

# Allgemeines Verwaltungsrecht

Will

2. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78109-4  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Norm kommt § 36 LVwVfG als Grundlage für den Widerrufsvorbehalt in Betracht. Da es sich nicht um eine gebundene Entscheidung handelt, ist § 36 II Nr. 3 LVwVfG einschlägig. Danach kann ein VA, hier die Bestimmung zum Sachverständigen nach der Röntgenverordnung, nach pflichtgemäßem Ermessen mit einem Vorbehalt des Widerrufs erlassen werden. Zur Ermessensausübung gem. § 40 LVwVfG ist vorliegend lediglich bekannt, dass der Widerrufsvorbehalt aufgenommen wurde, um der Verwaltung im Hinblick auf spätere Änderungen im Stand der Technik und des Rechts maximale Handlungsfreiheit einzuräumen. Liegt damit zumindest kein Ermessensnichtgebrauch vor, stellt sich aber die Frage, ob ein Ermessens Fehlgebrauch gegeben ist. Ein **Widerrufsvorbehalt** muss gem. §§ 36 II Nr. 3, 40 LVwVfG auf rechtmäßigen Ermessenserwägungen beruhen, wofür jedenfalls die Verfolgung eines konkreten und legitimen Zwecks erforderlich ist. „Unzulässig ist es deshalb, wenn die Behörde einen uferlosen Vorbehalt erlässt, um für die Zukunft in jeder Hinsicht freie Hand zu haben“ (VG Berlin, 16 K 26/09, BeckRS 2009, 36716). Schon in Ermangelung eines konkreten legitimen Zwecks für den Widerrufsvorbehalt ist dessen Einfügung daher ermessensfehlerhaft. Der Widerrufsvorbehalt ist folglich gem. §§ 36 II Nr. 3, 40 LVwVfG nicht rechtmäßig.

**385. Mittels welcher Klagearten kann sich der von einem VA betroffene Bürger vor dem VG gegen eine Nebenbestimmung wehren?**

Die Frage, welche **verwaltungsgerichtliche Klageart** gegen Nebenbestimmungen statthaft ist, ist bis heute heftig umstritten (dazu etwa SchSch/Pietzcker/Marsch, § 42 I, Rn. 121 ff.). Vorwegzuschicken ist auch insoweit, dass die sog. modifizierende Auflage keine Nebenbestimmung, sondern eine inhaltliche Modifikation des VA darstellt. In Ermangelung eines abtrennbaren Teils des VA ist eine isolierte Anfechtung der „modifizierenden Auflage“ daher nicht statthaft und eine entsprechende Anfechtungsklage folglich unzulässig. Der Betroffene muss hier grds. Verpflichtungsklage gerichtet auf Erlass des gewünschten VA bzw. auf Neubescheidung durch die Behörde erheben (BVerwGE 65, 139/141; Gärditz/Gärditz, § 42 Rn. 23).

Zur Frage, welche Klageart gegen Nebenbestimmungen statthaft ist, werden im Übrigen verschiedenste Auffassungen vertreten (Übersicht etwa bei *Detterbeck*, Rn. 666 ff.). Die **früher h. M.** wird heute in Rspr. und Literatur kaum noch vertreten (zuletzt hat *Happ*, in Eyermann, VwGO, diese Ansicht in der 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 41 aufgegeben). Diese Auffassung war allerdings leicht handhabbar, indem sie nach der **Art der Nebenbestimmung** differenzierte: Auflagen und Aufgabenvorbehalte sollten danach in der Regel isoliert anfechtbar sein, während bei den anderen Nebenbestimmungen die Verpflichtungsklage, gerichtet auf Erlass des VA ohne Nebenbestimmung bzw. auf ermessens- bzw. beurteilungsfehlerfreie Neubescheidung, einschlägig sein sollte (vgl. etwa BVerwGE 36, 145/153 f.) = BeckRS 1970, 30422813).

