

## Hausarbeit im Allgemeinen Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht Sommersemester 2016 „Späte Rücknahme“ Lösungsskizze

### Vorweg zur Einordnung:

Die Hausarbeit hatte im wesentlichen drei in verwaltungsrechtlichen Arbeiten regelmäßig wiederkehrende Problemkreise: Zum einen ging es darum, Sinn und Inhalt von Normen aus einem unbekanntem Teilgebiet des öffentlichen Rechts zu erfassen und diese auf einen Sachverhalt anzuwenden. Hierzu war zum anderen auf bekannte Normen und Figuren des allgemeinen Verwaltungsrechts zurückzugreifen, insbesondere auf die Vorschriften über die Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten. Ferner waren die problematischen Teile der Lösung methodisch „sauber“, insbesondere unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur zu bewältigen.

Der Umgang mit dem Vermögensgesetz ist überwiegend recht ordentlich gelungen, weshalb im folgenden hierauf nur am Rande eingegangen wird. Zum allgemeinen Verwaltungsrecht war die Spreizung der gezeigten Leistungen deutlich größer: Zwar haben die meisten Bearbeiter/innen erkennbar viel Zeit in die Hausarbeit investiert, jedoch fielen die Ergebnisse recht divergierend aus. Überwiegend schwach war dagegen das wissenschaftliche Niveau der allermeisten Arbeiten: Die meisten Bearbeiter/innen haben bei den Fußnoten ihre Schwerpunkte vor allem an den unproblematischen Stellen gesetzt, während die problematischen Fragen oft eher oberflächlich, zum Teil auch sehr einseitig behandelt worden sind, so dass hier viele potentielle Punkte „liegen gelassen“ wurden.

Gravierend war zudem, dass einige der im Sachverhalt ausdrücklich angesprochenen Probleme und Argumente von vielen Bearbeitern nicht oder nur am Rande berücksichtigt wurden, sodass auch insoweit viele Lösungen zwar im Ergebnis gut vertretbar waren, jedoch die – gerade in einer Hausarbeit – notwendige Argumentationstiefe fehlte. Auch deshalb wurden viele potentielle Punkte relativ leichtfertig „verschenkt“. Die nachfolgende Lösungsskizze soll daher vor allem aufzeigen, welche Gesichtspunkte in der Hausarbeit angelegt waren oder – z. B. als Kompensation für Mängel oder für überdurchschnittliche Noten – ansonsten noch hätten angesprochen werden können.

„Echte“ Probleme, d. h. besonders gründlich zu erörternde Fragen, waren in der Zulässigkeit der richtige Fristbeginn für die Erhebung der Klage sowie in der Begründetheit der Umgang mit der Jahresfrist des § 48 IV VwVfG. Vertieft zu erörtern waren ferner die Rechtswidrigkeit des Ausgangsbescheides, ein möglicherweise schutzwürdiges Vertrauen der T auf dem Bestand des Ausgangsbescheides sowie die Gedanken von Verzicht und Verwirkung.

Tendenziell zu breit erörtert wurden häufig (obwohl hier keine ernsthaften Schwierigkeiten bestanden) die Frage der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit, die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 35 S. 1 VwVfG bei einem Rücknahmebescheid und die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Zusicherung. Insoweit wurde den Bearbeiter/innen im jetzigen Stadium des Studiums jedoch ein erhebliche Antwortspielraum zugebilligt.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Im ersten und insbesondere im zweiten Examen würde dagegen erwartet, dass die Bearbeiter/innen diese Fragen in einer angemessenen Kürze bearbeiten.

## A. Sachurteilsvoraussetzungen / Zulässigkeit<sup>2</sup>

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

- ⇒ richtet sich mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisungen nach § 40 I VwGO
- ⇒ öffentlich-rechtliche Streitigkeit: Gestritten wird über die Rücknahme eines Bescheides nach dem VermG. Mangels spezieller Rechtsgrundlagen im VermG ist dies nach § 48 VwVfG zu beurteilen (= streitentscheidende Norm). § 48 VwVfG ist Sonderrecht des Staates bzw. begründet ein Subordinationsverhältnis.<sup>3</sup>
- ⇒ Nichtverfassungsrechtlich: § 48 VwVfG ist eine Norm des allgemeinen Verwaltungsrechts und nicht des Verfassungsrechts. Im übrigen streiten eine natürliche Person und eine Behörde.<sup>4</sup>

