

Wiss. Assistent Dr. Martin Ibler, Göttingen

## Kann der Widerruf eines Verwaltungsakts widerrufen werden?

### I. Einleitung

„Endlich ist es im Grunde der Widerwille des menschlichen Geistes gegen doppelte Verneinungen, der zur Unzulässigkeit eines Widerrufs des Widerrufs führt. Denn es wäre nicht einzusehen, warum dann nicht auch der Widerruf des Widerrufs des Widerrufs möglich sein sollte und so fort bis zur völligen Verwirrung.“ So einprägsam hat *Walter Jellinek* in seinem 1928 erschienenen Verwaltungsrecht unsere Frage beantwortet, und bis heute beeinflusst er damit den Meinungsstand<sup>1</sup>. Die Unzulässigkeit, einen Widerruf zu widerrufen, wurde zudem mit dessen gestaltender Wirkung begründet. Sei die Gestaltung eingetreten und der Widerruf unanfechtbar, gebe es keinen Widerrufsverwaltungsakt mehr, der widerrufen werden könne<sup>2</sup>. Lange Zeit hatte man bei der Aufhebung von Verwaltungsakten nicht deutlich zwischen Rücknahme und Widerruf differenziert oder um unterschiedliche Klassifizierungsmerkmale gestritten<sup>3</sup>. In den Verwaltungsverfahrensgesetzen und in spezialgesetzlichen Bestimmungen hat der Gesetzgeber Rücknahme und Widerruf präzisiert und systematisiert<sup>4</sup>. Heute sind die Antworten darauf, ob und wann die Aufhebung eines Verwaltungsakts wieder aufgehoben werden darf, entsprechend differenziert.

### II. Rücknahme einer Rücknahme oder eines Widerrufs

Ein Beispiel: Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte hatte einem Angestellten durch „Vormerkbungsbescheid“ eine Ersatzzeit zur Berechnung seiner Rentenanwartschaften anerkannt. Diesen Bescheid nahm sie später zurück, weil er rechtswidrig gewesen sei. Dann aber erweist sich diese Annahme als falsch. Darf die Rücknahme nun ihrerseits zurückgenommen werden, so daß der ursprüngliche Verwaltungsakt rückwirkend auflebt<sup>5</sup>?

Rücknahme und Widerruf sind selbst Verwaltungsakte<sup>6</sup>. Sind sie rechtswidrig, ist anerkannt, daß sie unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG (oder vorrangiger spezialgesetzlicher Rücknahmenvorschriften, hier §§ 44, 45 SGB X) zurückgenommen werden können<sup>7</sup>. Es bedürfe auch hier dieses im Sinne der Gesetzmäßigkeit bestehenden Korrekturmittels<sup>8</sup>. Der allseits eingeräumten Gefahr drohender Verwirrung könne die Ermessensausübung bei der neuerlichen Rücknahme Rechnung tragen<sup>9</sup>. Die entgegenstehende Begründung, die auf die Gestaltungswirkung des aufhebenden Verwaltungsakts verweist, wird zwar nicht ausdrücklich entkräftet, ist aber überholt:

Die Rücknahme (gleiches gilt für den Widerruf) „gestaltet“, denn sie beseitigt einen Verwaltungsakt und das durch diesen

1) *Jellinek*, VerwR, 1928, § 11 IV 3a, S. 273, ebenso die 3. Aufl. (1931), S. 281 f.; ausdrücklich auf *Jellinek* bezugnehmend z. B. *Maurer*, Allg. VerwR, 7. Aufl. (1990), § 11 Rdnr. 20 und *Stelkens-Sachs*, in: *Stelkens-Bonk-Leonhardt*, VwVfG, 3. Aufl. (1990), § 48 Rdnr. 173; allg. zur Unzulässigkeit des Widerrufs eines Widerrufs vgl. *Forsthoff*, VerwR, I, 10. Aufl. (1973), § 13 2e, S. 271; *OVG Münster*, OVG 38, 69 (70 f.).

2) Vgl. *OVG Münster*, OVG 14, 11 (13) = VerwRspr 13 Nr. 7, S. 26 (27); *VGH Mannheim*, VerwRspr 13 Nr. 181, S. 616 (617 – Argumentation gegen Widerruf und gegen Rücknahme einer Aufhebungsverfügung); vgl. auch *Wolff-Bachof*, VerwR I, 9. Aufl. (1974), § 53 IV g 3, S. 459 und *BVerwG*, DVBl 1973, 861 (863).