Das **BVerwG** hält inzwischen gegen Nebenbestimmungen **grds. die Anfechtungsklage** für statthaft (noch eher beiläufig in BVerwGE 60, 269/274, dezidiert erst seit der Grundsatzentscheidung BVerwGE 112, 221/224 = NVwZ 2001, 429; zuletzt etwa BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 13). Scheide eine isolierte Aufhebbarkeit der

Nebenbestimmung offenkundig von vornherein aus, fehle dem Kläger allerdings die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO (BVerwGE 112, 221/224; BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 13). In der Literatur findet sich demgegenüber auch die Auffassung, dass stets **Verpflichtungsklage** – ggf. gerichtet auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Neubescheidung – zu erheben sei (z. B. nunmehr *Happ*, in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 41; *Stadie*, DVBl. 1991, 613).

In einer Klausursituation ist es taktisch klug, sich der – einfach handhabbaren – Auffassung des BVerwG anzuschließen und regelmäßig die Anfechtungsklage für statthaft zu erachten. Dafür spricht auch, dass eine isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung am ehesten dem Interesse des betroffenen Bürgers entspricht, da sie bereits dann begründet ist, wenn die Nebenbestimmung rechtswidrig ist und den Kläger in dessen Rechten verletzt (*Detterbeck*, Rn. 671). Eine Verpflichtungsklage bringt hingegen nur dann den gewünschten Erfolg, wenn der Kläger einen Anspruch auf Erlass des nebenbestimmungsfreien VA hat. Eine Bescheidungsklage kann nur zur nochmaligen Bescheidung des Klägers durch die Behörde führen.

**386.** Mit Bescheid vom 10.11.2014 erlaubte das Finanzministerium von Land L der G auf Grundlage des damals gültigen Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV a. F.) die bundesweite Veranstaltung und den Eigenvertrieb einer Fernsehlotterie für den Zeitraum 1.1.2015-31.12.2019. Der Erlaubnis waren zahlreiche Auflagen, Bedingungen etc. beigefügt. G möchte gerichtlich gegen diese Nebenbestimmungen vorgehen. Diese seien schon gem. § 9 VII GlüStV a. F., der die Ausübung von Aufgaben der Glücksspielaufsicht durch das für Finanzen zuständige Ministerium verbietet, rechtswidrig. L hält hingegen eine isolierte Anfechtung der Nebenbestimmungen für nicht statthaft, da diese auf Grundlage einer einheitlichen Ermessensausübung angeordnet worden seien, die durch eine Aufhebung lediglich der Nebenbestimmungen nachträglich entwertet würde. Mittels welcher Klageart kann G gegen die Nebenbestimmungen vorgehen?

Nach Auffassung des BVerwG seit der Grundsatzentscheidung BVerwGE 112, 221/224 ist gegen Nebenbestimmungen, unabhängig von deren Natur, grds. die **Anfechtungsklage** gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft. Dagegen spricht vorliegend auch nicht, dass die Nebenbestimmungen der Genehmigung, als VA, aufgrund einer einheitlichen Ermessensausübung hinzugefügt wurden. Da dies gerade bei Auflagen regelmäßig der Fall ist, würde dies ansonsten nämlich dazu führen, dass Auflagen – entgegen der st. Rspr. des BVerwG – fast nie isoliert anfechtbar wären (vgl. OVG Koblenz, 6 A 10128/17.OVG, BeckRS 2018, 38411 Rn. 13). Im Übrigen kann die Behörde nach isolierter Aufhebung von Nebenbestimmungen durch das Gericht von bestehenden Widerrufsmöglichkeiten, etwa aufgrund eines Widerrufsvorbehaltes oder nach § 49 II Nr. 2 VwVfG, Gebrauch machen, um den verbleibenden VA aufzuheben (BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 14). Vorliegend scheidet eine isolierte Aufhebbarkeit der Nebenbestimmung auch nicht offenkundig von vornherein aus, so dass G im Rahmen der Zulässigkeit auch nicht die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO fehlt (BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 13).

**387.** Wird Gs Anfechtungsklage Erfolg haben, wenn unterstellt wird, dass das Finanzministerium gem. § 9 VII GlüStV a. F. in der Tat nicht tätig werden durfte?