### II. Einschlägige Klageart gegen Rücknahmebescheid

- ⇒ T wendet sich gegen den Rücknahmebescheid. Fraglich ist, welche Klageart insoweit statthaft ist.
- ⇒ Das gemäß §§ 86 III, 88 VwGO zu ermittelnde Begehren der T ist an sich darauf gerichtet, eine Entschädigung für die Enteignung des Grundstücks ihres Vaters zu erhalten. Daher wäre zunächst eine Verpflichtungsklage gemäß § 42 I, 2. Var. VwGO denkbar.
- ⇒ Allerdings ist der Anspruch dem Grunde nach bereits in den früheren Bescheid festgestellt worden. Mit der Aufhebung des Rücknahmebescheides würde der festgestellte Anspruch wieder aufleben.<sup>5</sup>
- ⇒ Statthaft für dieses Begehren ist gemäß § 42 I, 1. Var. VwGO die Anfechtungsklage, wenn der Rücknahmebescheid ein Verwaltungsakt im Sinne der §§ 42 I VwGO, 35 S. 1 VwVfG ist.
- ⇒ Der Rücknahmebescheid des BADV ist eine Verfügung einer Behörde i.S.v. § 1 IV VwVfG auf dem Gebiet des öffentlich-rechtlichen VwVfG. Mit der Rücknahme des Bescheides aus dem Jahr 1999 wurde eine Regelung in einem einzelnen Fall getroffen. Mit diesem Bescheid sollte die Rechtsposition der verwaltungsexternen T verbindlich (um-) gestaltet werden, er hat daher Außenwirkung.<sup>6</sup>

### III. Allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen

- ⇒ §§ 45, 52 VwGO: Zuständigkeit des VG Berlin ergibt sich aus §§ 45, 52 Nr. 1 VwGO (vertretbar auch: örtliche Zuständigkeit nach § 52 Nr. 2 VwGO).<sup>7</sup>
- ⇒ §§ 61, 62, 67 VwGO: T ist als natürliche Person fähig, am Verfahren beteiligt zu sein (§ 61 Nr. 1 VwGO) und auch nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Sie kann sich gemäß § 67 II VwGO von R vor dem VG vertreten lassen. Das BADV ist als Behörde dagegen gemäß § 61 Nr. 3 nicht

---

<sup>2</sup> Der nachfolgende Aufbau ist nur eine von vielen vertretbaren Aufbauvarianten und orientiert sich an der Systematik des Gesetzgebers.

<sup>3</sup> Maßgeblich ist also vor allem, welche Norm streitentscheidend ist. Die Zuordnung dieser Norm zum öffentlichen Recht ist hier (wie in 99 % der verwaltungsrechtlichen Arbeiten) dagegen völlig unproblematisch.

<sup>4</sup> Vorsicht: In den Lehrbüchern dominiert die Formel von der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, die natürlich vertretbar ist und für den „Hausgebrauch“ bei den meisten Fällen völlig ausreicht. In den wirklich kritischen Fällen stellt die Rechtsprechung allerdings ähnlich wie bei der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit eher auf die Zuordnung der streitentscheidenden Norm zum Verfassungsrecht bzw. zum Verwaltungsrecht ab. Auch die Kommentarliteratur ist insoweit deutlich differenzierter, als die Lehrbuchformel dies erahnen lässt.

<sup>5</sup> Hinweis: Man könnte wegen der unklaren Höhe des Anspruchs daran denken, dass die T dennoch eine AK erheben müsste. Allerdings besteht insoweit keinerlei Streit, weshalb wohl insoweit von einer Gesetzestreue der Verwaltung auszugehen ist, es also genügt, dass die Frage geklärt wird, ob der Anspruch dem Grunde nach (noch) besteht.

<sup>6</sup> Wichtig war eine „saubere“ Subsumtion des Sachverhaltes unter die Tatbestandsmerkmale der Norm. Eine kurze Definition dieser Tatbestandsmerkmale war zulässig, aber in diesem rechtlich völlig unproblematischen Fall nicht zwingend nötig.

