne des
h.L.	herrschende Lehre
JZ	Juristenzeitung
KriegsopfVwVerfG	Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LS	Leitsatz
li.Sp.	linke Spalte
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes
re.Sp.	rechte Spalte
RKnG	Reichsknappschaftsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
schllhLVerwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom
VA	Verwaltungsakt
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

§ 1

Abgrenzung des Themas und  
Einführung in die Problematik

Der einzelne Bürger kann in einer Vielzahl von Fällen Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes sein. Der Erlaß eines solchen VA ist sowohl im Rahmen der Eingriffsverwaltung als auch auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung möglich.

Greift eine Polizei- oder Ordnungsbehörde<sup>1)</sup> mit einem Befehl (also einem Gebot oder Verbot) in das freie Belieben des einzelnen ein, so liegt ein den Bürger belastender Verwaltungsakt vor. Das gleiche gilt, soweit die Abgabenverwaltung<sup>2)</sup> ein Gebot in Form eines Steuerbescheides erläßt.

Auch auf den Gebieten, bei denen ein "präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt"<sup>3)</sup> gegeben ist, kann ein belastender Verwaltungsakt ergehen. Das ist dann der Fall, wenn die zuständige Behörde einen Antrag etwa auf Erteilung einer Bauerlaubnis oder einer gewerberechtlichen Genehmigung ablehnt<sup>4)</sup>.

In gleicher Weise liegt ein solcher VA im Rahmen der Leistungsverwaltung vor, soweit einem Antrag auf eine bestimmte Leistung der Sozial- oder Förderungsverwaltung<sup>5)</sup> nicht stattgegeben wird, so z.B. auf dem Gebiete der Sozialversicherung oder in den Fällen, bei denen es um die Gewährung von Subventionen oder Stipendien geht. Die außerordentliche Bedeutung vornehmlich der Sozialversicherung - über 40 Millionen Bundesbürger sind Mitglieder der Sozialversicherungsträger - sowie der Umstand, daß weite Kreise der Bevölkerung auch

1) Vgl. Wolff I, § 3 I b) 1.

2) a.a.O., § 3 I b) 3.

3) a.a.O., § 48 II a) 1.

4) Zur Einteilung der Eingriffsverwaltung:  
vgl. a.a.O., § 3 I c) 2.

5) Vgl. Wolff I, § 3 I b) 2.β) und γ)

auf sonstige Leistungen der öffentlichen Hand angewiesen sind<sup>1)</sup>, bringt es mit sich, daß ein erheblicher Teil der belastenden VAe auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung ergeht<sup>2)</sup>.

Da das Zustandekommen eines Verwaltungsaktes an wesentlich weniger Rechtsgarantien gebunden ist als der Erlaß eines Urteils und ein VA vielfach sogar in einem verhältnismäßig summarischen Verfahren ergeht<sup>3)</sup>, besteht bei einem Verwaltungsakt in höherem Maße als bei einem Urteil die Möglichkeit, daß er der Rechtsordnung nicht entspricht und somit als **r e c h t s - w i d r i g** angesehen werden muß.

Weiterhin ist es durchaus denkbar, daß der Verwaltungsakt bereits **u n a n f e c h t b a r** geworden ist, weil der Betroffene die Rechtsmittelfrist z.B. hat verstreichen lassen. Das kann u.a. dann der Fall sein, wenn er nicht in der Lage war, notwendige Beweismittel rechtzeitig beizubringen, oder wenn er einen Widerspruch bzw. eine Klage für aussichtslos hatte halten müssen auf Grund einer für ihn ungünstigen höchst-richterlichen Rechtsprechung.

In allen diesen Fällen, in denen ein belastender, rechtswidriger Bescheid erlassen worden ist, kann häufig ein schutzwürdiges Interesse des Bürgers an der Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes gegeben sein. Eine solche Aufhebung soll - entsprechend der herrschenden Lehre<sup>4)</sup> - als **R ü c k - n a h m e**<sup>5)</sup> bezeichnet werden.

1) Zschacke, S.322

2) Zum Wesen der öffentlichen Verwaltung vgl. auch Menger, DVBl. 1960,297

3) Vgl. Maurer, S.488

4) So auch §§ 116 ff. schlhLLVwG, §§ 37 ff. EVwVerfG, vgl. dazu Wolff I, § 53 I c)

5) Zwar werden gegen diese Definitionen Bedenken erhoben, so u.a. von Wolff (§ 53 I c)), v.Turegg (S.126) und Dickmann (DÖV 1957,282). Die von diesen Autoren verwandten Begriffe, welche ihrerseits auch wiederum stark voneinander abweichen, sollen jedoch nicht übernommen werden, da sie mit der Terminologie eines weit überwiegenden Teiles der Rechtsprechung und des Schrifttums nicht übereinstimmen und somit das Verständnis eines Großteils der Literatur erschweren würden (dazu auch Ossenbühl, S.4). Somit erscheint eine Darstellung der von der herrschenden Lehre abweichenden Terminologie als überflüssig.

Der Bürger kann also verhältnismäßig leicht in die Situation geraten, von einem belastenden, rechtswidrigen Verwaltungsakt, welcher unanfechtbar geworden ist, betroffen zu sein und dementsprechend ein schutzwürdiges Interesse an dessen Rücknahme zu haben. Dennoch fehlt es bisher an einer allgemeinen gesetzlichen Regelung<sup>1)</sup> dieser Sachlage. Somit erscheint der Versuch gerechtfertigt, die sich hier ergebende Rechtslage eingehender zu untersuchen<sup>2)</sup>.

In erster Linie muß dabei die Frage geklärt werden, ob die zuständige Behörde berechtigt und u.U.sogar verpflichtet ist, einen unanfechtbar gewordenen belastenden Verwaltungsakt zurückzunehmen, soweit er sich als rechtswidrig erweist.

Die Schwierigkeiten, die sich bei der Beantwortung dieser Frage ergeben, beruhen auf dem Umstand, daß eine dem Grundgesetz entsprechende Regelung neben dem Interesse des Bürgers sowohl den Gedanken der Gesetzmäßigkeit als auch den ihm gegenüberstehenden Grundsatz der Rechtssicherheit zu berücksichtigen hat. Zwar spricht bereits das Interesse des betroffenen Bürgers für die Rücknahme; vor allem aber verlangt der Gedanke der Gesetzmäßigkeit die Aufhebung eines rechtswidrigen VA. Zwei Faktoren also lassen eine Berechtigung und u.U. sogar eine Verpflichtung zur Rücknahme als gerechtfertigt erscheinen. Andererseits ist jedoch auch eine für die Aufrechterhaltung sprechende Komponente zu berücksichtigen: das in der Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit begründete und durch das Verstreichen der Rechtsmittelfristen ausgelöste Interesse der Verwaltung an dem Fortbestand des VA<sup>3)</sup>.

1) Bisher liegt nur der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vor (EVwVerfG 1963, mit Anhang: Münchener Fassung 1968). Lediglich in Schleswig-Holstein ist seit 1.1. 1968 ein Landesverwaltungsgesetz (schlhlVerwG) in Kraft.

2) Die Untersuchung geht zunächst davon aus, daß sich nach Erlaß des Verwaltungsaktes weder neue Tatsachen ergeben haben noch Änderungen des materiellen Rechtes eingetreten sind. Die rechtlichen Auswirkungen einer nachträglichen Veränderung werden erst im Anhang des § 22 erörtert.

3) So Menger, VerwArch. Bd.54 (1963), S.94

## ERSTER TEIL

### Die bisherigen Hauptmeinungen

#### 1. Kapitel

#### Das Problem der Rücknahme belastender Verwaltungsakte im allgemeinen

##### § 2

##### Systematischer Überblick

Die bisherigen Versuche zur Lösung des Problems berücksichtigen die oben genannten Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Rechtssicherheit in sehr unterschiedlichem Maße. Es wird einmal die Ansicht vertreten (vgl. unten § 3), der Gedanke der Gesetzmäßigkeit habe zumindest im Rahmen der Leistungsverwaltung den Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit. Demgegenüber ist ein überwiegender Teil in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. unten §§ 5,7) der Auffassung, vom Ablauf der Rechtsmittelfristen an müsse dem Gedanken der Rechtssicherheit die größere Bedeutung zukommen. - Nach den Ansichten, die der **e r s t e n** Gruppe angehören (§ 3), erlangen Verwaltungsakte nur formelle Bestandskraft, während ihnen i.d.R. keinerlei materielle Bestandskraft zukommt. Dem entspricht die Anerkennung eines dem Bürger im allgemeinen zustehenden Rücknahmeanspruchs (vgl. dazu unten S. 8,12). Die **z w e i t e** Gruppe (§§ 5,7) vertritt dagegen die Meinung, daß ein VA nicht nur in formelle, sondern grundsätzlich auch in materielle Bestandskraft erwachse. Daraus erklärt sich die Ablehnung zumindest eines Rücknahme **a n s p r u c h e s** des Bürgers in allen Regelfällen (vgl. dazu unten S. 12,18).

Die unterschiedlichen Auffassungen innerhalb dieser zweiten Gruppe (§§ 5,7) kommen vornehmlich zustande auf Grund einer verschiedenartigen Beurteilung der subjektiven Grenzen materieller Bestandskraft. Der **e i n e** Teil (§ 5) ist der Ansicht, daß die materielle Bestandskraft in der Regel nur dem Bürger, nicht aber der Behörde gegenüber bestehe. Dementspre-

chend wird hier grundsätzlich nur ein Rücknahmeanspruch des Betroffenen, nicht aber eine Rücknahmeberechtigung der Verwaltung abgelehnt. Nach der Auffassung des **a n d e r e n** Teiles (§ 7) wirkt sich der Eintritt der materiellen Bestandskraft auch gegenüber der Verwaltung aus, so daß hier in der Regel nicht nur der Rücknahmeanspruch des Bürgers, sondern auch die Rücknahmeberechtigung der Behörde entfällt.

Während also Einigkeit darüber besteht, daß ein VA bei Ablauf der Rechtsmittelfristen formelle Bestandskraft erlangt, gehen die Ansichten hinsichtlich der materiellen Bestandskraft auseinander. Es sind hier drei Stufen<sup>1)</sup> zu unterscheiden. Erwächst ein Verwaltungsakt überhaupt nicht in materielle Bestandskraft - so die Auffassung der ersten Gruppe (§ 3) -, dann liegt die erste Stufe vor. Demgegenüber ist die zweite Stufe gegeben, wenn die Ansicht des einen Teiles (§ 5) der zweiten Gruppe zugrundegelegt wird, nach der eine einseitig den Bürger bindende materielle Bestandskraft zu bejahen ist. In die dritte Stufe materieller Bestandskraft erwächst ein VA schließlich dann, wenn er nicht nur den Bürger, sondern auch die Behörde bindet, also der Meinung des anderen Teiles (§ 7) der zweiten Gruppe gefolgt wird. - Die Behörde ist somit bei Vorliegen der ersten Stufe nicht nur zur Rücknahme berechtigt und verpflichtet, es besteht hier auch ein entsprechender Anspruch des Bürgers (§ 3). Wird die zweite Stufe zugrundegelegt, so ist für die Behörde lediglich die Berechtigung zur Rücknahme gegeben, während eine Verpflichtung sowie ein Anspruch des Bürgers entfallen (§ 5). Die dritte Stufe materieller Bestandskraft hat sogar zur Folge, daß die Behörde noch nicht einmal zur Rücknahme berechtigt sein darf (§ 7).

Die Reihenfolge, in der die einzelnen Auffassungen zur Lösung des Problems erörtert werden, richtet sich danach, in welchem Maße sie den Grundsatz der Rechtssicherheit berücksichtigen. Dementsprechend wird die Ansicht, welche diesen Gedanken am wenigsten beachtet, zuerst dargelegt, während die in besonderem Maße von dem Grundsatz der Rechtssicherheit bestimmten

1) Vgl. dazu Bullinger, S. 469

Auffassungen zuletzt behandelt werden.

Der besseren Übersichtlichkeit wegen soll unmittelbar nach Darstellung der in den §§ 3, 5 und 7 zusammengefaßten einzelnen Meinungen jeweils eine kritische Stellungnahme vorgenommen werden (§§ 4, 6 und 8).

### 1. Abschnitt

Die Ansichten, nach denen der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit den Vorrang hat, ein Verwaltungsakt also grundsätzlich überhaupt nicht in materielle Bestandskraft erwächst und somit eine Rücknahmeverpflichtung der Behörde gegeben ist (erste Stufe der Bestandskraft).

### § 3

#### Darstellung der Auffassungen

##### I. Die einzelnen Regelungen und Ansichten

1) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit wurde in besonderem Maße berücksichtigt bei der gesetzlichen Neuregelung des Sozialversicherungsrechtes. Die neugefaßten §§ 1300 RVO, 79 AVG und 93 RKnG machen es dem jeweiligen Träger der Rentenversicherung zur Pflicht, eine Leistung neu festzustellen, wenn er sich überzeugt hat, daß sie z.B. zu Unrecht abgelehnt worden war. Dies bedeutet, daß ein ablehnender VA nach Erkenntnis seiner Rechtswidrigkeit zurückzunehmen ist und durch einen neuen, dem Antrag stattgebenden Zweitbescheid ersetzt werden muß. Nach Auffassung des Bundessozialgerichtes steht dem Bürger gleichzeitig ein entsprechender Rechtsanspruch zu<sup>1)</sup>.

Abgesehen von den Bestimmungen der §§ 1744 RVO, 342 LAG, 42 KriegsopfVwVerfG<sup>2)</sup> ist nicht in allen Fällen die Frage aus-

1) Urteil des BSG v. 18.1.1960 = SvE 1961, 342

2) Vgl. Wolff I, § 52 II c)

drücklich geregelt, ob der Betroffene einen Anspruch auf Sachprüfung<sup>1)</sup> hat, d.h. auf Prüfung der Rücknahmevoraussetzungen. Diese Frage ist von großer Bedeutung, weil die Behörde bei Fehlen eines Prüfungsanspruches das Eingreifen des Rücknahmeanspruches dadurch verhindern könnte, daß sie jegliche Sachprüfung ablehnt<sup>2)</sup>. Da ein uneingeschränkter Rücknahmeanspruch also nur dann voll verwirklicht werden kann, wenn ein entsprechender Prüfungsanspruch gegeben ist, muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber das Vorliegen eines solchen Anspruches auf Sachprüfung als selbstverständlich erachtete und daher von einer ausdrücklichen Regelung Abstand genommen hat.

2) In die gleiche Richtung tendiert die Rechtsprechung des Preußischen OVG. In dem Urteil vom 10.1.1929<sup>3)</sup> unterscheidet das Gericht zwischen reinen Verwaltungsakten und solchen VAen, die einen Akt der Rechtsprechung darstellen; darunter sollen streitentscheidende Verwaltungsakte zu verstehen sein<sup>4)</sup>. Während letztere nach Ansicht des erkennenden Senats in materielle Rechtskraft erwachsen, müsse dies bei reinen Verwaltungsakten verneint werden. Infolgedessen stehe ein vorhergegangener ablehnender Bescheid der Wiederholung eines Antrages auf Erteilung gewerblicher Erlaubnisse nicht entgegen. In gleicher Weise wird einem abschlägig beschiedenen Bauwerber in dem Urteil vom 22.6.1939<sup>5)</sup> das Recht zuerkannt, auch nach Ablauf

1) Auf die Notwendigkeit einer Trennung zwischen Rücknahme- und Prüfungspflicht weisen ausdrücklich Menger und Erichsen, VerwArch. Bd.56 (1965) S.86 und Bd.58 (1967) S.289, sowie Maurer, S.483, hin.

2) Vgl. Maurer, S.483

3) PROVGE 83,360 (362)

4) Auch das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß unter VAen, welche einen Akt der Rechtsprechung darstellen, streitentscheidende Verwaltungsakte zu verstehen sind (vgl. BVerfGE 2,380 (393,394)). Den Ausführungen Wolffs (§ 47 I b) 3.) ist zu entnehmen, daß Akte materieller Rechtsprechung, welche von einer am Rechtsstreit u n beteiligten Verwaltungsbehörde erlassen werden, streitentscheidende VA darstellen. Darunter fällt z.B. die durch die Aufsichtsbehörde ergehende Entscheidung eines Grenzstreits zwischen zwei Gemeinden.

5) PROVGE 104,260 (263)

der Rechtsmittelfrist seinen Bauantrag ohne irgendeine Abänderung<sup>1)</sup> zu wiederholen und eine erneute sachliche Prüfung zu fordern<sup>2)</sup>.

Aus der Ablehnung jeglicher materieller Bestandskraft<sup>3)</sup> für den Regelfall läßt sich entnehmen, daß das Gericht neben einem Anspruch auf Sachprüfung auch einen Rücknahmeanspruch grundsätzlich als gegeben erachtet. Der Eintritt materieller Bestandskraft hat nämlich zur Folge, daß in einem zweiten Verfahren keine abweichende Entscheidung (also z.B. eine Rücknahme des Erstbescheides) mehr ergehen kann<sup>4)</sup>; einem materiell bestandskräftigen VA kommt also Bindungswirkung zu. Bei Verneinung jeglicher materieller Bestandskraft kann demnach überhaupt keine Bindung bestehen, d.h. nicht nur die Behörde, sondern auch der Bürger muß dann ungebunden sein. Eine solche Ungebundenheit ist jedoch nur verwirklicht, wenn der Bürger die Rücknahme des ihn belastenden VA notfalls sogar erzwingen kann. Diese Möglichkeit eröffnet ihm allein die Einräumung eines einklagbaren Rechtsanspruches auf Rücknahme. Somit bringt die Verneinung jeglicher materieller Bestandskraft die Bejahung eines Rücknahmeanspruches mit sich.

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt in dem Urteil vom 24.1.1957<sup>5)</sup> ausdrücklich auf diese Rechtsprechung Bezug. Nach Ansicht des Gerichtes haben zumindest solche VAe, welche die Erlaubnis zur Ausübung eines Berufes versagen, nicht die Wirkung, daß die Erteilung für die Zukunft ausgeschlossen ist; lediglich streitentscheidenden Verwaltungsakten komme materielle Rechtskraft zu.

1) Vgl. unten § 18

2) Vgl. auch ProVGE 92, 209 (211)

3) Um den Unterschied zwischen Urteilen und VAen (vgl. dazu Hauelsen, NJW 1963, 1329 (1333)) Rechnung zu tragen, wird in zunehmendem Maße nicht mehr von der Rechtskraft, sondern von der Bestandskraft eines VA gesprochen. Dieser Begriff soll auch der vorliegenden Arbeit zugrundegelegt werden.

4) BVerwGE 4, 250 (253) und LS 2

5) Vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20.2.1961 (DVBl. 62, 640)

Weiter wird ausgeführt, die unanfechtbare Ablehnung eines Gesuches stehe grundsätzlich nicht der Wiederholung eines Antrages entgegen. Dies gelte auch für die Fälle, bei denen sich die Sach- und Rechtslage nach Erlaß des ablehnenden Bescheides nicht geändert habe<sup>1)</sup>.

3) Zschacke<sup>2)</sup> weist ausdrücklich darauf hin, daß unanfechtbare VAe überhaupt keine materielle Bestandskraft erlangen könnten. Dementsprechend erkennt er eine grundsätzliche Verpflichtung zur Rücknahme an<sup>3)</sup>. Allerdings sei Voraussetzung für das Vorliegen einer solchen Verpflichtung - neben der Rechtswidrigkeit des VA - die Bejahung eines "öffentlichen Interesses"<sup>4)</sup> an der Rücknahme<sup>5)</sup>. Zur Klärung dieser Frage müsse eine Abwägung der für und gegen die Aufrechterhaltung des VA sprechenden Gründe vorgenommen werden. Für die Aufrechterhaltung spreche zwar der Grundsatz der Rechtssicherheit, andererseits habe aber der ebenfalls im Rechtsstaatsgedanken verankerte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit in der Regel ein größeres Gewicht<sup>6)</sup>. Das gelte in noch stärkerem Maße auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung, wo neben dem Prinzip des Rechtsstaates der Gedanke des Sozialstaates eine gleichwertige Rolle spiele<sup>7)</sup>. Die Vorstellungen des sozialen Rechtsstaates machen es nach Zschacke notwendig, daß "ein schutzwürdiges Interesse des Staates, im Besitz von Geldern zu bleiben, die er bei richtiger Handhabung des Gesetzes als soziale Leistung hätte ausge-

1) Zur Rechtslage bei nachträglichen Veränderungen vgl. die Ausführungen unten § 22

2) S. 322 ff., vgl. auch Klinger VwGO S. 550, Fn. 7

3) a.a.O., S. 323, 324

4) Dieses Tatbestandsmerkmal ist als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen, da nach Zschacke bei der Feststellung, ob ein "öffentliches Interesse" vorliegt, eine Rechtsentscheidung getroffen werden muß, bei der für Zweckmäßigkeitserwägungen kein Raum ist (S. 325, Fn. 24).

5) a.a.O., S. 325

6) Vgl. Bachof, VVDStL, S. 39: "Rechtsstaat ist der auf Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit zielende Staat und seine formellen Elemente dienen nur zur Gewährung dieses materiellen Gehalts".

7) Vgl. Maunz in Maunz-Dürig, Art. 28, Anm. 4 d)

ben müssen, nicht anerkannt werden kann<sup>1)2)</sup>. Es sei nicht der Sinn der Unanfechtbarkeit, einen Rechtsfrieden herbeizuführen, der den Staat in einer materiell rechtswidrigen Position belasse<sup>3)</sup>.

Nur in Ausnahmefällen, in denen Treu und Glauben ein weiteres Tätigwerden der Behörde verbieten<sup>4)</sup>, hält Zschacke ein "öffentliches Interesse" nicht für gegeben. Hier soll dann ein Rücknahmeanspruch entfallen.

Weiter wird ausgeführt, die Behörde dürfe auf einen Antrag hin nicht nur eine neue Entscheidung in der Sache selbst treffen, sondern habe auch die Möglichkeit, eine neue Sachprüfung abzulehnen<sup>5)</sup>. Zwar könnte daraus gefolgert werden, daß Zschacke eine grundsätzliche Pflicht zur Sachprüfung ablehnt und der Behörde lediglich eine Berechtigung zur Sachprüfung zugesteht. Da die Pflicht zur Rücknahme des VA grundsätzlich bejaht wird, ist aber immerhin anzunehmen, daß er den Eintritt der Behörde in eine erneute Sachprüfung ebenfalls als Regelfall ansieht. Andernfalls könnte sich die Verwaltung ihrer im allgemeinen gegebenen Rücknahmeverpflichtung durch Ablehnung einer Sachprüfung entziehen<sup>6)</sup>.

## II. Die besonderen Ausführungen des VG Darmstadt

In Übereinstimmung mit den oben genannten Auffassungen kommt dieses Gericht<sup>7)</sup> zwar auch zu dem Ergebnis, daß ein VA in der Regel keine materielle Bestandskraft erlange<sup>8)</sup> und

- 1) Zschacke, S.325
- 2) Vgl. Urt.d.BVerwG v. 10.10.1961, NJW 1962,362 (363)
- 3) a.a.O., S.325, li.Sp.
- 4) a.a.O., S.325, re.Sp.
- 5) Zschacke, S.325, re.Sp.
- 6) Vgl. oben S.7
- 7) Vgl. das Urteil vom 15.2.1962, DVBl.1962,647 ff.
- 8) a.a.O., S.648 und LS 1

ein Rücknahmeanspruch somit grundsätzlich zu bejahen sei<sup>1)</sup>. Was das Zustandekommen dieses Anspruches jedoch betrifft, so läßt das VG die Frage offen, ob er dem Bürger zusteht auf Grund eines generell gegebenen Rechtsanspruches oder ob er nur in den Fällen der sogenannten "Ermessensreduzierung auf Null" vorliegt<sup>2)</sup>. Es wird hier also immerhin schon die Möglichkeit in Erwägung gezogen, daß die Behörde an sich nur zur Rücknahme berechtigt, nicht aber verpflichtet ist<sup>3)</sup>.

Das grundsätzliche Vorliegen eines Rücknahmeanspruches begründet das Gericht mit dem Gedanken, in Fällen sozialer Fürsorge - es ging hier um die Gewährung einer Kriegsgefangenenentschädigung - sei in aller Regel kein schutzwürdiges Interesse des Staates am Fortbestand eines rechtswidrigen Zustandes gegeben. Bei Aufrechterhaltung des VA werde nämlich dem Bürger eine ihm zustehende Leistung vorenthalten und dem Staat etwas belassen, was er nach der Rechtsordnung dem Bürger hätte gewähren müssen<sup>4)</sup>.

Nur dann, wenn eine Rücknahme ausnahmsweise nicht "billigem Ermessen"<sup>5)</sup> entspreche, sei eine Aufrechterhaltung gerechtfertigt.

Die Verpflichtung der Behörde zu einer erneuten sachlichen Prüfung leitet das VG aus Art.20 III GG ab<sup>6)</sup>.

- 1) a.a.O., S.649 und LS 3
- 2) Eine "Ermessensreduzierung auf Null" ist gegeben, wenn die Behörde an sich nur zur Rücknahme berechtigt ist, die Berechtigung sich aber ausnahmsweise zu einer Verpflichtung verdicke. Eine solche Verpflichtung läge hier vor, wenn die Aufrechterhaltung des VA einen Ermessensmißbrauch darstellen würde, also nur bei Rücknahme eine fehlerfreie Ermessenshandhabung gegeben wäre. Vgl. dazu u.a. BVerwGE 5,50 (53), OVG Münster, DVBl. 1958,659
- 3) Im Gegensatz dazu wird die Verpflichtung zur Rücknahme bei Zschacke überhaupt nicht in Frage gestellt.
- 4) DVBl.1962,647 (649)
- 5) a.a.O., S.649
- 6) DVBl. 1962,647 (649), LS 2

### III. Zusammenfassung

Nach den oben behandelten Regelungen und Ansichten ist die einzige Folge des Ablaufs der Rechtsmittelfristen der Eintritt der formellen Bestandskraft. Dies hat zu bedeuten, daß ein VA unanfechtbar wird, also mit ordentlichen Rechtsmitteln (wie Widerspruch oder Klage) nicht mehr angegangen werden kann<sup>1)</sup>.

Der Eintritt der materiellen Bestandskraft als weitere denkbare Folge des Fristablaufs wird dagegen für alle Regelfälle abgelehnt<sup>2)</sup>. Dies bedeutet, daß weder die Behörde noch der Bürger im allgemeinen an den Inhalt eines unanfechtbaren VA gebunden ist. Daraus ergibt sich sowohl für die Verwaltung als auch für den Betroffenen das Recht, die Rücknahme des VA zu bewirken. Eine solche Möglichkeit ist gegeben, wenn einerseits eine Berechtigung der Behörde zur Rücknahme besteht und andererseits dem Bürger ein Rechtsanspruch<sup>3)</sup> auf Rücknahme gewährt wird; sollte sich nämlich die Verwaltung weigern, den rechtswidrigen VA aufzuheben, so kann der Bürger dann eine entsprechende Verurteilung erwirken. Es ergibt sich somit die gleiche Rechtslage wie vor Eintritt der Unanfechtbarkeit (vgl. §§ 68 ff. VwGO, §§ 77 ff. SGG), der Ablauf der Rechtsmittelfrist hat also keine praktische Auswirkung.

Ausnahmsweise wird der Eintritt der materiellen Bestandskraft für möglich gehalten bei streitentscheidenden Verwaltungsakten<sup>4)</sup> oder bei normalen VAen in den Fällen, in denen "Treu und Glauben"<sup>5)</sup> bzw. "billiges Ermessen"<sup>6)</sup> gegen eine Rücknahme sprechen.

1) So ausdrücklich Zschacke, S.323 und VG Darmstadt a.a.O., S.649

2) So ausdrücklich ProVGE 83,360 (362); Zschacke a.a.O., S.323,324; VG Darmstadt, LS 1

3) So ausdrücklich VG Darmstadt, a.a.O., LS 3

4) So ProVGE 83,360 (362), BVerwGE 4,250 (253)

5) So Zschacke, S.325

6) So VG Darmstadt, DVBl.1962,647 (649)

Abgesehen von den gesetzlichen Regelungen wird das Vorliegen eines Anspruches auf Sachprüfung entweder aus Art.20 III GG abgeleitet oder ohne nähere Begründung bejaht. Auch bei Regelungen, welche diese Frage nicht ausdrücklich berücksichtigen, kann die Anerkennung eines solchen Anspruches angenommen werden, da andernfalls ein Rücknahmeanspruch einen wesentlich geringeren praktischen Wert hätte.

### § 4

#### Kritische Stellungnahme

Bei der Stellungnahme zu den dargelegten Theorien sollen nur einige Prüfungsmaßstäbe berücksichtigt werden. Mehrere weitere Gesichtspunkte treten erst bei der Darlegung des eigenen Lösungsvorschlages (§§ 13-19) in den Vordergrund.

Nach Auffassung Mengers hat der Gesetzgeber durch die Festsetzung der Fristen den Willen zum Ausdruck gebracht, daß nach deren Ablauf Rechtsfrieden eintreten solle<sup>1)</sup>. Auch in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 4.12.1959 heißt es, durch die gesetzlichen Vorschriften der Rechtsmittelfristen werde der Grundsatz der Rechtssicherheit verwirklicht<sup>2)</sup>. Die Richtigkeit dieser Feststellungen ergibt sich auch auf Grund eines Umkehrschlusses, welcher sich aus der Regelung der Rechtsmittelfristen ziehen läßt: die Anfechtungsfristen haben den Sinn, daß der Betroffene nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes in der Lage sein soll, die Rücknahme des VA allein auf Grund seiner Rechtswidrigkeit zu erzwingen. Der Gedanke der Gesetzmäßigkeit soll also nur bis zum Fristablauf alleinige Geltung haben. Auf Grund eines argumentum e contrario läßt

1) VerArch. Bd.56 (1965) S.84 und Bd.54 (1963) S.94,95, vgl. auch Maurer, S.481 und Bullinger, S.467

2) DÖV 1960,636 (637,638), vgl. auch das Urt. v. 30.3.1966, DÖV 1966,866 (867) und die Ausführungen von Franz, S.342

sich somit schließen, daß nach Eintritt der formellen Bestandskraft die Geltung dieses Grundsatzes zugunsten des Gedankens der Rechtssicherheit zumindest eingeschränkt werden muß. Die Rechtsposition des einzelnen Bürgers hat demnach von diesem Zeitpunkt an auf jeden Fall schwächer zu sein als vorher.

Somit kann der Auffassung Bullingers zugestimmt werden, nach der eine Gesetzesumgehung vorliegen würde, wenn man die Behörde generell als verpflichtet ansehen wollte, auch nach Eintritt der formellen Bestandskraft einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zurückzunehmen und damit allein den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit zu berücksichtigen<sup>1)</sup>. Sollte sich die Behörde bei einer solchen Rechtslage weigern, einen fehlerhaften VA aufzuheben, könnte der Bürger nämlich sein gleichzeitig mit der Verpflichtung gegebenes Recht auf Rücknahme im Wege einer Verpflichtungsklage geltend machen und auf diese Weise unter Umständen die Verurteilung der Behörde zur Rücknahme des VA erreichen. Er hätte dann eine gleich starke Rechtsposition wie vor dem Eintritt der formellen Bestandskraft: was er vor Fristablauf mit einer Anfechtungsklage hatte erzwingen können, wäre ihm danach auf Grund einer Verpflichtungsklage möglich<sup>2)</sup>. Die in § 3 dargelegten Lösungsvorschläge müssen also abgelehnt werden auf Grund des Umstandes, daß sie gegen die gesetzliche Regelung der Fristen verstoßen.

## 2. Abschnitt

Die Ansichten, nach denen der Gedanke der Rechtssicherheit den Vorrang hat und ein Verwaltungsakt grundsätzlich in e i n seitige materielle Bestandskraft gegenüber dem Bürger erwächst, nach denen also in der Regel eine behördliche Rücknahmeverpflichtung, nicht aber eine Rücknahmeberechtigung entfällt (zweite Stufe der Bestandskraft).

1) S.470

2) So ausdrücklich Maurer, S.481

## § 5

### Darstellung der Auffassungen

I. Die Ansicht F o r s t h o f f s<sup>1)</sup> kann insofern als der zweiten Stufe zugehörig angesehen werden, als diese Auffassung einen Rücknahmeanspruch des Bürgers ablehnt und eine Rücknahmeberechtigung anerkennt<sup>2)</sup>. Eine Besonderheit ergibt sich jedoch daraus, daß hier nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung zur Rücknahme vorgesehen ist<sup>3)</sup>.

Während durch den Ausschluß des Rücknahme a n s p r u - c h e s dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung getragen werden soll, erfolgt die Anerkennung einer Verpflichtung mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit<sup>4)</sup>. Der Ablehnung eines Rücknahmeanspruchs kommt nicht nur theoretische, sondern auch große praktische Bedeutung zu, da es dem Bürger auf diese Weise unmöglich gemacht wird, die Rücknahme im Klagewege zu erzwingen; es fehlt dann an einem "Recht" i.S.d. § 42 II VwGO. Demgegenüber hat die Anerkennung einer alleinigen Verpflichtung keine besonderen Folgen in der Praxis: weigert sich die Behörde, einen VA zurückzunehmen<sup>5)</sup>, so kann die Geltendmachung einer Rücknahmeverpflichtung in keiner Weise die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes bewirken. Der Bürger muß vielmehr den Fortbestand des betreffenden VA hinnehmen. Bei der praktischen Anwendung dieser Lehre hat also der hier allein bedeutsame Ausschluß des Rücknahmeanspruchs zur Folge, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit weitgehender verwirklicht wird als der Gedanke der Gesetzmäßigkeit.

1) § 13,2 b), S.252 ff. Ähnlich auch die Auffassung Schwabes (DÖV 1967,340)

2) S.255

3) S.252,255

4) S.252

5) Dies ist durchaus denkbar: Maurer weist mit Recht darauf hin, daß eine Behörde hinsichtlich der Rücknahme als befangen angesehen werden müsse, wenn sie den betreffenden VA vorher selbst erlassen habe. Die Behörde wird also nicht unbedingt zur Rücknahme geneigt sein, S.485.