Im Rahmen der Begründetheit gem. § 113 I 1 VwGO ist zu beachten, dass angegriffene Nebenbestimmungen nur dann isoliert aufgehoben werden können, wenn der nach ihrer Aufhebung verbleibende VA **sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann** („materielle Teilbarkeit“; BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 18 m. w. N.). Eine belastende Nebenbestimmung, die einem begünstigenden VA beigefügt wird, darf daher im Anfechtungsprozess nur dann isoliert aufgehoben werden, wenn der verbleibende VA für sich genommen rechtmäßig ist (BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 19). Vorliegend führt das Tätigwerden des gem. § 9 VII GlüStV a. F. ausgeschlossenen Finanzministeriums dazu, dass nicht nur die Nebenbestimmungen, sondern die gesamte Erlaubnis rechtswidrig ist. Da der verbleibende VA somit für sich genommen nicht rechtmäßig wäre, dürfen die Nebenbestimmungen nicht isoliert vom Gericht aufgehoben werden (BVerwG, NVwZ 2021, 163 Rn. 16 ff.). Die Anfechtungsklage ist daher unbegründet und wird somit keinen Erfolg haben.

**388.** Im Rahmen des sog. Dieselskandals hat das KBA – wie oben gesehen (Nr. 372) – in seinem Bescheid vom 15.10.2015 gegenüber der VW AG nachträglich gem. § 25 II EG-FGV zur Typgenehmigung die Auflage angeordnet, die unionsrechtlich verbotene Abschaltvorrichtung zu beseitigen. Angenommen, die VW AG hätte dagegen vorgehen wollen (was sie nicht getan hat). Welche Klageart wäre nach erfolglosem Widerspruch statthaft gewesen?

Hier liegt ein Sonderfall vor, da die Auflage gem. § 25 II EG-FGV **nachträglich angeordnet** worden ist. Werden einem VA nachträglich Nebenbestimmungen beigefügt, handelt es sich dabei um einen VA und ist unstreitig immer die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft (*Schenke*, Rn. 317; *WD*, § 36 VwVfG Rn. 51).

## 9. Rücknahme und Widerruf

### a) Grundfragen zur behördlichen Aufhebung von Verwaltungsakten

**389.** Die besonders klausurrelevanten §§ 48 ff. VwVfG regeln Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten. Oberbegriff von Rücknahme und Widerruf ist die **Aufhebung** von Verwaltungsakten. Gibt es neben Rücknahme und Widerruf noch weitere Formen der Aufhebung von Verwaltungsakten?

Ja, Verwaltungsgerichte heben VA im Rahmen von **Anfechtungsklagen** unter den Voraussetzungen des § 113 I 1 VwGO auf. Davon streng zu trennen ist die Aufhebung durch Behörden. Diese erfolgt zunächst als Rücknahme und Widerruf gem. §§ 48 ff. VwVfG. Daneben können Behörden VA aber auch im Rahmen des **Vorverfahrens** gem. §§ 68 ff. VwGO aufheben. Obwohl dieses, wie schon die Bezeichnung Vorverfahren indiziert, Prozessvoraussetzung einer nachfolgenden An-

fechtungs- oder Verpflichtungsklage ist, ist es ein behördliches und kein gerichtliches Verfahren. Es handelt sich um ein eigenständiges, streng von Rücknahme und Widerruf zu unterscheidendes behördliches Verfahren mit eigenen Voraussetzungen (oben Nr. 308 ff.). Im Unterschied zu Rücknahme und Widerruf geht die Initiative hier stets vom Betroffenen und nicht von der Behörde aus. Zudem ist der das Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO auslösende Widerspruch nur vor Eintritt der Bestandskraft des VA (d. h. innerhalb der Widerspruchsfrist) zulässig.

**390. In Prüfungen sind Rücknahme und Widerruf meist nach den §§ 48 ff. VwVfG zu beurteilen. Welches Kriterium entscheidet, ob die Aufhebung eines VA als Rücknahme nach § 48 VwVfG oder als Widerruf nach § 49 VwVfG erfolgt?**

Entscheidend ist, ob der VA rechtswidrig oder rechtmäßig ist. Rechtswidrige VA werden gem. § 48 VwVfG zurückgenommen, rechtmäßige VA hingegen unter den strengeren Voraussetzungen des § 49 VwVfG widerrufen. In einer Falllösung ist also zu klären, ob der VA rechtswidrig oder rechtmäßig ist.