<sup>7</sup> Ein wenig Genauigkeit bei dieser und anderen „einfach“ zu bejahenden Normen kann nie schaden. Vor allem ist es ein (kleinerer) Aufbaufehler, § 52 Nr. 2 bis 5 VwGO zu bejahen, ohne das Vorliegen eines VA bejaht zu haben. Wer also vor der einschlägigen Klageart §§ 45, 52 VwGO prüft, müsste eigentlich hier auf § 35 S. 1 VwVfG eingehen.

beteiligungsfähig.<sup>8</sup> Beteiligungsfähig ist nur der Bund als Rechtsträger (§ 61 Nr. 1), der gemäß § 62 III VwGO vom BADV nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen gerichtlich vertreten wird.

⇒ §§ 81, 82 VwGO: Die gesetzlichen Formalien dürften lebensnah eingehalten worden sein.

#### IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

⇒ T ist Adressatin eines Rücknahmebescheides und damit eines belastenden Verwaltungsaktes. Schon deshalb ist eine Verletzung in eigenen Rechten (Art. 2 I GG) möglich.<sup>9</sup>

⇒ Zudem wäre T in ihren Rechten aus dem Ausgangsbescheid verletzt, wenn der Rücknahmebescheid rechtswidrig sein sollte, was ebenfalls möglich ist.

#### VI. Vorverfahren, § 68 VwGO?

⇒ T hat kein – an sich gemäß § 68 I 1 VwGO vorgesehenes – Vorverfahren durchgeführt.<sup>10</sup>

⇒ Entbehrlichkeit des Vorverfahrens nach § 68 I 2 Nr. 1? (-), BADV keine oberste Bundesbehörde.<sup>11</sup>

⇒ Entbehrlichkeit des Vorverfahrens nach § 68 I 2, 1. Var.? (+), gesetzlich bestimmt in § 36 IV 1 VermG für Entscheidungen des Bundesamtes (= BADV)

#### VII. Klagefrist, § 74 I 2 VwGO

⇒ Klagefrist bei Klage ohne Vorverfahren: 1 Monat nach Bekanntgabe des VA

⇒ Bekanntgabe => § 41 VwVfG, kann ggf. auch im Wege der Zustellung erfolgen (§ 41 V VwVfG)<sup>12</sup>

⇒ Hier: Zustellung nach § 4 VwZG (entweder über § 32 IV VermG oder über § 1 II VwZG)

⇒ Hier: Wegen Verlust des Rückscheins gilt die 3-Tages-Fiktion gemäß § 4 II 2 VwZG

⇒ **Problem:** Fristbeginn fiel an sich auf einen Sonntag – verschiebt sich der Fristbeginn auf den 14.01.?

⇒ Wenn ja, dann Fristende nach einigen Stimmen am 14.02., nach anderen Stimmen dennoch am 13.02.

⇒ Wenn nein, dann ohnehin Fristende am 13.02., also Frist bei Klageerhebung bereits verstrichen.<sup>13</sup>

⇒ Streit muss daher diskutiert und entschieden werden (jede ordentlich begründete Ansicht vertretbar)

#### VIII. Richtiger Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO (alternativ: Passivlegitimation)

⇒ Klage gegen Bundesrepublik Deutschland als Rechtsträger zu richten.

### B. Begründetheit der Klage, § 113 I 1 VwGO

⇒ Voraussetzungen: Rücknahmebescheid rechtswidrig + Verletzung der T in eigenen Rechten

#### I. EGL für Rücknahme

⇒ Mangels spezieller gesetzlicher Regelungen § 48 I 1, 2 VwVfG für rechtswidrige Bescheide.

---

<sup>8</sup> Leider bis ins Examen hinein und auch in dieser HA ein sehr häufiger und sehr peinlicher Fehler.

<sup>9</sup> Bisweilen verkannt: Die Adressatentheorie ist ein Unterfall der Möglichkeitstheorie.

<sup>10</sup> Die Stellungnahme des R zum Anhörungsschreiben war entgegen der Ansicht einiger Bearbeiter kein Vorverfahren.

<sup>11</sup> Das wurde von einigen Bearbeitern fälschlich so gesehen, oberste Bundesbehörde ist hier aber das BMF.

<sup>12</sup> Mehrfach wurde nicht sauber zwischen Bekanntgabe und Zustellung (= förmlich!) unterschieden.

<sup>13</sup> Häufiger und fataler Fehler: Wenn das fristauslösende Ereignis auf einen bestimmten Tag fällt (= 13.), dann beginnt die Frist zwar am nächsten Tag (= 14., 0:00 Uhr), das Fristende ist jedoch gemäß § 188 II BGB wiederum an dem Tag, „welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem [Tag des fristauslösenden Ereignisses] entspricht“ (= nächster 13., bis 23:59 Uhr). Der Gesetzgeber wollte hier eine ganz einfache Fristberechnung ermöglichen!