Wenn Forsthoff dem Bürger noch nicht einmal das Recht zubilligt, nach Fristablauf rechtliche Einwendungen gegen einen rechtswidrigen VA vorzubringen<sup>1)</sup>, dann ist anzunehmen, daß ihm ein Anspruch auf Prüfung dieser Einwendungen seitens der Behörde erst recht nicht zustehen soll. Es kann also davon ausgegangen werden, daß Forsthoff einen Anspruch auf Sachprüfung ebenfalls ablehnt. Eine behördliche Verpflichtung zur Sachprüfung wird jedoch ausdrücklich bejaht<sup>2)</sup>.

## II. Die Auffassungen Mengers und anderer

1. Im Gegensatz dazu hält Menger die Behörde grundsätzlich nur für berechtigt, nicht aber für verpflichtet, in eine erneute Sachprüfung einzutreten. Es wird die Ansicht vertreten, die Entscheidung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens stelle eine echte Ermessensentscheidung dar<sup>3)</sup>. Dabei habe die Behörde in sachgerechter Weise abzuwägen zwischen dem Interesse des einzelnen an der Aufhebung und dem Interesse der Verwaltung am Fortbestand des belastenden VA.-Da diese Pflicht zumindest auch im Interesse des Betroffenen gegeben ist, wird damit gleichzeitig ein formelles subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers auf fehlerfreies Ermessen anerkannt.<sup>4)</sup>

Nur in Ausnahmefällen, in denen die Ablehnung einer Sachprüfung auf jeden Fall ermessensfehlerhaft wäre<sup>5)</sup>, hält Menger eine Verpflichtung der Behörde zur Sachprüfung<sup>6)</sup> und einen

1) S.255

2) S.255

3) VerwArch.Bd.54,1963,S.94, Bd.56,1965, S.85

4) VerwArch.Bd.54,1963,S.94

5) Es liegt dann also eine sogenannte "Ermessensreduzierung auf Null" vor, vgl. oben S.11, Fn.2.

6) VerwArch.Bd.54,S.94; wenn Menger hier von einem Anspruch auf Beseitigung spricht, so ist damit m.E. ein Anspruch auf Sachprüfung und nur für den Fall der Rechtswidrigkeit des VA ein Anspruch auf Beseitigung des VA gemeint. Menger selbst spricht im gleichen Zusammenhang auch nur von der Verpflichtung "zu erneuter Sachprüfung und Entscheidung" (vgl. VerwArch.54,S.94 und VerwArch.58(1967) S.291), nicht aber von einer Pflicht zur

entsprechenden Anspruch des Bürgers für gegeben. Hier ver-dichtet sich also ausnahmsweise der oben genannte formelle Anspruch auf fehlerfreies Ermessen bei der Entscheidung über den Eintritt in eine Sachprüfung in einen Rechtsanspruch auf Vornahme einer erneuten Sachprüfung. Eine solche Rechtslage liegt nach Menger vor, wenn das Interesse des Betroffenen als so groß angesehen wird, "daß es das in der Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit begründete und durch das Verstreichen der Rechtsmittelfristen ausgelöste Interesse der Verwaltung an dem Fortbestand überwiegt"<sup>1)</sup>.

In seinen weiteren Ausführungen zur analogen Anwendung der §§ 578 ff. ZPO im Verwaltungsverfahren<sup>2)</sup> betont er, auch bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes i.S. des § 580 ZPO müsse das Individualinteresse an der Aufhebung höher bewertet werden als das öffentliche Interesse am Fortbestand: es wird nämlich der Überlegung zugestimmt, daß es schwer verständlich sei, wenn man bei Bejahung eines Restitutionsgrundes die erneute Überprüfung eines Urteils, nicht aber die Überprüfung eines Verwaltungsaktes zuließe<sup>3)</sup>. Dementsprechend vertritt er die Ansicht, dem Adressaten eines VA habe bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes in gleicher Weise ein Anspruch auf erneute Sachprüfung<sup>4)</sup> zuzustehen wie dem rechtskräftig Verurteilten, dem dieses Recht durch § 590 I ZPO eingeräumt werde. Wenn nun der Anspruch auf Sachprüfung einmal bei über-wiegendem Individualinteresse (vgl. oben S.17), zum anderen bei Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes bejaht wird, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß Menger in den Fällen, in denen z.B. ein Restitutionsgrund im Sinne des § 580 ZPO vorliegt, auch ein überwiegendes Individualinteresse anerkennt ("Sind

Beseitigung (vgl. auch die weiteren auf S.18 wiedergegebenen Anmerkungen Mengers zu dieser Frage).

1) VerwArch. Bd.54, 1963, S.94

2) VerwArch. Bd.56, 1965, S.85

3) a.a.O., S.85

4) Ein Anspruch auf "Neubescheidung" (so Menger, VerwArch. Bd.56,S.85) umfaßt auch einen Anspruch auf Sachprüfung.

5) VerwArch.Bd.56 (1965) S.85

zwei Größen einer dritten gleich, so sind sie untereinander gleich").

Ausdrücklich wird erklärt, der rechtskräftig verurteilten Partei stehe bei Vorliegen des § 580 ZPO lediglich ein Anspruch auf neue Verhandlung der Hauptsache zu. Dies bedeute nicht, daß dann eo ipso auch ein Recht auf eine dem Beschwerden günstige Entscheidung, also auf Aufhebung des ihn belastenden Urteils, gegeben sei<sup>1)</sup>. - Eine analoge Anwendung dieser Regelung im Verwaltungsverfahren führt m.E. zu der Erkenntnis, daß der Anspruch auf Sachprüfung nicht ohne weiteres ein Recht auf Rücknahme umfaßt.

Der Anspruch auf Rücknahme kann somit nach der Lehre Mengers erst dann gegeben sein, wenn die Behörde auf Grund der erneuten Sachprüfung zu dem Ergebnis gelangt, daß der angegangene Verwaltungsakt rechtswidrig sei.

Zusammenfassend läßt sich also sagen: die Behörde ist nach der oben dargelegten Lehre grundsätzlich nur berechtigt, sich nach ihrem Ermessen für den Eintritt in eine erneute Sachprüfung zu entscheiden. Hat sie sich aber dazu entschlossen und hält sie den VA auf Grund dieser Prüfung für rechtswidrig, dann ist sie zur Rücknahme nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet<sup>2)</sup>. Dementsprechend kann dem Bürger grundsätzlich nur ein Anspruch auf fehlerfreies Ermessen bei der Entscheidung über das Wiederaufgreifen eingeräumt werden, während ihm nach e r k a n n t e r Rechtswidrigkeit ein Rechtsanspruch auf Rücknahme zuzubilligen ist.

Auf Grund des Umstandes, daß die Verwaltung von sich aus neu entscheiden darf, wird eine materielle Bestandskraft des Erstbescheides der B e h ö r d e gegenüber abgelehnt<sup>3)</sup>. Das Fehlen eines Anspruches auf Sachprüfung schneidet anderer-

1) a.a.O., S.85

2) Vgl. Maurer, S.489 und Bachof, Rechtsprechung II, Nr.365

3) VerwArch. Bd.56 (1965), S.85

seits dem B ü r g e r die Möglichkeit ab, die Behörde zur Feststellung einer Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zu zwingen und somit das Eingreifen des Rücknahmeanspruches herbeizuführen. Auf Grund dieser Bindung des Bürgers bejaht Menger eine materielle Bestandskraft mit einseitiger Wirkung gegenüber dem B e t r o f f e n e n<sup>1)</sup>.

Während Forsthoff den Grundsatz der Rechtssicherheit allein dadurch berücksichtigt, daß er dem Bürger den Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nimmt, verneint Menger für den Regelfall nicht nur einen Anspruch des Betroffenen, sondern auch eine entsprechende Verpflichtung der Behörde. Der Grundsatz der Rechtssicherheit findet hier also größere Beachtung als bei Forsthoff<sup>2)</sup>. Sinn dieser Regelungen ist es nach Menger nicht nur, daß ein VA formelle Bestandskraft erlangt. Vielmehr komme in ihnen vor allem der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, einen Verwaltungsakt nach Ablauf der Fristen auch in materielle Bestandskraft erwachsen zu lassen. Auf diese Weise könne dann Rechtssicherheit eintreten. Es wird besonders hervorgehoben, "daß um der Rechtssicherheit als einem Prinzip unserer Verfassung willen das Recht von den Besonderheiten des Einzelfalles absehen, daß es feste Formen, äußerliche Maßstäbe und scharfkantige Begriffe verwenden kann, um zu eindeutigen Ergebnissen zu kommen"<sup>3)</sup>.

2. Den von Menger vertretenen Ansichten hat sich das OVG Koblenz in seinem Urteil vom 19.2.1964<sup>4)</sup> im wesentlichen angeschlossen. Es wird hier besonders betont, die Berechnung

1) a.a.O., S.85

2) Das gilt allerdings nur für den Regelfall. Der Gedanke der Gesetzmäßigkeit wird von Menger dadurch berücksichtigt, daß er in Ausnahmefällen auch den Bürger von einer Bindung an den Erstbescheid befreit und dementsprechend einen Anspruch des Betroffenen anerkennt.

3) Vgl. VerwArch. Bd.56 (1965), S.84 und die Ausführungen in Prozeßrechtssätze, S.436, welche teilweise auf Dahm, S.13, verweisen. Vgl. des weiteren die Anmerkung Mengers in JZ 1965, 720.

4) DVBl. 1964, 773 ff.

gung der Behörde zu einer Ermessensentscheidung eröffne keineswegs die Möglichkeit zu einem Handeln nach Belieben. Vielmehr habe die Verwaltung bei Handhabung des Ermessens den Gleichheitsgrundsatz sowie die rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gesetzmäßigkeit zu beachten<sup>1)</sup>. Wenn sie nach Abwägung dieser Grundsätze eine erneute Sachprüfung ablehne, so handle sie in aller Regel nicht ermessensfehlerhaft<sup>2)</sup>. Der Vorrang des Gedankens der Rechtssicherheit, der sich aus dieser Regelung ergibt, führt nach Ansicht des Gerichts auch nicht zu unbilligen Ergebnissen für den Bürger, da er es nach Erlass des Erstbescheides in der Hand gehabt habe, den VA auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen. Mache er jedoch von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch und unterlasse er es, den Erstbescheid anzufechten, dann müsse er damit rechnen, daß ihm die Bestandskraft des VA später entgegengehalten werde<sup>3)</sup>.

3. Das Bundesverwaltungsgericht kommt in dem Urteil vom 15.11.1962<sup>4)</sup> ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung über den Eintritt in eine erneute Sachprüfung im Ermessen der Behörde liege. Die Ermessenshandhabung ließe sich aber nur dann als pflichtgemäß ansehen, wenn eine Abwägung aller für und gegen das Wiederaufgreifen sprechenden Gründe vorgenommen werde<sup>5)</sup>. Dieses formlose Wiederaufgreifen sei auch zulässig neben einem gesetzlich geregelten, also förmlichen, Wiederaufnahmeverfahren<sup>6)</sup>; es komme in einem solchen Falle aber nur subsidiär zur Anwendung, d.h. nur bei Fehlen eines Wiederaufnahmegrundes<sup>7)</sup>. In einem Urteil vom 16.5.1967<sup>8)</sup> wird betont, daß das Berufungsgericht auf Grund seiner abwägenden Wertung

1) DVBl. 1964, S.773

2) a.a.O., S.775 und LS 3

3) a.a.O., S.775

4) BVerwGE 15,155 (157,158)

5) BVerwGE 15,155 (158)

6) Wie etwa nach § 342 LAG

7) a.a.O., S.157

8) DÖV 167,756

zwischen den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Gesetzmäßigkeit zum richtigen Ergebnis gelangt sei. Des weiteren findet die Ansicht des Präsidenten des Bundesausgleichsamtes Zustimmung, nach der das Ermessen der ihm unterstehenden Ausgleichsbehörden nach zentralen Richtlinien auszuüben ist<sup>1)</sup>. Daraus geht hervor, daß das Bundesverwaltungsgericht hier keine Bedenken hat, wenn bei der Handhabung des Ermessens von der Behörde bestimmte Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, die Verwaltung bei ihrer Entscheidung also nicht völlig ungebunden ist.

In Ausnahmefällen wird es sogar als denkbar erachtet, daß sich die Befugnis der Behörde zu einer Verpflichtung verdichte, wenn jede andere Entscheidung als die "Rücknahme"<sup>2)</sup> ermessensfehlerhaft sei<sup>3)</sup>.

III. In Übereinstimmung mit Menger und den oben genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes vertritt auch B a c h o f die Auffassung, daß das Wiederaufgreifen des Verfahrens grundsätzlich im Ermessen der Behörde stehe<sup>4)</sup>. Als Gesichtspunkte bei der hier vorzunehmenden Abwägung kommen seiner Ansicht nach verschiedene Umstände in Betracht, so z.B. der Grad der an der Rechtmäßigkeit des VA vorgebrachten Zweifel, das Gewicht der Belastung für den Betroffenen sowie die seit dem Erlass des Verwaltungsaktes verstrichene Zeit<sup>5)</sup>. Mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung der Fristen sieht er die Abwägung grundsätzlich nur dann als ermessensfehlerfrei an, wenn die Behörde eine erneute Sachprüfung ablehnt. Ein Anspruch des Bürgers auf fehlerfreies Ermessen wird auch von Bachof anerkannt.

1) NJW 1961,235

2) Gemeint ist wohl der Eintritt in die S a c h p r ü f u n g, vgl. Maurer, S.489 und oben S.18, Fn.2

3) DVBl.1963,640 (641)

4) Rechtsprechung II, Nr.372, 1.u.2.Abs.

5) a.a.O., Nr.372, 2.Abs.

Wenn die Ablehnung der Sachprüfung die Regel darstellen soll, dann ist anzunehmen, daß z.B. der Zweifel an der Rechtmäßigkeit oder die Belastung des Betroffenen nach dieser Lehre erheblich groß sein muß, um ein Wiederaufgreifen zu rechtfertigen. In derartigen Ausnahmefällen wird dem Bürger dann auch ein Anspruch auf erneute Sachprüfung zugestanden<sup>1)</sup>.

Eine Verpflichtung der Behörde zur R ü c k n a h m e allein auf Grund der Rechtswidrigkeit des VA erkennt Bachof im Gegensatz zu Menger nicht an. Hat sich bei der erneuten Sachprüfung herausgestellt, daß der Verwaltungsakt fehlerhaft ist, so wird von ihm lediglich die Berechtigung der Behörde bejaht, eine Ermessensentscheidung über die Rücknahme zu treffen<sup>2)</sup>. Hierbei sei die Frage zu klären, ob nicht Gründe vorlägen, die eine Aufrechterhaltung des VA trotz seiner Fehlerhaftigkeit rechtfertigten. Derartige Gründe seien insbesondere dann gegeben, wenn die Rechtswidrigkeit des Bescheides erst nach langer Zeit aufgedeckt worden sei oder wenn die Belastung des Betroffenen als gering angesehen werden könne. Das gleiche gelte bei Verwaltungsakten, deren Rücknahme aus praktischen Gründen nicht mehr möglich sei. Darüber hinaus habe auch die Frage eine Rolle zu spielen, ob die Rechtswidrigkeit des VA nur auf formell-rechtlichen oder auch auf materiell-rechtlichen Fehlern beruhe<sup>3)</sup>. Besonders wird hervorgehoben, daß d i e s e Ermessensentscheidung - im Gegensatz zu der Ermessensentscheidung hinsichtlich des Wiederaufgreifens - in der Regel zur V e r n e i n u n g eines für den Fortbestand sprechenden Grundes führen müsse; es sei nämlich mit dem Gedanken der Gesetzmäßigkeit nur schwer vereinbar, einen als rechtswidrig erkannten Verwaltungsakt aufrecht zu erhalten. Nur in Ausnahmefällen dürfe ein solcher VA fortbestehen<sup>4)</sup>.

1) Zum ganzen: vgl. Rechtsprechung II, Nr. 372, 1. u. 2. Absatz

2) Vgl. a. a. O., Nr. 372, 3. Abs.

3) Vgl. a. a. O., Nr. 372, 3. Abs.; es sollen hier also teilweise die gleichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden wie bei der Entscheidung über das Wiederaufgreifen.

4) Rechtsprechung II, Nr. 372, 3. Abs.

Nach Auffassung Bachofs wird also nicht nur bei der Entscheidung über das Wiederaufgreifen, sondern auch bei der Entscheidung über die Rücknahme lediglich die Berechtigung zu einer Ermessensbetätigung anerkannt. Dadurch, daß als Voraussetzung für die Rücknahme neben der Bejahung der Rechtswidrigkeit die Verneinung von Fortbestandsgründen notwendig ist, wird gegenüber der Lehre Mengers eine zusätzliche "Hürde" errichtet, welche der Bürger zu überspringen hat, wenn er die Rücknahme erreichen will. Die Ansicht Bachofs berücksichtigt den Gedanken der Rechtssicherheit also in stärkerem Maße als die Auffassung Mengers. In der Praxis dürften allerdings beide Theorien zu nicht sehr stark voneinander abweichenden Ergebnissen führen, da nach Bachof das Vorliegen von Gründen, die für die Aufrechterhaltung sprechen, ja grundsätzlich zu verneinen und somit die Rücknahme in der Regel zu bejahen ist.

IV. Hinsichtlich der Voraussetzungen für das Wiederaufgreifen des Verfahrens besteht zwischen der Lehre W o l f f s sowie den Auffassungen Mengers und Bachofs im wesentlichen Übereinstimmung. Zu der Rechtslage, die sich bei der R ü c k n a h m e des VA ergibt, wird von Wolff jedoch eine abweichende Ansicht vertreten.

In gleicher Weise wie vor allem Menger hält zwar auch er Fälle für denkbar, bei denen das in der Regel gegebene Ermessen ausnahmsweise so gebunden ist, daß die Ablehnung einer erneuten Sachprüfung<sup>1)</sup> ermessensfehlerhaft wäre. Erbringt der Betroffene erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Beweismittel, welche den VA als rechtswidrig erscheinen lassen, so wird eine solche Ermessensbindung von ihm dann angenommen, wenn den Bürger kein Verschulden an der Verspätung trifft. Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann sich nach Wolff

1) Wolff spricht zwar ausschließlich von einem Anspruch auf erneute Sach e n t s c h e i d u n g . Da aber eine Sachentscheidung eine Sachprüfung voraussetzt, kann davon ausgegangen werden, daß Wolff einen Anspruch auf erneute Sach p r ü f u n g ebenfalls bejaht.

die oben genannte Bindung ergeben<sup>1)</sup>. Dagegen wird ein Wechsel der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht als ausreichend erachtet, um das Eingreifen der Prüfungspflicht herbeizuführen<sup>2)</sup>.

Die bei der Rücknahme<sup>3)</sup> des VA sich ergebende Rechtslage beurteilt Wolff in der 7. Auflage seines Lehrbuches anders als in der vorhergehenden. Während seine Lehre früher in Übereinstimmung mit Bachof vorsah, daß die Behörde nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit nur zu einer Ermessensentscheidung berechtigt sei<sup>4)</sup>, wird nunmehr der Verwaltung eine Verpflichtung zur Rücknahme auferlegt. Gleichzeitig ist ein entsprechender Anspruch des Betroffenen vorgesehen<sup>5)</sup>. Diese Verpflichtung bzw. dieser Anspruch soll jedoch nicht schon dann gegeben sein, wenn sich der Verwaltungsakt als rechtswidrig herausgestellt hat. Vielmehr muß nach der neuen Lösung als w e i t e r e<sup>6)</sup> Tatbestandsvoraussetzung hinzukommen, daß die Rücknahme im "überwiegenden Interesse der Zivilperson" liegt. Es wird betont, die Frage, wann ein solches Interesse zu bejahen sei, müsse entschieden werden unter Berücksichtigung a l l e r Umstände des konkreten Falles. Diese Entscheidung hat nach Wolff auch bei belastenden VAen auf Grund einer Interessenabwägung zu erfolgen<sup>7)</sup>. Als zu beachtende Gesichtspunkte nennt er u.a. den Grad der wirtschaftlichen Auswirkungen,

1) Diese Ausführungen gelten natürlich nur insoweit, als keine gesetzlichen Regelungen (wie etwa die §§ 342 LAG oder 1744 RVO) zur Anwendung kommen, vgl. Wolff I § 52 II e).

2) Vgl. a.a.O., § 53 II e), S. 351

3) Auch Wolff unterscheidet strikt zwischen dem Eintritt in eine erneute Sachprüfung und der Rücknahme eines VA (vgl. § 52 II c) und §§ 52 III c) 2.. Anstelle von "Rücknahme" spricht er hier jedoch von dem "Widerruf" eines Verwaltungsaktes.

4) So 6. Aufl., § 53 III c) 2., S. 320

5) So 7. Aufl., § 53 III c) 2., S. 361, 362

6) So ausdrücklich in d. 7. Aufl., S. 361: "Die Interessenabwägung hat selbständige Bedeutung. Sie darf nicht in den Begriff der Rechtswidrigkeit hineininterpretiert werden".

7) Das geht aus seinen Ausführungen zur Bedeutung wirtschaftlicher Auswirkungen eines VA hervor (§ 53 c) 2. s), S. 366), wo er auch bei belastenden VAen von einer Interessenabwägung spricht.

die eine Beseitigung des VA für den Betroffenen mit sich bringt, sowie die Dauer der Zeit, welche seit Eintritt der Rechtswidrigkeit verstrichen ist. Des weiteren müsse der Umfang des Verwaltungsaufwandes, der zur Rücknahme notwendig sei, bei der Abwägung berücksichtigt werden<sup>1)</sup>.

Im Gegensatz zu den Ausführungen Bachofs fehlt bei Wolff ein Hinweis darauf, daß die Behörde sich in der Regel nur dann rechtmäßig entscheide, wenn sie einen als fehlerhaft erkannten Verwaltungsakt zurücknehme. Der Gedanke der Gesetzmäßigkeit wird hier also nicht besonders betont; es kann somit davon ausgegangen werden, daß die Wolff'sche Lehre dem Grundsatz der Rechtssicherheit eine noch größere Bedeutung einräumt als der Lösungsvorschlag Bachofs.

V. Auch H a u e i s e n vertritt die Ansicht, die Behörde sei lediglich dazu berechtigt, die Entscheidung über das Wiederaufgreifen nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen<sup>2)</sup>. Einen Anspruch des Bürgers auf Ausübung fehlerfreien Ermessens hält er allerdings nur dann für gegeben, wenn die Behörde überhaupt noch nicht tätig geworden ist, also noch nicht einmal einen Erstbescheid erlassen hat. Nach Erlass eines solchen Bescheides - und somit natürlich auch nach dessen Unanfechtbarkeit<sup>3)</sup> - soll dem Bürger jedoch ein Recht auf fehlerfreies Ermessen nicht mehr zustehen<sup>4)</sup>. Auf Grund dieser Regelung wäre es dem Bürger verwehrt, die Behörde für den Fall, daß sie ein Wiederaufgreifen ablehnt, dennoch zu einer erneuten Sachprüfung wegen Verletzung des Ermessensanspruches zu

1) Vgl. 7. Aufl., § 53 III c) 2. s), §), S. 363

2) NJW 1965, 561 (562)

3) Der alleinige Gegenstand aller Erörterungen ist ja hier die Rechtslage n a c h Fristablauf.

4) Vgl. NJW 1965, 563

zwingen<sup>1)</sup>. Die Sache bliebe dann außer Streit, es träte Rechtsfrieden ein. Der Ausschluß dieser Möglichkeit stellt somit eine sehr weitgehende Verwirklichung des Gedankens der Rechtssicherheit dar.

VI. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird in zunehmendem Maße die Ansicht vertreten, ein Wiederaufgreifen des Verfahrens stehe unabhängig von einer besonderen gesetzlichen Regelung<sup>2)</sup> - im freien Ermessen der Behörde, d.h. es müsse lediglich der Gleichheitsgrundsatz beachtet werden, im übrigen sei die Verwaltung aber ungebunden<sup>3)</sup>. Nach dieser Auffassung ist es also für die Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung nicht erforderlich, daß es zu einer sachgerechten Interessenabwägung oder zur Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte gekommen ist<sup>4)</sup>.

Demgemäß kann sich die Verpflichtung der Behörde zur Beachtung des Art.3 GG nur in den Fällen zu einer Verpflichtung zum Wiederaufgreifen verdichten, in denen der Gleichheitsgrundsatz verletzt worden ist<sup>5)</sup>. Das soll dann gegeben sein,

1) Stünde dem Betroffenen nämlich ein Anspruch auf fehlerfreies Ermessen zu, so wäre ein Recht im Sinne des § 42 II VwGO gegeben. Der Bürger könnte dann geltend machen, durch eine ermessensfehlerhafte Ablehnung seines Rücknahmeantrages in diesem Recht verletzt worden zu sein. Eine Verpflichtungsklage auf Verurteilung der Behörde zum Erlaß eines ermessensfehlerfreien VA wäre somit zulässig. Würde das Gericht der Klage auch stattgeben, so hätte es die Behörde gemäß § 113 IV VwGO zu verpflichten, den Bürger zumindest unter Beachtung der Rechtsansicht des Gerichtes zu bescheiden (vgl. § 113 IV, 2 VwGO). Der Betroffene hätte also bei Anerkennung eines Anspruchs auf fehlerfreies Ermessen die Möglichkeit, eine erneute Sachprüfung der Behörde zu erzwingen (vgl. unten S. 34).

2) Etwa § 342 LAG, vgl. dazu BVerwGE 23, 25(30) und das Urt. v. 19.10.1967, DVBl. 1968, 155 = DÖV 1968, 137

3) So BVerwGE 23, 25(28, 29) u. LS 1); 17, 258 (261) = DÖV 1964, 316(318); sowie die Urteile v. 30.3.1966, DÖV 1966, 866(867), v. 5.9.1966, DVBl. 1967, 159 und v. 8.10.1964 DVBl. 1965, 485 (486, 487)

4) So ausdrücklich das Urteil v. 30.3.1966, DÖV 1966, 866 (867), a.A.: das oben S. 20 zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

5)

"wenn die Behörde in gleich oder ähnlich liegenden Fällen in der Regel von ihrer Befugnis zum Wiederaufgreifen Gebrauch macht, hiervon jedoch in einzelnen Fällen absieht, ohne daß sachgerechte Erwägungen für die unterschiedliche Behandlung erkennbar sind"<sup>1)</sup>.

Die Frage, ob auch noch in anderen Ausnahmefällen, in denen eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegen soll, eine Verpflichtung zu erneuter Sachprüfung anzuerkennen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Dabei nehmen die einzelnen Urteile zu diesem Problem nicht in seiner Gesamtheit Stellung, sondern beschäftigen sich in der Regel nur mit Einzelfragen - je nachdem, wie weit der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt eine Stellungnahme notwendig macht.

1. In einigen Entscheidungen wird diese Frage bejaht. So erkennen die Urteile vom 16.7.1964<sup>2)</sup> und 12.5.1966<sup>3)</sup> eine Verpflichtung zum Wiederaufgreifen auch dann an, wenn Gründe vorliegen, die zur Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Gerichtsverfahrens führen würden<sup>4)</sup>. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß die Bindungswirkung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes nicht weiterreichen dürfe als die eines rechtskräftigen Gerichtsurteils.

Eine Pflicht zu erneuter Sachprüfung soll in gleicher Weise vorliegen, wenn sich der Betroffene nach Eintritt der formellen Bestandskraft auf Tatsachen beruft, die zwar bei Erlaß des VA bereits vorlagen, sich aber erst nach Fristablauf beweisen ließen<sup>5)</sup>. Zu dieser Feststellung gelangt das Bundesver-

5) DVBl. 1965, 485 (486, 487) und LS 2

1) DVBl. 1967, 159 (160) sowie d. Urt. v. 19.10.1967, DÖV 1968, 137, 138 = DVBl. 1968, 155

2) BVerwGE 19, 153 (155) = DÖV 1965, 353

3) DVBl. 1967, 80 (81) u. LS 2

4) a.A.: Urt. d. OVG Münster v. 24.9.1962, DVBl. 1963, 119 = DÖV 1963, 523 (Sp. 201)

5) NJW 1967, 747

waltungsgericht auf Grund der Überlegung, daß der Gedanke der Rechtssicherheit bei Verwaltungsakten keine so große Bedeutung wie bei Gerichtsurteilen habe; demgemäß dürften nicht nur Restitutionsgründe (§ 580 Nr.7 ZPO) zu einer Sachprüfungspflicht führen. Wenn für ursprünglich bereits gegebene rechtserhebliche Tatsachen erst nachträglich ein Beweismittel angeboten werde, so habe die Behörde ein solches Beweisangebot zu prüfen, da sie erst jetzt in der Lage sei, eine der wirklichen Sachlage entsprechende Entscheidung zu treffen<sup>1)</sup>.

Ablehnung findet jedoch eine Prüfungspflicht in den Fällen, in denen sich die höchstrichterliche Rechtsprechung geändert hat und ein unanfechtbarer VA sich daraufhin als rechtswidrig erweist<sup>2)</sup>.

2. Im Gegensatz zu der soeben zitierten Rechtsprechung wird in anderen Urteilen ein Recht des Betroffenen auf Wiederaufgreifen des Verfahrens n u r bei Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes anerkannt<sup>3)</sup>, in allen weiteren Fällen aber verneint. Das geht aus den Urteilen vom 30.3.1966<sup>4)</sup>, 5.9.1966<sup>5)</sup> und 19.10.1967<sup>6)</sup> hervor, in denen es heißt, eine Verpflichtung der Behörde zu erneuter Sachprüfung sei nur dann gegeben, wenn sich die Sach- oder Rechtslage geändert habe. Hier aber geht es um die rechtliche Situation, die sich ergibt, wenn es zu einer solchen Änderung gerade nicht gekommen ist.-

---

1) DVBl.67,80 (81) und LS 3, BVerwGE 19,153 (156)

2) So BVerwGE 17,258, DÖV 64,316 sowie die in DÖV 1966,866 und DVBl.67,159 abgedruckten Urteile

3) Das gilt also nur bei Vorliegen einer "Ermessensreduzierung auf Null", vgl. dazu ausdrücklich das Urt. vom 8.10.1964, DVBl. 1965,485 (486,487).

4) DÖV 1966,866

5) DVBl. 1967,159

6) DÖV 1968,137 (138) = DVBl.1968,155. In diesem Urteil wird des weiteren ein Anspruch auf Sachprüfung ausdrücklich für den Fall abgelehnt, daß eine Änderung der Rechtsprechung vorliegt.

aber verpflichtet<sup>1)</sup>. Als Besonderheit kommt jedoch hinzu, daß die Entscheidung über ein Wiederaufgreifen keine Ermessensentscheidung darstellen soll. Dies wird zwar nicht ausdrücklich betont, läßt sich aber den Ausführungen Bullingers entnehmen. Die Gefahren, die sich für den Gedanken der Rechtssicherheit ergeben, soweit eine Ermessensentscheidung bejaht wird, werden hier nämlich besonders herausgestellt: der Betroffene könne auf Grund des ihm dann gegebenen Ermessensanspruchs eine erneute Beschäftigung der Behörde mit der Angelegenheit erzwingen und somit die Anfechtungsfristen umgehen. Auf diese Weise bleibe die Sache ständig in Streit<sup>2)</sup>; bei der Darlegung<sup>3)</sup> der Lösung Bullingers, welche die oben angeführte Gefahr ausschließen soll, fehlt dann auch jeglicher Hinweis darauf, daß die Behörde zu einer Ermessensentscheidung berechtigt sei. Darüber hinaus wird ausdrücklich betont, der Betroffene könne nach dieser Lehre eine erneute Sachprüfung "auch nicht mit dem Vorwurf fehlerhaften Ermessensgebrauchs" verlangen bzw. erzwingen.

In Ausnahmefällen hält es Bullinger jedoch für möglich, daß bei Verwaltungsakten, welche nur vorläufigen Charakter hätten, lediglich die erste Stufe der Bestandskraft eintreten könne<sup>4)</sup>. Dies bedeutet also, daß solche VAe nur in formelle und überhaupt nicht in materielle Bestandskraft erwachsen sollen. In diesem Zusammenhang wird auf Entscheidungen verwiesen, welche dem Bürger einen Anspruch auf erneute Sachprüfung zugestehen, nachdem sein Antrag auf Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis abgelehnt worden war und er die Rechtsmittelfrist hatte verstreichen lassen<sup>5)</sup>.

1) S.470

2) S.467

3) S.470

4) S.469

5) S.469; die hier angeführten Urteile (ProVGE 83,360(362), 92,209(211), 104,260(263)) wurden bereits oben S.7 behandelt. Bullinger scheint davon auszugehen, daß die diesbezügliche Rechtsprechung einen Anspruch auf Sachprüfung in Ausnahmefällen anerkennt. In Wirklichkeit enthalten die Urteile keinerlei Hinweise darauf, daß nur in solchen Fällen jegliche materielle Bestandskraft zu verneinen sei.

Bullinger weist jedoch auch noch auf eine zweite Gruppe von Ausnahmefällen hin, welche der ersten oben genannten Gruppe diametral gegenübersteht. Damit sind Verwaltungsakte gemeint, die nach einem gerichtsähnlichen Verfahren über einen in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Sachverhalt entscheiden<sup>1)</sup>. Während VAe, die sich auf eine variable Sachlage beziehen, mit Rücksicht auf ihren vorläufigen Charakter in die erste Stufe der Bestandskraft erwachsen sollen, hält er bei Verwaltungsakten der zweiten Gruppe, welche einen abgeschlossenen Sachverhalt regeln und somit endgültigen Charakter haben, den Eintritt der dritten Stufe für erwägenswert. Bei Fällen der ersten Gruppe soll die Behörde also zum Wiederaufgreifen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein (erste Stufe der Bestandskraft); bei Fällen der zweiten Gruppe wird demgegenüber noch nicht einmal eine entsprechende Berechtigung der Verwaltung anerkannt (dritte Stufe der Bestandskraft).