**391. §§ 48 ff. VwVfG kommen nach den allgemeinen Regeln über die Anwendbarkeit des VwVfG (§§ 1 I a. E., II 2 a. E., 2 VwVfG) allerdings nur zur Anwendung, wenn und soweit keine spezialgesetzlichen Vorschriften einschlägig sind (vgl. oben Nr. 66 ff.). Kennen Sie Beispiele für solche spezialgesetzlichen Regelungen über Rücknahme und Widerruf?**

In der Sozialleistungsverwaltung richten sich Rücknahme und Widerruf nach §§ 44 ff. SGB X. In der Abgabenverwaltung sind §§ 130 ff. AO und für Steuerbescheide speziell §§ 172 ff. AO einschlägig. Weitere Spezialregelungen für die Rücknahme und den Widerruf von VA sind bspw. §§ 14 f. BBG sowie § 12 BeamStG für die Ernennung von Beamten, § 15 GastG für die Erlaubnis zum Betrieb eines Gaststättengewerbes und § 17 AtomG für atomrechtliche Genehmigungen sowie allgemeine Zulassungen. Soweit Spezialregelungen bestimmte Aspekte – wie namentlich die Frist – nicht regeln, können insoweit ggf. die allgemeinen Regelungen der §§ 48 ff. VwVfG ergänzend anwendbar sein. Praktisch wichtige Beispiele für Gebiete, in denen mangels spezialgesetzlicher Vorschriften grds. §§ 48 ff. VwVfG einschlägig sind, sind das Subventionsrecht und das Baurecht.

**392. Bürger B hat trotz ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung die Monatsfrist zum Widerspruch gegen einen an ihn adressierten rechtswidrigen Zahlungsbescheid gem. § 70 I VwGO verstreichen lassen. Kann die Behörde später den Bescheid trotz der dadurch eingetretenen Bestandskraft aufheben, etwa weil sie dessen schwere Rechtswidrigkeit erst jetzt erkannt hat?**

Ja, die Behörde kann auch bereits bestandskräftige VA zurücknehmen und widerrufen. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung „auch nachdem er unanfechtbar

geworden ist“ in §§ 48 I 1, 49 I 1 VwVfG. Damit eröffnen die §§ 48, 49 VwVfG den Betroffenen die Möglichkeit, die Aufhebung auch eines bestandskräftigen, also nicht mehr mit einem Rechtsbehelf anfechtbaren, VA zu erreichen.

**393. Bedeutet dies, dass B einen Anspruch auf Aufhebung des rechtswidrigen Zahlungsbescheides hat?**

Nein, §§ 48, 49 VwVfG sind, wie sich aus der Formulierung „kann“ ergibt, Ermessensvorschriften (dazu oben Nr. 324 ff.). B hat also lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme oder den Widerruf. Lediglich bei einer Ermessensreduzierung auf null besteht ein Anspruch auf Rücknahme oder auf Widerruf.

**394. Telekommunikationsdienstleister T wurde für die Erteilung einer Telekommunikationslizenz durch mehrere Bescheide der Regulierungsbehörde zur Zahlung von Gebühren herangezogen. T focht die Gebührenbescheide nicht an und leistete die Gebühren. Auf die spätere fristgerechte Anfechtung eines Lizenzgebührenbescheides ergingen jedoch Urteile, nach denen dieser wegen Verstoßes der den Bescheiden zugrunde liegenden Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung gegen höherrangiges Bundesrecht (BVerwGE 115, 125 = NVwZ 2002, 858) sowie einem Verstoß des Bescheides gegen die den Bescheiden zugrunde liegende EU-Richtlinie rechtswidrig sei (EuGH NVwZ 2006, 1277). Daraufhin verlangt T die Erstattung aller geleisteten Lizenzgebühren, was die Regulierungsbehörde jedoch ablehnt. Angenommen, der Verstoß der Lizenzgebührenverordnung gegen höherrangiges Bundesrecht war zum Zeitpunkt des Erlasses der Gebührenbescheide nicht offensichtlich und auch der Verstoß gegen die EU-Richtlinie wurde erst nach längerem Rechtsstreit durch eine im Einzelnen heftig umstrittene Auslegung der einschlägigen EU-Richtlinie durch den EuGH geklärt, hat T einen Anspruch auf Rücknahme der Bescheide aus § 48 VwVfG?**