3) Vgl. die Übersicht bei *Achterberg*, Allg. VerwR, 2. Aufl. (1986), § 23 Rdnr. 45.

4) Im folgenden wird das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes zitiert, die Länder haben entsprechende Regelungen; spezialgesetzliche Bestimmungen folgen denselben Prinzipien.

5) Vgl. *BSGE* 58, 49 ff.

6) Unstr., vgl. *H. Meyer*, in: *Meyer-Borgs*, VwVfG, 2. Aufl. (1982), § 49 Rdnr. 7.

7) *VGH Mannheim*, NVwZ 1992, 184 (185) = VBIBW 1991, 182; vgl. auch *BFH*, BStBl II 1985, 562 (564) = NVwZ 1986, 792 L; *Maurer* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 20; *Klappstein*, in: *Knack*, VwVfG, 3. Aufl. (1989), § 48 Rdnr. 5, § 49 Rdnr. 4; *Kopp*, VwVfG, 5. Aufl. (1991), § 48 Rdnr. 2; *Ute-Laubinger*, VerwaltungsverfahrenR, 3. Aufl. (1986), S. 462; zur Rechtslage vor dem Verwaltungsverfahrensgesetz schon *Wolff-Bachof* (o. Fußn. 2), § 53 V h 2, S. 467 und § 53 IV g 3, S. 459.

8) *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 173.

9) *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 173.

geschaffene Rechtsverhältnis, ohne daß es weiteren Vollzugs bedarf. Die älteren Stellungnahmen, die hieraus folgerten, eine Behörde könne eine Aufhebung nicht wieder aufheben<sup>10</sup>, fügten regelmäßig einschränkend hinzu, die „rechtskräftige“ (nach heutiger Terminologie: unanfechtbare) Aufhebung könne nicht aufgehoben werden<sup>11</sup>. Sei ein Verwaltungsakt unanfechtbar beseitigt, habe sich die Aufhebung ihrerseits „erschöpft“ und sei ebenfalls gegenstandslos<sup>12</sup>. Aus einem „rechtlichen Nichts“ könne der ursprüngliche Verwaltungsakt durch neuerliche Aufhebung „nicht wieder ins Leben gerufen werden“<sup>13</sup>. Diese Vorstellungen wirken unter dem Verwaltungsverfahrensgesetz fort<sup>14, 15</sup>, sind mit ihm aber unvereinbar. Die §§ 48, 49 VwVfG betonen, daß ein Verwaltungsakt auch dann aufgehoben werden kann, wenn er unanfechtbar ist; dies schließt gestaltende Verwaltungsakte ein<sup>16</sup>. Man mag einwenden, daß immerhin die Existenz eines Verwaltungsakts vorausgesetzt werde. Daran könnte es fehlen, sobald der Aufhebungsverwaltungsakt „sich erschöpft“. Heißt dies – im Sprachgebrauch des § 43 II VwVfG –, er habe sich „auf andere Weise erledigt“ und sei deshalb unwirksam? Die Gestaltung, die die Aufhebung herbeiführt, wird regelmäßig<sup>17</sup> schon mit Bekanntgabe des aufgehobenen Verwaltungsakts wirksam, § 43 I VwVfG. Das allein erledigt den Aufhebungsverwaltungsakt aber nicht, sonst wäre er nicht einmal anfechtbar. Erst die Unanfechtbarkeit „erschöpfe“ Rücknahme oder Widerruf<sup>18</sup>. Sie aber steht einer Aufhebung gerade nicht entgegen, §§ 48 I, 49 I VwVfG. Ob es sinnvoll ist, unter den Voraussetzungen dieser Bestimmungen einen gestaltenden Verwaltungsakt aufzuheben, ist dann Ermessensfrage<sup>19</sup>.

Das Verwaltungsverfahrensgesetz erlaubt auch, einen durch Rücknahme oder Widerruf weggefallenen Verwaltungsakt durch neuerliche Aufhebung „ins Leben zurückzurufen“. Wird ein Verwaltungsakt ex tunc zurückgenommen, gilt die vor seinem Erlaß bestehende Rechtslage weiter<sup>20</sup>. Zwar war der aufgehobene Verwaltungsakt eine Zeitlang wirksam, zwischen seiner Bekanntgabe (§ 43 I VwVfG) und seiner Aufhebung (§ 43 II VwVfG)<sup>21</sup>, doch wird das Gegenteil fingiert<sup>22</sup>. Entsprechend fingiert<sup>23</sup> die ex tunc wirkende Rücknahme einer Rücknahme oder eines Widerrufs, die erste Aufhebung habe nie existiert: der ursprüngliche Verwaltungsakt, den sie wirksam beseitigte, „lebt rückwirkend auf“<sup>24</sup>.