## II. formelle RM des Rücknahmebescheides

- ⇒ Zuständigkeit des BADV? (+), nunmehr zuständig gemäß § 29 III VermG
- ⇒ Verfahren, insbesondere Anhörung? Anhörung nach § 32 I VermG (= zwingend) oder nach § 28 I, II VwVfG (= mit Ausnahmen) erforderlich? Nach BVerwG gilt § 32 I VermG auch für Rücknahmebescheide nach § 48 VwVfG. Muss nicht geklärt werden, da eine Anhörung ohnehin erfolgt ist.
- ⇒ Form, §§ 37, 39 VwVfG? Rücknahmebescheid schriftlich und begründet.

## III. materielle RM des Rücknahmebescheides<sup>14</sup>

- ⇒ Rücknahme eines VA beabsichtigt? (+), wenn Ausgangsbescheid VA
- ⇒ § 35 S. 1 VwVfG anwendbar bei Handeln einer Landesbehörde? (+), § 1 I VwVfG Bln.<sup>15</sup>
- ⇒ Tatbestandsmerkmale des § 35 S. 1 VwVfG? Der Ausgangsbescheid des LAROV ist eine Verfügung einer Behörde, diesmal auf dem Gebiet des VermG / NS-VEntschG, die wiederum Sonderrecht des Staates darstellen. Mit dem Ausschluss der Rückübertragung und dem Zusprechen eines Anspruchs dem Grunde nach gegenüber dem E bzw. dessen Erbin T hat das LAROV eine Regelung im Einzelfall getroffen, die wiederum unmittelbar gegenüber verwaltungsexternen Personen Rechtswirkungen entfalten soll.<sup>16</sup>
- ⇒ VA oder Zusicherung? Fraglich könnte sein, ob die Regelung zur Entschädigung dem Grunde nach bereits eine endgültige Sachregelung beinhaltet oder nur eine künftige Sachregelung verbindlich in Aussicht stellt. Im ersteren Fall läge ein VA vor, im letzteren eine Zusicherung (vgl. exemplarisch *Stelkens*, in: *Stelkens/ Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 38 Rn. 20 mit instruktiven Nachweisen aus der Rechtsprechung).
- ⇒ Hier hat das LAROV die Rückübertragung verbindlich abgelehnt und ebenso verbindlich einen Anspruch auf Entschädigung dem Grunde nach festgestellt. Offen geblieben sind zum einen die Frage, wer der/die wahre Berechtigte nach dem Tod des früheren Eigentümers ist, und zum anderen die Frage nach der Höhe der Entschädigung. Bei dieser Sachlage spricht vieles dafür, dass das LAROV über einen Teil des Anspruchs (die Berechtigung dem Grunde nach) eine abschließende Sachregelung treffen wollte, bei der nur noch geklärt werden musste, wem der Entschädigungsanspruch zusteht. Lediglich hinsichtlich des Bescheides über die Höhe der zugesagten Entschädigung liegt eine Zusicherung nahe. Insoweit wird der Ausgangsbescheid aber nicht aufgehoben.
- ⇒ Die besseren Gründe sprechen beim Ausgangsbescheid für das Vorliegen eines VA.<sup>17</sup>

### 1. Ursprünglicher VA rechtswidrig, § 48 I 1 VwVfG?

- ⇒ Formelle RM des Ausgangsbescheides? Damals noch Zuständigkeit des LAROV, der notwendige Antrag wurde rechtzeitig gestellt, Formfehler sind nicht ersichtlich.
- ⇒ Anspruchsgrundlage? § 1 I NS-VEntschG i.V.m. §§ 1 VI, 4, 5 VermG

---

<sup>14</sup> Wenn ein Sachverhalt so ausführlich wie hier Argumente zur materiellen Rechtmäßigkeit anführt, dann deshalb, damit die Bearbeiter/innen dazu nach Möglichkeit auch Stellung nehmen! Dementsprechend lag auf diesem Teil der Arbeit eindeutig der Schwerpunkt und stellte es einen erheblichen Mangel dar, wenn zentrale Fragen der materiellen Rechtmäßigkeit zu knapp bzw. oberflächlich behandelt wurden. Dies war leider häufig zu konstatieren.