Zwei Umstände lassen also deutlich werden, in welchem Maße die Lösung Bullingers von dem Gedanken der Rechtssicherheit beherrscht wird: einmal die Ablehnung einer Ermessensentscheidung im Regelfall sowie die damit zusammenhängende Verneinung eines einklagbaren Ermessensanspruches des Bürgers, zum anderen die Anerkennung von Fällen, in denen nicht nur der Bürger, sondern auch ausnahmsweise die Behörde gebunden sein soll, die Berechtigung der Verwaltung zum Wiederaufgreifen also entfallen muß.

VIII. Zusammenfassung: Die dargelegten Lösungsvorschläge lassen eine zunehmende Berücksichtigung des Grundsatzes der Rechtssicherheit erkennen.

1. Während Forsthoff (1.) diesem Gedanken lediglich dadurch Rechnung zu tragen sucht, daß er einen Anspruch des Bürgers ablehnt, verneinen die weiter angeführten Auffassungen für den Regelfall nicht nur einen Anspruch des Betroffenen, sondern auch eine Verpflichtung der Behörde (so vor allem

1) S.470

Menger (2.), Bachof (3.), Wolff (4.), Haueisen (5.), das Bundesverwaltungsgericht (6.) sowie Bullinger (7.).

2. Innerhalb der letztgenannten Gruppe besteht insofern ein weitgehender Unterschied, als alle dort angeführten Auffassungen bis auf die Lehre Bullingers davon ausgehen, daß die Behörde zu einer Ermessensentscheidung berechtigt sei. Bullinger vermeidet es dagegen, hier von einem der Behörde eingeräumten Ermessen zu sprechen.

3. Auch innerhalb der Gruppe der Auffassungen, welche die Berechtigung zu einer Ermessensentscheidung anerkennen, werden unterschiedliche Ansichten vertreten: das Bundesverwaltungsgericht geht in zunehmendem Maße von einem freien Ermessen aus, bei dessen Handhabung allein Art. 3 GG berücksichtigt werden soll. Im Gegensatz dazu spricht der andere Teil von einem gebundenen Ermessen, welches nur dann als rechtmäßig anzusehen sei, wenn verschiedene weitere Gesichtspunkte beachtet würden.

4. Haueisen hebt sich von der Lehre Mengers, Bachofs und Wolffs dadurch ab, daß er einen Anspruch des Bürgers auf fehlerfreies Ermessen dann ablehnt, wenn ein Erstbescheid bereits ergangen ist.

5. Während Menger, das OVG Koblenz sowie ein Teil der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes einen Anspruch auf Rücknahme bereits dann bejahen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes erkannt hat, sehen Bachof und Wolff aus Gründen der Rechtssicherheit eine weitere Erschwerung der Rücknahme vor.

Bachof vertritt die Ansicht, daß die Behörde nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit lediglich zur Rücknahme berechtigt, nicht aber verpflichtet sei. Wolff erkennt zwar eine solche Verpflichtung an, macht den Eintritt dieser Verpflichtung jedoch von dem Vorliegen einer zweiten Tatbestandsvoraussetzung abhängig: neben der Rechtswidrigkeit des VA muß nach seiner Lehre auch ein "überwiegendes Interesse" des Betroffenen an der Rücknahme bejaht werden.

§ 6

Kritische Stellungnahme

I. Gegen die Forsthoff'sche Lehre ergeben sich vornehmlich Bedenken wegen der Ablehnung eines Rücknahmeanspruches des Bürgers. Der Gedanke der "Subjektivierung des Staat - Bürger - Verhältnisses"<sup>1)</sup> macht es notwendig, daß dann, wenn eine Rechtsnorm dem Schutze einzelner Bürger zu dienen bestimmt ist, der einzelne i.d.R. nicht nur reflexartig begünstigt werden darf, sondern auch die Möglichkeit haben muß, die Durchsetzung des objektiv-rechtlich geschützten Interesses zu erreichen. In den Fällen, in denen eine Verpflichtung der Behörde zumindest auch im Interesse des einzelnen vorgesehen ist, muß diesem auch ein subjektives Recht auf Berücksichtigung seines Individualinteresses zugestanden werden; wird also eine Verpflichtung zur Rücknahme im Interesse des Bürgers anerkannt, so ist dem Betroffenen auch ein Anspruch auf Rücknahme zuzubilligen. Es läßt sich nun nicht bezweifeln, daß die Pflicht zur Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes zumindest auch im Interesse des betroffenen Bürgers gegeben ist. Die Forsthoff'sche Lehre, die trotz Anerkennung der Rücknahmeverpflichtung der Behörde einen entsprechenden Anspruch des Bürgers verneint, muß somit abgelehnt werden.

II. Zur Ansicht Haueisens ist folgendes zu sagen: In gleicher Weise, wie bei Anerkennung einer Verpflichtung zum Wiederaufgreifen ein korrespondierender materieller Rechtsanspruch gegeben sein muß, ist dem Bürger bei Bejahung einer behördlichen Pflicht zu fehlerfreiem Ermessen ein entsprechendes formelles Recht auf pflichtgemäßen Ermessensgebrauch zuzugestehen<sup>2)</sup>: in beiden Fällen wird von einer behördli-

1) So Bachof: Entwicklungstendenzen, S. 11

2) Vgl. etwa BVerwGE 11, 95 (98), DÖV 1965, 382; 19, 149 (150), DÖV 1965, 241; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19 IV, Anm. 36; Eyermann-Fröhler, § 114, Anm. 8; Redeker - von Oertzen, § 42, Anm. 94 und § 114, Anm. 7; Bachof, Vornahmeklage, S. 69; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42, Anm. II, 2 (S. 120) und Maurer, S. 482

chen Verpflichtung ausgegangen, welche zumindest auch im Interesse des einzelnen vorgesehen ist. Da das Recht auf fehlerfreies Ermessen einen Anspruch auf eine Ermessenshandhabung als solche voraussetzt, muß die Auffassung Hauzeisens abgelehnt werden, da sie dem Bürger bereits nach Erlass eines Erstbescheides (und somit auch nach Fristablauf) ein Recht auf jedwede Ermessensbetätigung aberkennt.

III. Zu der vornehmlich von Menger, Bachof und Wolff vertretenen Theorie des "g e b u n d e n e n Ermessens", nach der die Behörde bestimmte Gesichtspunkte bei der Handhabung des Ermessens berücksichtigen muß, ist zu bemerken: hat die Verwaltung nach Beachtung dieser Gesichtspunkte den Eintritt in eine erneute Sachprüfung im Interesse der Rechtssicherheit abgelehnt, so wird dieser Grundsatz dennoch nicht voll verwirklicht. Die Theorie des gebundenen Ermessens bringt nämlich die unausweichliche Konsequenz mit sich, daß in einem solchen Falle die Verletzung des hier sehr umfangreichen Anspruchs auf fehlerfreies Ermessen geltend gemacht werden kann und somit eine Verpflichtungsklage in Form einer Bescheidungsklage (vgl. § 113 IV 2 VwGO) zulässig ist<sup>1)</sup>. Die Erfolgsaussichten einer solchen Klage dürften nicht gering sein, da der Anspruch auf fehlerfreies Ermessen nach den oben genannten Theorien bereits verletzt ist, wenn bei der Abwägung z.B. nicht alle Umstände berücksichtigt worden sind. Gibt das Verwaltungsgericht der Klage statt, spricht es gemäß § 113 IV 2 die Verpflichtung der Behörde aus, unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des Gerichtes eine erneute Sachprüfung vorzunehmen. In diesem Falle hätte der Bürger dann gerade das erreicht, was durch die Ablehnung der Sachprüfung im Interesse des Rechtsfriedens hatte verhindert werden sollen: die erneute Beschäftigung der Behörde mit der Frage der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes und vor allem das Eingreifen einer Rücknahmepflicht nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit.

1) So vor allem Bettermann, S.270, und Maurer, S.482

Demgegenüber wird der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit von den oben genannten Auffassungen dadurch voll berücksichtigt, daß sie der Behörde eine Pflicht zur Abwägung aller in Frage kommenden Gesichtspunkte auferlegen.

IV. Ein umgekehrtes Bild ergibt sich bei der Beurteilung der vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Theorie des f r e i e n Ermessens, welche die Behörde lediglich für verpflichtet hält, den Gleichheitsgrundsatz zu berücksichtigen: hier ist der Ermessensanspruch also nur dann verletzt, wenn die Behörde Art.3 GG nicht beachtet hat. Die Aussichten des Bürgers, durch eine Bescheidungsklage eine erneute Sachprüfung erzwingen zu können, werden somit sehr gering sein. In der Praxis dürfte daher das Ziel, durch die Ablehnung einer erneuten Sachprüfung den Rechtsfrieden herbeizuführen, tatsächlich erreicht werden.

Die Theorie des freien Ermessens erscheint jedoch insofern bedenklich, als sie es zuläßt, daß die Verwaltung sich fast nach Belieben für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens oder für die Ablehnung einer erneuten Sachprüfung entscheiden kann<sup>1)</sup>. Eine solche Berechtigung verstößt gegen den im Grundgesetz verankerten Rechtsstaatsgedanken, zu dem auch das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit gehört<sup>2)</sup>.

V. Das zu der Theorie des freien Ermessens Gesagte gilt in noch höherem Maße bei der Beurteilung der Auffassung Bullingers, welche die Pflicht der Behörde zu einer Ermessenstätigkeit vollständig ablehnt. Da die Behörde hier noch nicht einmal zur Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes verpflichtet ist und der Bürger dementsprechend überhaupt keinen Anspruch auf fehlerfreies Ermessen hat, wird einerseits zwar der Grundsatz der Rechtssicherheit vollständig verwirklicht, andererseits aber werden willkürliche Entscheidungen

1) Vgl. Menger, VerwArch. Bd.56 (1965),S.86 und Maurer,S.482

2) BVerfGE 7,90 (92) und 7,194 (196)

der Behörde wegen der fehlenden Bindung an den Gleichheitsgrundsatz in besonderem Maße begünstigt.

### 3. Abschnitt

Die Ansichten, nach denen der Gedanke der Rechtssicherheit den Vorrang hat und ein Verwaltungsakt grundsätzlich in z w e i seitige materielle Bestandskraft erwächst, nach denen also i.d.R. sowohl eine Rücknahmeverpflichtung als auch eine Rücknahmeberechtigung der Behörde entfällt (dritte Stufe der Bestandskraft).

#### § 7

#### Darstellung der Auffassungen

I. Im Gegensatz zu Bullinger, der der Behörde nur in Ausnahmefällen die Berechtigung zum Wiederaufgreifen des Verfahrens versagt, vertritt F r a n z die Ansicht, daß diese Rechtslage die Regel sei, daß der Behörde also grundsätzlich noch nicht einmal eine Berechtigung zugestanden werden könne<sup>1)</sup>.

Nur in wenigen Fällen hält er eine Doppelbindung des Bürgers und der Behörde nicht für gerechtfertigt. So bejaht er unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Preußischen OVG<sup>2)</sup> auf dem Gebiete des Polizeirechtes einen Anspruch des Bürgers auf Sachprüfung und Rücknahme<sup>3)</sup>. Auch dann, wenn eine Ablehnung des Antrages unbillig erscheint oder grobe Rechtswidrigkeit des VA vorliegt, ist nach Franz das Fehlen jeglicher materieller Bestandskraft vertretbar<sup>4)</sup>.

1) S.343

2) Vgl. die Ausführungen oben S.7,8

3) S.343, li.Sp.

4) S.343, re.Sp.

Während die oben erörterten Lehren - bis auf die Auffassung Forsthoffs - von dem Grundsatz der freien Aufhebbarkeit bestimmt sind, wird hier also das Prinzip der Nichtaufhebbarkeit<sup>1)</sup> in den Vordergrund gestellt und somit dem Gedanken der Rechtssicherheit ein eindeutiger Vorrang eingeräumt.

II. M a r t e n s<sup>2)</sup> erkennt einen Anspruch des Bürgers auf erneute Sachprüfung nur in Ausnahmefällen an. Ein solcher Ausnahmefall soll jedoch nicht nur dann gegeben sein, wenn Gründe i.S.d. § 580 ZPO vorliegen. Mit Rücksicht darauf, daß das Verwaltungsverfahren geringere Garantien bei der Tatsachenermittlung gewähre<sup>3)</sup>, sei eine Erweiterung der Gründe, welche eine erneute Sachprüfung zur Folge hätten, gerechtfertigt. So billigt er dem Bürger einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens auch dann zu, wenn nach Eintritt der Unanfechtbarkeit neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, welche nicht in § 580 ZPO angeführt sind.

Hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung seit Eintritt der formellen Bestandskraft geändert und erscheint der unanfechtbare VA auf Grund der neuesten Rechtsprechung als rechtswidrig, so soll ebenfalls ein Anspruch des Bürgers gegeben sein.

Die gleiche Rechtsfolge sieht er in den Fällen vor, in denen die frühere Tatsachenwürdigung offenkundig falsch und deshalb ein wesentlich abweichendes Ergebnis zu erwarten ist.

Allerdings soll ein Sachprüfungsanspruch allgemein nur dann bestehen, wenn der Betroffene ohne sein Verschulden außerstande war, die oben genannten Gründe vor Eintritt der Unanfechtbarkeit geltend zu machen; der Gedanke des § 582 ZPO wird hier also in allen übrigen Fällen analog angewandt.

Es fehlt bei Martens jeglicher Hinweis darauf, daß die Behörde in den Fällen, in denen einer der oben genannten

1) S.342, li.Sp., S.343, li.Sp.

2) S.1856 ff.

3) S.1857, re.Sp.

Prüfungsgründe nicht vorliegt, immerhin noch zu einer erneuten Sachprüfung berechtigt sei. Demnach scheint er eine solche Berechtigung in der Regel zu verneinen.

Ein Anspruch auf Rücknahme wird dann anerkannt, wenn die Behörde auf Grund einer erneuten Sachprüfung zu dem Ergebnis gekommen ist, daß der angegangene Verwaltungsakt rechtswidrig sei<sup>1)</sup>.

III. M a u r e r<sup>2)</sup> baut auf den Ausführungen von Martens auf. Hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen eines Sachprüfungsanspruches besteht zwischen beiden im wesentlichen Übereinstimmung<sup>3)</sup>. Demgegenüber werden unterschiedliche Ansichten vertreten zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein R ü c k n a h m e a n s p r u c h gegeben sei. Nach Maurer reicht die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes allein nicht aus, um das Eingreifen einer Rücknahmepflicht zu bewirken. Es müssen seiner Ansicht nach vielmehr weitere Voraussetzungen<sup>4)</sup> hinzukommen: so habe es sich einmal um einen Verwaltungsakt zu handeln, dessen Rücknahme nicht aus rechtlichen Gründen unmöglich sei. Eine Unmöglichkeit auf Grund der besonderen Rechtsnatur des VA liege vor bei streitentscheidenden und privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten. Zum anderen dürfe es sich nicht um Bescheide handeln, deren Rücknahme aus tatsächlichen Gründen als unmöglich angesehen werden müsse. Eine solche Sachlage könne z.B. bei rechtswidrigen Enteignungen im Rahmen einer Altstadtanierung gegeben sein, soweit die Verwaltung bereits etwas ins Werk gesetzt habe und nicht in der Lage sei, dieses Werk ohne weiteres wieder zu beseitigen.-Das

1) Vgl. die Zusammenfassung von Martens, S.1860

2) S.477 ff.

3) Im Gegensatz zu Martens vertritt er allerdings die Ansicht, daß nicht nur erhebliche Fehler bei der Tatsachenwürdigung, sondern auch erhebliche Fehler bei der Rechtsanwendung eine Prüfungspflicht zur Folge haben sollten, S.488.

4) S.486 und Zusammenfassung S.490

dürfte m.E. etwa dann der Fall sein, wenn ein Abrißgrundstück nach seiner rechtswidrigen Enteignung bereits wieder bebaut worden ist.

Darüber hinaus darf nach Maurer die Beeinträchtigung des Betroffenen nicht allzu gering sein. Bei einer unbedeutenden Rechtsverletzung würde sich nämlich durch die Rücknahme ein unverhältnismäßig großer Arbeitsaufwand ergeben.

Auch der Gedanke der Verjährung soll hier eine Rolle spielen. Als weitere Voraussetzung wird dementsprechend der Umstand angesehen, daß der Erlaß des Verwaltungsaktes nicht allzu lange zurückliegt<sup>1)</sup>.

IV. Zusammenfassung: Im Gegensatz zu Franz weisen Martens und Maurer nicht ausdrücklich darauf hin, daß die Behörde in aller Regel zum Wiederaufgreifen des Verfahrens noch nicht einmal berechtigt sei. Den Ausführungen beider Autoren läßt sich jedoch entnehmen, daß auch sie von einer fehlenden Berechtigung ausgehen.

Während sich Franz auf einige Anregungen zu der Frage beschränkt, unter welchen Voraussetzungen ein Sachprüfungsanspruch ausnahmsweise doch gegeben sein könnte, legen Martens und Maurer einen in sich geschlossenen Katalog von Prüfungsgründen vor.

Die Ansicht Maurers geht über den Lösungsvorschlag von Martens insoweit hinaus, als Maurer nicht nur das Eingreifen einer Sachprüfungspflicht, sondern auch das Vorliegen einer Rücknahmepflicht an besondere Voraussetzungen knüpft. Der Grundsatz der Rechtssicherheit wird also von keinem der dargelegten Lösungsvorschläge in einem solchen Maße verwirklicht wie von der Auffassung Maurers.

1) Vgl. dazu unten § 15

§ 8

Kritische Stellungnahme

I. Bedenken gegenüber dem Lösungsvorschlag von Franz ergeben sich auf Grund des Umstandes, daß bereits die abstrakte Formulierung der Umstände, welche ausnahmsweise einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens begründen sollen, größtenteils zu unbestimmt ist. Dies wird besonders deutlich, wenn er sich für einen solchen Anspruch bei Vorliegen von "Billigkeitsgründen" ausspricht.

II. Eine Schwäche der Lehre von Martens und Maurer liegt darin begründet, daß das Ziel ihrer Lösungsvorschläge, den Gedanken der Rechtssicherheit sehr weitgehend zu verwirklichen, doch nicht in dem gewünschten Maße erreicht werden kann: so ist z.B. zu bedenken, daß die Feststellung, ob ein "erheblicher Fehler bei der Tatsachenwürdigung oder Rechtsanwendung" vorliegt, eine Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA voraussetzt. Es müßte hier also zunächst - sozusagen "inoffiziell" - eine Sachprüfung vorgenommen werden, um überhaupt die Frage nach dem Vorliegen eines Prüfungsgrundes beantworten zu können<sup>1)</sup>. Die Feststellung einer "erheblichen" Fehlerhaftigkeit des VA wird häufig ein eingehendes Studium der Akten und somit eine mehr oder weniger vollständige Sachprüfung voraussetzen. Das gilt in noch höherem Maße bei der Klärung der Frage, ob durch eine spätere höchstrichterliche Entscheidung eine Rechtsauffassung als richtig bezeichnet wird, mit der die Rechtsanwendung bei Erlaß des VA nicht vereinbar war. Die Anwendung der oben genannten Theorien würde also im konkreten Fall dazu führen, daß in der Praxis genau das Gegenteil dessen eintritt, was durch die Einführung der Prüfungsgründe bezweckt worden war: die Verwaltung in einer Vielzahl von Fällen im Interesse des Rechtsfriedens vor einer erneuten Sachprüfung und damit vor dem Eingreifen der Rücknahmepflicht im Falle der Rechtswidrigkeit zu bewahren.

1) Würde daraufhin das Vorliegen eines Prüfungsgrundes bejaht, so hätte die Behörde anschließend noch einmal eine "offizielle" Sachprüfung vorzunehmen.

4. Abschnitt

Zusammenfassung

§ 9

Zusammenfassende Darstellung der in den §§ 3, 5 und 7 angeführten Auffassungen

Es werden hier nur noch die wesentlichsten Merkmale der einzelnen Lehren berücksichtigt, Besonderheiten sollen keine Beachtung mehr finden.

I. Die der ersten Gruppe (vgl. oben § 3) angehörenden Auffassungen führen auf Grund der Ablehnung jeglicher materielle Bestandskraft dazu, daß die Rechtsposition des Bürgers nach Fristablauf in keiner Weise verschlechtert und somit die Anfechtungsfrist praktisch unbeachtet gelassen wird. Zwar ist die Einlegung eines förmlichen Rechtsmittels nach Eintritt der formellen Bestandskraft unzulässig, dafür kann der Bürger aber sein Recht auf Rücknahme im Wege einer Verpflichtungsklage geltend machen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit wird somit von diesen Auffassungen letzten Endes überhaupt nicht berücksichtigt.

II. Demgegenüber knüpfen die der zweiten Gruppe (§§ 5 u. 7) angehörenden Auffassungen an den Fristablauf Rechtsfolgen, welche eine Verschlechterung der Rechtsposition des Bürgers mit sich bringen. Der Gedanke der Rechtssicherheit findet hier also Beachtung, wenn auch in unterschiedlicher Weise: der eine Teil (§ 5) versucht, dieses Ziel dadurch zu erreichen, daß er der Behörde in der Regel lediglich eine Berechtigung zur Sachprüfung zugesteht und gleichzeitig nur wenige Ausnahmefälle bejaht, in denen eine entsprechende Verpflichtung bestehen soll. Der andere Teil (§ 7) lehnt darüber hinaus in der Regel auch diese Berechtigung der Behörde ab, sieht aber als Ausgleich dafür eine Erweiterung des Kataloges von Gründen vor, welche ausnahmsweise das Eintreten einer Prüfungspflicht und

- bei Rechtswidrigkeit des VA - das Vorliegen eines Rücknahmeanspruches zur Folge haben.

Nach der einen Lehre (§ 5) wird also der Gedanke der Rechtssicherheit weniger in den Regelfällen, dafür aber mehr in den Ausnahmefällen berücksichtigt, während sich nach der anderen Auffassung (§ 7) ein umgekehrtes Bild ergibt: hier findet dieser Grundsatz in den Regelfällen mehr Beachtung als in den Ausnahmefällen.

## § 10

### Zusammenfassende Darstellung der in den §§ 4, 6 und 8 geäußerten Kritik

I. Geht man von dem Gedanken der Subjektivierung des Staat - Bürger - Verhältnisses aus, nach dem bei Vorliegen einer im Interesse des Bürgers geschaffenen behördlichen Verpflichtung ein entsprechendes Recht des Betroffenen gegeben sein muß, dann sind die Lehren von Forsthoff und Hauelsen abzulehnen, da hier einerseits eine Pflicht der Behörde zum Wiederaufgreifen bzw. zu fehlerfreiem Ermessen vorgesehen ist, andererseits aber ein entsprechender Anspruch auf erneute Sachprüfung bzw. auf fehlerfreies Ermessen bei dieser Entscheidung abgelehnt wird.

II. Demgegenüber findet der Gedanke der Subjektivierung bei allen anderen Theorien Beachtung, soweit diese eine bestimmte Verpflichtung der Behörde vorsehen.

1. Der Umstand, daß die Lehren, welche jegliche materielle Bestandskraft ablehnen (erste Stufe), einen materiellen Anspruch auf Rücknahme vorsehen, verletzt allerdings den in der Fristenregelung zum Ausdruck kommenden Gedanken der Rechtssicherheit in hohem Maße. Die Ansichten von Zschacke sowie die Auffassungen des Preußischen OVG und des VG Darmstadt sind daher ebenfalls abzulehnen.

2. Die Anerkennung eines formellen Anspruches auf fehlerfreies Ermessen durch Menger, Bachof und Wolff hat zur Folge,

daß der Betroffene die Verletzung dieses Rechtes im Wege einer Verpflichtungsklage geltend machen kann, wenn ein Wiederaufgreifen im Interesse des Rechtsfriedens abgelehnt worden ist. Hat er mit dieser Klage Erfolg, so muß die Behörde nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit den VA zurücknehmen. Auch hier wäre dann der Grundsatz der Rechtssicherheit trotz Ablauf der Fristen nicht verwirklicht.

III. Im Gegensatz dazu berücksichtigt die Theorie des freien Ermessens sowie die Auffassung Bullingers die oben genannten Gedanken in angemessener Weise. Die Theorie des freien Ermessens hält die Behörde jedoch lediglich zur Beachtung des Art. 3 GG für verpflichtet und gewährt somit dem Bürger einen entsprechend schwachen Anspruch auf fehlerfreies Ermessen; Bullinger sieht überhaupt keine Ermessensbindung vor und verneint daher jegliches Recht auf fehlerfreies Ermessen. Beide Theorien hätten also zur Folge, daß der Betroffene entweder ganz selten oder überhaupt nicht mit einer Verpflichtungsklage Erfolg haben würde.

Die weitgehende bzw. vollständige Freistellung von Ermessensbindungen bringt es mit sich, daß sich die Behörde fast oder sogar vollständig nach Belieben für oder gegen ein Wiederaufgreifen des Verfahrens entscheiden kann. Das aber widerspricht dem Gedanken materieller Gerechtigkeit in einem nicht vertretbaren Maße.

IV. Gegenüber den Auffassungen von Franz, Martens und Maurer bestehen zumindest Bedenken praktischer Natur: der Lösungsvorschlag von Franz ist teilweise zu allgemein formuliert; bei der konkreten Anwendung der Lehren von Martens und Maurer wird deutlich, daß das diesen Theorien vorschwebende Ziel, die Vornahme einer erneuten Sachprüfung in einer Vielzahl von Fällen zu verhindern, in der Praxis doch nicht erreicht werden kann.

V. Es ist also festzustellen, daß gegenüber sämtlichen Theorien, die erörtert worden sind, Einwände bestehen. Aus diesem

Grunde soll der Versuch gemacht werden, eine eigene Lösung zu entwickeln.

## 2. Kapitel

Das besondere Problem des gerichtlich anfechtbaren Zweitbescheides und der wiederholenden Verfügung

### § 11

Darstellung der zu diesem Problem vertretenen Auffassungen

#### I. Der Ausgangspunkt dieser Ansichten

Die zu dem Problem des gerichtlich anfechtbaren Zweitbescheides und der wiederholenden Verfügung ergangene Rechtsprechung und Literatur geht von der herrschenden Lehre aus, nach der ein Verwaltungsakt in die zweite Stufe der Bestandskraft erwächst, die Behörde also zur Vornahme einer erneuten Sachprüfung berechtigt, nicht aber verpflichtet ist (vgl. oben § 5).

#### II. Der mögliche Inhalt eines Bescheides

Weitgehende Übereinstimmung besteht hinsichtlich der Frage, welcher Formen sich die Verwaltung zu bedienen hat, wenn sie den Antrag auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes positiv (vgl. dazu unten 1.) oder negativ (vgl. dazu unten 2.) bescheiden will.

##### 1. Der positive Bescheid

a) Der dem Antrag **s t a t t g e b e n d e**, den Erstbescheid aufhebende Zweitbescheid

Hat sich die Behörde zur Vornahme einer erneuten Sachprüfung entschlossen und kommt sie dabei zu der Erkenntnis, daß die Voraussetzungen für eine Rücknahme vorliegen, so muß ein Zweitbescheid erlassen werden, der den beantragten Verwaltungsakt darstellt und damit gleichzeitig den unanfechtbaren

Erstbescheid<sup>1)</sup> zurücknimmt.

##### b) Die Anfechtbarkeit dieses Zweitbescheides

Trotz des Umstandes, daß es sich bei einem begünstigenden Zweitbescheid auf Grund der Neuregelung eines Einzelfalles um einen Verwaltungsakt und somit um einen an sich anfechtbaren Bescheid handelt, ergeben sich hier dennoch keine rechtlichen Probleme hinsichtlich der Anfechtbarkeit: da dem Adressaten ja zugesprochen wird, was er beantragt hat, dürfte er für gewöhnlich von einer Verpflichtungsklage Abstand nehmen; sollte er sich aber dennoch dazu entschließen, so würde eine Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses<sup>2)</sup> bereits als unzulässig abgewiesen werden. Ein begünstigender Zweitbescheid könnte also in keinem Falle mit Erfolg angefochten werden<sup>3)</sup>.

#### 2. Der negative Bescheid

Eine andere Rechtslage ergibt sich demgegenüber dann, wenn der Bürger negativ beschieden wird, d.h., wenn die Verwaltung eine Rücknahme oder sogar schon eine erneute Sachprüfung ablehnt.

##### a) Die beiden Formen der negativen Bescheidung

aa) Der ablehnende, den Erstbescheid bestätigende Zweitbescheid

Verweigert die Behörde eine Rücknahme, so bedeutet dies, daß sie zuvor eine erneute Sachprüfung vorgenommen hat und daraufhin die Voraussetzungen für eine Rücknahme nicht als

1) Der Erstbescheid hat dann, wie Hauwisen es ausdrückt, nur noch "historische Bedeutung", vgl. NJW 1959, 2137 (2138)

2) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 116

3) Hat der Zweitbescheid den Antragsteller nur teilweise klaglos gestellt, so gelten für den belastenden Teil dieses Verwaltungsaktes die Ausführungen unter "2. Der negative Bescheid".

gegeben ansieht. In diesem Falle ist nach herrschender Lehre<sup>1)</sup> ein bestätigender Zweitbescheid zu erlassen, dessen Verfügungssatz mit dem Tenor des Erstbescheides identisch ist und somit dem Bürger gegenüber die Ablehnung der Rücknahme bekundet. Auf Grund des Umstandes, daß die Behörde eine erneute Sachprüfung vorgenommen hat, soll der Zweitbescheid nach h.L. einen Verwaltungsakt darstellen<sup>2)</sup>.

bb) Die wiederholende Verfügung

Wird von der Verwaltung zumindest nach außen hin bereits die Vornahme einer erneuten Sachprüfung abgelehnt<sup>3)</sup>, so hat eine wiederholende Verfügung zu ergehen, in der die Behörde lediglich auf den Bestand des Erstbescheides verweist. Diese Verweisung soll kein Verwaltungsakt sein und somit auch nicht angefochten werden können.

cc) Der Unterschied zwischen beiden Formen

Die beiden zuletzt erörterten Begriffe unterscheiden sich also nach der herrschenden Lehre in zwei Punkten:

Ein belastender Zweitbescheid setzt eine vorherige Sachprüfung voraus und hat die Ablehnung der Rücknahme des belastenden Erstbescheides zum Inhalt; eine wiederholende Verfügung dagegen stellt die Ablehnung einer erneuten Sachprüfung dar.

Auf Grund der vorangegangenen erneuten Sachprüfung soll ein Zweitbescheid im Gegensatz zur wiederholenden Verfügung ein Verwaltungsakt sein und daher angefochten werden können.

b) Besondere Probleme hinsichtlich der Anfechtbarkeit des den Erstbescheid bestätigenden Zweitbescheides

Bei einem für den Bürger ganz oder teilweise negativen Bescheid ist auf Grund der möglichen Beeinträchtigung seiner Rechte ein Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen. Somit hängt die

1) Vgl. dazu Haueisen, NJW 1965, 561 (562)

2) Vgl. dazu Menger, VerwArch. Bd.53(1962) S.281

3) Vgl. Maurer, S.489

Zulässigkeit einer Anfechtungsklage allein davon ab, ob die Bescheidung des Bürgers in Form eines Verwaltungsaktes ergeht oder nicht.

Hinsichtlich der Kriterien für das Vorliegen eines VA stimmt Menger der herrschenden Lehre nur mit Einschränkungen zu. Der Gedanke, daß der Bescheid bei Vorliegen einer jeden erneuten Sachprüfung als VA anzusehen sei<sup>1)</sup>, wird von Menger zumindest in seiner Allgemeinheit in Frage gestellt; wenn man überhaupt an dieser Theorie festhalten wolle, dann sei es notwendig, die Bejahung einer erneuten Sachprüfung, welche zur Qualifikation eines Bescheides als VA erforderlich sein solle, an besondere Voraussetzungen zu knüpfen. Auf diese Weise könne erreicht werden, daß nicht jede erneute Sachprüfung, sondern nur eine ganz bestimmte Art von Sachprüfungen dem daraufhin ergehenden Bescheid den Charakter eines Verwaltungsaktes verleihe; es sei dann also auch nicht jeder Bescheid eine anfechtbare Verfügung. Dadurch werde sichergestellt, daß die Rechtsmittelfristen nicht umgangen werden könnten<sup>2)</sup>.

Menger betont, auf Grund des Art. 17 GG müsse jeder Bescheid als Verwaltungsakt angesehen werden, soweit an den Begriff "erneute Sachprüfung" keine besonderen Ansprüche gestellt würden: auf Grund dieser Verfassungsnorm stehe dem Bürger nämlich auch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit ein Anspruch auf eine erneute Sachprüfung zu<sup>3)</sup>; somit könne sich die Verwaltung nur dann rechtmäßig verhalten, wenn sie auf eine Gegenvorstellung<sup>4)</sup> hin eine erneute Sachprüfung vornähme. Würde

1) VerwArch. Bd.53 (1962) S.281

2) VerwArch. Bd.53 (1962) S.282

3) Menger hat damit die Regelung des Art.17 GG erstmalig bei der Erörterung des hier zu lösenden Problems berücksichtigt. Seine dabei gewonnenen Erkenntnisse stellen den Ausgangspunkt für den eigenen Lösungsvorschlag dar (vgl. unten vor allem §§ 17, 18, 19).

4) Die Gegenvorstellung ist eine der Erscheinungsformen der Petition, vgl. Menger, VerwArch. Bd.53 (1962) S.281, vgl. unten § 17, S. 85.

man nun aber darüber hinaus von dem oben dargelegten Gedanken ausgehen, nach dem jede erneute Sachprüfung das Vorliegen eines VA begründen soll, dann habe die Berücksichtigung des Petitionsrechtes die weitere Folge, daß j e d e r Bescheid einen Verwaltungsakt darstellen müßte. Ein infolge Fristversäumung unanfechtbar gewordener VA würde dann doch wieder dadurch anfechtbar, daß der auf Gegenvorstellung hin ergangene Zweitbescheid angefochten werde<sup>1)</sup>.