Im obigen Beispiel rechtfertigt das Gesetzmäßigkeitsprinzip, die Aufhebung des ursprünglichen Vormerkungsbescheids rückwirkend zu beseitigen. Wie jedoch ist es, wenn der ursprüngliche Bescheid tatsächlich rechtswidrig war, darüber hinaus aber auch seine Rücknahme, etwa, weil sie nach Ablauf der Rücknahmefrist erfolgte: Darf auch sie zurückgenommen werden mit der Konsequenz, daß ein rechtswidriger Verwaltungsakt wieder auflebt? Die Rücknahmefristen dienen dem gesetzlich ausgestalteten Vertrauensschutz auf den Bestand eines begünstigenden Verwaltungsakts, auch wenn er rechtswidrig ist. Gesetzmäßigkeit und Vertrauensschutz erlauben auch hier eine zweite Aufhebung<sup>25</sup>.

Auf die Rücknahme eines Widerrufs oder einer Rücknahme sind die Rücknahmebestimmungen danach anzuwenden.

### III. Widerruf eines Widerrufs

Einhellig ausgeschlossen wird heute dagegen noch immer, den Widerruf eines Verwaltungsakts nach § 49 VwVfG zu widerrufen<sup>26</sup>. Der Rechtsklarheit wegen seien die Möglichkeiten, die Aufhebung eines Verwaltungsakts aufzuheben, so einzuschränken, daß der Widerruf eines Widerrufs nicht erlaubt sei. Die nähere Begründung lautet regelmäßig, daß die Behörde, wolle sie einen widerrufenen Verwaltungsakt doch haben, ihn erneut erlassen könne<sup>27</sup>.

#### 1. Widerruf eines begünstigenden Widerrufs

Ein Beispiel: Zwei Störer verursachen eine polizeiliche Gefahr. Die Behörde entschließt sich ermessensfehlerfrei zum Einschreiten. Ihr Auswahlermessen zwischen den Störern übt sie rechtmäßig aus, indem sie dem Störer 1 aufgibt, die Gefahr zu beseitigen. Der Verwaltungsakt wird unanfechtbar. Später bittet Störer 1 die Behörde, seine Inanspruchnahme aus Zweckmäßigkeitsgründen noch einmal zu überdenken und nicht ihn, sondern den Störer 2 heranzuziehen. Die Behörde widerruft daraufhin die an Störer 1 gerichtete Verfügung und nimmt statt dessen, ebenfalls rechtmäßig, Störer 2 in Anspruch. Anschließend überlegt sie sich noch einmal, daß es zweckdienlicher gewesen wäre, beiden Verantwortlichen die Störungsbeseitigung

aufzugeben. Darf sie den Störer 1 erneut heranziehen? – Die auch vom Störer 1 verursachte Gefahr besteht nach wie vor, der Tatbestand der polizeilichen Ermächtigung für die Inanspruchnahme des Störers 1 ist weiterhin erfüllt. Anders liegt es, wenn § 49 VwVfG anzuwenden ist: Der Widerruf der ursprünglichen Inanspruchnahmeverfügung begünstigte Störer 1. Für diesen Aufhebungsverwaltungsakt seinerseits greift kein Widerrufstatbestand des § 49 II Nr. 1–5 VwVfG ein. Ein zweiter Widerruf, der die ursprüngliche Beseitigungsanordnung gegen Störer 1 ex nunc in Kraft setzte, schiebe aus.