<sup>15</sup> Dieser Gesichtspunkt wird „gerne“ einmal übersehen – Genauigkeit bringt dagegen Pluspunkte. PS: Die einmalige Erwähnung, dass das VwVfG des Bundes auf das Handeln Berliner Behörden anwendbar ist, reicht völlig aus.

<sup>16</sup> Teilweise wurde angenommen, dass wegen des Nachweises der Erbenstellung keine Außenwirkung vorliege. Das ist eindeutig falsch: Der Bescheid ist an T gerichtet und verlässt damit den verwaltungsinternen Bereich. Die Frage nach der VA-Qualität stellt sich eher beim Merkmal „Regelung“, s. sogleich.

<sup>17</sup> Dies konnte man auch anders gesehen und dies haben die meisten Bearbeiter/innen auch anders gesehen. Je nach Qualität der Argumentation konnten damit durchaus Pluspunkte gesammelt werden. Oftmals allerdings waren die Argumentationen in sich nicht allzu stimmig.

- ⇒ Rückgabe ausgeschlossen? (+), Grundstück wurde mit einem Krankenhaus bebaut und damit dem Gemeingebrauch gewidmet, § 5 I litt. b) VermG.
- ⇒ **Problem:** Vermögensverlust des E nach § 1 VI VermG „auf andere Weise“? Sehr fraglich: Die Anordnung der Feindvermögensverwaltung nach §§ 12 ff. der Feindvermögensverordnung zielte nicht auf die Konfiszierung oder Liquidation des unter Verwaltung gestellten Vermögens ab; vielmehr sollte das Vermögen grundsätzlich zugunsten des Eigentümers in seinem Bestand erhalten bleiben. Mit ihr wurden zwar dem Eigentümer seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse genommen; jedoch blieb das Eigentum als solches bis auf wenige Ausnahmen unangetastet (BVerwG, Urteil vom 02.12.1999, 7 C 46/98, juris Rn. 11). Insoweit hat der NS-Staat auch nicht zwischen „jüdischem“ und „nicht-jüdischem“ Eigentum unterschieden (BVerwG, aaO., Rn. 13). Diese Argumentation erscheint überzeugend.<sup>18</sup>
- ⇒ Hier: Die Zwangsverwaltung hat E zwar vorübergehend seiner Eigentümerbefugnisse beraubt, er blieb aber stets im Grundbuch eingetragen. Nach dem Zusammenbruch des NS-Staates lebte seine Eigentümerstellung wieder auf. Dass E hiervon faktisch keinen Gebrauch machen konnte, lag nicht am Nationalsozialismus, sondern daran, dass das Grundstück auf dem Gebiet der späteren DDR lag. E blieb Eigentümer, dass er sein Eigentum nicht nutzen konnte, unterscheidet ihn nicht von anderen Eigentümern von DDR-Grundstücken.
- ⇒ E wurde – auch faktisch – nicht von den Nazis enteignet, sondern erst von der DDR. Der Ausgangsbescheid war daher materiell rechtswidrig.

## 2. Weitere Voraussetzungen, § 48 I 2 VwVfG

- ⇒ begünstigender VA? Ja: Zwar Verweigerung der Rückübertragung, aber Entschädigungsberechtigung dem Grunde nach (wenn auch unter Voraussetzungen).
- a) Vertrauen betätigt, § 48 II VwVfG?
  - ⇒ Anwendbar, da VA zwar keine Geldleistung gewährt, hierfür aber Voraussetzung ist.
  - ⇒ Vertrauen der T auf Bestand des Ausgangsbescheides? (+), T ging von Bestand aus und hat sich über R bemüht, ihre Erbenstellung wie gefordert nachzuweisen.
  - ⇒ Vertrauen auch schutzwürdig? Regelmäßig (+), wenn Leistungen verbraucht oder irreversible Dispositionen getroffen wurden. Leistungen verbrauchen konnte T schon nicht und Dispositionen von ihr sind auch nicht erkennbar. T hat „nur“ all die Jahre über auf ihr Recht gewartet.
  - ⇒ (Kosten für die Beschaffung der Erbscheine? Wohl keine Dispositionen, die T allein mit Blick auf das Entschädigungsverfahren getroffen hat. Jedenfalls würden die Kosten wohl die Annahme rechtfertigen, dass hier eine Ausnahme zum Regelfall des § 48 II 2 VwVfG vorliegt.)<sup>19</sup>
- b) § 48 IV VwVfG<sup>20</sup>
  - aa) neue Tatsachen?
    - ⇒ Eigentlich nicht, alle Tatsachen waren bekannt und haben sich nicht geändert
    - ⇒ BVerwG lässt sämtliche neuen Umstände zu, auch rechtlicher Art (=> kaum streitig)
    - ⇒ Urteil des BVerwG von 02.12.1999 ist „neue Tatsache“