Menger hält dementsprechend eine erneute Sachprüfung, welche dem daraufhin ergehenden Bescheid den Charakter eines Verwaltungsaktes verleiht, nur unter den folgenden besonderen Voraussetzungen für gegeben:

Einerseits muß sich die Behörde bei der erneuten Sachprüfung mit solchen neuen Gründen beschäftigt haben, welche den Tenor des Erstbescheides nicht gestützt hatten. Diese Gesichtspunkte dürfen in der Begründung des Erstbescheides weder ausdrücklich erwähnt worden sein noch darf es sich bei ihnen um Erwägungen handeln, welche "in der ursprünglichen Begründung gleichsam eingeschlossen waren, damals aber nicht für besonders erwähnenswert erachtet wurden"<sup>2)</sup>.

Andererseits darf es sich nach Menger bei den neuen Gründen nicht um solche Gesichtspunkte handeln, welche nur deshalb "in der Begründung des ursprünglichen VA nicht eingeschlossen gewesen sein konnten, weil kein Mensch und somit

1) Unzutreffend ist die Ansicht Bullingers (S.466,467), Art. 17 GG sei hier nicht anwendbar, da die Behörde nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 22.4.1953 (BVerfGE 2,225) nicht verpflichtet sei, auf eine z w e i t e inhaltsgleiche Petition hin eine erneute Sachprüfung vorzunehmen. Bullinger übersieht, daß Menger hier nicht eine zum zweiten Male, sondern eine e r s t m a l i g nach Eintritt der Unanfechtbarkeit eingelegte Petition im Auge hat, bei der das Vorliegen eines Anspruches auf erneute Sachprüfung vom Bundesverfassungsgericht ja gerade ausdrücklich bejaht worden ist.

2) Vgl. VerwArch Bd.53 (1962) S.281, 282

auch nicht die Verwaltungsbehörde an die Erheblichkeit dieser Gesichtspunkte gedacht hatte"<sup>1)</sup>. Würde man nämlich auch weit hergeholt und somit nicht sachgerecht<sup>2)</sup> Gesichtspunkte als neue Gründe anerkennen, so ergäbe sich ein groteskes Ergebnis: "Je abwegiger und entfernter die in der Gegenvorstellung neu vorgebrachten Gesichtspunkte wären, desto gewisser würden diese Gesichtspunkte zu einer "erneuten" und damit der Anfechtung zugänglichen Sachentscheidung führen"<sup>3)</sup>.

Somit dürfe eine erneute Sachprüfung, welche dem anschließenden Bescheid den Charakter eines anfechtbaren Verwaltungsaktes verleihe, nur dann angenommen werden, wenn sich die Behörde mit Gründen beschäftigt habe, die einerseits den Tenor des Erstbescheides nicht gestützt hätten, andererseits aber auch nicht allzu weit hergeholt, d.h. sachgerecht gewesen seien.

## § 12

### Kritische Stellungnahme

I. Zur Zulässigkeit einer wiederholenden Verfügung: es war bereits oben festgestellt worden, daß dann, wenn man die Berechtigung der Behörde zu einer Ermessensentscheidung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens anerkennt, der Grundsatz der Rechtssicherheit auch in den Fällen nicht voll verwirklicht werden kann, in denen die Behörde mit Rücksicht auf den Rechtssicherheitsgedanken eine erneute Sachprüfung abgelehnt hat (vgl. oben S. 34 ). Da nun die Ablehnung einer erneuten Sachprüfung nach h.L. durch eine wiederholende Verfügung erfolgen muß (vgl. oben S.46), können die Bedenken gegenüber der Zulässigkeit einer solchen Ermessensentscheidung

1) So VerwArch.Bd.53 (1962) S.282,283

2) Bei der Beurteilung der Frage, ob die Gründe als sachgerecht angesehen werden könnten, sei u.U. auch der den §§ 279, 529 II ZPO zugrundeliegende allgemeine Rechtsgeanke zu berücksichtigen, so Menger in VerwArch. Bd.53 (1962) S.283

3) Zum ganzen a.a.O., S.281

auch geltend gemacht werden gegenüber der Form, in der die Ablehnung zum Ausdruck gebracht werden soll (vgl. dazu auch unten § 20 I).

II. Hinsichtlich der Zulässigkeit des bestätigenden Zweitbescheides bestehen ebenfalls Bedenken.

1. Während es Menger mit Rücksicht auf den Gedanken der Rechtssicherheit immerhin noch in vielen Fällen als nicht gerechtfertigt erachtet, daß ein den Erstbescheid bestätigender Zweitbescheid als anfechtbarer Verwaltungsakt angesehen wird<sup>1)</sup> (vgl. oben S.47), halten Bettermann, Maurer und Bullinger die Anfechtbarkeit eines solchen Bescheides in jedem Falle für unzulässig.

Bettermann widerspricht insbesondere der Auffassung Hau eisens, nach der es denkbar sein soll, "daß die Verwaltung selbst ... einmal ein gewichtiges Interesse daran hat, den Rechtsweg für die gerichtliche Prüfung einer Sache erneut freizugeben und so zur Fortbildung des Rechts ... beizutragen"<sup>2)</sup>. Zwar wird von Bettermann die Berechtigung der Behörde zu erneuter Sachprüfung grundsätzlich bejaht; in den Fällen, in denen die Behörde erneut zu der Erkenntnis der Fehlerlosigkeit des Erstbescheides gekommen ist, hält er dann auch eine Pflicht zur Bestätigung der Rechtmäßigkeit für gegeben. Durch einen solchen bestätigenden Bescheid könne sie aber nicht - selbst wenn sie es wollte - den durch die Versäumung der Anfechtungsfrist verschlossenen Verwaltungsrechtsweg wieder eröffnen. Eine solche auf die dritte Gewalt übergreifende Verfügungsmacht, wie sie Hau eisens vorschwebt, besitze sie nämlich nicht; die Verwaltung könne den Rechtsweg weder freigeben noch verschließen<sup>3)</sup>.

Maurer, der weitgehend die gleiche Auffassung vertritt, verweist darüber hinaus auf eine Gefahr rechtspolitischer

1) Auch Ule hält es nicht für unproblematisch, ob ein anfechtbarer Zweitbescheid zulässig sei; dennoch wird diese Frage von ihm bejaht, vgl. Das allgemeine Verwaltungsrecht, S.784.

2) Vgl. Hau eisens, NJW 1965, 563

3) Vgl. Bettermann, S.269, Fn.40a) und BayVGH, VerwRspr. 11,377 ff.

Natur, welche sich bei der Anwendung der Theorie Hau eisens ergeben könnte: die Behörde habe nämlich nach dieser Lehre die Möglichkeit, durch Erlass eines bestätigenden Zweitbescheides ihre Verantwortung, die sie für die Rechtmäßigkeit der von ihr erlassenen Vae trage, an die Verwaltungsgerichtsbarkeit "abzuschieben". Dies könne jedoch nicht gebilligt werden<sup>1)</sup>.

Auch Bullinger kommt zu dem Ergebnis, daß durch den Erlass eines zwar ablehnenden, aber immerhin anfechtbaren Zweitbescheides die Fristen praktisch bedeutungslos würden<sup>2)</sup>.

2. Die gegen die Zulässigkeit eines anfechtbaren Zweitbescheides erhobenen Bedenken überzeugen weitgehend. Darüber hinaus ergibt sich die Unzulässigkeit einer solchen Art der negativen Bescheidung auch auf Grund folgender Überlegungen: wenn schon der Gedanke der Rechtssicherheit verletzt wird durch Erlass einer nicht anfechtbaren wiederholenden Verfügung (wegen der Möglichkeit der Geltendmachung des Ermessensanspruches, vgl. dazu oben S.34), dann liegt eine Verletzung dieses Grundsatzes erst recht bei Erlass eines anfechtbaren Zweitbescheides vor. Auf Grund eines solchen Bescheides würde nämlich der Rechtsweg für den Bürger neu eröffnet, dem Betroffenen wäre somit die gleiche<sup>3)</sup> Rechtsposition wie vor Fristablauf eingeräumt. Der Gedanke der Rechtssicherheit hätte dann also überhaupt keine Beachtung gefunden.

Zwar ist nach den in § 3 dargelegten Auffassungen (erste Stufe der Bestandskraft) die gleich starke Rechtsposition des Betroffenen auf Grund anderer Umstände gegeben als nach der in § 11 dargelegten Lehre zum Zweitbescheid: während dort die

1) S.489

2) S.467, vgl. auch die Bedenken von Eyer mann und Fröhler, § 121, Anm.30

3) Eine andere Rechtslage ergibt sich demgegenüber, wenn der Betroffene nur den Ermessensanspruch geltend machen kann: hier ist die Rechtsposition des Bürgers immerhin noch schwächer als vor Fristablauf, da die Geltendmachung des Ermessensanspruches geringere Aussicht auf Erfolg hat als die Anfechtung eines Zweitbescheides.

Gleichstellung durch Einräumung eines Rücknahmeanspruches erreicht wird, ergibt sich diese Rechtslage hier auf Grund der Anerkennung eines anfechtbaren Zweitbescheides; während also nach den in § 3 genannten Ansichten die Aufhebung des Erstbescheides durch eine Verpflichtungsklage erzwungen werden kann<sup>1)</sup>, läßt sich dieses Ziel nach der in § 11 erörterten Lehre durch eine gegen den Zweitbescheid gerichtete Anfechtungsklage erreichen.

Da aber beide Theorien durch die Anerkennung einer gleich starken Rechtsposition des Bürgers zu demselben Ergebnis gelangen, können die Bedenken, die gegenüber den in § 3 dargelegten Auffassungen erhoben worden sind (vgl. § 4), in gleicher Weise gegen den anfechtbaren Zweitbescheid geltend gemacht werden (vgl. auch unten § 20 I).

3. Somit ist es notwendig, für die negative Bescheidung des Bürgers, d.h. für die Ablehnung seines Rücknahmeantrages, eine Form zu entwickeln, der gegenüber die oben genannten Argumente nicht durchgreifen.

---

1) Erfüllt nämlich die Behörde die ihr vom Gericht auferlegte Verpflichtung, den beantragten VA zu erlassen (vgl. § 113 IV 1 VwGO), so wird spätestens mit Erlaß dieses VA der belastende Erstbescheid zurückgenommen. Nur so kann dem Antrag des Betroffenen voll entsprochen werden.

## ZWEITER TEIL

Der eigene Lösungsvorschlag

### 1. Kapitel

Der Vorschlag zur Lösung des Problems  
im allgemeinen

#### § 13

#### Überblick

Die bisher vertretenen Ansichten berücksichtigen die Regelungen des § 79 II BVGG und des Art. 17 GG entweder überhaupt nicht<sup>1)</sup> oder doch nicht in dem notwendigen Umfang. Dabei kommt diesen Bestimmungen erhebliche Bedeutung zu als Maßstab für die Richtigkeit eines Lösungsvorschlages. Einmal berühren die beiden Regelungen die hier zu erörternde Materie: § 79 II setzt die Rechtslage fest, die nach Fristablauf u.a. für einen rechtswidrigen belastenden VA eintritt. Zwar behandelt der Gesetzgeber in dieser Norm ausdrücklich nur den Fall, daß die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes zustandegekommen ist auf Grund einer nachträglichen Nichtigerklärung der Rechtsgrundlage; es kann aber davon ausgegangen werden, daß die Regelung des § 79 II auch dann Geltung haben soll, wenn die Fehlerhaftigkeit eines VA auf der verfassungswidrigen Anwendung einer gültigen Norm beruht. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies zu Recht mit dem Hinweis darauf, daß vom Standpunkt des Staatsbürgers aus auch im letzteren Fall ein rechtswidriger Eingriff in seine Rechte vorliege und die unterschiedlichen Ursachen der Fehlerhaftigkeit für ihn gleichgültig seien. Des weiteren müsse berücksichtigt werden, daß eine Regelung, welche bei Nichtigkeit der

---

1) Zur Nichtberücksichtigung des Art. 17 vgl. die Ausführungen von Dürig in Maunz-Dürig, Art. 17, Anm. 8, Fn. 1

Rechtsgrundlage gegeben sei, erst recht zu gelten habe, wenn die Rechtswidrigkeit lediglich auf der fehlerhaften Anwendung einer gültigen Norm beruhe (argumentum a maiore ad minus<sup>1)</sup>). Die Vorschrift des § 79 II BVGG sollte somit bei der Beurteilung der sich hier ergebenden Rechtslage Beachtung finden.

Weiterhin wird als eine der Erscheinungsformen des in Art.17 GG verbürgten Petitionsrechtes die Gegenvorstellung angesehen<sup>2)</sup>. Eine solche Gegenvorstellung liegt z.B. dann vor, wenn der betroffene Bürger einen Antrag auf Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes stellt<sup>3)</sup>. Die Norm des Art.17 GG muß hier also ebenfalls berücksichtigt werden.

Zum anderen ergibt sich die besondere Bedeutung der oben genannten Normen aus dem Umstand, daß die Verfassungsmäßigkeit der formalgesetzlichen Regelung des § 79 II BVGG mehrfach durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden ist<sup>4)</sup>, sowie aus der Aufnahme des Petitionsrechtes in das Grundgesetz.

Bei dem Versuch, eine eigene Lösung zu entwickeln, sollen daher die Regelungen des § 79 II BVGG und des Art.17 GG als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen herangezogen werden. Dabei wird § 79 II BVGG als Maßstab für die Beantwortung der Frage dienen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Behörde die eigentliche R ü c k n a h m e vorzunehmen hat (§§ 14,15,16); zur Klärung der sich bei dem Wiederaufgreifen des Verfahrens ergebenden Rechtslage soll von der Regelung des Art.17 GG als Richtlinie ausgegangen werden (§§ 17,18,19).

1) So BVerfGE 20,230 (235), vgl.auch unten S.58

2) So Menger, VerwArch. Bd.53 (1962) S.281, vgl. auch Dagtoglou, Bonner Kommentar, Art.17, Anm.17,20,91, und Dürig in Maunz-Dürig, Art.17, Anm.20

3) Vgl. Menger a.a.O.,S.281. Bei einem Fall, in dem ein Antrag auf Rücknahme eines unanfechtbaren VA gestellt wird (vgl. S.281,Abs.3), spricht Menger von einer Gegenvorstellung (vgl. S.281, Abs.4,5).

4) BVerfGE 2,380 (404 f.); 7,194 (195 ff.); 11,263 (265)

Hierbei sind zunächst die abstrakten Regelungen der beiden Normen im Hinblick auf das zu lösende Problem eingehend zu interpretieren (vgl. §§ 14, 15 und §§ 17, 18). Damit ist dann die Voraussetzung geschaffen für die Beantwortung der Frage, wie die Rücknahme des VA und das Wiederaufgreifen des Verfahrens im einzelnen geregelt sein muß, um den Normen des § 79 II BVGG und des Art.17 GG zu entsprechen (vgl. §§ 16 und 19).

### 1. Abschnitt

#### Die Rücknahme belastender Verwaltungsakte

#### § 14

#### Die grundsätzliche Regelung

#### I. Die in Schrifttum und Rechtsprechung vorgenommene Interpretation des § 79 II BVGG

1. Maunz<sup>1)</sup> legt § 79 II 1 dahingehend aus, daß u.a. ein Verwaltungsakt, der auf Grund einer für nichtig erklärten Norm ergangen ist, nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich unberührt bleiben soll von der Nichtigkeit der ihn stützenden Rechtsnorm, d.h., daß die Nichtigkeit des Gesetzes nicht auch die Nichtigkeit des VA mit sich bringen soll, sondern nur die Rechtswidrigkeit des weiterhin gültigen Verwaltungsaktes zur Folge haben darf. Soweit ein solcher VA allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechend auch nach Eintritt der formellen Bestandskraft für die Behörde aufhebbar<sup>2)</sup> sei, könne und müsse er allerdings auch nach diesem Zeitpunkt auf Grund seiner Fehlerhaftigkeit aufgehoben werden. Wenn Maunz

1) Staatsrecht, § 29 II 3a) ee), S.266

2) Darunter dürfte Maunz einen Verwaltungsakt verstehen, welcher z.B. nicht streitentscheidender Natur ist oder nicht durch ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil bestätigt wurde (vgl.dazu unten S.75,77).

in diesem Zusammenhang auf § 79 Abs.1 verweist, kann daraus geschlossen werden, daß er das dort zugelassene Wiederaufnahmeverfahren, nach dem ja bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen eine Rücknahme erfolgen muß, als Beispiel für eine derartige Verpflichtung ansieht<sup>1)</sup>. Er hält also auf Grund des § 79 eine Rechtslage für gegeben, nach der ein Verwaltungsakt, welcher fehlerhaft ist auf Grund der Nichtigkeit seiner Rechtsgrundlage, nur unberührt bleibt von der Nichtigkeit des Gesetzes, nicht aber von der Verpflichtung der Behörde zur Rücknahme<sup>2)</sup>.

Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden (vgl.S.54), daß eine Regelung, die gegeben ist bei einer auf der Nichtigkeit der Rechtsgrundlage beruhenden Rechtswidrigkeit des VA, erst recht gelten muß, wenn die Fehlerhaftigkeit zustande gekommen ist auf Grund einer verfassungswidrigen Anwendung eines gültigen Gesetzes.

Die Auffassung von Maunz hätte somit zur Folge, daß in gleicher Weise ein Verwaltungsakt, der sich wegen der fehlerhaften Anwendung einer gültigen Norm als rechtswidrig erweist, von der Behörde auch nach Eintritt der formellen Bestandskraft zurückgenommen werden müßte, soweit er aufhebbar ist.

2. Die Interpretation des Bundesverfassungsgerichtes und anderer

a) Die Frage, ob im Regelfall eine Verpflichtung zur Rücknahme besteht.

Das Bundesverfassungsgericht weist bei der Interpretation des § 79 zunächst auf die Entstehungsgeschichte dieser Norm hin. Hier werde deutlich, daß in § 79 ein i.d.R. gegebener Vorrang des Grundsatzes der

- 1) Staatsrecht, § 29 II 3 a) ee), S.266
- 2) So auch Geiger, Anm.3 zu § 79; zum gleichen Ergebnis gelangt auch Maurer, S.484; vgl. dazu die mit Recht vorgetragenen Bedenken von Menger u.Erichsen, VerwArch. Bd.58 (1967) S.288

Rechtssicherheit festgelegt werden sollte. Bei den Beratungen sei ausdrücklich betont worden, um der Rechtssicherheit willen müßten auch Normverletzungen hingenommen werden<sup>1)</sup>.

Des weiteren ergebe sich aus dem Wortlaut und dem Zusammenhang der daraufhin geschaffenen Vorschriften des § 79 Abs.2 S.1, S.2 und S.4 der allgemeine Rechtsgedanke, "daß die unanfechtbar gewordenen fehlerhaften Akte der öffentlichen Gewalt nicht rückwirkend<sup>2)</sup> aufgehoben ... werden ..."<sup>3)</sup>, also insoweit eine Verpflichtung zur Rücknahme ex tunc nicht bestehe<sup>4)</sup>. Dieser allgemeine Rechtsgedanke sei verfassungsmäßig, da nicht nur der Grundsatz der Gerechtigkeit im Einzelfall, sondern auch der Gedanke der Rechtssicherheit Verfassungsrang habe; die Rechtssicherheit sei ebenso wie die Gerechtigkeit Bestandteil des Rechtsstaatsprinzipes, welches eines der Leitideen des Grundgesetzes darstelle<sup>5)</sup>.

Zwar könne der ausdrücklichen Regelung des § 79 II lediglich entnommen werden, daß grundsätzlich nur solche nicht mehr anfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakte unberührt bleiben sollten, welche auf Grund einer nichtigen Norm ergangen seien<sup>6)</sup>.

Die gleiche Regelung müsse aber auch in den Fällen gelten, in denen die Rechtswidrigkeit eines VA nicht auf der Nichtigkeit der Rechtsgrundlage, sondern auf der verfassungswidrigen Anwendung einer gültigen Norm beruhe<sup>7)</sup>. Einmal liege vom

- 1) Vgl. BVerfGE 2,380 (404,405), DÖV 1953,666 mit Hinw.auf d. Ausführungen von Neumayer u.a. in d. 112.Sitzung der Deutschen Bundestages, S.4234 u. S.4227. Geiger (Anm.1 zu § 79) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß bei den Beratungen über den Gesetzesentwurf geltend gemacht worden sei, es müsse als unerträglich angesehen werden, wenn sich jemand sollte mit Erfolg auf ein für nichtig erklärtes Gesetz berufen können. - Der Gesetzgeber wird sich also ganz bewußt über diese Bedenken hinweggesetzt haben.
- 2) Zu den Ausführungen des Gerichts zur Rücknahme für die Zukunft, also ex nunc, vgl. unten S.72
- 3) So Beschl.d.BVerfG v.11.10.66, BVerfGE 20,230(236) = DVBl. 66,896 = DÖV 66,828 = NJW 66,2351 = BayVwBl.67,20
- 4) Vgl. LS 1 des Beschlusses
- 5) So BVerfGE 7,194(196) unter Hinw.auf BVerfGE 7,90(92)
- 6) So BVerfGE 7,194 (195,196) und 20,230 (235)

Standpunkt des Staatsbürgers aus in beiden Fällen ein rechtswidriger Eingriff in sein Grundrecht vor<sup>1)</sup>. Zum anderen sei zu beachten, daß dann, wenn ein Verwaltungsakt trotz Nichtigkeit seiner Rechtsgrundlage nicht rückwirkend zurückgenommen werden müsse, eine Rücknahmeverpflichtung erst recht nicht bestehen dürfe, wenn seine Fehlerhaftigkeit auf der rechtswidrigen Anwendung eines gültigen Gesetzes im Einzelfall beruhe<sup>2)</sup>; es wird hier also ein Schluß a maiore ad minus gezogen: wenn schon eine Rücknahmeverpflichtung bei Vorliegen eines größeren Negativums (Nichtigkeit des Gesetzes) verneint wird, dann muß das erst recht gelten bei Vorliegen eines kleineren Negativums (lediglich fehlerhafte Anwendung eines gültigen Gesetzes).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes findet insoweit ausdrückliche Zustimmung bei Menger und Erichsen<sup>3)</sup>. Auch die Kommentare zum BVGG folgen seiner Interpretation fast ausschließlich<sup>4)</sup>.

b) Die Frage, ob im Regelfall eine Berechtigung zur Rücknahme besteht.

Während in dem Beschluß vom 11.10.1966<sup>5)</sup> eine grundsätzliche Verpflichtung zu einer rückwirkenden Aufhebung *expressis verbis* abgelehnt wird<sup>6)</sup>, geht das Gericht auf die Frage, ob die Behörde in der Regel wenigstens zu einer Rücknahme *ex tunc* b e r e c h t i g t sei, nicht ausdrücklich ein. Aus

7) So BVerfGE 20,230 (235)

1) a.a.O., S.235. Die Verschiedenheit der die Fehlerhaftigkeit des VA begründenden Umstände hat für das Gericht also keine Bedeutung.

2) Vgl. auch Bullinger, S.470; a.A. Maurer, S.484, BVerfGE 2,380 (405)

3) Vgl. VerwArch. Bd.58 (1967) S.287

4) Vgl. Maunz-Sigloch, Anm.3 zu § 79, Lechner, Anm.1 zu § 79 Abs.2; a.A. lediglich Geiger, vgl. oben S. 57, Fn.1

5) Vgl. oben S. 57, Fn.3

6) So LS 1 des Beschlusses

den Darlegungen zu dem Problem der Verfassungsmäßigkeit des § 55 c IAG<sup>1)</sup> läßt sich jedoch entnehmen, daß das Bundesverfassungsgericht auch eine solche Berechtigung ablehnt.

§ 55 c war mit Gesetz vom 4.8.1961 in das IAG eingefügt worden, um die Rechtslage zu berücksichtigen, die sich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 21.2.1961<sup>2)</sup> für solche Verwaltungsakte ergeben hatte, welche auf Grund der §§ 29 I und 38 IAG erlassen worden waren; das Gericht ist hier zu der Erkenntnis gekommen, die Auslegung der §§ 29 I und 38 IAG sei bisher verfassungswidrig gewesen. § 55 c regelt nun das Schicksal der unanfechtbaren Verwaltungsakte, deren Rechtswidrigkeit auf der verfassungswidrigen Anwendung dieser Normen beruht. Er legt ausdrücklich fest, daß die VAe mit Wirkung vom 1.4.1961, also *ex nunc*, insoweit abgeändert werden müssen, als sie einen Inhalt haben, der auf Grund der unzutreffenden Auslegung zustandegekommen ist. Für die Berechtigung der Behörde zu einer Rücknahme *ex tunc*, also für die Zulässigkeit einer Rücknahme für den vor dem 1.4.1961 liegenden Zeitraum, enthält § 55 c keinen Hinweis. Es kann daraus auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß die Verwaltungsakte trotz ihrer Rechtswidrigkeit bis zum 1.4.1961 unverändert aufrechterhalten werden sollten<sup>3)</sup>.

Diese Regelung stimmt, wie vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich festgestellt wird<sup>4)</sup>, überein mit dem Grundgedanken des § 79 II BVGG, welcher seinerseits bereits mehrfach für verfassungsmäßig erklärt worden war<sup>5)</sup>.

Wenn nun eine gesetzliche Regelung ausdrücklich als verfassungsgemäß bezeichnet wird, welche nicht den geringsten Hinweis für die behördliche Berechtigung zur Rück-

1) § 55 c war hier Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde  
2) BVerfGE 12,151 ff.

3) Diesen Schluß zieht das BVerfGE, wenn es erklärt, nach § 55 c blieben die rechtswidrigen VAe bis zum 1.4.1961 bestehen, BVerfGE 20,230 (234). In gleicher Weise wird diese Norm von Menger und Erichsen interpretiert, vgl. VerwArch. Bd.58 (1967) S.287.

4) a.a.O. S.235

5) BVerfGE 2,380 (404 f.); 7,194 (195 ff.); 11,263 (265)

nahme ex tunc enthält, dann kann daraus geschlossen werden, daß das Bundesverfassungsgericht das Fehlen einer solchen Berechtigung im Regelfall als verfassungsmäßig ansieht.

3. Zusammenfassung: Während vor allem Maunz § 79 II 1 dahingehend interpretiert, daß ein Verwaltungsakt, dessen Rechtsgrundlage für nichtig erklärt worden ist, lediglich unberührt bleibt von der Nichtigkeit des Gesetzes, nicht aber von der Verpflichtung und Berechtigung zur Rücknahme, wird die gleiche Norm vom Bundesverfassungsgericht wesentlich restriktiver ausgelegt. Das Gericht stellt ausdrücklich fest, ein entsprechender VA müsse nach § 79 II 1 nicht nur von der Nichtigkeit der Rechtsgrundlage, sondern auch von der Verpflichtung zur Rücknahme unberührt bleiben. Der Umstand, daß er von einer Rücknahmeberechtigung der Behörde unberührt zu bleiben hat, wird zwar nicht ausdrücklich, wohl aber implicite bejaht.

## II. Die eigene Ansicht

Der Interpretation des Bundesverfassungsgerichtes ist im Ergebnis zuzustimmen. Aus § 79 BVGG kann nämlich mit Hilfe eines Induktionsschlusses auf das Vorliegen eines allgemeinen Rechtsgedankens<sup>1)</sup> geschlossen werden, aus welchem sich anschließend die konkrete mit dem Bundesverfassungsgericht übereinstimmende Regelung deduktiv ableiten läßt; ein solcher allgemeiner Rechtsgedanke wird gewonnen durch Abstraktion sowohl der Tatbestands- als auch der Rechtsfolgeseite<sup>2)</sup> der konkreten gesetzlichen Regelung des § 79 II 1; die anschließend notwendige Konkretisierung dieses Gedankens führt dann zu einer Regelung, welche auf der Tatbestands- und Rechtsfolgeseite - ebenso wie die Norm des § 79 II 1 - einen dieser Bestimmung vergleichbaren Unterfall des allgemeinen Rechtsgedankens darstellt.

1) Zur Methodik: Menger, System, S.71,72; Allgemeine Grundsätze, S.93,94, unter Hinweis auf Wolff, Rechtsgrundsätze, S.39

2) a.a.O., S.71

(1) Aus dem Wortlaut des § 79 II S.1 wird die folgende **k o n k r e t e** gesetzliche Regelung erkennbar: unter der Tatbestandsvoraussetzung, daß nicht mehr anfechtbare Entscheidungen auf einer nachträglich für nichtig erklärten Norm beruhen, ist die Rechtsfolge vorgesehen, daß diese Entscheidungen dann unberührt bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 II BVGG oder einer besonderen gesetzlichen Regelung.

(2) Die Formulierung der Tatbestandsseite ließe sich dahingehend **a b s t r a h i e r e n**, daß man von einer "Rechtswidrigkeit eines unanfechtbaren Hoheitsaktes" sprechen könnte.

Die Abstraktion der konkreten Rechtsfolgeregelung führt zu folgenden Ergebnissen:

Nicht nur der Wortlaut des § 79 II 1 "bleiben...unberührt", sondern auch ein Umkehrschluß aus dem Zusatz "vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 II oder einer besonderen gesetzlichen Regelung" spricht dafür, daß der Gedanke der Rechtssicherheit dem Grundsatz nach **a l l e i n** Geltung haben soll.

Werden weiterhin § 79 I und die Formulierung des § 79 II 1 "im übrigen" im Zusammenhang gelesen, so gelangt man zu dem gleichen Ergebnis: nach § 79 I bleibt nämlich ein Strafurteil, welches auf einer für nichtig erklärten Norm beruht, nicht unberührt von einem Wiederaufnahmeverfahren. Da die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens zur Folge hat, daß ein Strafurteil bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zurückgenommen werden muß, kann gesagt werden, daß dieses Urteil nicht unberührt bleibt von einer Verpflichtung zur Rücknahme.

Wenn es nun gleich im Anschluß an die Regelung des § 79 Abs.1 in Absatz 2 heißt, "im übrigen" blieben die Hoheitsakte unberührt, so läßt sich daraus entnehmen, daß eine Verpflichtung zur Rücknahme in der Regel nicht vorgesehen ist, der Gedanke der Rechtssicherheit also grundsätzlich Vorrang haben soll.

Durch eine solche Abstraktion der oben genannten Tatbestands- und Rechtsfolgeseite läßt sich somit der allgemeine

Rechtsgedanke "herausschälen"<sup>1)</sup>, daß dann, wenn das Tatbestandsmerkmal "Rechtswidrigkeit eines unanfechtbaren Hoheitsaktes" gegeben ist, die Rechtsfolge "grundsätzlich a l l e i n i g e Geltung des Gedankens der Rechtssicherheit" eintreten soll.

(3) Da die Rechtswidrigkeit eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes, welcher auf Grund der fehlerhaften Anwendung eines gültigen Gesetzes zustandegekommen ist, ebenfalls unter das abstrakte Tatbestandsmerkmal "Rechtswidrigkeit eines unanfechtbaren Hoheitsaktes" fällt, ist eine derartige K o n k r e t i s i e r u n g der Tatbestandsseite des allgemeinen Rechtsgedankens zulässig.

Es bleibt zu klären, durch welche konkrete Regelung auf der Rechtsfolgesseite das Prinzip der alleinigen Geltung der Rechtssicherheit voll verwirklicht wird. Diese Frage kann dahingehend beantwortet werden, daß nur d i e konkrete Regelung den Erfordernissen des abstrakten Rechtsfolgesatzes entspricht, welche der Behörde dem Grundsatz nach noch nicht einmal die Berechtigung zur Rücknahme einräumt. Andernfalls, also bei Anerkennung einer Berechtigung, könnte der Grundsatz der Rechtssicherheit nämlich nicht voll verwirklicht werden, auch wenn die Behörde um des Rechtsfriedens willen eine Sachprüfung und damit auch eine Rücknahme ablehnt. Das ergibt sich aus den bereits vorgetragenen Überlegungen (vgl. oben S.34): würde eine Berechtigung bejaht werden, so wäre es zur Verhinderung von willkürlichen Entscheidungen notwendig, gleichzeitig eine Pflicht der Behörde zur Ausübung fehlerfreien Ermessens anzuerkennen. Da eine solche Pflicht zumindest auch im Interesse des einzelnen liegt, müßte dem Bürger darüber hinaus ein entsprechender Anspruch auf fehlerfreies Ermessen zugestanden werden. Die Anerkennung eines derartigen Anspruches hätte zur Folge, daß dem einzelnen ein Recht i. S. d. § 42 II VwGO zustünde. Im Falle der Ablehnung einer Sachprüfung wäre dann eine Verpflichtungsklage zulässig, bei der der Bürger

1) So Menger, System, S.72

geltend machen könnte, er sei in seinem Recht auf fehlerfreies Ermessen verletzt worden und beantrage daher eine Verurteilung der Behörde zur Vornahme der Sachprüfung und zur Rücknahme des Verwaltungsaktes. Wäre die Klage begründet, so müßte die Behörde eine erneute Sachprüfung vornehmen und den VA im Falle seiner Rechtswidrigkeit zurücknehmen. Der Bürger hätte somit die Möglichkeit, genau das Gegenteil dessen zu erzwingen, was durch die Ablehnung der Sachprüfung hatte erreicht werden sollen: die Verwirklichung des Gedankens der Rechtssicherheit.

Als Konkretisierung des oben "gefundenen"<sup>1)</sup> allgemeinen Rechtsgedankens kann also folgender Rechtssatz angesehen werden: bei Vorliegen des Tatbestandsmerkmals "Rechtswidrigkeit eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes, welche auf der fehlerhaften Anwendung eines gültigen Gesetzes beruht" tritt als Rechtsfolge ein: "Grundsätzlich keine Berechtigung der Behörde zur Rücknahme". Diese Regelung stellt somit in gleicher Weise wie die Ausgangsnorm des § 79 BVGG einen Unterfall des allgemeinen Rechtsgedankens dar.