Hier läßt es sich nicht rechtfertigen, wegen der These, ein Widerruf könne nicht widerrufen werden, § 49 VwVfG außer acht zu lassen. Die Wirkungen eines Widerrufs verbieten einen zweiten Widerruf nicht. Die Gestaltungswirkung des ersten Widerrufs steht einem zweiten ebensowenig wie einer erneuten Rücknahme entgegen (oben II). Die ex-nunc-Wirkung eines Widerrufs hindert ebenfalls nicht. Nach § 49 I, II VwVfG wird „mit Wirkung für die Zukunft“ widerrufen. Die Rechtslage, wie sie vor dem ersten Widerruf bestand, soll nach dem zweiten erneut bestehen: Auch beim Widerruf des Widerrufs lebt der ursprüngliche Verwaltungsakt auf. Freilich deckt sich diese Fiktion nicht mit der bei ex tunc wirkender Rücknahme (oder der bei Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren): Dort wird so getan, als habe der aufgehobene Verwaltungsakt zu keiner Zeit existiert. Hier dagegen wird akzeptiert, daß der erste Widerruf bis zum zweiten Widerruf wirksam ist (vgl. §§ 43 II, 49 III VwVfG). Die ex-nunc-Wirkung unterscheidet die Aufhebung durch Widerruf aber nicht maßgebend von der durch Rücknahme, sondern modifiziert unwesentlich: Sie begrenzt die Fiktion zeitlich; dies ist keine Eigenart des Widerrufs<sup>28</sup>, sondern auch bei der Rücknahme möglich (§ 48 I VwVfG). Erfolgt die (heute anerkannte) Rücknahme einer Rücknahme einmal ex nunc, wird die erste Aufhebung ebenfalls bis zur zweiten akzeptiert.

Im Beispielfall trägt die Begründung, der Rechtsklarheit wegen sei § 49 VwVfG auf den zweiten Widerruf nicht anzuwenden, ebensowenig. Ein Verzicht darauf, § 49 VwVfG anzuwen-

10) *PrO'IGE* 11, 393; vgl. auch *PrO'IGE* 19, 375 (382); 39, 355 (363); 73, 328, (331); *Bayl'GH*, *VerwRspr* Bd. 5 Nr. 139, S. 648 (651f.); vgl. ferner die Nachw. in Fußn. 2; offengelassen von *OVG Münster*, *OVGE* 38, 69 (70f.).

11) *Bayl'GH* *VerwRspr* Bd. 5 Nr. 139, S. 648 (652); *OVG Münster*, *OVGE* 14, 11 (13) = *VerwRspr* Bd. 13 Nr. 7, S. 26 (27); vgl. auch *Wolff-Bachof* (o. Fußn. 2), § 53 IV g 3, S. 459.

12) *VGH Mannheim*, *VerwRspr* Bd. 13 Nr. 181, S. 616 (617).

13) *OVG Münster*, *OVGE* 14, 11 (13) = *VerwRspr* Bd. 13 Nr. 7, S. 26 (27).

14) Vgl. die Nachweise bei *OVG Münster*, *OVGE* 38, 69 (70f.).

15) Wohl auch in der Ansicht, ein zweiter Widerruf sei nur ausnahmsweise möglich, solange die Geltung des ersten Widerrufs noch nicht eingetreten sei, etwa weil er mit aufschiebender Wirkung angefochten sei, vgl. *H. Meyer* (o. Fußn. 6), § 49 Rdnr. 7.

16) *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 62 und § 49 Rdnr. 22, jeweils mit w. Nachw.

17) Soweit der Widerruf nicht ausnahmsweise aufschiebend befristet oder bedingt ist.

18) Vgl. die Nachw. in Fußn. 11.

19) Vgl. *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1) § 49 Rdnr. 22 m. w. Nachw.

20) Zur vergleichbaren Situation bei der Aufhebung im Rechtsbehelfsverfahren vgl. *Kopp*, *VwGO*, 8. Aufl. (1989), § 113 Rdnr. 5.

21) Einige Autoren begrenzen die Wirksamkeit auf die Zeit zwischen Erlaß des Verwaltungsakts und des Eintritts der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs, vgl. die Nachw. bei *Kopp* (o. Fußn. 20), § 80 Rdnrn. 15f.

22) Entsprechendes geschieht bei der Aufhebung eines Verwaltungsakts im Rechtsbehelfsverfahren.

23) *Wolff-Bachof* (o. Fußn. 2), § 53 V h 2, S. 467.

24) *Klappstein* (o. Fußn. 7), § 48 Rdnr. 5 m. w. Nachw.; a. A. *Stelkens*, in: *Stelkens-Bonk-Leonhardt*, *VwVfG*, 2. Aufl. (1983), § 48 Rdnr. 51. Entsprechendes geschieht bei der Aufhebung einer Rücknahme oder eines Widerrufs im Rechtsbehelfsverfahren, vgl. *VGH Mannheim*, *NVwZ* 1992, 184 (r. Sp.) m. Nachw. = *VBIBW* 1991, 182.