---

<sup>18</sup> Eine andere Ansicht war selbstverständlich vertretbar. Wer allerdings gegen die eindeutige Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichts Stellung beziehen will, muss sich mit dieser Rechtsprechung ordentlich auseinandersetzen. Wer dagegen der Rspr. des BVerwG folgen wollte, musste nur zu erkennen geben, dass er/sie die Argumentation des BVerwG verstanden hat (was den meisten Bearbeiter/innen ordentlich gelungen ist).

<sup>19</sup> Einige Bearbeiter haben dies – gut vertretbar – anders gesehen und dann konsequent geprüft, ob das Vertrauen schutzwürdig ist. Wenig bis gar nicht vertretbar war es dann aber, wenn Bearbeiter/innen bei der Prüfung des § 48 II 3 VwVfG meinten, dem R eine grobe (!) Fahrlässigkeit anlasten zu müssen, weil er eine neue Rechtsprechung, die nach (!) Erlass des begünstigenden Bescheides auf einem speziellen Fachgebiet (!) ergangen ist, nicht gekannt habe.

<sup>20</sup> Hier mussten sich die Bearbeiter/innen an mehreren Stellen mit der Rechtsprechung des BVerwG auseinandersetzen, auf dieses nimmt der SV gleich zweimal ausdrücklich Bezug.

#### bb) Kenntnis der Behörde?

- ⇒ BADV hatte 1999 keine Kenntnis, muss sich aber die Kenntnisse des damals zuständigen LAROV zurechnen lassen (vgl. BVerwG, 20.12.1999, 7 C 42/98, BVerwGE 110, 226 = juris, Rn. 21 f.).
- ⇒ Dem BVerwG zufolge kommt es zudem auf die Kenntnis des zuständigen Amtswalters an. Das ist durchaus streitig, was aber irrelevant ist, wenn der zuständige Amtswalter wie hier Kenntnis hatte.

#### cc) Jahresfrist als Bearbeitungs- oder Entscheidungsfrist?

- ⇒ **Problem:** Der Wortlaut legt eine Bearbeitungsfrist nahe, eine Entscheidungsfrist von einem Jahr wäre zudem systematisch ungewöhnlich (vgl. die Fristen für Berufungen und andere Rechtsmittel).
- ⇒ Das BVerwG nimmt dennoch in ständiger Rspr. eine Entscheidungsfrist an, um im schwierigen Fällen Entscheidungen auf unvollständiger Tatsachenbasis zu vermeiden. Dies war ursprünglich sehr streitig (vgl. o.: auch Berufungen etc. müssen ggf. auf unvollständiger Tatsachenbasis eingelegt werden). Die Ansicht ist mittlerweile aber hM und wohl auch Wille des Gesetzgebers.<sup>21</sup>

#### dd) Tatsachen, die die Rücknahme „rechtfertigen“?

- ⇒ **Problem:** Setzt bereits die Kenntnis des neuen Urteils von 1999 die Frist in Gang? (-), gemäß dem BVerwG kommt es nicht allein auf die neuen Tatsachen, sondern auf *sämtliche* Tatsachen an. Nur diese würden eine Rücknahme „rechtfertigen“ (streitig, aber hM).
- ⇒ **Problem:** Gehört bei Ermessensentscheidungen auch die Stellungnahme/Anhörung des Betroffenen dazu? Nach BVerwG (+), da die Anhörung neue Tatsachen erbringen kann (streitig, aber hM).
- ⇒ Dies soll der hM zufolge selbst dann gelten, wenn die Stellungnahme de facto nichts mehr ändern konnte (m.E. hoch problematisch, da die zum Schutz des Betroffenen dienende Anhörung dadurch zu einem Instrument zu Lasten des Betroffenen wird, mit dem eine Behörde eine bereits inhaltlich geplante Entscheidung beliebig aufschieben könnte).
- ⇒ Hier: Die Vermerke deuten auf unbedingten Rücknahmewillen hin (jedenfalls der vom 1.6.2004), die Stellungnahme des R hat an beabsichtigtem Bescheid nichts ändern können, war letztlich eine reine Formalität vor der inhaltsgleich durchgeführten Rücknahmeentscheidung.
- ⇒ Konsequenz der Rspr. des BVerwG: Eine Behörde kann den Fristbeginn durch die Verzögerung der Anhörung beliebig hinausschieben, was rechtsstaatlich höchst bedenklich ist.<sup>22</sup>
- ⇒ Entscheidung so oder so möglich, aber ausführliche Begründung erforderlich