### III. Zusammenfassung

Entgegen der Ansicht von Maunz und in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes soll davon ausgegangen werden, daß ein unanfechtbarer rechtswidriger Verwaltungsakt in der Regel unberührt bleibt nicht nur von einer Verpflichtung, sondern auch von einer Berechtigung der Behörde zur Rücknahme.

1) So Menger, System, S.71

§ 15

Die Ausnahmeregelung

I. Die Interpretation des § 79 II hinsichtlich der  
a b s t r a k t e n Voraussetzungen einer sol-  
chen Regelung

1. Die Voraussetzungen im allgemeinen

a) Die zu dieser Frage in Rechtsprechung und Schrifttum  
vorgenommene Interpretation

Das Bundesverfassungsgericht hält eine Ausnahme von der  
soeben erörterten grundsätzlichen Regelung des § 79 II 1 nur  
dann für gerechtfertigt, "wenn besonders dringende und schwer-  
wiegende, den Erwägungen der Rechtssicherheit übergeordnete  
Gründe dazu Anlaß geben"<sup>1)</sup>. So sei in § 79 I eine solche  
A u s n a h m e vorgesehen<sup>2)</sup>. - Durch die hier vorgenommene  
Zulassung eines Wiederaufnahmeverfahrens hat der Gesetzgeber  
also anerkannt, daß dann, wenn ein Verwaltungsakt rechtswi-  
drig ist und darüber hinaus ein zwingender Grund wie etwa die  
besondere Situation des strafrechtlich Verurteilten<sup>3)</sup> vor-  
liegt, eine Pflicht des Gerichtes zur Aufhebung des Urteils  
gegeben ist.

Unter den Kommentatoren des BVGG hält vor allem Geiger<sup>4)</sup>  
in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht eine Son-  
derregelung für gerechtfertigt. Er interpretiert die in § 79  
II 1 enthaltene Formulierung "vorbehaltlich einer besonderen  
gesetzlichen Regelung" sogar dahingehend, daß hiermit ein Hin-  
weis gegeben sei, welcher den Gesetzgeber an seine Verantwor-  
tung erinnern solle, eine entsprechende Ausnahmeregelung zu  
schaffen.

1) So BVerfGE 2,380 (405)

2) Vgl. BVerfGE 20,230(235) u.2,380(405); a.A.: Maunz, Staats-  
recht, § 29 II 3 a) ee), S.266, vgl. oben S.55.

3) So Leibholz-Rupprecht, Anm.3 zu § 79 unter Hinweis auf  
BVerfGE 12,38 (340)

4) Anm.5a zu § 79

b) Die eigene Ansicht

Würde ein unanfechtbarer rechtswidriger Verwaltungsakt  
fortbestehen müssen, so bestünde die Gefahr, daß unbillige  
Härten für den Betroffenen eintreten könnten. Der Adressat  
eines formell bestandskräftigen VA hätte dann eine schwä-  
chere Rechtsposition als derjenige, der von einem rechtskräf-  
tigen Strafurteil betroffen ist, da letzterem nach Eintritt  
der Rechtskraft immerhin noch das Wiederaufnahmeverfahren  
offensteht<sup>1)</sup>. Besonders ungereimt erscheint eine solche Rege-  
lung auf Grund des Umstandes, daß ein VA im Vergleich zu ei-  
nem Urteil in einem wesentlich summarischeren Verfahren zu-  
stande kommt, bei dem die Gefahr der Fehlerhaftigkeit ungleich  
größer ist<sup>2)</sup>. Es soll daher der Auffassung des Bundesverfas-  
sungsgerichtes gefolgt werden, nach der eine Pflicht der Be-  
hörde zur Rücknahme besteht, wenn n e b e n der Rechtswi-  
drigkeit des VA noch ein weiterer zwingender und schwerwiegen-  
der Grund vorliegt, welcher für die Rücknahme spricht.

2. Die Voraussetzungen im einzelnen

a) Die im Schrifttum dazu vertretenen Ansichten

Wolff betont, daß bei belastenden Verwaltungsakten eine  
Pflicht<sup>3)</sup> zur Rücknahme nur bestehe, wenn neben der Mangel-  
haftigkeit des VA ein "überwiegendes Interesse der Zivilper-  
son"<sup>4)</sup> als s e l b s t ä n d i g e s<sup>5)</sup> Merkmal vorliege. Da-  
bei seien a l l e Umstände des einzelnen Falles zu berück-  
sichtigen<sup>6)</sup>.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Menger, der die Behörde  
in Ausnahmefällen für verpflichtet hält, eine erneute Sach-  
prüfung vorzunehmen und den VA dann zurückzunehmen, wenn sie  
seine Rechtswidrigkeit auf Grund der Sachprüfung erkannt habe.

1) Vgl. u.a. Menger, VerwArch.Bd.56 (1965), S.85

2) Vgl. Maurer, S.488

3) Wolff I, § 53 III c) 2., S.362

4) a.a.O., S.361

5) a.a.O., S.361 i.V.m.§ 53 III c) 2., e), wo ausdrücklich dar-  
auf hingewiesen wird, daß die Interessenabwägung auch bei  
belastenden VAen vorzunehmen sei.

6) a.a.O. S.361,362

Es heißt hier nämlich, eine Pflicht zur Rücknahme sei zu bejahen, wenn "das Interesse des einzelnen an der Aufhebung des rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes so groß ist, daß es das in der Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit begründete und durch das Verstreichen der Rechtsmittelfristen ausgelöste Interesse der Verwaltung an dem Fortbestand des Verwaltungsaktes überwiegt"<sup>1)</sup>.

b) Die eigene Ansicht

Diese Formel, welche im Ergebnis mit der Formulierung Wolffs übereinstimmt, berücksichtigt sämtliche Faktoren, die bei der Entscheidung über die Rücknahme zu beachten sind: einerseits den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit sowie das Individualinteresse an der Aufhebung des VA, andererseits den Gedanken der Rechtssicherheit (vgl. oben die Darstellung des Problems, § 1). Dementsprechend erscheint es als gerechtfertigt, das Vorliegen von "zwingenden und schwerwiegenden Gründen" dann anzunehmen, wenn ein "überwiegendes Interesse des Betroffenen"<sup>2)</sup> zu bejahen ist. Dieses Merkmal soll unter der Voraussetzung gegeben sein, daß "das Interesse des einzelnen an der Aufhebung des rechtswidrigen belastenden VA so groß ist, daß es das Interesse der Verwaltung an dem Fortbestand des Bescheides überwiegt"<sup>3)</sup>.

1) So VerwArch., Bd. 54 (1963) S. 94

2) Ein ähnlicher unbestimmter Gesetzesbegriff findet sich z.B. in § 80 II 4 VwGO.

3) Zwar ist diese Abwägung nach Auffassung Mengers bereits dann vorzunehmen, wenn die Behörde über den Eintritt in eine erneute Sachprüfung entscheidet; schon zu diesem Zeitpunkt muß nach seiner Lehre der Grundsatz der Rechtssicherheit berücksichtigt werden. Da aber die vorliegende Arbeit zu dem Ergebnis gelangt, daß die Verfassungsnorm des Art. 17 GG die Bejahung eines im allgemeinen uneingeschränkten Anspruchs auf Sachprüfung notwendig macht (vgl. unten §§ 17, 18, 19) und daher hier nicht die Beachtung des Gedankens der Rechtssicherheit erlaubt, muß auch aus diesem Grunde der "Standort" für die Abwägung sozusagen verlagert werden. Dies kann dadurch geschehen, daß die Abwägung - und somit auch die Berücksichtigung des Rechtssicherheitsgedankens - nicht bei der Entscheidung über den Eintritt in eine erneute Sachprüfung, sondern bei der Entscheidung über die eigentliche Rücknahme vorgenommen wird.

in denen sich der Betroffene in Beweisnot befindet. Das gleiche gilt dann, wenn sich die Rechtsprechung geändert hat oder die Fehlerhaftigkeit eines VA erheblich ist.

a) Die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansichten

Weitgehend anerkannt wird die Verpflichtung der Behörde zur Rücknahme, soweit einer der in § 580 ZPO genannten Gründe bei Erlass des VA gegeben ist und sich bei der anschließend notwendigen Sachprüfung die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ergibt<sup>1)</sup>. Martens weist zur Begründung darauf hin, daß dann, wenn ein Restitutionsgrund im Sinne des § 580 ZPO bei einem verwaltungsgerichtlichen Urteil vorliege, ein Wiederaufnahmeverfahren nach §§ 153 VwGO, 578 ff. ZPO zulässig sei. Da nun - so wird weiter argumentiert - ein solches Verfahren gegenüber einem Urteil vorgesehen sei, müsse das auch einem Verwaltungsakt gegenüber gelten. Andernfalls würde man einem VA eine größere Beständigkeit als einem Urteil zugestehen<sup>2)</sup>.

Darüber hinaus nehmen Martens<sup>3)</sup> und Maurer<sup>4)</sup> eine entsprechende Verpflichtung auch bei Vorliegen von weiteren besonderen Umständen an. Sie weisen darauf hin, daß der Erlass eines Verwaltungsaktes im Vergleich zu einem Urteil an weniger Rechtsgarantien gebunden sei und somit die Gefahr einer rechtswidrigen Entscheidung hier als größer angesehen werden könne. Als Ausgleich dafür sei es notwendig, den Rechtsschutz des Bürgers zu erhöhen. Aus diesem Grunde müsse eine Verpflichtung zu einer erneuten Sachprüfung und (nach Erkenntnis der Rechtswidrigkeit) zu einer Rücknahme auch in folgenden Fällen anerkannt werden:

1) Vgl. auch BVerwG 19,153 (156), DÖV 1965,353 (Sp.104), Menger, VerwArch. Bd.56 (1965) S.85, Martens, S.68 und Maurer, S.490

2) S.1857, re.Sp.

3) a.a.O., S.1857, re.Sp.

4) S.488, li.Sp.

Einmal dann, wenn sich der Betroffene in Beweisnot befunden habe, d.h., wenn er gegen den VA deshalb nicht fristgerecht vorgegangen sei, weil er ohne sein Verschulden den Beweis für erhebliche, bei Erlass des VA bereits gegebene Tatsachen nicht fristgerecht erbringen können und ihm somit ein Widerspruch bzw. eine Klage als aussichtslos habe erscheinen müssen<sup>1)</sup>.

Zum anderen in den Fällen, in denen eine Änderung der Rechtsprechung vorliege. Das sei dann anzunehmen, wenn sich zwar der bei Erlass des VA gegebene Sachverhalt nicht geändert habe, wohl aber die dem VA zugrundeliegende Rechtsansicht mit einer späteren Grundsatzentscheidung eines oberen Bundesgerichtes in Widerspruch stehe und der Betroffene ohne sein Verschulden nicht die Möglichkeit gehabt habe, dies fristgerecht geltend zu machen - etwa weil die Entscheidung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ergangen sei oder erst danach habe veröffentlicht werden können<sup>2)</sup>. Auch hier sei der Betroffene vor Eintritt der Unanfechtbarkeit in einer Lage, in der ihm eine erfolgreiche Klage als aussichtslos habe erscheinen müssen.

Des weiteren wird eine Prüfungs- und Rücknahmepflicht angenommen unter der Voraussetzung, daß der Verwaltung ein erheblicher Fehler bei der Tatsachenwürdigung unterlaufen ist. Das soll z.B. dann der Fall sein, wenn die Behörde im Gegensatz zu neuen medizinischen Erkenntnissen die Kausalität zwischen einer Kriegsverletzung und einer späteren Erkrankung verkannt hat<sup>3)</sup>.

Maurer betont, wegen der in allen vier Fällen gegebenen Aussichtslosigkeit eines fristgerechten Prozesses könne man gerade nicht sagen, daß dem Betroffenen die rechtzeitige Ein-

1) Vgl. Martens, S.1858, Maurer, S.488

2) Vgl. Martens, S.1858, Maurer, S.488. Eine andere rechtliche Situation ergibt sich in den Fällen, in denen sich die Sach- oder Rechtslage geändert hat (vgl.dazu unten § 22).

3) So Maurer, S.488 und Martens, S.1858

legung von Rechtsmitteln zuzumuten gewesen sei und ihm daher sozusagen als "Strafe" für die Fristversäumung die Möglichkeit genommen werden müsse, eine Rücknahme noch zu erreichen<sup>1)</sup>.

b) Die eigene Ansicht.

Die Anerkennung einer Prüfungs- und Rücknahmepflicht bei Vorliegen der vier genannten besonderen Umstände erscheint bereits auf Grund der soeben dargestellten Überlegungen als gerechtfertigt.

Darüber hinaus läßt sich in Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage nach der Subsumierbarkeit der besonderen Umstände unter das Tatbestandsmerkmal "Überwiegendes Interesse" folgendes sagen: wenn dem Betroffenen kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er die Fristen versäumt hat, ist das Individualinteresse an der Aufhebung des rechtswidrigen VA als schutzwürdig anzusehen, während das öffentliche Interesse am Fortbestand im Vergleich zu dem Einzelinteresse als weniger schutzwürdig erachtet werden muß. Daraus folgt, daß bei Vorliegen der genannten besonderen Umstände nicht nur die Rechtswidrigkeit des VA, sondern daneben auch ein Überwiegendes Interesse des Betroffenen zu bejahen ist. Den oben gemachten Ausführungen entsprechend hat dann also als Rechtsfolge die Verpflichtung zur Rücknahme einzutreten.

Allerdings muß festgestellt werden, daß das öffentliche Interesse am Fortbestand in den einzelnen Fällen doch unterschiedlich zu bewerten ist. Zwar kann es bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes im Sinne des § 580 oder im Falle der Beweisnot als sehr gering eingeschätzt werden; wenn aber eine Änderung der Rechtsprechung oder ein erheblicher Fehler bei der Tatsachenwürdigung vorliegt, so ist das öffentliche Interesse am Fortbestand jedoch als in gewissem Maße schutzwürdiger anzusehen. Dies beruht auf dem Umstand, daß hier der Fehler als nicht so erheblich betrachtet werden darf: zum Zeitpunkt des *E r l a s s e s* des VA hatte die Behörde ja durchaus in Übereinstimmung mit den Auffassungen der ständi-

1) So Maurer, S.488

gen Rechtsprechung entschieden bzw. den damaligen Stand etwa der medizinischen Forschung berücksichtigt. Die *E r k e n n t n i s* der von Anfang an gegebenen Fehlerhaftigkeit ist hier also erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich.

Es bleibt somit festzuhalten, daß zwar das Individualinteresse in allen vier Fällen als in gleichem Maße schutzwürdig anzusehen ist, daß aber die Schutzwürdigkeit des öffentlichen Interesses zwei unterschiedliche Grade aufweist. Dementsprechend kann man bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 580 ZPO oder einer Beweisnot ein *s t a r k e s* Überwiegen des Einzelinteresses annehmen - hier ist das öffentliche Interesse ja sehr wenig schutzwürdig -, während bei einer Änderung der Rechtsprechung oder der Bejahung eines erheblichen Fehlers nur die Annahme eines *e i n f a c h e n* Überwiegens als gerechtfertigt erscheint, da das öffentliche Interesse in diesem Falle ja doch schon etwas höher bewertet werden muß.

Die unterschiedlichen Grade des Überwiegens, d.h. das Vorliegen zweier Tatbestandsmerkmale, macht m.E. eine Berücksichtigung auf der Rechtsfolgenseite notwendig. Dies sollte dadurch zum Ausdruck kommen, daß bei Annahme eines starken Überwiegens eine Pflicht zur Rücknahme *ex tunc* anerkannt wird; bei Bejahung eines einfachen Überwiegens erscheint demgegenüber eine Verpflichtung nur zur Rücknahme *ex nunc* als angebracht<sup>1)</sup>.

2. Das Vorliegen von zur zweiten Gruppe gehörenden Umständen, deren Besonderheit auf der spezifischen Rechtsnatur des VA oder auf sonstigen Eigentümlichkeiten beruht, wird angenommen einmal bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung (vgl.a) sowie bei rechtsgestaltenden und feststellenden VAen (vgl.b); zum anderen bei rechtskräftig bestätigten Bescheiden (vgl.c) und solchen Verwaltungsakten, deren Rücknahme zwar nicht aus rechtlichen, wohl aber aus praktischen Gründen als unmöglich angesehen wird (vgl. d).

1) So im Ergebnis auch Martens, S.1860

a) Bachof definiert die VAe mit Dauerwirkung als Verwaltungsakte, "deren Rechtswirkungen sich nicht in einem einmaligen Gebot oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpfen ..., sondern die ein auf Dauer berechnetes Rechtsverhältnis zum Entstehen bringen, und zwar ... ein Rechtsverhältnis, das der Herrschaft des öffentlichen Rechts unterstellt bleibt"<sup>1)</sup>.

Als Hauptbeispiel für einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung wird der Rentenbescheid genannt<sup>2)</sup>. Da dieser aber ein begünstigender VA ist, können seine Besonderheiten hier nicht erörtert werden. Das gleiche gilt für die Ablehnung eines Rentenbescheides. Zwar stellt die Ablehnung einen belastenden Verwaltungsakt dar, jedoch wird bei einem solchen Bescheid keine Dauerwirkung angenommen<sup>3)</sup>. Als belastende VAe mit Dauerwirkung können aber z.B. Kraftfahrzeugsteuerbescheide oder die im Lastenausgleichsgesetz vorgesehenen Veranlagungsbescheide angesehen werden, auf Grund deren die Betroffenen vom 21.6.1948 (vgl. § 20 LAG) bis zum 31.3.1979, also für einen längeren Zeitraum, verpflichtet sind, vierteljährlich bestimmte Beiträge zu zahlen (vgl. § 34 I LAG); hier wird durch den Veranlagungsbescheid also ein auf Dauer berechnetes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zum Entstehen gebracht.

Ein solcher Veranlagungsbescheid muß nach § 55 c LAG für die Zukunft insoweit zurückgenommen werden, als er als rechtswidrig erkannt worden ist. Durch die Erklärung der Verfassungsmäßigkeit dieser Norm hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß bei VAen mit Dauerwirkung eine Verpflichtung zur Rücknahme *ex nunc* besteht<sup>4)</sup>.

1) JZ 1954, 419

2) Vgl. Haueisen, NJW 1958, 1065

3) Vgl. Haueisen, a.a.O., S.1065, NJW 1960, S.1498, Anm.13 und JZ 1962, 428

4) Vgl. zu VAen mit Dauerwirkungen Menger, VerwArch. Bd.54 (1963), S.93, siehe auch die Ausführungen oben S.57, Fn.2

Diese Regelung erscheint sachgerecht, wenn man die bei einem derartigen VA sich ergebenden Besonderheiten unter dem Gesichtspunkt beurteilt, ob hier ein überwiegendes Interesse des Betroffenen anzunehmen sei: wird der Bürger z.B. durch einen Bescheid verpflichtet, über einen längeren Zeitraum bestimmte Zahlungen zu entrichten, so ist seine Belastung in der Regel wesentlich größer als in den Fällen, in denen er Adressat z.B. eines einmaligen polizeilichen Verbotes ist. Somit muß das Interesse des Bürgers an der Aufhebung des VA im ersten Falle als schutzwürdiger angesehen werden als im zweiten. Dieser besondere Umstand macht es notwendig, daß bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung im Gegensatz zu anderen VAen ein einfaches Überwiegen des Einzelinteresses anzunehmen ist. Bei derartigen VAen kann also unabhängig von dem Vorliegen der oben erörterten besonderen Umstände (Änderung der Rechtsprechung, erheblicher Fehler) ein überwiegendes Interesse und somit ein Anspruch auf Rücknahme *ex nunc* bejaht werden; der Umstand, daß das Einzelinteresse hier höher als das öffentliche Interesse bewertet wird, beruht dabei allein auf der Dauerwirkung des VA, also nicht auf dem Vorliegen einer Änderung der Rechtsprechung oder dergleichen.

b) aa) Das Vorhandensein besonderer Umstände, die auf Grund der Rechtsnatur des Verwaltungsaktes gegeben sind, nimmt Wolff an bei i.e.S. rechtsgestaltenden sowie feststellenden Bescheiden<sup>1)</sup>.

Hinsichtlich der erstgenannten Art unterscheidet er zwischen privatrechtsgestaltenden VAen wie z.B. Auflassungsgenehmigungen und öffentlich-rechtlich gestaltenden Verwaltungsakten wie etwa statusbegründenden Bescheiden (Namensänderung, Einbürgerung) oder solchen VAen, durch die eine Erlaubnis erteilt wird<sup>2)</sup>.

Unter feststellenden Verwaltungsakten versteht er einmal diejenigen Bescheide, die eine rechtlich erhebliche Eigenschaft z.B. einer Person feststellen; dies sei etwa bei der

1) Vgl. § 53 III c 2. 7 )  
2) § 47 I a) 2.

Feststellung des Namens oder der Staatsangehörigkeit der Fall. Des weiteren bezeichnet er die streitentscheidenden VAe auf Grund des prozeßähnlichen Verfahrens, in dem sie zustandekommen, als besondere Art der feststellenden Verwaltungsakte. Als Beispiel für einen derartigen VA wird die durch die Aufsichtsbehörde erfolgende Entscheidung von Grenzstreitigkeiten der Gemeinden angeführt<sup>1)</sup>. In den genannten Fällen - also bei rechtsgestaltenden und feststellenden VAen - muß nach Wolff dem Grundsatz der Rechtssicherheit eine erhöhte Bedeutung zukommen<sup>2)</sup>. Dieser Forderung kann m.E. entnommen werden, daß hier das Vorliegen eines "überwiegenden Interesses"<sup>3)</sup> und somit die ohnehin nur ausnahmsweise gegebene Rücknahmepflicht<sup>4)</sup> in noch geringerem Umfang als sonst oder überhaupt nicht gegeben sein soll.

Die Ansicht Wolffs berücksichtigt m.E. nicht in hinreichendem Maße die Unterschiede zwischen den hier pauschal zusammengefaßten Arten der Verwaltungsakte. Die Besonderheiten von Bescheiden, welche einem Antrag auf Auflassungsgenehmigung, Namensänderung oder Namensfeststellung stattgeben, brauchen im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht zu werden, weil es sich dabei ausschließlich um begünstigende Verwaltungsakte handelt. Anders verhält es sich nur bei streitentscheidenden Verwaltungsakten, da die Stattgabe des Antrages der einen Partei gleichzeitig eine Ablehnung des Antrages der anderen Partei darstellt. Ein streitentscheidender VA ist also für die unterlegene Partei ein belastender Verwaltungsakt, so daß die sich dabei ergebende Rechtslage hier erörtert werden muß.

Es bleibt also lediglich zu untersuchen, ob bei Ablehnung z.B. eines Antrages auf Auflassungsgenehmigung oder auf günstige Entscheidung eines Grenzstreits besondere Umstände vorliegen, welche auf der spezifischen Rechtsnatur des ablehnenden Bescheides beruhen und das Eintreten der aus-

1) § 47 b) 3., S.311

2) § 53 III c) 2. u )

3) a.a.O., S.361, 362

4) a.a.O., S.362

nahmsweise vorgesehenen Rücknahmepflicht weiter erschweren<sup>1)</sup>.

bb) Die Frage ist zu bejahen bei streitentscheidenden Verwaltungsakten. Im Gegensatz zu der Rechtslage bei sonstigen VAen kann hier trotz des Vorliegens einer Änderung der Rechtsprechung oder eines erheblichen Fehlers ein Überwiegen des Einzelinteresses nicht angenommen werden. Dies erscheint gerechtfertigt auf Grund des besonderen Umstandes, daß ein streitentscheidender VA in einem prozeßähnlichen Verfahren zustandekommt<sup>2)</sup> und somit das Interesse der Behörde am Fortbestand des Bescheides wesentlich schutzwürdiger als bei anderen Verwaltungsakten ist. Hier kann das öffentliche Fortbestandsinteresse somit als so stark angesehen werden, daß auch bei Vorliegen der genannten Fälle ein Überwiegen des Einzelinteresses abgelehnt werden muß.

Insgesamt gesehen ergibt sich bei streitentscheidenden Verwaltungsakten also folgende Rechtslage: bei Vorliegen eines Restitutionsgrundes im Sinne des § 580 ZPO<sup>3)</sup> oder in den Fällen, in denen der Betroffene sich in Beweisnot befindet<sup>4)</sup>, ist auch hier ein starkes Überwiegen des Einzelinteresses anzunehmen und somit eine Verpflichtung zur Rücknahme ex tunc zu bejahen.

- 1) Im Gegensatz z.B. zu den in der 1. Gruppe zusammengefaßten besonderen Umständen und dem Fall eines VA mit Dauerwirkung kommt hier nur eine Erschwerung in Frage.
- 2) Einmal ist das prozeßähnliche Verfahren mit besonderen Rechtsgarantien für die Parteien ausgestattet; zum anderen wird der Streit hier von der un beteiligten Aufsichtsbehörde entschieden, also nicht - wie sonst - von einer Behörde, die gleichzeitig Partei ist, vgl. Wolff I, § 47 I b) 3..
- 3) Insoweit hat also der Adressat eines unanfechtbaren streitentscheidenden Verwaltungsaktes die gleiche Rechtsposition wie ein rechtskräftig Verurteilter.
- 4) Insoweit ist die Rechtsposition des Adressaten sogar noch stärker als die des rechtskräftig Verurteilten. Dies erscheint als gerechtfertigt auf Grund des Umstandes, daß hier die Entscheidung immerhin nicht durch ein unabhängiges Gericht gefällt wird. Ein streitentscheidender VA hat somit doch noch ein etwas geringeres Gewicht als ein Urteil, so daß als Ausgleich dafür ein etwas erweiterter Rechtsschutz als vertretbar angesehen werden kann.

Sollte jedoch bei einem streitentscheidenden Verwaltungsakt lediglich eine Änderung der Rechtsprechung oder ein erheblicher Fehler vorliegen, kann im Gegensatz zu der Rechtslage bei anderen VAen ein Überwiegen des Einzelinteresses nicht angenommen werden, so daß eine Verpflichtung zur Rücknahme ex nunc zu entfallen hat.

Sowohl bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung als auch bei streitentscheidenden VAen ergeben sich also Besonderheiten allein bei dem Problem der Rücknahme ex nunc: während bei Bescheiden mit Dauerwirkung eine entsprechende Verpflichtung gegeben ist, auch wenn eine Änderung der Rechtsprechung oder ein schwerer Fehler nicht vorliegt, ist umgekehrt bei streitentscheidenden VAen eine solche Verpflichtung nicht gegeben, auch wenn eine Änderung der Rechtsprechung oder ein schwerer Fehler vorliegt.

Die Frage nach dem Vorhandensein besonderer Umstände, welche das Eintreten der Rücknahmepflicht erschweren, ist zu verneinen bei den sonstigen Ablehnungsbescheiden: im Gegensatz zu den streitentscheidenden VAen kommen diese Verwaltungsakte nicht in einem besonderen Verfahren zustande. Darüber hinaus hat z.B. die Ablehnung eines Antrages auf Beamtenernennung zumindest nicht die gleiche gestaltende Wirkung wie die auf einen solchen Antrag hin erfolgende Stattgabe; während bei Stattgabe z.B. die Beamteneigenschaft des Antragstellers konstitutiv festgelegt wird, begründet die Behörde bei Ablehnung des Gesuches nicht etwa in gleicher Weise die Eigenschaft "Nichtbeamter". Es ergibt sich insofern eine Parallele zu der Beurteilung von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung: nur die Stattgabe eines Antrages etwa auf Gewährung einer Rente wird als VA mit Dauerwirkung angesehen, während dies bei Ablehnung des Gesuches nicht der Fall sein soll. Es wird hier also die Qualifizierung eines ablehnenden Bescheides als VA mit Dauerwirkung verneint, obwohl auch die Ablehnung einer lebenslangen Rente eine gewisse Dauerwirkung hat, welche in der dauernden Vorenthaltung der beantragten Beträge besteht.

cc) Zusammenfassung: mit Ausnahme der streitentscheidenden VAe sind also bei den sonstigen von Wolff genannten Arten von Verwaltungsakten keine besonderen Umstände gegeben, welche eine Rücknahme erschweren. Diese Bescheide sind vielmehr als "normale" Verwaltungsakte anzusehen, für die die allgemeine Regelung zu gelten hat.

c) Als weiterer besonderer Umstand, welcher die Rücknahme des VA nicht nur erschwert, sondern sogar ausschließt, kann das Vorliegen eines verwaltungsgerichtlichen Urteils angesehen werden, soweit es die Rechtmäßigkeit des belastenden Verwaltungsaktes rechtskräftig bestätigt.

aa) Diese Feststellung erscheint einmal gerechtfertigt auf Grund der Untersuchungen, die Menger zu der Frage der behördlichen Bindung an rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Urteile angestellt hat<sup>1)</sup>. Ausdrücklich wird von ihm der Fall erörtert, daß ein belastender Verwaltungsakt durch ein rechtskräftiges Urteil als fehlerhaft erkannt und aufgehoben worden ist. Menger untersucht hier die Rechtslage, welche sich ergibt, wenn die Behörde einen neuen Bescheid erläßt, der mit den gleichen Gründen wie der aufgehobene VA versehen ist und somit zu dem Inhalt des rechtskräftigen Urteils in Widerspruch steht.

Zunächst weist er darauf hin, daß die Frage, ob die Behörde hier an das Urteil gebunden sei, nur von der Rechtskraft her geklärt werden könne; deren Umfang hänge ihrerseits wiederum von der Art des Streitgegenstandes ab<sup>2)</sup>. (vgl. § 121 VwGO). Soweit eine Identität des Streitgegenstandes bei der Klage gegen den alten aufgehobenen VA und einer möglichen Klage gegen den neuen Bescheid vorliege, sei wegen der dadurch eintretenden Bindungswirkung der Erlaß des neuen Verwaltungsaktes unzulässig. Als Streitgegenstand bezeichnet Menger "die Rechtsbehauptung, daß die angefochtene Entscheidung der Verwaltungsbehörde ... den Kläger wegen objektiver Rechtswidrig-

1) Vgl. VerwArch. Bd.50 (1959) S.394,395

2) Vgl. VerwArch. Bd.50 (1959) S.394

keit in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt<sup>1)</sup>. Würden nun die Gründe des neuen VA übereinstimmen mit den für rechtswidrig erklärten Gründen des ersten Bescheides, so müsse die Rechtsbehauptung des Klägers bei einer Anfechtung des neuen Bescheides notwendigerweise die gleiche sein wie bei einer Klage gegen den ersten VA. Die dabei aus der Identität des Streitgegenstandes sich ergebende Bindungswirkung habe dann zur Folge, daß die Behörde den neuen Verwaltungsakt nicht auf die gleichen Gründe stützen dürfe, die das Gericht bei der Aufhebung des alten VA als rechtswidrig angesehen habe<sup>2)</sup>.

Die Erkenntnisse Mengers lassen sich m.E. dahingehend verallgemeinern, daß die Behörde bei Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes gebunden ist an die rechtliche Beurteilung des alten VA, welche das Gericht in dem rechtskräftigen Urteil vorgenommen hat. Unter diesen allgemeinen Satz läßt sich auf der Tatbestandsseite nicht nur der soeben erörterte Fall subsumieren, daß der erste Verwaltungsakt vom Gericht als rechtswidrig angesehen wird; vielmehr umfaßt das Tatbestandsmerkmal "rechtliche Beurteilung" auch den Fall, daß das Gericht die Recht m ä ß i g k e i t des Bescheides durch rechtskräftiges Urteil bestätigt<sup>3)</sup>. Somit muß also auch hier die Rechts-

1) Vgl. System, S. 164, und die Ausführungen in: Grundrechte, S. 757, 758. Der von Menger entwickelten Theorie des Streitgegenstandes stimmen u.a. Eyermann und Fröhler zu (Anm. 10 c und § 121). Diese Theorie führt im Gegensatz zu der früher h.L., nach der die Rechtmäßigkeit des angefochtenen VA den Streitgegenstand darstellt (vgl. dazu Bachof JZ 1953, 411), allein zu einer sachgerechten Lösung, da sich nur durch Berücksichtigung der Auffassung Mengers verhindern läßt, daß die Behörde durch Erlaß eines zweiten VA einen neuen Streitgegenstand schaffen kann und somit die Möglichkeit hat, sich nach Belieben der Bindung durch das Urteil zu entziehen.

2) Vgl. VerwArch. Bd. 50 (1959) S. 394

3) Der erstgenannte Fall der A u f h e b u n g des VA ist bei der hier erfolgenden Behandlung des Rücknahmeproblems ohne praktische Bedeutung: nach der rechtskräftigen Aufhebung des belastenden VA ist nämlich höchstens die Behörde, niemals aber der Bürger an dem Erlaß eines neuen belastenden Bescheides interessiert. Der Bürger hat nur im zweiten Fall, also bei einer rechtskräftigen Bestätigung des belastenden VA, Interesse an einer Rücknahme. Aus diesem Grunde soll der letztgenannte Fall im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

Individualinteresse an der Aufhebung in keinem Falle mehr berücksichtigt werden darf.

d) Nach Maurer<sup>1)</sup> sollen besondere Umstände nicht nur dann vorliegen können, wenn die Rücknahme eines Bescheides aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. Das gleiche habe vielmehr auch bei einer Unmöglichkeit der Rücknahme aus t a t s ä c h l i c h e n Gründen zu gelten. So müsse ein besonderer Umstand angenommen werden, wenn die Verwaltung etwas ins Werk gesetzt habe und dieses Werk nicht ohne weiteres wieder beseitigt werden könne. - Als Beispiel ließe sich der Fall eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes anführen, durch den der Eigentümer eines Altstadtgrundstückes enteignet wird. Würde z.B. ein auf diesem Grundstück befindliches Haus auf den VA hin abgerissen und entstünde anschließend an gleicher Stelle der Abschnitt einer Stadtautobahn, so wäre die Wiederherstellung des alten rechtmäßigen Zustandes mit äußersten Schwierigkeiten verbunden.