25) Vgl. *BStGE* 58, 49ff.

26) Vgl. *Mauter* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 20 (a. E.); möglicherweise a. A. *Klappstein* (o. Fußn. 7), § 49 Rdnr. 4 i. V. mit Rdnr. 5.

27) *H. Ipsen*, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, 1932, S. 22; *Jellinek* (o. Fußn. 1), 3. Aufl., S. 282; *Wolff-Bachof* (o. Fußn. 2), § 53 IV g 3, S. 459; *Mauter* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 20 (a. E.); vgl. auch *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 173; vgl. ferner *Bl'ewG*, *DVBl* 1973, 861 (863).

28) Vgl. z. B. § 44a B110; zum RegE, der für § 49 auch die ex-tunc-Wirkung vorsieht, vgl. *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 49 Rdnrn. 72ff.

den, widerspräche dem Gesetzeszweck. Soweit die Vorschrift eine gesetzmäßige Verwaltung sichern will, mag diesem Zweck zwar auch beim Neuerlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts genügt werden können. § 49 II soll aber außerdem in genau bestimmtem Maß das Interesse am Fortbestand eines rechtmäßigen begünstigenden VA, hier des erste Widerrufs, schützen. Nur in den in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1-5 genannten Fällen und nur innerhalb der Jahresfrist des Satzes 2 darf widerrufen werden. Es wäre verfehlt, den Bestandsschutz unabhängig von dieser gesetzlichen Vorgabe einem behördlichen Ermessen beim Neuerlaß zu überantworten. § 49 II will den Bestand stärker sichern, als es bei der Ermessensausübung möglich ist: Die Widerrufstatbestände sind gerichtlich voll überprüfbar; bloße Ermessenskontrolle ist schwächer (vgl. § 114 VwGO). Die erlaubte Annahme, der ursprüngliche Verwaltungsakt lebe durch Widerruf des Widerrufs erneut auf, wird hier durch § 49 II VwVfG geboten; ein bloßer Neuerlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts wäre in diesem Fall unzulässig.

## 2. Widerruf eines belastenden Widerrufs

Ein Beispiel: Die Baubehörde erteilte dem A rechtmäßig eine Baugenehmigung, in der sie die Befreiung von einer zwingenden Vorschrift bewilligte, z. B. gem. § 86 NdsBauO (Baudispens). Dann widerrief sie die Genehmigung. Später widerruft sie den Widerruf. – Hier gibt es kein schutzwürdiges Bestandsinteresse des A an dem belastenden ersten Widerruf. Nach § 49 I VwVfG liegt der Widerruf eines belastenden Verwaltungsakts im behördlichen Ermessen. Da auch die Befreiung im Ermessen steht, stellt § 49 VwVfG keine weitergehenden Rechtmäßigkeitsanforderungen auf, bezweckt auch keinen Vertrauensschutz. Ein Widerruf dieses belastenden Widerrufs ist hier nicht notwendig. Schwieriger ist die Frage, ob er unzulässig wäre.

Ist ein rechtmäßig begünstigender Verwaltungsakt durch rechtmäßigen Widerruf beseitigt, verlangt das Gesetzmäßigkeitsprinzip eine erneute Aufhebung grundsätzlich nicht, schließt den zweiten Widerruf aber auch nicht aus. Dagegen wäre es beeinträchtigt, wenn durch den Widerruf eines Widerrufs eine zu diesem Zeitpunkt rechtswidrige Lage geschaffen würde. Ein Verwaltungsakt, der durch den zweiten Widerruf auflebt, muß deshalb allen materiellrechtlichen Anforderungen genügen, auch denen, die die Ermächtigungsgrundlage für den ursprünglichen Verwaltungsakt aufstellt<sup>29</sup>. Insoweit wäre der Widerruf eines belastenden Widerrufs entbehrlich, aber nicht unzulässig.