#### ee) Konkludenter Verzicht auf Rücknahme?<sup>23</sup>

- ⇒ Verzicht möglich? Ja, bei Ermessensentscheidungen, hier (+)
- ⇒ Schreiben vom Mai 2008? Wohl nur Standardschreiben, kein Regelungswille erkennbar
- ⇒ Lange Verfahrensdauer allgemein als Verzicht? (-) Reicht wohl kaum aus, da nach ganz hM. ein Verzichtswille erkennbar sein muss, weshalb ein konkludenter Verzicht kaum angenommen wird.

---

<sup>21</sup> Wiederum: Man darf durchaus eine andere Meinung als das BVerwG vertreten. Argumentativ hat man dann aber den größeren Aufwand, denn man muss – insbesondere in einer Hausarbeit – deutlich machen, dass man eine anders lautende Rechtsprechung einer ernsthaften Prüfung unterzogen hat. Umgekehrt darf man bei einer immer noch so heftig von Teilen der Literatur angegriffenen Auffassung nicht „blind“ der Rechtsprechung folgen. So oder so stellte eine nur knappe oder schlampige Auseinandersetzung mit dieser Problematik einen erheblichen Mangel dar.

<sup>22</sup> Wer der Rechtsprechung des BVerwG folgen wollte, musste – zumindest für eine höhere Punktzahl – an dieser oder einer späteren Stelle die Problematik erkennen und ansprechen, dass es mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht so einfach vereinbar ist, wenn eine Behörde sich ihr Rücknahmerecht gerade dadurch bewahrt, dass sie die eigentlich gebotene Anhörung so lange aufschiebt, bis es ihr gerade passt.

<sup>23</sup> Das Thema ist im SV ausdrücklich angesprochen, sollte daher hier oder in einem der folgenden Punkte zumindest gestreift werden, ohne dass hierzu eine vertiefte Argumentation erwartet wurde.

- ⇒ Bei über einjähriger völliger Untätigkeit? Die Konstruktion eines Verzichts bei einer bewussten Untätigkeit wäre zwar ein Ausweg, aber wohl nicht mit der Rechtsprechung des BVerwG zum notwendigen Verzichtswillen vereinbar. (Der Gedanke scheint bisher nicht diskutiert zu sein, böte sich aber als ein möglicher Ausweg an, um in gravierenden Fällen bewusster Untätigkeit die – auch vom BVerwG nicht gebilligte – „Saumseligkeit“ einer Behörde zu unterbinden.)

### 3. Rücknahmerecht verwirkt?<sup>24</sup>

- ⇒ Die Verwirkung setzt nach der Rechtsprechung ein Zeit- und ein Umstandsmoment voraus.
- ⇒ **Problem:** Das Umstandsmoment erfordert – anders als das in § 48 II 2 VwVfG geschützte Vertrauen des Betroffenen – kein Vertrauen in den Bestand des VA, sondern umgekehrt ein Vertrauen des Betroffenen darauf, dass die Behörde trotz einer Möglichkeit der Rücknahme von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch (mehr) machen wird. Der Betroffene muss danach positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit haben!
- ⇒ Hier war zwar eine lange Zeit vergangen, aber mangels Kenntnis der Rücknahmemöglichkeit seitens T/R konnte kein Vertrauen der T auf die (weitere) Untätigkeit der Behörde entstehen.
- ⇒ (Fallbesonderheit: Behörde ging selbst von einer Kenntnis der T aus (Schreiben vom Januar 2009: „wie Ihnen ja bekannt ist“, vgl. auch Schreiben vom Januar 2004), und unternahm dennoch nichts, was aber nach der Rspr. des BVerwG irrelevant sein dürfte.)
- ⇒ Hätten das LAROV bzw. später das BADV frühzeitig auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen, hätten sie zwar das Vertrauen nach § 48 II VwVfG in den Bestand des VA zerstört, sie hätten aber zugleich das Umstandsmoment für eine mögliche Verwirkung begründet. Wiederum wirkt sich die Untätigkeit der Behörde gerade zugunsten der jeweiligen Behörde aus.<sup>25</sup>