Diese Argumentation überzeugt. Dementsprechend muß in einem solchen Falle das öffentliche Interesse am Fortbestand des Bescheides als so schutzwürdig angesehen werden, daß ein Überwiegen des Einzelinteresses niemals vorliegen kann und somit eine Rücknahme des VA in jedem Falle ausgeschlossen ist.

3. Zusammenfassung: Der verschiedenartige Charakter der oben angeführten besonderen Umstände bringt es mit sich, daß die von diesen Umständen ausgehenden Rechtswirkungen unterschiedlicher Natur sein müssen: liegt ein Restitutionsgrund im Sinne des § 580 ZPO, ein Fall der Beweisnot, eine Änderung der Rechtsprechung oder ein erheblicher Fehler vor oder handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, so ist bei Rechtswidrigkeit des VA ein starkes bzw. einfaches Überwiegen des Einzelinteresses anzunehmen. Da bei Vorliegen dieser Vor-

1) S. 486; Maurer hält weiterhin eine Rücknahme für ausgeschlossen, wenn der Eingriff verhältnismäßig gering ist oder der Verwaltungsakt schon längere Zeit zurückliegt.

folge "Bindung der Behörde" gegeben sein. Berufte sich demnach der Adressat eines rechtskräftig bestätigten VA der Behörde gegenüber auf die gleichen Tatsachen bzw. Rechtsansichten, welche von dem Gericht als rechtlich irrelevant bzw. unrichtig bezeichnet worden sind, dann darf die Behörde nicht einen neuen Verwaltungsakt erlassen, welcher sich auf diese Gründe stützt. Nur so ist gewährleistet, daß sie sich nicht über den Spruch des Gerichtes hinwegsetzt.

Bei Vorliegen eines rechtskräftig bestätigten Verwaltungsaktes ist somit auf Grund der Bindungswirkung des Urteils ein besonderer Umstand gegeben, der eine Rücknahme auch in Ausnahmefällen unmöglich macht<sup>1)</sup>. Dies bedeutet, daß dem Betroffenen auch bei Vorliegen z.B. eines Restitutionsgrundes im Sinne des § 580 ZPO kein Anspruch auf Rücknahme zuerkannt werden darf<sup>2)</sup>.

bb) Auch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen läßt eine solche Regelung als gerechtfertigt erscheinen: ist die Rechtmäßigkeit des Bescheides nicht nur von der Widerspruchsbehörde, sondern auch von einer oder mehreren gerichtlichen Instanzen bestätigt worden, so muß das öffentliche Fortbestandsinteresse auf Grund der besonders eingehenden Beschäftigung mit dem VA als derartig schutzwürdig angesehen werden, daß das

1) So im Ergebnis auch das Bundesverwaltungsgericht in seinem Ur. v. 29.6.67, in dem darauf hingewiesen wird, daß es gerade der Sinn der materiellen Rechtskraft eines Urteils sei, im Interesse des Rechtsfriedens auch die Behörde von dem Erfordernis weiterer Rechtmäßigkeitsprüfungen freizustellen, DÖV 1968, 498 = DVBl. 1968, 659, vgl. auch d. Ur. v. 26.4.1968, DVBl. 1968, 992 (Nr. 335) = DÖD 1968, 177.

2) Es steht dem Bürger in diesem Falle also nur die Möglichkeit offen, gegen das verwaltungsgerichtliche Urteil ein Wiederaufnahmeverfahren anzustrengen. Hätte er damit Erfolg, so könnte er auf diese Weise u.U. auch die Rücknahme des durch das Urteil bestätigten VA erreichen. Zu bedenken ist dabei aber, daß das Vorliegen eines Restitutionsgrundes im Verwaltungsverfahren nach der bisherigen gesetzlichen Regelung (§ 153 VwGO, 578 ff. ZPO) nicht zu einem Wiederaufnahmeverfahren gegen ein im Verwaltungsprozeß ergangenes Urteil berechtigt.

aussetzung eine Verpflichtung zur Rücknahme ex tunc bzw. ex nunc gegeben ist, haben die genannten besonderen Umstände also die Wirkung, daß sie eine Rücknahmepflicht begründen.

Eine umgekehrte Rechtslage ergibt sich, wenn ein streitentscheidender Bescheid, ein rechtskräftig bestätigter VA oder ein Verwaltungsakt vorliegt, bei dem der Vollzug der Rücknahme mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Sind diese Umstände gegeben, wird die Annahme eines überwiegenden Einzelinteresses und somit das Eingreifen der Rücknahmepflicht entweder erschwert (so bei streitentscheidenden VAen, bei denen nur dann ein Überwiegen bejaht werden darf, wenn ein Restitutionsgrund oder ein Fall der Beweisnot vorliegt) oder sogar ausgeschlossen (so bei rechtskräftig bestätigten VAen oder Verwaltungsakten, bei denen der Vollzug aus tatsächlichen Gründen schwierig ist, d.h. bei nicht aufhebbaaren Bescheiden).

Anders ausgedrückt läßt sich somit folgendes sagen: liegt neben der Rechtswidrigkeit des VA ein Restitutionsgrund oder ein Fall der Beweisnot vor, so ist bei allen Arten von VAen eine Rücknahme ex tunc vorzunehmen, es sei denn, es handelt sich bei dem Bescheid um einen rechtskräftig bestätigten VA oder um einen Verwaltungsakt, bei dem der Vollzug aus tatsächlichen Gründen Schwierigkeiten bereitet.

Ist eine Änderung der Rechtsprechung oder ein erheblicher Fehler gegeben oder liegt ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vor, so ist die Behörde zur Rücknahme ex nunc verpflichtet, es sei denn, es handelt sich bei dem Bescheid um einen streitentscheidenden VA oder um einen der beiden soeben genannten unaufhebbaaren Verwaltungsakte.

§ 16

Die aus § 79 BVGG abgeleitete Gesamregelung

Es entspricht also folgende Rücknahmeregelung der Norm des § 79 II: in der Regel entfällt nicht nur eine Verpflichtung, sondern auch eine Berechtigung der Behörde zur Rücknahme.

In Ausnahmefällen ist demgegenüber eine Verpflichtung zur Rücknahme gegeben. Dem Bürger steht dann auch ein entsprechender Anspruch zu. Ein solcher Ausnahmefall liegt vor, soweit neben der "Rechtswidrigkeit" des VA ein "Überwiegendes Interesse des Betroffenen" bejaht werden kann; dies ist der Fall, wenn das Interesse des einzelnen an der Aufhebung des rechtswidrigen VA so groß ist, daß es das Interesse der Behörde an dem Fortbestand des Verwaltungsaktes überwiegt. Dieses Tatbestandsmerkmal muß z.B.<sup>1)</sup> immer als gegeben angesehen werden bei Vorliegen der oben genannten besonderen Umstände mit Ausnahme der Fälle des streitentscheidenden und des rechtskräftig bestätigten VA sowie des Verwaltungsaktes, dessen Rücknahme aus tatsächlichen Gründen Schwierigkeiten bereitet. Liegen diese Fälle vor, so ist die Annahme eines überwiegenden Interesses entweder erschwert oder sogar ausgeschlossen.

2. Abschnitt

Der Eintritt in eine erneute Sachprüfung

§ 17

Die grundsätzliche Regelung

Bei der Interpretation des Art.17 GG soll zunächst die Zulässigkeit (vgl. unten I) und im Anschluß daran der Umfang

1) Die genannten Umstände stellen natürlich nicht die einzigen Fälle dar, in denen ein überwiegendes Interesse zu bejahen ist, vgl. Wolff S.363.

(vgl.unten II) einer Petition Gegenstand der Untersuchung sein.

I. Die Interpretation des Art.17 GG zu der Frage der Zulässigkeit einer gegen einen unanfechtbaren VA gerichteten Petition

1. Die zu dieser Frage in Rechtsprechung und Schrifttum vorgenommene Auslegung

a) Zwar wird die Zulässigkeit einer solchen Petition vom Bundesverfassungsgericht nicht ausdrücklich betont, ihre Bejahung läßt sich jedoch aus den Gründen des Urteils vom 22.4.1953<sup>1)</sup> entnehmen. Dieser Entscheidung lag folgender Tatbestand<sup>2)</sup> zugrunde:

Ein Bürger war Adressat u.a. von mehreren ihn belastenden Verwaltungsakten, welche spätestens am 31.3.1950 unanfechtbar geworden waren<sup>3)</sup>. In einer Eingabe vom 1.7.1951 hatte der Betroffene dann die Rechtswidrigkeit dieser VAe gerügt.

Die angegangene Stelle - der Ministerpräsident des Landes Baden-Württemberg - teilte ihm daraufhin am 21.7.1951 mit, die Eingabe sei zur Kenntnis genommen worden, es bestehe aber keine Veranlassung, auf seine Vorstellungen eine Verfügung zu treffen.

Mit einer zweiten Eingabe, die er am 11.8.1951 einreichte, wandte sich der Bürger dann gegen den Inhalt des Schreibens vom 21.7.1951.

In Beantwortung dieser Eingabe setzte der Ministerpräsident den Betroffenen am 7.9.1951 davon in Kenntnis, daß er nicht bereit sei, zu dem Vorbringen des Bürgers Stellung zu nehmen.

Gegen die Bescheide, die auf die beiden Eingaben ergangen waren, legte der Betroffene nunmehr Verfassungsbeschwerde ein

1) BVerfGE 2,225 ff.

2) Aus Gründen der Übersichtlichkeit soll der Tatbestand bereits hier vollständig dargelegt werden, obwohl einige Teile nicht schon bei der Erörterung der Zulässigkeit, sondern erst bei der Untersuchung des Umfangs einer Petition von Bedeutung sind.

3) a.a.O., S.227, 2.Abs. und S.226, 3.Abs.

mit der Behauptung, durch sie in seinem Petitionsrecht verletzt worden zu sein<sup>1)</sup>.

Bei der Prüfung der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde wurde das in Art.17 GG verankerte Grundrecht dann Gegenstand einer eingehenden rechtlichen Würdigung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>2)</sup>.

Auch die erste Eingabe vom 1.7.1951, welche sich u.a. gegen spätestens am 31.3.1950 unanfechtbar gewordene Verwaltungsakte richtete, wurde vom erkennenden Senat als Bitte um Abhilfe und somit als P e t i t i o n i.S.d. Art.17 GG angesehen<sup>3)</sup>.

Bei der Erörterung der Z u l ä s s i g k e i t der Petition<sup>4)</sup> ist auf den Umstand, daß die angegangenenVAe bereits vor Einreichung der ersten Eingabe unanfechtbar waren, überhaupt nicht eingegangen worden. Dies berechtigt zur der Annahme, daß das Bundesverfassungsgericht keinerlei Bedenken hatte hinsichtlich der Zulässigkeit einer Petition gegen unanfechtbare Verwaltungsakte.

b) Das Bundesverwaltungsgericht spricht in einigen Entscheidungen von Gegenvorstellungen, die gegen unanfechtbare Verwaltungsakte gerichtet seien, ohne auf die Zulässigkeit derartiger Rechtsbehelfe besonders einzugehen<sup>5)</sup>. Es ist daher die Annahme gerechtfertigt, daß es die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes zu dieser Frage teilt.

c) Nach Dagtoglou<sup>6)</sup> kann sich das Petitionsrecht "auch gegen endgültige Verwaltungsakte, d.h. solche, die durch Verwaltungsbehelfe ... nicht mehr anfechtbar sind, richten"<sup>7)</sup>. Es könne demnach auch dann ausgeübt werden, "wenn alle Fristen zur Einlegung von Rechtsmitteln abgelaufen sind"<sup>8)</sup>. Weiter

1) BVerfGE 2,225 (227,228)

2) a.a.O., S.228-232

3) a.a.O., S.228,229

4) a.a.O., S.229,230

5) So etwa in d.Urt. v.30.6.1966, DÖV 1966,866

6) Bonner Kommentar, Art.17

7) Bonner Kommentar, Anm.41

8) a.a.O., Anm.40 u.92, vgl. auch Anm.10,20

wird hier betont, daß das Petitionsrecht somit ein unverzichtbares Instrument zur Wahrnehmung individueller<sup>1)</sup> Interessen darstelle, das gerade dann wertvoll sei, wenn alle anderen, auch die erst in der modernen Zeit zur Verfügung stehenden Mittel<sup>2)</sup>, versagten<sup>3)</sup>. So komme dem Petitionsrecht gerade in diesen Fällen eine lebenselementare Bedeutung zu<sup>4)</sup>.

d) Ebenso bejaht auch Menger die Zulässigkeit einer solchen Petition, wenn er feststellt, daß auf eine Gegenvorstellung<sup>5)</sup> hin die Behörde, welche den u n a n f e c h t b a r e n VA erlassen habe, tätig werden müsse<sup>6)</sup>.

e) Zum gleichen Ergebnis gelangt Dürig, der die Norm des Art. 17 GG dahingehend interpretiert, daß sie ein Anrufungsverfahren eröffne, "das ergänzend eingreift und zwar auch dann, wenn formelle Rechtsmittel ... nicht mehr möglich sind"<sup>7)</sup>.

## 2. Die eigene Ansicht

a) Die g e g e n die Zulässigkeit sprechenden Gründe: bei Gewährung des Rechtsweges i.S.d. Art.19 IV GG einerseits und der Unzulässigkeit einer Petition andererseits wären die Gedanken der Gesetzmäßigkeit und der Rechtssicherheit in einem vertretbaren Verhältnis berücksichtigt. Wenn der Bürger die Rechtsmittelfristen auf Grund eigenen Verschuldens nicht eingehalten hat - so ließe sich argumentieren -, dann darf ihm nach Eintritt der formellen Bestandskraft kein weiteres Recht zustehen, auf Grund dessen er auch im Regelfalle die Möglich-

1) a.a.O., Anm.1

2) Damit dürften die durch Art.19 IV GG gewährleisteten Mittel zur Rechtswegbeschreitung gemeint sein.

3) Zum ganzen: a.a.O., Anm.12

4) a.a.O., Anm.1

5) Menger sieht die Gegenvorstellung an als "Erscheinungsform des in Art.17 GG verbürgten Petitionsrechtes" (VerwArch. Bd.53 (1962) S.281, vgl.auch oben S.47, Fn.4).

6) Zum ganzen: VerwArch. Bd.53 (1962) S.281

7) Maunz-Dürig, Art.17, Anm.19

keit hätte, eine nochmalige Beschäftigung der Behörde mit dem angegangenen VA zu erzwingen.

Bei unbilligen Härten, welche dadurch gegeben sein könnten, daß der Betroffene die Fristen schuldlos hat verstreichen lassen, wäre es dann immer noch möglich, durch das Institut der "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" oder durch andere Ausnahmeregelungen einen Ausgleich zu schaffen.

Weiterhin könnte die Unzulässigkeit einer Petition gegen unanfechtbare VAe als gerechtfertigt erscheinen auf Grund eines Umkehrschlusses, der sich aus den gesetzlichen Regelungen der Rechtsmittelfristen ziehen ließe: wenn die Einlegung von Rechtsbehelfen v o r Fristablauf zulässig ist, dann muß sie n a c h Fristablauf als unzulässig betrachtet werden.

Eine solche Regelung entspräche auch dem vom Bundesverfassungsgericht betonten G r u n d s a t z , "daß aus Gründen der Rechtssicherheit unanfechtbare Entscheidungen ... von Behörden nicht in Frage gestellt werden sollen"<sup>1)</sup>.

b) Die f ü r die Zulässigkeit sprechenden Gründe: wäre die Geltendmachung des Petitionsrechtes gegenüber Verwaltungsakten ausgeschlossen, soweit dem Bürger bis zum Fristablauf ein Rechtsweg im Sinne des Art.19 IV GG offengestanden hat, so würde dies praktisch bedeuten, daß eine Petition gegen einen unanfechtbaren VA a u s n a h m s l o s unzulässig wäre, da dem Bürger nach der heutigen Rechtslage ein Rechtsweg im Sinne des Art.19 IV GG in j e d e m Falle<sup>2)</sup> bis zum Zeitpunkt

1) Beschluß vom 17.10.1967, NJW 1968,31. Wenn hier bereits das "In-Frage-Stellen" grundsätzlich ausgeschlossen wird, dann bedeutet dies m.E., daß nach Auffassung des Gerichtes nicht nur die Rücknahme eines VA, sondern auch der Eintritt in eine erneute Sachprüfung i.d.R. nicht vorgenommen werden soll.

2) Menger weist ausdrücklich darauf hin, daß der Rechtsschutz im öffentlichen Recht auf prozessuellem Gebiet lückenlos ausgestaltet sei, DÖV 1955,587 (592).

des Eintritts der Unanfechtbarkeit offensteht. Die generelle Unzulässigkeit einer Petition im oben genannten Sinne würde also das Grundrecht des Art.17 in einem sehr weitgehenden Maße einschränken.

Eine entsprechende Regelung ist jedoch nicht vertretbar im Hinblick auf den Wortlaut, die systematische Stellung und die Entstehungsgeschichte des Art.17.

Hätte der Verfassungsgeber eine derartig weitgehende Einschränkung des Petitionsrechtes beabsichtigt, wäre eine entsprechende Formulierung in Art.17 aufgenommen worden. Ein solcher Hinweis ist jedoch dem W o r t l a u t dieser Norm nicht zu entnehmen.

Das Bundesverfassungsgericht betont, daß die Aufnahme eines Scheinrechtes in den Grundrechtskatalog nicht gerechtfertigt sei<sup>1)</sup>. Würde man nun eine Petition gegen unanfechtbare Verwaltungsakte nicht zulassen, so wäre der praktische Wert dieses Grundrechtes m.E. in einem so hohen Maße eingeschränkt, daß hier nur noch von einem solchen Scheinrecht gesprochen werden könnte. Eine dahingehende Interpretation des Petitionsrechtes steht somit im Widerspruch zu der Stellung des Art.17 im S y s t e m der Grundrechte.

Auch die E n t s t e h u n g s g e s c h i c h t e dieser Norm spricht für die Zulässigkeit einer Petition im oben genannten Sinne. Vom ARA war der Vorschlag gemacht worden, die besondere Gewährleistung des Petitionsrechtes fallenzulassen, da sie nicht erforderlich sei<sup>2)</sup>. Der GSA hielt jedoch die

1) BVerfGE 2,225 (230)

2) Vgl. Dagtoglou, Bonner Kommentar,, Die Entstehungsgeschichte des Art.17 (I), unter Hinweis auf die Drucksachen des BT, Nr.282. Vermutlich wird die Gewährleistung des Petitionsrechtes vor allem wegen der Schaffung der neuen Rechtsweggarantie des Art.19 IV GG für nicht mehr erforderlich gehalten worden sein (vgl. S. 85 ).

Petitionsbestimmung unverändert aufrecht<sup>1)</sup>. Es kann also davon ausgegangen werden, daß Art.17 in Kenntnis der Auffassung des ARA, also ganz bewußt, in den Grundrechtskatalog aufgenommen worden ist. Daraus läßt sich m.E. auf den Willen des Verfassungsgebers schließen, dem Petitionsrecht eine selbständige Rolle neben Art.19 IV GG einzuräumen, also eine Petition gegenüber einem Verwaltungsakt auch dann zuzulassen, wenn dem Bürger vorher ein Rechtsweg i.S.des Art.19 IV GG offengestanden hatte.

c) Die Abwägung der für und gegen die Zulässigkeit sprechenden Gründe ergibt folgendes: es hat sich gezeigt, daß die gesetzlichen Regelungen der Rechtsmittelfristen sowie allgemeine Billigkeitserwägungen gegen die Zulässigkeit einer Petition gegenüber unanfechtbaren VAen sprechen. Diese Argumente können allerdings nicht als zwingend angesehen werden, da sie nicht von Regelungen ausgehen, welche in der Verfassung enthalten sind.

Demgegenüber ist dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte des Art.17 zu entnehmen, daß diese Regelung auf Grund ihrer Verankerung in der Verfassung zwingend die Zulässigkeit einer Petition gegenüber unanfechtbaren VAen vorschreibt, auch wenn dies nicht expressis verbis in Art.17 zum Ausdruck gebracht worden ist.

II. Die Interpretation des Art.17 zu der Frage, welchen Umfang eine gegen einen unanfechtbaren VA gerichtete Petition hat

1. Der Umfang einer erstmalig eingereichten Petition

Es ist hier zu erörtern, ob demjenigen, der eine solche Eingabe macht, nur ein Recht auf Entgegennahme (vgl.a) dieser Petition zusteht oder ob sich auch ein Anspruch auf sachliche Prüfung (vgl.b) und Verbescheidung (vgl.c) seines Antrages bejahen läßt. Schließlich muß geklärt werden, ob

1) Vgl. Dagtoglou, a.a.O., unter Hinweis auf Sten.Prot., S.20

in Art.17 u.U. sogar ein Recht auf Begründung des Petitionsbescheides (vgl. d) verankert ist<sup>1)</sup>.

a) Der Umstand, daß Art.17 zumindest einen Anspruch auf Entgegennahme der Petition gewährt, steht außer Zweifel<sup>2)</sup>. Diese Frage bedarf daher keiner weiteren Untersuchung.

b) Zwar wird heute allgemein anerkannt, daß der Petent darüber hinaus auch ein Recht auf sachliche Prüfung seiner Eingabe hat. Zur Begründung führt Dürig aus, anderenfalls - also bei Annahme eines Rechtes lediglich auf Entgegennahme - müsse Art.17 als ein merkwürdig papierenes Registraturgrundrecht angesehen werden. Eine Petition könne dann ohne weiteres in den Akten abgeheftet werden<sup>3)</sup>. Dagtoglou weist in diesem Zusammenhang auf die Gefahr einer "Papierkorbbeschwerte" hin<sup>4)</sup>.

Unterschiedliche Auffassungen werden jedoch zu der Frage vertreten, was im einzelnen unter einer sachlichen Prüfung zu verstehen sei. Als denkbaren Inhalt einer solchen Sachprüfung bezeichnet Dürig<sup>5)</sup> die alleinige Kenntnisnahme der Petition (vgl. aa), eine darüber hinausgehende materielle Entscheidung in der Sache selbst (vgl. bb) oder sogar die materielle Entscheidung i.S.d. Petitions (vgl. cc).

aa) Da das Lesen einer Petition das Minimum einer sachlichen Prüfung darstellt, wird ein Anspruch auf Kenntnisnahme übereinstimmend von allen Theorien bejaht, welche ein Recht auf Sachprüfung in Art.17 GG verankert sehen.

1) Zu den verschiedenen Möglichkeiten des Inhalts eines Petitionsrechtes vgl. die Zusammenstellung bei Dürig in Maunz-Dürig, Art.17, Anm.6-9

2) Vgl. dazu BVerfGE 2,225 (230) sowie LS 1 und im Anschluß daran Menger, VerwArch. Bd.35 (1962) S.281 sowie Dürig in Maunz-Dürig, Art.17, Anm.6, Dagtoglou in Bonner Kommentar, Art.17, Anm.76,77,79, v.Mangoldt-Klein, Art.17, Anm.II, S.507, u.Wolff III, § 161,4.e)

3) So Dürig in Maunz-Dürig, Art.17, Anm.7

4) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.89

5) a.a.O., Anm.7

bb) Der Anspruch auf eine materiell-rechtliche Entscheidung als solche

aaa) Die dazu in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Ansichten

Eine darüber hinausgehende Pflicht der Behörde zu einer materiellen Entscheidung der Sache wird jedoch von Dürig<sup>1)</sup>, Wolff<sup>2)</sup> und Obermayer<sup>3)</sup> ausdrücklich abgelehnt.

Demgegenüber läßt sich den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes sowie den Darlegungen Dagtoglous, Kleins und Mengers m.E. entnehmen, daß unter einer sachlichen Prüfung nicht nur die Kenntnisnahme der Petition, sondern auch eine Prüfung der Rücknahmevoraussetzungen und somit eine Entscheidung der Sache zu verstehen sei.

Das Bundesverfassungsgericht hebt hervor, die Stellung des Petitionsrechtes im Grundrechtskatalog mache es erforderlich, Art.17 GG so zu interpretieren, daß er nicht nur ein Scheinrecht gewähre, sondern praktischen Wert besitze (vgl. oben S. 87). Aus diesem Grunde vertritt das Gericht die Auffassung, die Antwort auf eine ordnungsgemäße Petition dürfe sich nicht auf eine Empfangsbestätigung beschränken, sondern müsse zumindest auch die Kenntnisnahme von dem Inhalt der Petition und die Art ihrer Erledigung ergeben<sup>4)</sup>. Wenn nun die Behörde neben der Entgegennahme und Kenntnisnahme auch noch auf die "Art der Erledigung" in dem Antwortschreiben einzugehen hat, so setzt dies voraus, daß sie vorher über die Entgegennahme und Kenntnisnahme hinaus eine weitere Tätigkeit "erledigt", also vorgenommen haben muß. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes geht somit über die Auffassung Dürigs hinaus.

1) Maunz-Dürig, Art.17, Anm.7; eine Begründung für diese These wird allerdings nicht gegeben.

2) Wolff III, § 161 IV, c) 1.

3) S.363

4) Vgl. BVerfGE 2,225 (230) und BVerfGE 13,54 (90)

Zu der Frage, was unter der "Art der Erledigung" zu verstehen ist, geben die weiteren Ausführungen zu der Bedeutung einer Petition Auskunft<sup>1)</sup>. Der auf diese Eingabe ergangene Bescheid vom 21.7.1951, in dem es heißt, der Ministerpräsident sehe sich nicht veranlaßt, auf die Vorstellungen des Petenten eine Verfügung zu treffen<sup>2)</sup>, wird vom Bundesverfassungsgericht als Mitteilung darüber interpretiert, daß der Adressat der Petition in den ihm unterbreiteten Tatbeständen eine Pflichtverletzung der in Betracht kommenden Staatsorgane nicht erblickte<sup>3)</sup>. Wenn nun der Ministerpräsident nach Ansicht des Gerichtes mitteilt, eine Pflichtverletzung der Staatsorgane sei nicht gegeben, dann kann dies nur bedeuten, daß er hiermit erklärt, die angegangenen Hoheitsakte und somit auch die betreffenden VAe seien rechtmäßig. Da eine solche Mitteilung über die Art der Erledigung nur denkbar ist nach einer vorangegangenen Prüfung und Entscheidung der materiellen Rechtslage, kann m.E. angenommen werden, daß in erster Linie mit der "Art der Erledigung" eine Prüfung der Rechtslage und eine entsprechende Sachentscheidung gemeint ist<sup>4)</sup>. Den oben genannten Ausführungen läßt sich also entnehmen, daß das Bundesverfassungsgericht unter einer sachlichen Prüfung nicht nur die Kenntnisnahme der Petition, sondern auch eine materiell-rechtliche Prüfung und Entscheidung der Sache versteht.

Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes schließen sich ohne Einschränkung Klein<sup>5)</sup> und Menger<sup>6)</sup> an. Letzterer

1) BVerfGE 2,225 (231)

2) a.a.O., S.228

3) a.a.O., S.231

4) Dies gilt auch für den Fall, daß z.B. eine Petition, für die an sich der Bundesjustizminister zuständig ist, an den Bundespräsidenten gerichtet wird. Zwar ist der Bundespräsident hier zur Weitergabe der Petition verpflichtet. Bei einer solchen Weitergabe handelt es sich jedoch nicht um die eigentliche Erledigung der Petition im oben genannten Sinne, sondern um eine vermittelnde Tätigkeit, welche die eigentliche Erledigung durch die zuständige Behörde nur ermöglichen soll.

5) v.Mangoldt-Klein, Art.17 II, 3.u. 4.Abs.

6) VerwArch., Bd.53 (1962), S.281,282, vgl.oben S.85

kommt bei der Entwicklung von Kriterien zur Abgrenzung eines anfechtbaren Zweitbescheides von einer wiederholenden Verfügung auf die oben erörterte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu sprechen. Dabei stellt er u.a. fest, daß dem Petenten dort mit Recht ein Anspruch auf sachliche Prüfung zugestanden werde. Der auf sachliche Prüfung ergehende Bescheid müsse zwangsläufig auch eine sachliche Entscheidung enthalten<sup>1)</sup>. Die weiteren Ausführungen<sup>2)</sup>, in denen Menger auf Einzelheiten der sich bei der Prüfung und Entscheidung der Rechtslage ergebenden Probleme eingeht, lassen den Schluß zu, daß auch er unter einer sachlichen Entscheidung eine materiell-rechtliche Prüfung und Entscheidung versteht, welche über die Kenntnisnahme hinausgeht.

Dagtoglou lehnt mit der gleichen Begründung wie das Bundesverfassungsgericht jede Interpretation des Art.17 ab, die das Petitionsrecht zu einem Scheinrecht herabwürdigen würde<sup>3)</sup>. Darüber hinaus weist er darauf hin, daß zwischen Art.19 IV GG und Art.17 GG Parallelen gegeben seien<sup>4)</sup>. In diesem Zusammenhang führt er die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes<sup>5)</sup> an, nach der Art.19 IV GG nicht nur das formelle Recht auf Beschreitung des Rechtsweges gewährleistet, sondern auch ein substantielles Recht auf effektiven, tatsächlich wirksamen Rechtsschutz garantiert. Dementsprechend ist nach Dagtoglou auch Art.17 zu interpretieren. Dies bedeute, daß nicht nur das formelle Recht auf Entgegennahme der Petition, "sondern darüber hinaus ein substantielles Recht auf sachliche Prüfung" als in Art.17 verankert angesehen werden müsse.

Zu der Frage, was unter einer solchen "sachlichen Prüfung" zu verstehen ist, läßt sich folgendes sagen: wenn Art.19 IV GG dem einzelnen "irgendeine Gerichtsbarkeit, die zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der öffentli-

1) a.a.O., S.282

2) a.a.O., S.282,283

3) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.89

4) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.95

5) BVerwGE 17,83 (85)

chen Gewalt ... berufen ist"<sup>1)</sup>, garantiert, dann hätte dies nach der von Dagtoglou vorgeschlagenen Parallelinterpretation des Art.17 zur Folge, daß aus dem Petitionsrecht ein Anspruch auf Prüfung der Rechtmäßigkeit von hoheitlichen Maßnahmen, also auch von VAen, abgeleitet werden könnte. Es erscheint daher die Annahme gerechtfertigt, daß auch Dagtoglou unter einer "sachlichen Prüfung" die Untersuchung der Rechtmäßigkeit der Hoheitsakte, also eine materiell-rechtliche Prüfung und Entscheidung, versteht.

#### bbb) Die eigene Ansicht

Ausgangspunkt der folgenden Erörterungen soll einmal der Gedanke des Bundesverfassungsgerichtes sein, Art.17 GG dürfe nicht nur ein Scheinrecht gewähren, sondern müsse praktischen Wert haben; zum anderen soll ausgegangen werden von der dieser Erkenntnis entsprechenden Feststellung Dagtoglous, daß auch Art.17 ein substantielles Recht auf effektiven, tatsächlich wirksamen Rechtsschutz gewähre<sup>2)</sup>.

Im folgenden werden nunmehr einige weitere Gesichtspunkte zu der Frage dargelegt werden, welchen Umfang das Recht auf sachliche Prüfung im einzelnen haben muß, um den oben genannten Erfordernissen Genüge zu leisten.

Das Petitionsrecht ist nicht nur dann als Scheinrecht anzusehen, wenn eine Petition gegen unanfechtbare Verwaltungsakte bereits **u n z u l ä s s i g** ist. Auch bei Bejahung der Zulässigkeit kommt ihm dieser Charakter zu, soweit es einen unzureichenden **U m f a n g** hat. Zwar wird allgemein davon ausgegangen, daß bei Anerkennung lediglich eines Rechtes auf Entgegennahme ein unzureichender Umfang gegeben sei und bei einer entsprechenden Petition dann nur von einer Papierkorbbeschwerde gesprochen werden könne<sup>3)</sup>. Die gleiche Situation liegt jedoch auch dann vor, wenn unter einem Anspruch auf Sachprüfung nur ein Recht auf Kenntnisnahme der Petition, nicht aber

1) Vgl. Dürig, Maunz-Dürig, Art.19 IV, Anm.3

2) Vgl. oben S.92

3) Vgl. oben S.89

ein Anspruch auf materiell-rechtliche Prüfung verstanden wird. Denn es ist für den Betroffenen gleichgültig, ob der Beamte seine Pflicht nun bereits erfüllt, wenn er die Petition entgegennimmt und sie daraufhin zu den Akten legt, oder ob er erst dann pflichtgemäß handelt, wenn er auch noch ihren Inhalt zur Kenntnis nimmt und sie erst im Anschluß daran abheftet; auch bei Erfüllung eines Anspruches auf Kenntnisnahme ist dem Bürger in keiner Weise effektiv geholfen, da die Kenntnisnahme als solche ebenso wie die Entgegennahme dem Betroffenen keinen wirklichen Vorteil bringt.