Wie ist es aber im folgenden Fall: Die Behörde erteilte dem A antragsgemäß eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die sie später widerrufen, weil A eine Auflage nicht fristgerecht erfüllte (§ 21 I Nr. 2 BImSchG). Kommt A der Auflage nun doch noch nach, darf der belastende Widerruf dann seinerseits unter den Voraussetzungen des § 49 I VwVfG widerrufen werden mit der Folge, daß die Genehmigung für die Zukunft wieder gilt? Bedenken bestehen, weil für die Neuerteilung der Genehmigung ein besonderes Verwaltungsverfahren vorgesehen ist (§ 10 BImSchG), während das Verfahren zum Widerruf sich nach § 9 VwVfG richtet<sup>30</sup>. Umginge hier ein zweiter Widerruf unzulässigerweise besondere Verfahrensvorschriften? Ein zweiter Widerruf nach § 49 I VwVfG ist allerdings nicht gleichbedeutend mit einer Genehmigung ohne vorgeschriebenes Verwaltungsverfahren. Immerhin hatte die ursprüngliche Genehmigung, die der erste Widerruf aufhob und die ein zweiter Widerruf aufleben ließe, das besondere Verwaltungsverfahren durchlaufen. Liegt etwa das Verfahren für die ursprüngliche Genehmigung nur kurz zurück und sind neue Erkenntnisse von einem zweiten besonderen Verfahren nicht zu erwarten, kann es effektiver Verwaltung widersprechen, ein solches stets durchzuführen<sup>31</sup>. Ähnlich liegt es, wenn zwischen Widerruf der Genehmigung und (verspäteter) Erfüllung der Auflage nur kurze Zeit verstrich. In vergleichbarer Lage verlangt § 31 VII 2 VwVfG kein erneutes besonderes Verwaltungsverfahren, sondern erlaubt, eine von der Behörde gesetzte Frist, die bereits abgelaufen ist, rückwirkend zu verlängern. Anders als der Widerruf nach § 49 VwVfG wirkt diese Entscheidung sogar ex tunc. Für § 31 VII 2 spielt es keine Rolle, ob die Behörde nach dem Fristablauf aus der Verfristung bereits Konsequenzen gezogen hat, wie im obigen Beispiel den Widerruf der Genehmigung. Der Wortlaut erfaßt auch diesen Fall. Ob die Behörde erst nach dem Fristablauf über den Widerruf entscheidet, oder ob sie dieselbe Folge zugleich mit der Fristsetzung an-

ordnet („Hiermit widerrufe ich die Ihnen erteilte Genehmigung mit Wirkung vom 1. des kommenden Monats, sofern Sie nicht bis zu diesem Tag die Auflage ... erfüllen“), macht keinen entscheidenden Unterschied.

Besondere Verfahren dienen nicht immer nur einer umfassenden Informationsbeschaffung der Genehmigungsbehörde, sondern können zum Schutz bestimmter Rechte Mitwirkungshandlungen, z. B. anderer Verwaltungsträger, vorsehen. Hätte im obigen Baudispensbeispiel die Baugenehmigung rechtmäßig von einer zwingenden Norm eines Bebauungsplans befreit, wäre das durch § 36 I 1 BauGB geforderte Einvernehmen der Gemeinde zuvor hergestellt worden. Soll ein Widerruf dieser Genehmigung widerrufen werden, stünde § 36 I 1 BauGB nicht entgegen: Das einmal erteilte Einvernehmen liegt vor, solange die Gemeinde nicht eine Änderung ihrer Auffassung erklärt.

Auch der Widerruf eines belastenden Widerrufs ist also grundsätzlich zulässig. Es steht im behördlichen Ermessen, stattdessen einen begünstigenden Verwaltungsakt erneut zu erlassen. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Neuerlaß müssen aber in beiden Fällen erfüllt sein. Wenn für den Neuerlaß des Verwaltungsaktes ein besonderes Verwaltungsverfahren vorgeschrieben ist, darf die Ermessensentscheidung, um eine effektive Verwaltung zu gewährleisten, zugunsten des Widerrufs ausfallen, sofern die nochmalige Durchführung des besonderen Verfahrens keine neuen Erkenntnisse erwarten läßt.

## IV. Sonderfall: Widerruf eines Widerrufs eines rechtswidrigen Verwaltungsakts

Dem Wortlaut des § 49 VwVfG zuwider kann ausnahmsweise auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt widerrufen werden, nämlich dann, wenn die Aufhebung nicht wegen der Rechtswidrigkeit erfolgt<sup>32</sup>. Denn ein rechtswidriger Verwaltungsakt soll keinen höheren Bestandsschutz genießen als ein rechtmäßiger<sup>33</sup>.