Da die Bescheide wegen Verstoßes der ihnen zugrunde liegenden Telekommunikations-LizenzgebührenVO gegen höherrangiges Bundesrecht sowie wegen Verstoßes der Bescheide gegen die zugrunde liegende EU-Richtlinie rechtswidrig aber gem. § 44 VwVfG nicht nichtig sind, ist für eine Aufhebung vorliegend § 48 VwVfG einschlägig. T könnte einen Anspruch auf Rücknahme der Bescheide haben, wenn das der Regulierungsbehörde gem. § 48 I 1 VwVfG zustehende Ermessen auf null reduziert ist. Die Rechtswidrigkeit des VA als solche genügt dafür nicht, da der Rechtsverstoß lediglich die Voraussetzung einer Ermessensentscheidung der Behörde ist. Nach dem BVerwG besteht jedoch ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandskräftigen VA, wenn dessen **Aufrechterhaltung „schlechthin unerträglich“** ist, was von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Das Festhalten am VA ist insbes. dann „schlechthin unerträglich“, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen gegen den **allgemeinen Gleichheitssatz** verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die

die Berufung auf die Unanfechtbarkeit als **Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben** erscheinen lassen. Das Festhalten kann auch dann schlechthin unerträglich sein, wenn der **VA offensichtlich rechtswidrig** ist. Schließlich kann im einschlägigen Fachrecht die Richtung der zu treffenden Entscheidung in der Weise vorgegeben sein, dass das Ermessen im Regelfall nur durch die Rücknahme des VA rechtmäßig ausgeübt werden kann, so dass sich das Ermessen in diesem Sinne als intendiert erweist (BVerwG NVwZ 2007, 709/710).

Vorliegend könnte – mangels anderweitiger Indizien z. B. für eine Ungleichbehandlung – allenfalls eine **offensichtliche Rechtswidrigkeit** der Bescheide dazu führen, dass ein Festhalten an denselben schlechthin unerträglich wäre. Der Verstoß der den Bescheiden zugrunde liegenden Telekommunikations-LizenzgebührenVO gegen höherrangiges Bundesrecht war jedoch nicht offensichtlich. Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen EU-Recht das Festhalten an den Bescheiden unter geringeren Anforderungen schlechthin unerträglich werden lässt. Nach dem EuGH verlangt das EU-Recht angesichts des Grundsatzes der Rechtssicherheit jedoch nicht, dass eine Verwaltungsbehörde grds. verpflichtet wäre, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen (EuGH, NVwZ 2006, 1277, Rn. 51 – *Arcor*). Sieht allerdings das nationale Recht vor, dass ein nach innerstaatlichem Recht rechtswidriger, bestandskräftiger VA zurückzunehmen ist, sofern seine Aufrechterhaltung „schlechterdings unerträglich“ wäre, muss nach dem **unionsrechtlichen Äquivalenzprinzip** die gleiche Verpflichtung zur Rücknahme unter denselben Voraussetzungen im Fall eines VA gelten, der gegen Unionsrecht verstößt (EuGH, NVwZ 2006, 1277 Rn. 63 ff. – *Arcor*). Der Verstoß gegen die EU-Richtlinie allein führt also nicht zur Ermessensreduzierung auf null. Dass eine Aufrechterhaltung der Bescheide wegen Verstoßes gegen die EU-Richtlinie schlechterdings unerträglich wäre, könnte sich daher vorliegend nur aus einer offensichtlichen Unionsrechtswidrigkeit ergeben (zu abweichenden Konstellationen, in denen der Bescheid angefochten wurde, unten Nr. 469). Indizien für einen offensichtlichen Verstoß gegen die EU-Richtlinie liegen jedoch nicht vor, zumal dieser erst durch eine umstrittene Auslegung der einschlägigen Richtlinie durch den EuGH geklärt wurde. Damit ist die Aufrechterhaltung der Bescheide auch im Lichte ihres Verstoßes gegen die zugrunde liegende EU-Richtlinie nicht schlechterdings unerträglich (vgl. BVerwG NVwZ 2007, 709/711 f.). Eine Ermessensreduzierung auf null scheidet aus. T hat keinen Anspruch auf Rücknahme der Bescheide aus § 48 I 1 VwVfG.