Ein Scheinrecht liegt jedoch dann nicht mehr vor, wenn man unter einer "sachlichen Prüfung" nicht nur die Kenntnisnahme der Petition, sondern auch die Prüfung der materiellen Rechtslage versteht. Hält nämlich die Behörde auf Grund einer solchen Untersuchung die Tatbestandsvoraussetzungen des oben anerkannten Rücknahmeanspruches<sup>1)</sup> für gegeben (Rechtswidrigkeit des VA und Überwiegen des Einzelinteresses), so greift in einem solchen Ausnahmefalle die entsprechende Verpflichtung zur Rücknahme ein. Durch die Erfüllung dieser Pflicht, d.h. durch die Rücknahme des belastenden Verwaltungsaktes, wird die Rechtsposition des Bürgers dann **t a t s ä c h l i c h** verbessert. Nicht durch ein Recht auf Kenntnisnahme, sondern erst durch die Anerkennung eines Anspruches auf Prüfung der materiellen Rechtslage erhält der Betroffene also die Möglichkeit, die Behörde zur Prüfung der Voraussetzungen für eine Rücknahme zu zwingen und bei Vorliegen dieser Merkmale das Eingreifen der Rücknahmepflicht zu bewirken. Nur durch die Gewährung eines solchen Anspruches ist somit ein tatsächlich wirksamer Rechtsschutz des Bürgers sichergestellt. Da der Betroffene dann auf Grund des Art.17 immerhin in Ausnahmefällen das Eingreifen einer Rücknahmepflicht bewirken kann, läßt sich Art.17 bei einer solchen Interpretation auch nicht mehr als Scheinrecht bezeichnen.

ccc) Zusammenfassung: es ist also festzustellen, daß entgegen der Meinung Dürigs, Wolffs und Obermayers und in Übereinstim-

1) Vgl. oben § 16

mung mit den Auffassungen des Bundesverfassungsgerichtes sowie den Ansichten von Menger, Klein und Dagtoglou unter einer sachlichen Prüfung nicht nur die Kenntnisnahme, sondern auch die Prüfung und Entscheidung der materiellen Rechtslage verstanden werden muß. Auf Grund einer solchen Interpretation hat das Petitionsrecht für den einzelnen Bürger praktischen Wert, von einem Scheinrecht kann dann keine Rede mehr sein.

cc) Dürig<sup>1)</sup>, Bachof<sup>2)</sup> und Dagtoglou<sup>3)</sup> weisen ausdrücklich darauf hin, daß unter einer sachlichen Entscheidung nicht eine Entscheidung im Sinne des Petitums verstanden werden dürfe. Dagtoglou leitet dies unter Bezugnahme auf Bachof aus dem rein formellen Charakter ab, welcher sowohl dem Recht des Art.19 IV als auch dem in Art.17 verankerten Petitionsrecht zukomme<sup>4)</sup>. Beide Normen gewährleisteten ein rein formelles Recht und könnten daher nicht auch noch einen materiellen Anspruch auf Erfüllung des Erbetenen zum Inhalt haben.

c) Ein Anspruch auf **V e r b e s c h e i d u n g** ist seit der oben zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE 2,225 ff.) allgemein anerkannt<sup>5)</sup>. Jedoch werden - den unterschiedlichen Interpretationen des Begriffes "sachliche Prüfung" entsprechend - auch bei der Definition des Begriffes "Verbescheidung" zwei voneinander abweichende Auffassungen vertreten.

Dürig versteht unter einer Verbescheidung eine über die Bestätigung des Empfanges hinausgehende Bescheidung hinsichtlich des abgeschlossenen Prüfungsvorganges<sup>6)</sup>. Da er aber bei

1) Maunz-Dürig, Art.17, Anm.7

2) Vornahmeklage, S.76

3) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.95,131,143

4) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.95,144

5) Vgl. Dürig, Maunz-Dürig, Art.18, Anm.8; auch die Regelung des § 113 IV GeschOBT sieht ein solches Recht vor. Damit wird, wie Dürig (a.a.O., Anm.8) und Dagtoglou (a.a.O., Anm.90) betonen, der in Art.17 bereits enthaltende Verfassungsbefehl deklaratorisch festgelegt.

6) a.a.O., Anm.8

der Definition des Begriffes "sachliche Prüfung" die Ansicht vertritt, unter einer solchen Prüfung sei nicht eine materielle Entscheidung der Sache zu verstehen (vgl. oben S. 90), so kann davon ausgegangen werden, daß nach Dürig eine Bescheidung über den abgeschlossenen Prüfungsvorgang zumindest nicht mit einer Mitteilung der Sachentscheidung gleichzusetzen ist.

Wenn demgegenüber das Bundesverfassungsgericht sowie Dagtoglou, Klein und Menger eine sachliche Prüfung als eine Prüfung der materiellen Rechtslage ansehen (vgl. oben S.90 - 93), dann läßt sich daraus schließen, daß sie unter einer Verbescheidung die Mitteilung der Sachentscheidung verstehen<sup>1)</sup>.

Die eigene Interpretation des Art.17 zu der Frage, was als sachliche Prüfung angesehen werden könnte (vgl.oben S. 93,94), führt bei der Klärung des Begriffes der Verbescheidung zu dem gleichen Ergebnis, zu dem die letztgenannten Auffassungen gelangt sind.

d) Die ganz herrschende Lehre<sup>2)</sup> vertritt die Auffassung, daß ein Anspruch auf B e g r ü n d u n g des Petitionsbescheides nicht in Art.17 verankert sei.

Das Bundesverfassungsgericht spricht von einer Überspannung des Petitionsrechtes, wenn ein solcher Anspruch anerkannt würde<sup>3)</sup>. Allerdings vertritt das gleiche Gericht in der Ent-

1) Vgl. dazu BVerfGE 2,225 (232), wo von einer s a c h l i c h e n Verbescheidung die Rede ist, welche nach Einreichung einer z w e i t e n Petition nicht m e h r notwendig sein soll. Diese Formulierung berechtigt zu dem Schluß, daß im Gegensatz dazu bei einer e r s t m a l i g eingelegten Petition eine sachliche Verbescheidung vorzunehmen ist; vgl. auch Dagtoglou, Bonn.Komm., Anm.95, 89, 98 u. Menger, VerwArch.Bd.53 (1962) S.281,282.

2) BVerfGE 2,225 (230) und im Anschluß daran v.Mangoldt-Klein, S.508, Dürig, Anm.9,77 zu Art.17, Wolff III, § 166 3 e) 1.; weitere Nachweise bei Dagtoglou, a.a.O., Anm.99

3) BVerfGE 2,225 (230)

scheidung vom 16.1.1957 (BVerfGE 6,32 (44)) eine gegenteilige Ansicht<sup>1)</sup>.

Dürig hält zwar auch eine Begründungspflicht für nicht gegeben<sup>2)</sup>, betont aber immerhin schon, daß die Begründung eines Petitionsbescheides an sich äußerst wünschenswert sei<sup>3)</sup>.

Demgegenüber wird eine Begründungspflicht von Dagtoglou bejaht<sup>4)</sup>. Dabei verweist er in erster Linie auf die im Widerspruch zu dem Urteil vom 22.4.1953 (BVerfGE 2,225 ff.) stehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE 6, 44, vgl. oben), welche den rechtsstaatlichen Grundsatz anerkenne, daß dem Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen werde, ein Anspruch auf Mitteilung der Gründe zustehe; dieser Grundsatz dulde keine Ausnahme. Das sei notwendig, da der Bürger nur so in die Lage versetzt werde, seine Rechte sachgemäß zu verteidigen<sup>5)</sup>.

Des weiteren hält Dagtoglou eine Begründung für erforderlich, weil dadurch der notwendige "Respekt der Staatsmacht dem einzelnen als vernünftigen Wesen gegenüber" zum Ausdruck komme. Auch werde auf diese Weise an die Einsichtigkeit des Bürgers appelliert<sup>6)</sup>.

Schließlich wird betont, daß es für den Adressaten einer Petition keine besondere zusätzliche Belastung darstellen würde, dem Bescheid nach einer pflichtgemäßen Sachprüfung eine Begründung beizufügen<sup>7)</sup>. In diesem Zusammenhang verweist<sup>8)</sup> er auf die Tatsache, daß der Bundestag in der Praxis seine

1) Vgl. dazu Dagtoglou, a.a.O.,Anm.100

2) Maunz-Dürig, Anm.9 zu Art.17

3) a.a.O., Anm.9, vgl. auch Anm.77

4) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.99,100

5) Ein allgemeiner Begründungszwang wird ebenfalls bejaht von Forsthoff, S.230 ff., Wolff I, § 50 II d) 2.; vgl. auch die weiteren Nachweise bei Dagtoglou, a.a.O., Anm.100

6) a.a.O., Anm.100

7) So auch Neubauer, S.77

8) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.100

Petitionsbescheide regelmäßig begründe, obwohl er nicht dazu verpflichtet sei<sup>1)</sup>.

Den Auffassungen, welche einen allgemeinen keine Ausnahme duldenden Begründungszwang anerkennen, muß zugestimmt werden. Dies ergibt sich einmal daraus, daß zumindest keine zwingenden Gründe ersichtlich sind, welche es unbedingt als notwendig erscheinen lassen, bei einem Petitionsbescheid eine Ausnahme von dem oben genannten Grundsatz des Begründungszwanges zu machen; die in dem Urteil vom 22.4.1953 enthaltene Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes, durch eine Begründungspflicht werde das Grundrecht des Art.17 überspannt<sup>2)</sup>, kann m.E. nicht als zwingendes Argument angesehen werden. Des weiteren ist auch nicht die Gefahr gegeben, daß ein Bescheid immer dann als Verwaltungsakt angesehen werden muß, wenn in ihm die Gründe für die Ansicht der Behörde mitgeteilt werden (vgl. unten § 20, S. 111).

Ganz im Gegenteil ergibt sich aus dem oben festgestellten Grundcharakter des Petitionsrechtes, daß auch ein Petitionsbescheid eine Begründung enthalten muß. Nur durch die Bejahung einer Begründungspflicht wird nämlich der Erkenntnis entsprochen, daß dem Petitionsrecht ein praktischer Wert zuzukommen habe. Die Pflicht zur Begründung ergibt sich aus folgenden Überlegungen: hätte der Petent keinen Anspruch auf Bekanntgabe der Gründe und würden sie ihm dementsprechend auch nicht in dem Petitionsbescheid mitgeteilt, so könnte der Betroffene nicht beurteilen, ob eine sachliche Prüfung von der Behörde vorgenommen und somit Art.17 Genüge geleistet worden sei. Auch bei objektiv vorliegender Verletzung des Petitionsrechtes wäre die Lage dann so, daß der Petent keinerlei Anhaltspunkte für einen erfolgreichen Verlauf des Prozesses hätte. Vielmehr müßte er auch in einer solchen Situation damit rechnen, daß seine Klage als unbegründet abgewiesen würde. Das Risiko, die Kosten auf Grund einer Klageabweisung tragen zu müssen, wäre

1) § 113 IV GeschOBT enthält nämlich nur eine entsprechende Sollvorschrift.

2) BVerfGE 2,225 (230)

dann aus der Sicht des Betroffenen sehr groß. Dies hätte zumindest i.d.R. zur Folge, daß er von einer Klageerhebung wegen Verletzung des Art.17 absehen würde. Nähme die Behörde von einer Mitteilung der Gründe Abstand, so käme es in der Praxis also nicht zu der theoretisch an sich möglichen Klageerhebung<sup>1)</sup>. Somit würde auch das Petitionsrecht nicht durchgesetzt werden können. Die Rechtsposition des Betroffenen wäre dann im Ergebnis genau so schlecht, wie wenn das Grundgesetz eine Petition überhaupt nicht vorgesehen hätte.

Der Bürger muß also durch den Petitionsbescheid in eine Lage versetzt werden, in der ihm die Inanspruchnahme des theoretisch möglichen Rechtsschutzes zuzumuten ist und er eine Klage dann auch tatsächlich erhebt. Dieses Ziel wird durch die Mitteilung der Gründe erreicht<sup>2)</sup>. Glaubt nämlich der Betroffene nach Kenntnisnahme der Gründe, in seinem Recht auf sachliche Prüfung verletzt zu sein, wird er eine gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruches für aussichtsreich halten und auch tatsächlich Klage erheben. So hat er dann die Möglichkeit, im Falle einer Verletzung des Art.17 sein Recht auf sachliche Prüfung auch durchzusetzen und damit u.U. die Voraussetzung für die Rücknahme des VA zu schaffen. Durch eine Verpflichtung der Behörde zur Mitteilung der Gründe wird also gewährleistet, daß Art.17 auch p r a k t i s c h e n Wert besitzt.

e) Zusammenfassung: Dürig und Wolff sehen lediglich einen Anspruch auf Entgegennahme und Kenntnisnahme der Petition sowie ein Recht auf eine entsprechende Verbescheidung in Art.17 verankert. Demgegenüber interpretieren das Bundesverfassungsgericht und im Anschluß daran Klein und Menger das Petitionsrecht so, daß es darüber hinaus auch einen Anspruch auf Prüfung der materiellen Rechtslage umfaßt. Ferner soll es ein Recht auf Mitteilung der S a c h e n t s c h e i d u n g zum Inhalt haben.

1) Vgl. Dagtoglou, Bonner Kommentar, Art.17, Anm.142-144

2) Vgl. dazu Menger in JZ 1955, 556 f.

In Übereinstimmung mit Dagtoglou wird vom Verfasser der Arbeit die Ansicht vertreten, daß Art.17 nicht nur die zuletzt genannten Rechte gewährleistet, sondern auch einen Anspruch auf Mitteilung der die Sachentscheidung tragenden Gründe umfaßt.

2. Der Umfang einer in der gleichen Angelegenheit zum zweiten oder wiederholten Male eingereichten Petition

Für den Fall, daß eine solche Petition nach ordnungsgemäßer Bescheidung eingereicht wird, hat das Bundesverfassungsgericht den Umfang des Art.17 weitgehend eingeschränkt<sup>1)</sup>. Zwar wird dann noch ein Recht auf Kenntnisnahme der Petition anerkannt; einen Anspruch auf eine darüber hinausgehende Stellungnahme zu dem Vorgetragenen lehnt das Gericht jedoch ausdrücklich ab<sup>2)</sup>. Wenn bei Verweigerung jeglicher Stellungnahme Art. 17 als nicht verletzt angesehen wird, so kann davon ausgegangen werden, daß das Gericht den Anspruch auf Prüfung der Rechtslage als durch Erfüllung untergegangen betrachtet.

Dementsprechend wird für die oben genannte Sachlage auch ein Recht auf sachliche Verbescheidung verneint<sup>3)</sup>.

Zur Begründung dieser Einschränkung führt das Bundesverfassungsgericht aus, andernfalls sei eine "sinnlose Ausweitung des Petitionsrechtes" gegeben.

Dieser Argumentation muß zugestimmt werden auf Grund des Umstandes, daß der Gedanke der Rechtssicherheit in einem nicht vertretbaren Maße verletzt sein würde, wenn der Bürger auch nach ordnungsgemäßer Bescheidung seiner Petition immer wieder einen Anspruch auf Prüfung der Rechtslage geltend machen könnte.

1) BVerfGE 2,225 (230,231) sowie LS 2

2) a.a.O., S.231

3) a.a.O., S.232

## § 18

### Die Ausnahmeregelung

Es wird allgemein die Auffassung vertreten, daß sich bei Petitionen eine besondere Rechtslage ergibt, soweit ihre Form nicht den zu stellenden Anforderungen entspricht (vgl.dazu I) oder etwas Unmögliches oder rechtlich Verbotenes verlangt wird (vgl. dazu II).

#### I. Die Form der Petition

1. Die Eingabe mit beleidigendem, herausforderndem oder erpresserischem Inhalt

a) Das Bundesverfassungsgericht hält eine Petition bereits für unzulässig, soweit sie einen beleidigenden, herausfordernden oder erpresserischen Inhalt hat<sup>1)</sup>.

Dürig beschäftigt sich vornehmlich mit der Rechtslage, die sich bei beleidigenden Petitionen ergibt, und unterscheidet hier im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht zwischen Beleidigungen des Petitionsadressaten<sup>2)</sup> und Beleidigungen Dritter<sup>3)</sup>.

Bei äußerst schweren Beleidigungen gegenüber dem Petitionsadressaten entfällt nach Dürig eine Erledigungspflicht<sup>4)</sup>. Seinen Ausführungen zu dem Begriff der Erledigungspflicht<sup>5)</sup> entsprechend bedeutet dies, daß damit eine Verpflichtung zur Entgegennahme, Sachprüfung und Verbescheidung abgelehnt und auf diese Weise die Zulässigkeit einer solchen Petition verneint wird.

Während Dürig insoweit noch mit dem Bundesverfassungsgericht übereinstimmt, vertritt er bei Petitionen, welche einen

1) BVerfGE 2,225 (229), so auch Wolff III, § 156 V a) 3., S.245 und v.Mangoldt-Klein, Anm.III,3 zu Art.17 m.w.N.

2) Maunz-Dürig, Art.17, Anm.45

3) a.a.O., Anm.46

4) a.a.O., Anm.45

5) a.a.O., Anm. 5-9

Dritten beleidigen, eine andere Ansicht<sup>1)</sup>. Die Zulässigkeit einer solchen Petition wird mit dem Hinweis darauf begründet, daß es primär Sache der Strafjustiz sei, die Petition als beleidigend zu qualifizieren. Der Petitionsadressat hingegen dürfe sich im Falle einer Beleidigung Dritter nicht als Strafrichter gerieren. So habe seine Erledigungspflicht unabhängig von Erwägungen strafrechtlicher Verantwortlichkeit i.d.R. fortzubestehen.

Dagtoglou folgt weitgehend den Ausführungen Dürigs zur Rechtslage bei Beleidigungen gegenüber Dritten. Bei der Beurteilung von Eingaben, deren Inhalt den Petitionsadressaten beleidigen, stimmt er jedoch nicht mit ihm überein; er weist darauf hin, daß Dürig hier das **a l l g e m e i n** geltende Strafjustizmonopol verkenne<sup>2)</sup>. Dementsprechend bejaht Dagtoglou eine Erledigungspflicht und somit die Zulässigkeit der Petition in **b e i d e n** Fällen, also bei einer Beleidigung sowohl des Petitionsadressaten als auch eines Dritten<sup>3)</sup>. Entsprechendes gelte für herausfordernde oder erpresserische Petitionen<sup>4)</sup> sowie für solche Eingaben, welche eine falsche Anschuldigung i.S.d. § 164 StGB enthielten<sup>5)</sup>. Nach Dagtoglou soll also ein derartiger Inhalt der Eingabe die Zulässigkeit der Petition nicht berühren; zur Ahndung etwa einer Beleidigung ist seiner Ansicht nach allein die Strafjustiz zuständig.

b) Für die Ansicht Dagtoglous spricht der Umstand, daß sie das in Art. 20 II GG verankerte Prinzip der Gewaltentrennung<sup>6)</sup> berücksichtigt. Es soll ihr daher gefolgt werden.

1) a.a.O., Anm.46

2) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.125

3) Die Zulässigkeit wird nur bei den Eingaben verneint, welche zwar in die Form einer Petition gekleidet, materiell aber keine echten Petitionen sind, sondern ausschließlich beleidigende Äußerungen i.S.d. §§ 185 ff.StGB enthalten (vgl.Anm.123), so auch Dürig,Anm.40, und Arndt, NJW 1954, 1072 (1973).

4) a.a.O., Anm.127

5) a.a.O., Anm.126 m.w.N.

6) Vgl. dazu Maunz, Staatsrecht, § 10 II 3.a) sowie Maunz-Dürig, Art.20, Anm.78

## 2. Die querulatorische Petition

### a) Die Auffassung Dürigs

Dürig vertritt die Ansicht, daß auch eine querulatorische Eingabe als Petition anzusehen sei<sup>1)</sup>. Allerdings dürfe die Behörde notorischen Querulanten nach "immer wieder" in gleicher Sache vorgebrachten Eingaben mit vorgedruckter Postkarte mitteilen, sie werde in Zukunft nicht mehr antworten<sup>2)</sup>. Aus diesen Ausführungen läßt sich der Umkehrschluß ziehen, daß er bei den ersten Malen einer Einlegung die Behörde für verpflichtet hält, mehr zu tun als den Petenten nur mit einer Karte obigen Inhalts zu bescheiden. Damit bringt er gleichzeitig zum Ausdruck, daß er bei den Ersteingaben nicht nur das Vorliegen einer Petition als gegeben erachtet, sondern auch deren Zulässigkeit in den Fällen bejaht, in denen sie querulatorischen Charakter haben sollten.

### b) Die eigene Ansicht

#### aa) Zur Rechtslage im Falle einer **e r s t** malig eingereichten Petition

Dafür, daß eine solche Petition nicht von vornherein wegen querulatorischen Inhaltes als unzulässig angesehen werden darf, sprechen auch folgende Überlegungen: eine erstmalig eingelegte Gegenvorstellung läßt sich i.d.R. erst auf Grund einer Sachprüfung als eine querulatorische Petition qualifizieren; der Sachbearbeiter kann nämlich erst bei einer solchen Prüfung die Frage klären, ob die Petition neue rechtlich relevante Gesichtspunkte enthält oder ob in ihr nur alte, rechtlich unbedeutende Argumente wiederholt worden sind. Nur bei dem Vortrag von bereits bekannten und rechtlich unbedeutenden Tatsachen kann er dann zu der Feststellung gelangen, daß es sich um eine querulatorische Petition handelt. Wegen der Notwendigkeit einer vorherigen Sachprüfung zur Feststellung eben dieses Charakters ist es also nicht möglich, eine erstmalig eingelegte Petition von vornherein wegen querulato-

1) Dürig, Maunz-Dürig, Art.17,Anm.41,39

2) a.a.O., Anm.41

rischen Inhaltes als unzulässig abzuweisen, ohne daß eine solche Sachprüfung vorgenommen worden ist.

Das gleiche muß auch dann gelten, wenn sich der Petent in anderen Fällen als ständiger Querulant erwiesen hat. Immerhin sollte auch hier mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß an der gerade eingelegten Petition ausnahmsweise "mal etwas dran" ist<sup>1)</sup>. Allein dieser Umstand verbietet es, von dem querulatorischen Inhalt früherer Petitionen auf den gleichen Charakter der gerade eingelegten Eingabe zu schließen. Es gilt somit auch hier das oben Gesagte, nach dem erst durch eine erneute Sachprüfung der querulatorische Inhalt einer Eingabe festgestellt werden kann. Die Rechtslage muß demnach auch hier die gleiche sein.

Aber nicht nur die Zulässigkeit, sondern auch der Umfang einer Petition hat notwendigerweise von dem querulatorischen Charakter einer Eingabe unberührt zu bleiben: wird ein solcher Inhalt auf Grund der dazu notwendigen Sachprüfung festgestellt, so ist mit der vollzogenen Sachprüfung das entscheidende aus Art.17 GG fließende Recht auf Sachprüfung bereits erfüllt. Von dem Zeitpunkt an, zu dem der querulatorische Inhalt festgestellt worden ist, besteht also überhaupt nicht mehr die Möglichkeit, den Umfang der in Art.17 verankerten Rechte mit Rücksicht auf den Inhalt der Eingabe einzuschränken.

bb) Zur Rechtslage im Falle einer zum z w e i t e n  
oder wiederholten Male eingereichten Petition

Auch der querulatorische Inhalt einer solchen Eingabe ändert an der Zulässigkeit der Petition oder an dem Umfang des Petitionsrechtes nichts. Zwar ist zur Klärung der Frage, ob die zweite Petition die gleichen Argumente wie die erste Petition enthält, keine erneute Sachprüfung notwendig. Die Identität der Eingaben läßt sich vielmehr leicht durch Kenntnisnahme ihres Inhaltes feststellen. Eine solche Kenntnisnahme ist dazu allerdings unerlässlich. Aus diesem Grunde darf

---

1) "In dubio pro petente"!

scheidung versteht<sup>1)</sup>, kann seinen Ausführungen entnommen werden, daß er einen Anspruch auf vollständige Sachprüfung - also auch auf Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes - und eine entsprechende Verbescheidung in den Fällen ablehnt, in denen etwas rechtlich Verbotenes oder etwas aus tatsächlichen Gründen Unmögliches beantragt worden ist.

Der Auffassung Dagtoglous muß aus verfahrensökonomischen Gründen<sup>2)</sup> zugestimmt werden. Wenn für eine Behörde bereits nach kurzer Prüfung eines Rücknahmeantrages feststeht, daß die Aufhebung des angegangenen VA z.B. wegen der materiellen Rechtskraft des ihm bestätigenden Urteils verboten ist, dann würde sich eine erneute vollständige Sachprüfung nicht mehr "lohnen"; auch dann, wenn sich der VA auf Grund einer solchen Sachprüfung als rechtswidrig erweisen sollte, könnte nämlich wegen der materiellen Rechtskraft des Urteils dem Antrag dann trotzdem nicht entsprochen werden.

2. Oben (§ 16) war festgestellt worden, daß bei Vorliegen eines rechtskräftig bestätigten VA oder bei einem Verwaltungsakt, dessen Vollzug äußerst schwierig ist, jede Rücknahme ausgeschlossen sei. Bei einem rechtskräftig bestätigten VA beruht die Unmöglichkeit auf rechtlichen Umständen - sie ist also aus diesem Grunde verboten -, bei einem Verwaltungsakt, dessen Vollzug mit ungewöhnlich großen Schwierigkeiten verbunden wäre, kann eine Unmöglichkeit aus tatsächlichen Gründen angenommen werden. Somit wird "etwas rechtlich Verbotenes oder Unmögliches" verlangt, wenn der Petent die Rücknahme der-

1) Bonner Kommentar, Art.17, Anm.89

2) Menger betont, daß alles Verfahrensrecht teleologisch zu betrachten sei. Auf diese Weise werde der Gedanke der Prozeßökonomie und damit das Prinzip der Zweckmäßigkeit verwirklicht, welches zu den tragenden Grundsätzen der Rechtsordnung gehöre (vgl. dazu System, S.74, sowie die Ausführungen in: Prozeßrechtssätze, S.444). Damit befindet er sich in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre im Zivilprozeßrecht (vgl. dazu Baumbach-Lauterbach, Einleitung III, 5, B sowie Einleitung vor § 325, Anm.3 A, Rosenberg § 8, S.27 sowie § 140, S.695 und Stein-Jonas, Einleitung C; zu der Bedeutung des Gedankens der Zweckmäßigkeit vgl. auch Radbruch, S.8).

artiger Verwaltungsakte beantragt.

Da der Auffassung Dagtoglous gefolgt werden soll, hat also die Rechtsfolge einzutreten, daß in diesen Fällen ein Anspruch auf vollständige Sachprüfung und eine entsprechende Verbescheidung entfällt, der Umfang des Petitionsrechtes also eingeschränkt wird. Dies bedeutet, daß dem Bürger dann nur noch ein Recht auf Entgegennahme und Kenntnisnahme sowie auf eine teilweise Sachprüfung zustehen kann, bei der lediglich die Frage geklärt werden darf, ob etwas rechtlich Verbotenes oder Unmögliches verlangt wird<sup>1)</sup>, d.h., ob hier ein VA vorliegt, bei dem das öffentliche Interesse am Fortbestand derartig groß ist, daß ein Überwiegen des Einzelinteresses in keinem Falle angenommen werden kann (vgl. oben § 16).

§ 19

Die aus Art.17 GG abgeleitete Gesamregelung

Es entspricht also nur die folgende konkrete Regelung dem in der Verfassung verankerten Maßstab des Art.17:

I. Demjenigen, der zum e r s t e n Male gegen einen Verwaltungsakt eine Gegenvorstellung einlegt, steht grundsätzlich ein Anspruch zu auf Entgegennahme und Kenntnisnahme der Eingabe sowie auf Prüfung der für das Eingreifen der Rücknahmepflicht notwendigen Voraussetzungen, also der Rechtswidrigkeit des VA und des Vorliegens eines überwiegenden Individualinteresses. Des weiteren hat die Behörde den Petenten sachlich zu verbescheiden, d.h. ihm das Ergebnis der Sachentscheidung mitzuteilen, und ihn darüber hinaus über die Gründe in Kenntnis zu setzen, welche für die Sachentscheidung von Bedeutung waren.

1) Eine andere Rechtslage ergibt sich allerdings bei Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches wegen Amtspflichtverletzung. In einem solchen Falle müßte natürlich auch hier die Rechtmäßigkeit des VA untersucht werden.

Ist die Behörde diesen Pflichten nachgekommen, geht der entsprechende Anspruch des Bürgers teilweise unter: legt er nämlich eine Petition gleichen Inhalts zum z w e i t e n oder wiederholten Male ein, so hat er nur noch ein Recht auf Entgegennahme und Kenntnisnahme der Eingabe sowie auf eine entsprechende Verbescheidung, d.h., es steht ihm hier nur noch ein Recht auf Bestätigung des Eingangs und der Kenntnisnahme seiner Petition zu. Der Anspruch auf Sachprüfung und die sich daraus ergebenden Rechte sind eben bereits durch Erfüllung untergegangen.

II. Ein beleidigender, herausfordernder, erpresserischer oder querulatorischer Inhalt einer Petition ändert an der oben dargelegten Regelung nichts. Demgegenüber ist bei Petitionen, in denen die Rücknahme von nicht aufhebbaaren Verwaltungsakten (also rechtskräftig bestätigten VAen und Verwaltungsakten, deren Vollzug unmöglich ist) beantragt wird, der Umfang der Rechte des Petenten von der ersten Einlegung an eingeschränkt. Die Behörde darf hier nur so lange tätig sein, bis sie mit der notwendigen Sicherheit festgestellt hat, daß die Rücknahme von Verwaltungsakten der oben bezeichneten Art verlangt wird; dementsprechend muß die Verwaltung über die Kenntnisnahme des Petitionsinhaltes hinaus noch eine teilweise Sachprüfung vornehmen, bei der sie allerdings nur zu prüfen hat, ob das Tatbestandsmerkmal "Überwiegen des Individualinteresses" vorliegt oder nicht. Da bei den nicht aufhebbaaren Verwaltungsakten ein solches Interesse in j e d e m Falle verneint werden muß, ist eine anschließende Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA überflüssig<sup>1)</sup>; auch dann, wenn sich der angegangene Verwaltungsakt als rechtswidrig erweisen würde, wäre nämlich ein Eingreifen der Rücknahmepflicht unmöglich wegen des Fehlens eines überwiegenden Individualinteresses.

1) Eine andere Rechtslage ergibt sich nur dann, wenn Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung verlangt wird (vgl. oben S.107, Fn.1).

## 2.Kapitel

Der Vorschlag zur Lösung des besonderen Problems des anfechtbaren Zweitbescheides und der wiederholenden Verfügung

### § 20

Der Hinweis auf den Erstbescheid als einzige Form der Ablehnung eines Rücknahmeantrages

I. Die Anforderungen an einen solchen Hinweis und deren Verwirklichung

Die Untersuchungen in § 14 haben die in den §§ 5 und 7 dargelegten Auffassungen bestätigt, nach denen i.d.R. dem Grundsatz der Rechtssicherheit der Vorrang auch dann gebührt, wenn der Verwaltungsakt rechts w i d r i g ist. Eine derartige Vorrangstellung muß m.E. erst recht in den Fällen bejaht werden, in denen die Behörde auf Grund einer erneuten Sachprüfung zu der Erkenntnis gekommen ist, daß der Verwaltungsakt recht m ä ß i g sei. Mit diesem Erfordernis wäre es unvereinbar, wenn es der Behörde gestattet sein würde, trotz Erkenntnis der Rechtmäßigkeit des Erstbescheides einen Zweitbescheid zu erlassen, der dem Bürger den Rechtsweg neu eröffnete und somit den Gedanken der Rechtssicherheit vollständig unberücksichtigt ließe (vgl. oben § 12 II).

Des weiteren hat sich auf Grund der Erörterungen des § 17 ergeben, daß die Regelung des Art.17 GG bei der Lösung des hier anstehenden Problems zu beachten ist und dementsprechend ein Anspruch des Bürgers auf Sachprüfung in der Regel bejaht werden muß. Nicht nur aus den oben bereits genannten Gründen (vgl. § 12 I), sondern auch auf Grund dieses Umstandes ergibt sich die Unzulässigkeit einer wiederholenden Verfügung, welche nach der h.L. gerade die Ablehnung einer solchen Sachprüfung zum Inhalt haben soll.

Es sprechen also zwingende Argumente dafür, eine Form der Ablehnung zu entwickeln, welche weder den grundsätzlichen Vorrang des Rechtssicherheitsgedankens verletzt noch im Widerspruch zu Art.17 GG steht.

Diesen Anforderungen wäre entsprochen, wenn die negative Bescheidung in Form eines behördlichen **H i n w e i s e s** erfolgen würde, der einerseits in keinem Falle anfechtbar ist, andererseits aber regelmäßig eine vollständige Sachprüfung voraussetzt. Demgemäß müßte die Behörde den Antragsteller in dem "**T e n o r**" ihrer Mitteilung auf die Gültigkeit des bereits erlassenen Erstbescheides verweisen.

Zur **B e g r ü n d u n g**<sup>1)</sup> für diese Verweisung hätte sie dem Betroffenen dann in der Regel<sup>2)</sup> mitzuteilen, sie habe eine erneute Sachprüfung vorgenommen, sei dabei aber - aus noch näher zu bezeichnenden Gründen - zu dem Ergebnis gekommen, daß der angegangene Verwaltungsakt als rechtmäßig angesehen werden müsse oder daß ein überwiegendes Individualinteresse zu verneinen sei. Eine Verpflichtung zur Rücknahme könne daher nicht eingreifen.

## II. Die Beurteilung dieser Form der Ablehnung nach weiteren rechtlichen und allgemeinen Gesichtspunkten

### 1. Rechtliche Gesichtspunkte

a) Ein solcher Hinweis hat den rechtlichen Vorteil, daß er auch nach der h.L. nicht als Verwaltungsakt angesehen werden kann, da er die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Wolff definiert einen Verwaltungsakt in weitgehender Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre als "jede von einem Subjekt der öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes getroffene Maßnahme zur **R e g e l u n g** eines Einzelfalles, durch welche eine oder mehrere Personen ... betroffen ... werden"<sup>3)</sup>. Eine solche Regelung ist nach Wolff dann zu verneinen, wenn eine behördliche Äußerung lediglich auf einen bereits erlassenen VA verweist, ohne selbst irgend

- 1) Bei Vorliegen einer Sachprüfung ist die Mitteilung der Gründe erforderlich wegen des allgemeinen keine Ausnahme duldenden Begründungszwanges (vgl. oben § 17, S. 97).
- 2) Bei einer zum zweiten oder wiederholten Male eingelegten Petition kann natürlich wegen des Fehlens einer erneuten Sachprüfung eine Mitteilung der entsprechenden Gründe nicht mehr erfolgen.
- 3) § 46 I, S. 297

etwas Neues anzuordnen<sup>1)</sup>. So sei z.B. die Bescheidung einer gegen einen unanfechtbaren VA gerichteten Gegenvorstellung nicht als Verwaltungsakt anzusehen<sup>2)</sup>.