### 1. Widerruf eines begünstigenden Widerrufs?

Gesetzt den Fall, die Behörde verpflichtet ermessensfehlerhaft den ersten von zwei Störern zur Gefahrbeseitigung. Später erscheint es unsicher, ob dem Störer dies gelingen wird, beispielsweise weil er erkrankt ist. Hier kann die Behörde seine Inanspruchnahme nach § 49 I VwVfG widerrufen, d. h. sie darf unterstellen, der ursprüngliche Verwaltungsakt sei rechtmäßig gewesen. Gegen einen Widerruf dieses Widerrufs, etwa wenn der Störer gesundet, spricht das Gesetzmäßigkeitsprinzip: Der ermessensfehlerhafte Verwaltungsakt, den der zweite Widerruf aufleben ließe, wäre immer noch rechtswidrig. Treten nach dem ersten Widerruf aber Umstände ein, die jetzt eine erstmalige Inanspruchnahmeverfügung rechtfertigen könnten, darf der erste Widerruf nach § 49 II VwVfG widerrufen werden. Der durch die Widerrufstatbestände des § 49 II vorgesehene Vertrauensschutz verbietet dann einen bloßen Neuerlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts allein nach den für diesen maßgeblichen Bestimmungen (vgl. oben III 1).

### 2. Widerruf eines belastenden Widerrufs?

War z. B. eine Baugenehmigung unter rechtswidriger Befreiung von einer zwingenden Vorschrift erteilt, kann die Behörde sie widerrufen, wenn ein Widerrufstatbestand des § 49 II VwVfG vorliegt. Die Behörde darf unterstellen, der ursprüngliche Verwaltungsakt sei rechtmäßig gewesen. Ein anschließender Neuerlaß eben dieser Genehmigung nach den für die Befreiung geltenden Vorschriften käme nicht in Betracht. Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz spricht auch dagegen, durch nochmaligen Widerruf die rechtswidrige Baugenehmigung ins Leben zurückzurufen. Immerhin ließe sich vorstellen, daß dies zwecks (nachträglichen) Vertrauensschutzes ausnahmsweise zulässig wäre. Das Gesetz-

29) Kopp, (o. Fußn. 7), § 49 Rdnr. 3 i. V. mit § 48 Rdnr. 3 und BayVBl 1980, 97 (104f.).

30) Stelkens-Sachs (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 1; vgl. auch Hansmann, in: Landmann-Rohmer, UmweltR (Stand 1. 10. 1991), § 21 BImSchG Rdnr. 27.

31) Vgl. auch § 8 II der 9. BImSchV v. 18. 2. 1977, BGBl I, 274.

32) Z. B. BVerwG, NVwZ 1987, 498 (499); OVG Münster, NVwZ 1986, 583; Kopp (o. Fußn. 7), § 49 Rdnr. 7; krit. OVG Münster, NVwZ 1988, 942 (943); Obermayer, VwVfG, 2. Aufl. (1990), § 49 Rdnr. 7.

33) Klappstein (o. Fußn. 7), § 49 Rdnr. 2.3 und § 48 Rdnr. 2.3.

mäßigkeitsprinzip hatte hier nicht zwingend geboten, den rechtswidrigen Dispens zu beseitigen. Die Behörde hatte ihr Widerrufsermessen zu Lasten des Bestandsschutzes ausgeübt. Vereinzelt mag es gerechtfertigt sein, der Behörde durch zweiten Widerruf eine dem Adressaten günstigere Ermessensentscheidung zu erlauben, etwa wenn Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte, die für den ersten Widerruf bestimmend waren, sich später als unmaßgeblich darstellen. Allerdings muß die Behörde dann beachten, daß eine rechtswidrige Baugenehmigung auflebt: Um ein Ermessensdefizit zu vermeiden, muß sie die ursprüngliche Genehmigung auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen und darf diese nicht, anders als beim ersten Widerruf, unterstellen.

Wurde eine rechtswidrige immissionsschutzrechtliche Genehmigung widerrufen (§ 21 I BImSchG) und treten danach Tatsachen ein, die eine Genehmigung ermöglichen könnten, ist ein zweiter Widerruf unzulässig. Er würde das besondere Verwaltungsverfahren umgehen, das § 10 BImSchG für einen Neuerlaß vorschreibt; anders als oben beim Widerruf des Widerrufs eines rechtmäßigen Verwaltungsakts hatte es hier nie ein Verfahren gegeben, das in eine rechtmäßige Genehmigung mündete.