### 395. Kann eine Behörde auch einen nichtigen Verwaltungsakt aufheben?

Da die Rücknahme und der Widerruf eines VA darauf abzielen, dessen Rechtswirksamkeit zu beseitigen, spricht viel dafür, dass die Rücknahme oder der Widerruf eines nichtigen VA, der gem. § 43 III VwVfG unwirksam ist, ins Leere gehen und daher nicht möglich sind (so etwa KH/*Peuker*, § 48 Rn. 47; für die Möglichkeit der Aufhebung nichtiger VA hingegen z. B. SBS/*Sachs*, § 48 Rn. 57). Allerdings kann die Behörde gem. § 44 V 1. HS VwVfG jederzeit die Nichtigkeit des VA von Amts wegen feststellen. Eine Rücknahme oder ein Widerruf eines nichtigen VA kann daher jedenfalls als Feststellung der Nichtigkeit angesehen werden.

396. Ein Bundesministerium gewährt einem insolvenzbedrohten Großunternehmen eine bei der Europäischen Kommission anmeldepflichtige Subvention und kehrt sie an das Unternehmen aus, ohne dass die Kommission gem. Art. 108 III 1 AEUV unterrichtet worden wäre. Später will das Ministerium den Subventionsbescheid aufheben. Auf der Grundlage welcher Vorschrift?

Da im EU-Recht keine Spezialvorschriften für die Aufhebung EU-rechtswidriger Subventionsbescheide existieren, richtet sich die Aufhebung derartiger Bescheide nach nationalem Verwaltungsrecht. Hier könnte § 48 VwVfG einschlägig sein. Dieser setzt gem. § 48 I 1 VwVfG einen rechtswidrigen VA voraus. Die Subventionsgewährung stellt einen VA dar. Die Rechtswidrigkeit eines VA kann sich aus einem Verstoß gegen beliebiges höherrangiges geschriebenes oder ungeschriebenes Recht einschließlich des unmittelbar wirkenden EU-Rechts ergeben. Da die geplante Beihilfe nicht, wie dies nach dem unmittelbar wirkenden Art. 108 III 1 AEUV erforderlich gewesen wäre, bei der Europäischen Kommission notifiziert worden ist, ist der Subventionsbescheid formell EU-rechtswidrig. Seine Aufhebung richtet sich daher nach § 48 VwVfG (Rücknahme).

397. K e. V. ist auf einem angemieteten Hausgrundstück in NRW in der praktischen Sozialarbeit tätig. Zur Finanzierung einer Renovierung des genutzten Gebäudes beantragte K einen Zuschuss bei einer öffentlich-rechtlichen Stiftung des Landes NRW (S). Im Antragsformular beschrieb K den Zweck des Zuschusses, erwähnte aber nicht, dass das Gebäude nicht in seinem Eigentum stand, obwohl es sowohl den Vergaberichtlinien als auch der ständigen Vergabepaxis von S entsprach, nur solche Vorhaben zu fördern, die einen Wertzuwachs beim Antragsteller und nicht bei Dritten bewirkten. In der Vorstellung, dass das Gebäude K gehöre, bewilligte S den beantragten Zuschuss und zahlte ihn an K aus. Als S erfährt, dass K das Grundstück nur gemietet hat, will sie den Zuwendungsbescheid aufheben. Ist hierfür § 48 oder § 49 VwVfG NRW einschlägig?