Wenn nun die Behörde - dem soeben gemachten Vorschlag entsprechend - auf die Gültigkeit des bereits erlassenen VA verweist, dann macht sie den Betroffenen lediglich auf die bereits **v o r g e n o m m e n e** Regelung seines Einzelfalles aufmerksam. Eine erneute Regelung kann sie mit einem solchen Hinweis also gerade nicht vornehmen. Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes muß daher hier abgelehnt werden.

b) Würde die oben entwickelte Form des Hinweises anerkannt, so wäre es der Behörde des weiteren möglich, durch Mitteilung der Gründe dem Gedanken des allgemeinen Begründungszwanges zu entsprechen, ohne dabei befürchten zu müssen, daß ihr Bescheid dann gleich als anfechtbarer Zweitbescheid angesehen wird.

### 2. Praktische und rechtspolitische Gesichtspunkte

Darüber hinaus hätte die Bejahung der oben vorgeschlagenen Form eines Hinweises zur Folge, daß eine bereits allgemein ausgeübte behördliche Praxis auch ihre rechtliche Anerkennung fände. Daraus ergäben sich Vorteile, welche im einzelnen noch aufgeführt werden sollen.

Maurer weist darauf hin, daß es der Behörde - auch bei Zugrundelegung der herrschenden Lehre - in der **P r a x i s** freistehe, nach der Antragstellung zunächst einmal für sich,

- 1) § 46 V b) 2., S. 302, 303
- 2) § 46 V b) 2., S. 303, vgl. auch BayVG 11, 51. Aus diesen Darlegungen wird m.E. deutlich, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob eine behördliche Äußerung einen Verwaltungsakt darstellt, allein auf den "**Tenor**" der Äußerung und dementsprechend nicht auf das Vorliegen einer Sachprüfung und Sachentscheidung ankommt. Zwar liegt es bei dem Vorliegen einer Sachentscheidung nahe, daß die Behörde dann auch eine entsprechende Regelung vornimmt; es kann aber zumindest dann nicht von der Existenz einer Sachentscheidung auf das Vorliegen einer Regelung und somit auf das Vorhandensein eines VA geschlossen werden, wenn die Behörde in dem "**Tenor**" ihres Bescheides eine Regelung gerade nicht vornimmt, sondern **a u s d r ü c k l i c h** auf eine bereits getroffene Regelung nur verweist.

also sozusagen inoffiziell, eine Sachprüfung vorzunehmen.  
 Für den Fall, daß sie den belastenden Erstbescheid auch nach einer solchen Sachprüfung für rechtmäßig halte und gleichzeitig zu einer **a n f e c h t b a r e n** Ablehnung des Antrages nicht bereit sei, bestehe für sie dann immer noch die Möglichkeit, in Form einer wiederholenden Verfügung auf den Erstbescheid zu verweisen und somit offiziell, also nach außen hin, bereits eine erneute Sachprüfung abzulehnen<sup>1)</sup>.

Dadurch, daß die Behörde nach außen hin "so tun kann, als ob" sie keine Sachprüfung und Sachentscheidung vorgenommen habe, obwohl das in Wirklichkeit doch der Fall gewesen ist, besteht für sie in der Praxis die Möglichkeit, dem ablehnenden Bescheid den Charakter eines Verwaltungsaktes zu nehmen; mit Hilfe eines verfahrensrechtlichen "Tricks" brächte sie es somit unter formeller Berücksichtigung der h.L. dennoch zustande, es dem Bürger trotz Vorliegens einer Sachentscheidung unmöglich zu machen, den Rechtsweg erneut zu beschreiten. Die aus Art.17 abgeleitete Notwendigkeit einer erneuten Sachprüfung sowie der in § 79 II BVGG zum Ausdruck kommende Vorrang des Rechtssicherheitsgedankens würden also bei einem solchen Vorgehen der Behörde voll berücksichtigt werden.

Von der Möglichkeit, die Vorstellungen der h.L. in der dargelegten Weise zu umgehen, wird in der Praxis weitgehend Gebrauch gemacht. Würde nun die Zulässigkeit eines Hinweises der oben (S.109,110) vorgeschlagenen Art bejaht, so fände dieses in der Praxis angewandte und zu verfassungsmäßigen Ergebnissen führende Verfahren auch seine rechtliche Anerkennung. Dies hätte den Vorteil, daß dann keine Diskrepanz mehr zwischen Theorie und Praxis bestehen würde.

a) Es wäre der Verwaltung somit möglich, einen Rücknahmeantrag tatsächlich in der Form abzulehnen, welche für einen solchen Fall rechtlich vorgesehen ist. Um hier den Grundsatz der Rechtssicherheit voll verwirklichen zu können, brauchte sich

1) S.489, Fn.94

die Behörde dann also nicht mehr des verfahrensrechtlichen Tricks zu bedienen, durch Nichtmitteilung der Gründe die Anfechtbarkeit des Bescheides zu verhindern.

b) Des weiteren hätte die Übereinstimmung von Theorie und Praxis den Vorteil, daß auf diese Weise das Ansehen der Rechtsordnung gestärkt würde. Eine abstrakte Regelung, welche in der Praxis bewußt umgangen wird, dürfte weder bei der Verwaltung noch bei dem einzelnen Bürger ein besonderes Vertrauen genießen.

### 3.Kapitel

#### Gesamtbetrachtung

#### § 21

#### Zusammenfassende Darstellung des in §§ 13 und 20 entwickelten Lösungsvorschlages

I. Nach dem oben entwickelten Lösungsvorschlag hat die Behörde also eine Sachprüfung vorzunehmen, soweit der Rücknahmeantrag zum ersten Male gestellt worden ist. Bei dieser Sachprüfung dürfte es i.d.R. gerechtfertigt sein, zunächst die Rechtmäßigkeit des angegangenen Verwaltungsaktes zu untersuchen. Erweist sich der VA als fehlerhaft, liegt also das erste Tatbestandsmerkmal des Rücknahmeanspruches vor, muß anschließend geprüft werden, ob auch ein überwiegendes Interesse des Betroffenen und somit das zweite Tatbestandsmerkmal zu bejahen ist. Die Notwendigkeit dieser Reihenfolge wird ganz besonders in den Fällen deutlich, in denen die Frage zu klären bleibt, ob ein überwiegendes Interesse wegen einer Änderung der Rechtsprechung angenommen werden kann. Hier ist die Bejahung der Rechtswidrigkeit geradezu Voraussetzung für die Annahme des zweiten Tatbestandsmerkmals.

Für den Fall jedoch, daß das Nichtvorliegen eines überwie-

genden Interesses offenkundig ist, dürfte es aus verfahrens-  
ökonomischen Gründen für die Behörde angebracht sein, die  
Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA zu unterlassen - hier steht  
ja von vornherein fest, daß eine Verpflichtung zur Rücknahme  
unter keinen Umständen eintreten kann. Eine solche Sachlage  
liegt bei rechtskräftig bestätigten VAen sowie solchen Ver-  
waltungsakten vor, bei denen eine Rücknahme aus tatsächlichen  
Gründen als unmöglich anzusehen ist.

II. Obwohl der oben entwickelte Lösungsvorschlag eine behörd-  
liche Verpflichtung zur Sachprüfung auch nach Eintritt der  
Unanfechtbarkeit vorsieht, läßt er sich trotzdem zu der Grup-  
pe von Theorien rechnen, nach der ein Verwaltungsakt grundsätz-  
lich in die dritte Stufe der Bestandskraft erwächst (vgl. oben  
§ 7): zur Beurteilung dieser Frage kann nur der Umstand ent-  
scheidend sein, wie die Rechtslage hinsichtlich der eigentli-  
chen Rücknahme gestaltet ist; der Rechtslage hinsichtlich des  
Eintritts in eine erneute Sachprüfung kommt hier keine Bedeu-  
tung zu. Dies ergibt sich daraus, daß es allein durch die  
Rücknahme möglich ist, den Bestand eines Verwaltungsaktes zu  
beseitigen; eine erneute Sachprüfung kann demgegenüber nur  
die Voraussetzung dazu schaffen. Da nun der oben entwickelte  
Lösungsvorschlag i.d.R. noch nicht einmal eine Berechtigung  
zur Rücknahme bejaht, muß davon ausgegangen werden, daß auch  
er eine Regelung vorsieht, nach der ein VA grundsätzlich in  
die dritte Stufe der Bestandskraft erwächst.

Auch innerhalb der dritten Gruppe berücksichtigt der oben  
entwickelte Lösungsvorschlag den Gedanken der Rechtssicher-  
heit am weitestgehenden. Soweit der Anspruch auf Sachprüfung  
durch Erfüllung untergegangen ist, besteht nämlich nach der  
dort dargelegten Ansicht für den Bürger überhaupt keine Mög-  
lichkeit mehr, die Behörde von der zweiten Einlegung einer Pe-  
tition an zur Prüfung der Rücknahmevoraussetzungen und damit  
auch zur eigentlichen Rücknahme zu zwingen. Dementsprechend  
kann er dieses Ziel - im Gegensatz zu der Lehre von Franz,  
Martens und Maurer - hier noch nicht einmal in Ausnahmefällen  
erreichen.

*gut, gut*

§ 22

Anhang: Die Rechtslage, die sich bei Eintritt von  
neuen Tatsachen oder Rechtsänderungen ergibt

Scharf zu unterscheiden von der bisher erörterten Rechts-  
lage ist die rechtliche Situation, welche sich bei Eintritt  
von neuen Tatsachen oder Rechtsänderungen ergibt, also bei  
einer *n a c h t r ä g l i c h e n* Änderung der Sach- und  
Rechtslage gegeben ist.

I. Eine Änderung der Sachlage liegt vor, soweit nach Erlaß  
des angegangenen VA wesentlich<sup>1)</sup> neue *T a t s a c h e n* ein-  
getreten sind, welche eine andere materiell-rechtliche Beur-  
teilung und Entscheidung des Sachverhaltes rechtfertigen wür-  
den; von einer Änderung der Rechtslage kann demgegenüber vor-  
nehmlich dann gesprochen werden, wenn nach Erlaß des VA das  
von der Behörde angewandte materielle *R e c h t* geändert wor-  
den ist<sup>2)</sup>.

Für den Fall, daß sich ein VA auf Grund derartiger Verände-  
rungen als nunmehr fehlerhaft erweist, wird eine uneingeschränk-  
te Rücknahmepflicht der Behörde sowie ein entsprechender An-  
spruch des Bürgers allgemein anerkannt.<sup>3)</sup>

1) Vgl. dazu Schäfer, S.84

2) Vgl. die von Menger, System, S.209, herausgearbeiteten Fäl-  
le, in denen die denkbaren Möglichkeiten einer nachträglichen  
Veränderung zum Ausdruck kommen.  
Nicht zu verwechseln mit den Fällen einer Änderung der Sach-  
oder Rechtslage sind jedoch die Fälle, in denen sich der  
Bürger in Beweisnot befunden hat oder eine Änderung der  
Rechtsprechung vorliegt. Im Falle einer Beweisnot ist es dem  
Bürger nämlich nicht möglich gewesen, ursprünglich, d.h.,  
*b e i* Erlaß des VA bereits gegebene *T a t s a c h e n*  
rechtzeitig geltend zu machen; eine Änderung der Rechtspre-  
chung ist nur dann anzunehmen, wenn nach Erlaß des VA ein  
Wandel in der Rechtsprechung zu bereits *b e i* Erlaß gege-  
benen *r e c h t l i c h e n* Regelungen eingetreten ist. Hier  
darf sich also nicht die einschlägige rechtliche Regelung,  
sondern nur die dazu ergangene Rechtsprechung geändert haben  
(vgl. oben § 15, S.69).

3) So die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerich-  
tes, vgl. etwa BVerwGE 6,321 = DÖV 1958,504; 11,106 = DÖV 1961  
60; 19,153 (1955) = DÖV 1965,353; DÖV 1968,498 = DVBl.1968,

II. Die Richtigkeit dieser Regelung ergibt sich in gleicher Weise aus rechtssystematischen (vgl.1.) wie aus rechtspolitischen (vgl.2.) Erwägungen.

1. Menger weist in diesem Zusammenhang auf die objektiven Grenzen materieller Rechtskraft hin. Er geht von dem Umstand aus, daß die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung nur insoweit bejaht werden könne, als der der Entscheidung zugrundeliegende Streitgegenstand unverändert geblieben sei (vgl. § 121 VwGO). Ändere sich jedoch der Sachverhalt, so argumentiert er weiter, liege also nicht mehr eadem res vor, so fehle es an einer Identität des Streitgegenstandes. Dementsprechend sei dann auch die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung zu verneinen. Dies habe zur Folge, daß gegenüber einem auf Grund veränderter Sachlage nachträglich ergangenen Verwaltungsakt der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, also der materiellen Rechtskraft, nicht mehr gerechtfertigt sei<sup>1)</sup>. Vielmehr könnten die Beteiligten dann vortragen, daß sich die Sachlage geändert habe und demgemäß eine andere Rechtsfolge eingetreten sei<sup>2)</sup>.

Für den Fall einer Änderung der Rechtslage wird die Gleichheit des Streitgegenstandes ebenfalls verneint<sup>3)</sup>. Dies bedeutet, daß auch hier eine Bindungswirkung zu entfallen hat.

Zwar gehen die oben dargelegten Überlegungen von dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils aus. Wenn aber dort - mit überzeugender Begründung - eine Bindung sogar in einem

---

DÖV 1968,137 = DVBl.1968, 155; DVBl.1968,992 (Nr.335) = DÖD 1968,177; desgl. Wolff, § 52,III b) 2.,S.354, Menger, VerwArch. Bd.54 (1963),S.92, Bachof, Rechtsprechung I, S.217, sowie Maurer,S.478. Ein uneingeschränkter Rücknahmeanspruch wird hier jedoch nur angenommen bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung sowie solchen VAen mit einmaliger Wirkung, welche noch nicht vollzogen sind.

- 1) So Menger, Prozeßrechtssätze, S.438
- 2) So Menger, a.a.O., unter Hinweis auf BVerwG, VerwRspr.11,365 und BVerwGE 6,321, vgl. auch Eyermann-Fröhler, § 321, Anm.27
- 3) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 121, Anm.30

solchen Falle abgelehnt wird, so muß das erst recht gelten, wenn eine rechtskräftige Bestätigung eines VA nicht gegeben ist.

Es kann also davon ausgegangen werden, daß im Falle einer Änderung der Sach- oder Rechtslage ein Rücknahmeanspruch auf Grund der hier fehlenden Identität des Streitgegenstandes gerechtfertigt ist.

2. Die Richtigkeit einer solchen Regelung ergibt sich weiterhin aus dem Umstand, daß hierdurch dem aus rechtspolitischen Gründen gegebenen Erfordernis entsprochen wird, nach dem sich die Verwaltung den sich ständig wandelnden Lebensverhältnissen sowie dem häufigen Wechsel der Gesetzgebung anzupassen hat<sup>1)</sup>. Diese Notwendigkeit beruht auf der Tatsache, daß die Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit häufig von Voraussetzungen abhängt, deren inhaltliche Bestimmung starken Schwankungen ausgesetzt ist wie etwa in den Fällen, in denen das Gesetz auf öffentliches Interesse, Bedürfnis, Wohlfahrt usw. verweist, also mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeitet<sup>2)</sup>.

## § 23

### Zusammenfassende Stellungnahme zu dem hier vorgetragenen Lösungsvorschlag

Die Bedenken, die in § 10 gegen verschiedene Auffassungen erhoben worden sind, können m.E. der vorgeschlagenen Regelung gegenüber nicht geltend gemacht werden (vgl. I-IV). Darüber hinaus erscheinen auch andere denkbare Einwände als nicht gerechtfertigt; vielmehr ist festzustellen, daß die hier vorgetragene Ansicht einigen weiteren aus dem Rechtsstaatsgedan-

- 
- 1) Vgl. Bähr, § 1, der die rechtlichen Auswirkungen von nachträglichen Veränderungen für die Zeit vor Eintritt der Unanfechtbarkeit untersucht.
  - 2) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 121, Anm.28, und Menger, Prozeßrechtssätze, S.439

ken abgeleiteten Erfordernissen ebenfalls entspricht (vgl. V - VIII).

I. Im Gegensatz zu den von Forsthoff und Hauelsen vertretenen Ansichten (vgl. § 10 I) berücksichtigt der oben entwickelte Vorschlag den Gedanken der Subjektivierung des Staat - Bürger - Verhältnisses dadurch, daß er dem Betroffenen in den Fällen, in denen er eine behördliche Verpflichtung vorsieht, auch einen entsprechenden Anspruch einräumt.

II. 1. Von den Auffassungen, welche eine materielle Bestandskraft vollständig verneinen (vgl. § 10 II 1.), hebt sich die eben dargelegte Ansicht durch eine sehr weitgehende Berücksichtigung der Fristenregelungen ab, so daß ihr gegenüber der Einwand einer zu geringen Beachtung des Rechtssicherheitsgedankens nicht gerechtfertigt ist. Dem Bürger wird hier nur noch eine Rechtsposition eingeräumt, welche wesentlich schwächer ist als seine vor Eintritt der Unanfechtbarkeit gegebene rechtliche Stellung. Das geschieht einmal durch die Verneinung einer Rücknahmepflicht in allen Regelfällen, zum anderen durch die Forderung, daß der Anspruch auf Sachprüfung nach Erfüllung unterzugehen habe.

2. Auch im Vergleich zu den Theorien des gebundenen Ermessens (vgl. § 10 II 2.) findet der den Fristenregelungen zugrundeliegende Gedanke bei der hier vorgetragenen Ansicht immer noch die größte Beachtung.

Das kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß der Vorschlag i. d. R. noch nicht einmal eine behördliche Berechtigung zur Rücknahme anerkennt und auf diese Weise die Regelung des § 79 BVGG vollständig berücksichtigt. Dementsprechend wird hier eine Pflicht zur Ermessenshandhabung und somit auch ein einklagbarer Anspruch auf fehlerfreies Ermessen abgelehnt. Da des weiteren der aus Art. 17 GG abgeleitete Anspruch nur auf eine Sachprüfung als solche und demgemäß nicht auf eine fehlerfreie Untersuchung der Rücknahmevoraussetzungen gerichtet sein soll, steht dem Bürger hier also überhaupt kein

Recht zu, durch dessen Geltendmachung er die Fristen umgehen könnte.

Darüber hinaus berücksichtigt die vorgeschlagene Regelung die Fristen in besonderem Maße dadurch, daß sie den Erlaß eines gerichtlich anfechtbaren Zweitbescheides als unzulässig betrachtet.

Die weitgehende Beachtung des Rechtssicherheitsgedankens ist also möglich auf Grund der Ablehnung von einklagbaren Rechten aller Art<sup>1)</sup> sowie durch die Nichtanerkennung eines anfechtbaren Zweitbescheides. Eine Verpflichtungs- bzw. eine Anfechtungsklage muß dann nämlich deswegen als unzulässig angesehen werden, weil weder ein Recht i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO gegeben ist noch ein anfechtbarer Bescheid vorliegt.

III. Vornehmlich im Gegensatz zu der Theorie des freien Ermessens (vgl. § 10 III) wird es der Verwaltung auf Grund der vorgeschlagenen Regelung unmöglich gemacht, auch in Härtefällen einen Rücknahmeantrag ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Es kann dem Lösungsvorschlag gegenüber also nicht der Einwand erhoben werden, daß er das Zustandekommen von willkürlichen Entscheidungen begünstige.

Zur Verhinderung von derartigen Entscheidungen trägt einmal der Umstand bei, daß hier die zweite Voraussetzung des Rücknahmeanspruches einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt und somit bei der Prüfung der Frage, ob ein überwiegendes Interesse gegeben ist, eine Abwägung der verschiedensten Umstände vorgenommen werden muß. Dadurch wird die Behörde einerseits veranlaßt, besondere im Einzelfall gegebene Härten zu berücksichtigen, ohne daß andererseits - wie etwa bei Bejahung einer Ermessensausübung - die Gefahr einer klageweisen Geltendmachung des Ermessensanspruches besteht.

1) Unter diesen Rechten sind vornehmlich der Rücknahmeanspruch und das Recht auf fehlerfreies Ermessen bei der Entscheidung über das Wiederaufgreifen des Verfahrens zu verstehen.

Durch die Anerkennung eines Anspruches auf Prüfung der Rücknahmevoraussetzungen und die damit verbundene Verneinung der Zulässigkeit einer wiederholenden Verfügung wird zum anderen in weitgehendem Maße sichergestellt, daß die Behörde auch tatsächlich der Frage nachgeht, ob der Verwaltungsakt fehlerhaft ist und ob ein überwiegendes Individualinteresse, welches in Härtefällen vorzuliegen pflegt, bejaht werden kann. Des weiteren wird die tatsächliche Erfüllung des Sachprüfungsanspruches auch durch die Anerkennung einer Mitteilungspflicht begünstigt. Auf diese Weise erhält der Bürger nämlich die Möglichkeit, mit Sicherheit festzustellen, ob eine Prüfung der beiden Tatbestandsmerkmale auch wirklich vorgenommen worden ist. Sollte das nicht der Fall gewesen sein, so hat er dann die Möglichkeit, sich mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde an den Vorgesetzten des Sachbearbeiters zu wenden oder sogar eine Klage auf Vornahme einer Sachprüfung anzustrengen<sup>1)</sup>.

Durch eine solche Regelung würde also dem Erfordernis der "Effektuiierung"<sup>2)</sup> der Grundrechte auch im Falle des Art.17 Genüge geleistet werden<sup>3)</sup>.

IV. 1. Im Gegensatz zu der sehr allgemein gehaltenen Formulierung der Rücknahmevoraussetzungen durch Franz (vgl. § 10 IV) enthält der oben entwickelte Vorschlag einen Katalog von verhältnismäßig genau umrissenen besonderen Umständen, bei deren

- 1) Eine Klage auf f e h l e r f r e i e Sachprüfung ist natürlich nicht möglich (vgl. S.118).
- 2) Vgl. dazu Menger, DÖV 1969,160
- 3) Es ist also festzuhalten, daß der oben entwickelte Vorschlag i n s o w e i t eine größere Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalles vorsieht als etwa die Theorie des freien Ermessens. Es darf dabei allerdings nicht übersehen werden, daß die hier vorgetragene Ansicht insgesamt gesehen den Rechtssicherheitsgedanken doch noch in höherem Maße als die oben genannte Theorie betont. Dies ergibt sich aus der Verneinung der Rücknahmeberechtigung im Regelfalle, der Ablehnung eines anfechtbaren Zweitbescheidens sowie aus der Forderung nach Untergang des Sachprüfungsanspruches für den Fall, daß eine erneute Sachprüfung vorgenommen worden ist.

Vorliegen ein überwiegendes Individualinteresse angenommen werden kann. Mit der Aufzählung derartiger Fälle ist der Versuch unternommen worden, einerseits feste Richtlinien für die Subsumtion eines Sachverhaltes unter den unbestimmten Rechtsbegriff des überwiegenden Interesses herauszuarbeiten, andererseits aber auf Grund des nicht abschließenden Charakters dieser Aufzählung die Berücksichtigung von im Einzelfalle gegebenen Besonderheiten zu ermöglichen.

2. Im Unterschied zu den von Martens und Maurer vertretenen Auffassungen (§ 10 IV) beachtet die hier vorgetragene Ansicht die Regelung des Art.17 GG vollständig, so daß ihr gegenüber der Einwand der Verfassungswidrigkeit nicht gerechtfertigt ist.

V. Des weiteren kann dem Lösungsvorschlag nicht entgegengehalten werden, er berücksichtige den Gedanken der materiellen Gerechtigkeit (vgl.1.) oder den Grundsatz der Rechtssicherheit (vgl.2.) in einem unverhältnismäßig hohen Maße.

1. Wolff hebt hervor, daß die Fristenregelungen sinnlos seien, wenn aus Art.17 GG ein Anspruch des Patenten auf erneute Sachentscheidung abgeleitet würde<sup>1)</sup>.

Dieser Einwand ist nur gerechtfertigt, wenn man davon ausgeht, daß eine Verpflichtung zur Rücknahme bereits bei Vorliegen der Rechtswidrigkeit eines VA gegeben ist. Er kann aber nicht gegen den hier erörterten Vorschlag erhoben werden, da dieser gerade mit Rücksicht auf die Fristenregelungen die Besonderheit vorsieht, daß eine Rücknahmepflicht erst dann eintritt, wenn sich neben der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes das nur ausnahmsweise gegebene zweite Tatbestandsmerkmal des überwiegenden Interesses bejahen läßt. Auch wenn dem Betroffenen nämlich ein Anspruch auf Sachprüfung zugestanden wird - d.h. nach der vorgeschlagenen Regelung ein Anspruch auf Prüfung der b e i d e n Rücknahmevoraussetzun-

1) Vgl. Wolff III, § 161,IV, e),1., S.294

gen -, dann kann hier eine Rücknahmepflicht nur in besonderen Härtefällen eintreten; denn nur in diesen Fällen läßt sich auch ein überwiegendes Individualinteresse bejahen. Die Rechtsposition des Patenten ist dementsprechend nach Fristablauf schwächer als vor Eintritt der formellen Bestandskraft. Es kann bei einer solchen Regelung also gerade nicht gesagt werden, daß die Fristen durch Einräumung eines Anspruches auf Sachprüfung sinnlos würden und somit der Gedanke der Einzelgerechtigkeit in einem zu weitgehenden Maße berücksichtigt werde.

2. Ungerechtfertigt wäre auch der mögliche Einwand, der Verwaltung werde es durch die in allen Regelfällen vorgesehene Verneinung einer Rücknahmeberechtigung unmöglich gemacht, sich einer veränderten Sach- oder Rechtslage anzupassen. Da die vorgeschlagene Regelung nur für den Fall gilt, daß die Sach- und Rechtslage unverändert geblieben ist, kann sie nämlich die Verwaltung bei Eintritt von nachträglichen Veränderungen nicht daran hindern, ihrer dann auch in allen Regelfällen gegebenen Rücknahmepflicht (vgl. § 22) nachzukommen<sup>1)</sup>. Es läßt sich also gegen den Lösungsvorschlag nicht der Einwand erheben, daß er den Rechtssicherheitsgedanken in einem unververtretbaren Maße betone.

VI. Die vorgeschlagene Regelung entspricht auch dem im Rechtsstaatsgedanken verankerten Grundsatz der Berechenbarkeit.

Es wird von Menger wiederholt auf die Notwendigkeit hingewiesen, für die Verwaltungsbehörden klare Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten<sup>2)</sup> und somit eine feste Ordnung zu schaffen, welche die Regelmäßigkeit und Stetigkeit der Rechtsanwendung sichere. Dadurch sei gewährleistet, daß sich das Verfahren bis zu einem gewissen Grade voraussehen lasse<sup>3)</sup>.

1) Vgl. dazu Franz, S.343

2) Vgl. etwa in DÖV 1969, 160

3) Vgl. JZ 1965, 721 m.w.N.

Der hier vorgetragene Lösungsvorschlag erlaubt es m.E. sowohl dem Bürger (vgl. 1.) als auch der Behörde (vgl. 2.), den Ausgang des Verfahrens verhältnismäßig genau zu berechnen.

1. Der Bürger kann sich einerseits auf Grund des ziemlich genau umrissenen zweiten Tatbestandsmerkmals darauf einstellen, daß sich ein überwiegendes Individualinteresse und damit der Eintritt einer Rücknahmepflicht nur in Ausnahmefällen bejahen läßt.

Andererseits aber hat er auf Grund seines Sachprüfungsanspruches und seines Rechtes auf Mitteilung der Gründe die Sicherheit, daß die beiden Voraussetzungen auch tatsächlich geprüft werden. Es besteht für ihn also nicht die Gefahr, nach einem undurchsichtigen "Geheimverfahren" mit einer wiederholenden Verfügung "abgespeist" zu werden.

Hat die Behörde dann eine erneute Sachprüfung vorgenommen, so ist für den Bürger bei Ablehnung seines Antrages eine ganz eindeutige Rechtslage insofern gegeben, als er danach nicht mehr die Möglichkeit hat, die Rücknahme des Verwaltungsaktes doch noch auf irgendeine Weise zu erreichen.

2. Daraus ergibt sich für die Behörde der Vorteil, kein neues Verfahren mehr befürchten zu müssen und somit die betreffende Angelegenheit als vollkommen abgeschlossen betrachten zu können.

VII. Der Lösungsvorschlag berücksichtigt des weiteren die m.E. gegebene Notwendigkeit, daß bei keiner rechtlichen Regelung der Versuch unternommen werden darf, eine der beiden tragenden Ideen des Grundgesetzes zu verwirklichen, ohne der anderen Idee Beachtung zu schenken.

Das Erfordernis der Berücksichtigung beider Ideen ergibt sich aus der Wechselbeziehung, in der die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Einzelgerechtigkeit zueinander stehen. Beide Gedanken bedürfen der Unterstützung der korrespondierenden Idee, um den eigenen Sinngehalt soweit wie mög-

lich verwirklichen zu können. So ist zur Durchsetzung der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall eine entsprechende vom Gedanken der Rechtssicherheit bestimmte Verfahrensordnung notwendig; umgekehrt kann der Versuch, einer Verwirklichung der Idee des allgemeinen Rechtsfriedens näherzukommen, nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn der Gedanke der Einzelgerechtigkeit Beachtung findet.

Dem Erfordernis einer nicht einseitigen Berücksichtigung der soeben genannten Prinzipien leistet der Lösungsvorschlag dadurch Genüge, daß er einerseits den in den Fristenregelungen zum Ausdruck kommenden Gedanken beachtet, andererseits aber auch die Berücksichtigung von Härtefällen vorsieht.

VIII. Der ganz allgemeinen Überlegung, nach der die Beseitigung von etwas Bestehendem nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein darf, wird von der vorgeschlagenen Regelung dadurch entsprochen, daß sie dem Grundsatz der Rechtssicherheit den **V o r r a n g** einräumt.

### SCHLUSS

#### § 24

##### Das Ergebnis der Arbeit

I. Zu dem Problem der Rücknahme belastender Verwaltungsakte im allgemeinen.

1. a) Der in § 79 Abs.2 BVGG zum Ausdruck kommende Vorrang des Rechtssicherheitsgedankens ist dadurch zu berücksichtigen, daß der Behörde in der Regel noch nicht einmal die Berechtigung zur Rücknahme eines rechtswidrigen VA zugestanden werden darf.
- b) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit sowie das Interesse des Bürgers an der Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes muß Beachtung finden durch Anerkennung

eines Rücknahmeanspruches, welcher dem Betroffenen in Ausnahmefällen zuzustehen hat.

Ein solcher Anspruch ist als gegeben anzusehen, soweit sich neben der "Rechtswidrigkeit" des Verwaltungsaktes ein "überwiegendes Interesse" des Bürgers bejahen läßt. Das Vorliegen des letztgenannten Tatbestandsmerkmals muß dann angenommen werden, wenn das Interesse des einzelnen an der Aufhebung des Verwaltungsaktes so groß ist, daß es das Interesse der Behörde an dem Fortbestand des VA überwiegt.

2. a) Dem Grundrecht des Art.17 GG und damit dem Gedanken der Gerechtigkeit im Einzelfall ist Rechnung zu tragen durch Anerkennung eines in aller Regel gegebenen Anspruches auf Sachprüfung, also eines Anspruches auf Prüfung der beiden oben genannten Rücknahmevoraussetzungen.
- b) Der Grundsatz der Rechtssicherheit hat hier nur dann Beachtung zu finden, wenn die Aufhebung etwa eines rechtskräftig bestätigten VA, also eines unaufheb- baren Verwaltungsaktes, beantragt wird. In einem solchen Falle ist ausnahmsweise ein Anspruch auf Prüfung der Rechtmäßigkeit des VA zu verneinen.

II. Zu dem besonderen Problem der Ablehnung eines Rücknahmeantrages

Die genannten Grundsätze machen es notwendig, für den Fall der Verneinung der Rücknahmevoraussetzungen durch die Behörde die Zulässigkeit eines Hinweises zu bejahen, in dem sie den Bürger auf die Bestandskraft des Erstbescheides verweist. Dabei muß der Grundsatz der Rechtssicherheit durch Ablehnung der Anfechtbarkeit dieses Hinweises berücksichtigt werden, während dem Gedanken der Einzelgerechtigkeit dadurch Rechnung zu tragen ist, daß der Hinweis erst nach Vornahme einer Sachprüfung erfolgen darf.

III. Insgesamt gesehen hat also bei der Lösung des Problems der Rücknahme belastender Verwaltungsakte der Grundsatz der Rechtssicherheit in weit höherem Maße Beachtung zu finden als der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall.

#### Lebenslauf

Am 6. Oktober 1940 wurde ich als Sohn des Landrates Max Mulert und seiner Ehefrau, der Dipl.-Landwirtin Dr. Luise Mulert, geb. Fritsch, in Düsseldorf geboren.

Im Jahre 1949 erfolgte die Übersiedlung nach Detmold. Dort besuchte ich den altsprachlichen Zweig des Leopoldinums, an dem ich am 18.2.1960 die Reifeprüfung ablegte.

Im Anschluß daran nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Würzburg auf. Gleichzeitig betätigte ich mich sehr eingehend in studentischer Verbandsarbeit. Nach Fortsetzung des Studiums an der Universität München bestand ich dort am 19.8.1966 das erste juristische Staatsexamen. Danach war ich für zwei weitere Semester an der Universität Münster/Westf. immatrikuliert.

Vom Vorbereitungsdienst, den ich anschließend im Oberlandesgerichtsbezirk München aufnahm, war ich teilweise wegen der Anfertigung der Doktorarbeit beurlaubt. Z.Zt. bin ich als Referendar bei der Industrie- und Handelskammer München tätig.