#### V. Widerruf einer Rücknahme?

Vereinzelt findet sich die Annahme, § 49 VwVfG schließe nicht aus, auch die rechtmäßige Rücknahme eines Verwaltungsakts zu widerrufen<sup>34</sup>. Hier gelten weitgehend die Überlegungen zum Sonderfall des Widerrufs eines Widerrufs eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (oben IV) entsprechend.

Hatte die Behörde ermessensfehlerhaft den ersten von zwei Störern in Anspruch genommen und wegen dieser Rechtswidrigkeit den Verwaltungsakt später zurückgenommen, verbieten es Gesetzmäßigkeit und Vertrauensschutz, durch Widerruf der (begünstigenden) Rücknahme den rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt erneut ins Leben zu rufen. Zulässig ist ein neuer Widerruf dagegen, wenn sich nach der Rücknahme die Sachlage änderte und nunmehr auch die Inanspruchnahme des ersten Störers ermessensfehlerfrei wäre. Dieser darf herangezogen werden, allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 49 II VwVfG. Ein Neuerlaß der polizeilichen Verfügung ohne Rücksicht auf den gesetzlich angeordneten Vertrauensschutz ist also nicht erlaubt: Hat die Behörde einmal einen begünstigenden Verwaltungsakt, hier die Rücknahme, erlassen, ist selbst bei Änderung der Sachlage Bestandsschutz zu gewähren, § 49 II Nr. 3 VwVfG.

Wird ein rechtswidriger Baudispens rechtmäßig zurückgenommen, spricht der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz ebenfalls dagegen, durch neuerlichen Widerruf die rechtswidrige Baugenehmigung erneut ins Leben zu rufen. Nur ausnahmsweise ist dies zwecks (nachträglichen) Vertrauensschutzes zulässig: Das Gesetzmäßigkeitsprinzip hatte hier nicht zwingend geboten, den rechtswidrigen Dispens zu beseitigen. Die Behörde hatte ihr Rücknahmeermessen zu Lasten des Bestandsinteresses am Dispens ausgeübt. Vereinzelt mag sie aus Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten ihre Ermessensentscheidung durch neuerlichen Widerruf zugunsten eines gesetzmäßigen Bestandsschutzes ändern dürfen.

Wurde eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung wegen Rechtswidrigkeit zurückgenommen und treten danach Tatsachen ein, die eine Genehmigung ermöglichen, darf durch Widerruf der Rücknahme das besondere Verwaltungsverfahren des § 10 BImSchG nicht umgangen werden (vgl. oben IV).

#### VI. Ergebnisse

Der Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts kann nach § 49 VwVfG widerrufen werden. Der ursprüngliche Verwaltungsakt lebt dadurch ex nunc auf. Begünstigte der erste Widerruf, so muß zum Schutz des Interesses am Fortbestand dieses Widerrufs § 49 II VwVfG angewendet werden. Dieser Vertrauensschutz darf nicht durch bloßen Neuerlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts gefährdet werden. Belastete der erste Widerruf, steht dessen Widerruf im behördlichen Ermessen. Hier verbietet kein Bestandsinteresse, den ursprünglichen Verwaltungsakt nach den für diesen maßgeblichen Vorschriften neu zu erlassen. Die Ermessensvorschrift § 49 I VwVfG kann aber erlauben, aus Gründen der Effektivität der Verwaltung auf ein gegebenenfalls vorgeschriebenes besonderes Verfahren zum Neuerlaß zu verzichten.

Wird ausnahmsweise ein rechtswidriger Verwaltungsakt nach § 49 VwVfG widerrufen, steht einem neuerlichen Widerruf regelmäßig die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entgegen. Gleiches gilt für den Widerruf einer Rücknahme. Sollten im Einzelfall die Voraussetzungen des § 49 II Nr. 3 VwVfG vorliegen, kann ein neuerlicher Widerruf ausnahmsweise zulässig sein, wenn dadurch nicht besondere Verfahrensvorschriften umgangen werden, die beim Neuerlaß des ursprünglichen Verwaltungsakts einzuhalten gewesen wären. Die Rücknahme einer Rücknahme oder eines Widerrufs ist unter den Voraussetzungen des § 48 VwVfG erlaubt.

34) *Stelkens* (o. Fußn. 24), § 48 Rdnr. 51a; anders *Stelkens-Sachs* (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 173; die Möglichkeit des Widerrufs einer Rücknahme ausdrücklich ablehnend *Wolff-Bachof* (o. Fußn. 2), § 53 IV g 3. S. 459.