Fraglich ist, ob die Aufhebung des Zuwendungsbescheides als VA nach § 48 VwVfG NRW oder unter den wesentlich strengeren Voraussetzungen des § 49 VwVfG NRW erfolgt. Dies richtet sich danach, ob der VA rechtswidrig (§ 48) oder aber rechtmäßig (§ 49) war. Eine Rechtswidrigkeit des Bescheides könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass die Zuwendung – entgegen den Vergaberichtlinien – einen Wertzuwachs bei einem Dritten, nämlich dem Eigentümer des von K angemieteten Grundstücks, bewirkte. Vergaberichtlinien sind jedoch als **Verwaltungsvorschriften (VV)** reines Innenrecht der Verwaltung. Ein Verstoß gegen eine VV führt daher grds. nicht zur Rechtswidrigkeit eines VA. Abweichendes kann sich allerdings ergeben, wenn eine VV in der Praxis tatsächlich Anwendung findet. Ist dies zum Zeitpunkt des Erlasses eines VA der Fall, kann Art. 3 I GG der VV in dem Sinne eine mittelbare Außenwirkung verleihen, dass ein Verstoß gegen die tatsächlich angewandte VV den VA rechtswidrig werden lässt (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1997, 585 ff.; unten Nr. 637 ff.). Vorliegend entsprach der Inhalt der

Vergaberichtlinie, nur solche Vorhaben zu fördern, die einen Wertzuwachs beim Antragsteller bewirken und nicht bei einem Dritten, der tatsächlichen Vergabepaxis der S. Damit verstieß der Zuwendungsbescheid an K gegen die durch die Richtlinie typisierte ständige Verwaltungspraxis der S und damit gegen Art. 3 I GG. Der Zuwendungsbescheid ist rechtswidrig, für seine Aufhebung ist § 48 VwVfG NRW einschlägig.

**398. Kraftwerksbetreiber K erhält einen auf einem Bundesgesetz beruhenden einmaligen Zuschuss zur Modernisierung der von ihm verwendeten Filtertechnik. Im Folgejahr werden die im Bundesgesetz geregelten Voraussetzungen der Zuschussgewährung strenger gefasst, so dass K für die von ihm verwendete modernisierte Filtertechnik nun keinen Zuschuss mehr erhielt. Die zuständige Bundesbehörde will daher den Zuschuss von K zurückfordern und zu diesem Zweck zunächst den Zuwendungsbescheid aufheben. Ist dafür § 48 oder § 49 VwVfG einschlägig?**

Ob für die Aufhebung des Zuwendungsbescheides § 48 oder aber § 49 VwVfG einschlägig ist, bemisst sich danach, ob der VA rechtswidrig (§ 48) oder rechtmäßig (§ 49) ist. Hier haben sich die Voraussetzungen der Zuschussgewährung im zugrunde liegenden Bundesgesetz gewandelt. Fraglich ist daher, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des VA entscheidend ist. Im Rahmen der §§ 48, 49 VwVfG ist insoweit grds. der **Zeitpunkt, in dem der VA erlassen wurde**, maßgeblich (BVerwGE 163, 102 Rn. 13, 21). Vorliegend entsprach der Zuwendungsbescheid im Zeitpunkt seines Erlasses dem zugrunde liegenden Bundesgesetz, das erst im Folgejahr geändert wurde. Da der Bescheid folglich zum Erlasszeitpunkt rechtmäßig war, ist Rechtsgrundlage seiner Aufhebung nicht § 48, sondern § 49 VwVfG. Abweichendes könnte sich nur dann ergeben, wenn die Gesetzesänderung Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erlasses des Zuwendungsbescheides hätte, wofür hier allerdings keine Indizien vorliegen.

**399. Das BVerfG erklärt das dem Zuwendungsbescheid zugrunde liegende Bundesgesetz einige Monate nach Ergehen des Zuwendungsbescheides im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz für nichtig (§ 78 BVerfGG). Welche Auswirkungen hat dies auf den Fall?**

Die Frage, wie sich die Erklärung der Rechtsgrundlage eines VA durch das BVerfG oder ein Landesverfassungsgericht (oder im Falle einer landesrechtlichen Verordnung oder Satzung auch durch das jeweilige OVG) für nichtig oder ungültig auf die Aufhebung von VA auswirkt, ist äußert prüfungsrelevant, zumal hier Aspekte des Verfassungsrechts und des Verwaltungsrechts zusammenwirken. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die Erklärung der Rechtsgrundlage für nichtig oder ungültig nach ganz h. M. lediglich deklaratorischen Charakter hat. Das Gericht stellt die bereits zuvor bestehende Rechtswidrigkeit und damit Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit lediglich fest. Dies bedeutet, dass der VA bereits zum Erlasszeitpunkt auf einem