### IV. Materielle Rechtswidrigkeit des Rücknahmebescheids aufgrund von Ermessensfehlern, § 114 VwGO?

- ⇒ Ermessensausfall? (-), Ermessensabwägung hat stattgefunden
- ⇒ Ermessens Fehlgebrauch? (-), die Abwägung zugunsten des Entschädigungsfonds und damit zugunsten tatsächlich Berechtigter ist nicht ermessensfehlerhaft.
- ⇒ Ermessensüberschreitung wegen unverhältnismäßigen Eingriffs in Art. 2 I bzw. 14 GG? An sich ein Eingriff (wohl eher in Art. 2 I GG als in Art. 14 GG), aber der Gesetzgeber hat in § 48 VwVfG einen umfassenden Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen gefunden. Wenn daher die Rücknahme regelmäßig nicht schon vorher an den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen scheitert, dient die Rücknahme regelmäßig nicht nur dem legitimen Zweck der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern ist auch geeignet, erforderlich und angemessen, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchzusetzen.
- ⇒ Sofern man die Rücknahme für gesetzlich zulässig, insbesondere nicht für verfristet oder verwirkt hält, ist kein Grund ersichtlich, die Rücknahme ausnahmsweise doch zu versagen.
- ⇒ Ermessensüberschreitung wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip bei 20-jähriger Verfahrensdauer bzw. 10-jähriger Rücknahme? Zweifelhafte, wäre aber vertretbar.
- ⇒ Ermessensüberschreitung wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben? Fraglich: Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt zwar auch im öffentlichen Recht. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Unterfall von Treu und Glauben findet aber in der Verwirkung seine Ausprägung. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben allein auf die bewusste Untätigkeit zu stützen wäre jedenfalls unkonventionell. Insofern läge es öffentlich-rechtlich näher, auf Art. 20 III GG (s. oben) abzustellen.

<sup>24</sup> Auch das Thema Verwirkung war im SV ausdrücklich angesprochen, wurde aber mehrheitlich nicht problematisiert. Ohne Frage bereitet der „richtige“ Einbau dieser Thematik gewisse Schwierigkeiten, aber das war Teil der Prüfungsleistung, zudem bestand hier ein erheblicher Antwortspielraum. Denkbar war etwa auch eine Prüfung im Zuge der Ermessensprüfung (als mögliche Ermessensüberschreitung).

<sup>25</sup> Insofern kann man sich durchaus fragen, ob man die Verwirkung aus rechtsstaatlichen Gründen weiter als bisher fassen sollte. Das aber war nicht zu erwarten, solche oder ähnlich kreative (und ordentlich begründete) Gedanken können eine Arbeit weit in den zweistelligen Bereich katapultieren (oder zumindest vorherige Mängel wettmachen).

⇒ Regelverjährung (§§ 195, 199 I BGB) als allgemeines Rechtsprinzip? eher (-), wäre wohl zu gewagt.<sup>26</sup>

V. ggf. Rechtsverletzung der T?

⇒ Bei Rechtswidrigkeit des Rücknahmebescheides würde dieser ihre Grundrechte aus Art. 2 I GG bzw. ihre im Ausgangsbescheid begründeten, auf § 1 NS-VEntsChG basierenden Ansprüche verletzen.

*Lösungsskizze erstellt von Herrn RA Philipp Franck*

---

<sup>26</sup> Dieser wie der vorherige Gesichtspunkt waren nicht zwingend anzusprechen, sondern sollen beispielhaft illustrieren, wie man die im Sachverhalt ausdrücklich angesprochene Thematik der langen Verfahrensdauer hätte ansprechen können. Jeder sinnvolle Gedanke in diese Richtung (wie auch andere unkonventionelle, aber sinnvolle Gedanken) gab deutliche Pluspunkte. Insofern kann etwas Mut selten schaden, wenn er gut (= normorientiert) begründet ist.