

Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch ZfSH/SGB

Monatszeitschrift

für Sozialrecht, Sozialgesetzbuch (SGB), Arbeitsrecht, Sozialhilfe, Wohlfahrtspflege
und verwandte Gebiete, Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft

Zitierweise: ZfSH/SGB

Verlag R. S. Schulz, Inhaber: Dr. jur. h. c. Rolf S. Schulz,
Berger Straße 8–10 · 8130 Starnberg-Percha
Telefon (0 81 51) 149-0 · Telefax (0 81 51) 149-56 · Telex 52 64 27 buch

Sie erreichen uns auch über Bildschirmtext



Herausgeber: Ministerialdirektor Dr. Kurt Schelter,
Küppersgarten 31, 5300 Bonn 3.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und
Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil der
Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikro-
film oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung
des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektroni-
scher Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet wer-

den. Keine Gewähr für unverlangt eingesandte Manuskripte.
Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen.
Mit der Annahme des Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Ver-
fasser alle Rechte.

Anzeigenverwaltung: Verlag R. S. Schulz.

Gültig ist derzeit die Anzeigen-Preisliste Nr. 30 der
„Media-Informationen 91“. Wir bitten Sie, diese anzufordern.

Erscheinungsweise: monatlich.

Die Veröffentlichungen in dieser Zeitschrift geben ausschließlich die Meinung der Verfasser wieder.

Postversandort: Starnberg

Bezugspreis: Im Abonnement monatlich DM 12,—. Einzelpreis
DM 13,—. ISSN 0724-4711

Gesamtherstellung: Erhardi Druck, Regensburg.

30. Jahrgang

München, Mai 1991

Heft 5

Der Begriff „Verwaltungsakt mit Dauerwirkung“ im SGB X

Gerrit Manssen

Dr. jur. Gerrit Manssen, Wiss. Assistent a. Z., Regensburg, Lehrstuhl Prof. Dr. Steiner, Juristische Fakultät, Universitätsstraße 31,
8400 Regensburg

I. Einleitung

Die Figur des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung (im folgenden meist als „Dauerverwaltungsakt“ bezeichnet) ist im deutschen Sozial- und allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht seit langerem bekannt.¹⁾ Das am 1. 1. 1977 in Kraft getretene VwVfG des Bundes und die entsprechenden Landesverfahrensgesetze enthalten trotzdem keine Regelung hierüber. Hingegen wird im am 18. 8. 1980 partiell in Kraft getretenen SGB X erstmalig²⁾ in zwei Bestimmungen (§§ 45 Abs. 3 und 48) an diesen Begriff angeknüpft. Zwar ist das SGB X in weiten Teilen in Anlehnung an das VwVfG konzipiert worden. Bezuglich des Dauerverwaltungsaktes erschien es dem Gesetzgeber aber erforderlich, sozialrechtliche Besonderheiten zu betonen.³⁾ So sind durch § 45 Abs. 3 SGB X entsprechend den insoweit aufgehobenen Bestimmungen des § 1744 RVO und der §§ 41, 42 Kov-VerfG die Rücknahmemöglichkeiten von rechtswidrigen Verwaltungsakten im Vergleich zum allgemeinen Recht stärker beschränkt.⁴⁾ Die Vorschrift des § 48 SGB X, die die Anpassung des Verwaltungsaktes an gewandelte rechtliche und tatsächliche Verhältnisse ermöglicht, aber auch ohne die Gewährung von Ermessen vorschreibt,

hatte ebenfalls eine längere sozialrechtliche Tradition.⁵⁾

¹⁾ Siehe *Hauseisen*, NJW 1959, S. 1065; *Bachof*, JZ 1954, S. 416 (419); *Lerche*, DVBl. 1955, S. 776 (776).

²⁾ Vgl. BSG, Urt. v. 21. 2. 1985 — 11 RA 2/84, E 58, S. 49 (52); ebenso *Schneider-Danwitz*, SGB-SozVers-GesKomm, § 45 SGB X, Anm. 61 b, Stand: Oktober 1985.

³⁾ Zur grundsätzlichen Konzeption des Gesetzgebers, wonach Abweichungen nur dort konzipiert werden sollten, wo dies aus Gründen der Besonderheiten des Sozialrechts erforderlich war, siehe BT-Drucks. 8/2034, S. 29 und *Lorenz*, Festchrift 25 Jahre BSG (1979), Band 2, S. 911 (913); insgesamt ablehnend zur Doppelung von Verwaltungsverfahrensgesetzen *Hufen*, VVDStRL 47 (1988), S. 142 (153); kritisch zur Frage, ob die vorgenommenen Abweichungen tatsächlich durch Besonderheiten des Sozialrechts gerechtfertigt sind *Dörr*, ZfS 1980, S. 127 ff.; *Meyer*, ZRP 1979, S. 105 (109). Kritik wurde aber auch aus der umgekehrten Richtung geäußert, nämlich im Hinblick auf eine zu geringe Beachtung des Fundus des gewachsenen Sozialversicherungsrechts, siehe etwa *Krause*, NJW 1981, S. 81 (82). Zustimmend zur grundsätzlichen Konzeption des SGB X hingegen *Stober*, SGb 1990, S. 225 (228); *Wannagat*, SGb 1990, S. 217 (217); *Neumann-Duesberg*, BKK 1981, S. 6 (6).

⁴⁾ Siehe BT-Drucks. 8/2034, S. 34; vgl. auch *Dörr*, ZfS 1980, S. 127 (128).

⁵⁾ Etwa §§ 622 Abs. 1, 1286 Abs. 1 a. F. RVO; vgl. weiter die Auflistung in BT-Drucks. 8/2034, S. 35, zu § 46.

Mehr als ein Jahrzehnt der Geltung der Vorschriften über den Dauerverwaltungsakt im SGB X geben Anlaß zu einer kritischen Bestandsaufnahme. Es stellt sich die Frage, ob es der Rechtsprechung vor allem des BSG geglückt ist, die Figur des Dauerverwaltungsaktes zu definieren und sinnvoll in die ansonsten in Anlehnung an das VwVfG konzipierten und formulierten allgemeinen Aufhebungsbestimmungen zu integrieren.

II. Der Begriff des Dauerverwaltungsaktes und das System der Aufhebungsvorschriften der §§ 44 ff. SGB X

1. Textsystematische Überlegungen

Der Dauerverwaltungsakt ist wie erwähnt keine Besonderheit des Sozialrechts. Der Begriff „Dauerverwaltungsakt“ wird im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht ebenfalls verwendet, auch wenn er nicht gesetzlich fixiert ist.⁶⁾ Das SGB X knüpft jedoch in Abweichung vom VwVfG an sein Vorliegen in §§ 45 Abs. 3, 48 ausdrücklich besondere Rechtsfolgen. Das Problem der Anwendung der §§ 44 ff. SGB X auf den Dauerverwaltungsakt ist damit vor allem ein Problem seiner Definition.

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum SGB X ist es unter anderem das Ziel des Gesetzes, durch Zusammenfassung und Vereinfachung der Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren das Rechtsverständnis des Bürgers zu fördern, die Rechtsanwendung durch Verwaltung und Rechtsprechung zu erleichtern und Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁷⁾ Schon der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren allerdings Bedenken vorgebracht und vorgeschlagen, im SGB X die Grundsätze des VwVfG (wohl im Wege der Verweisung) zu übernehmen und die für das Sozialrecht notwendigen Abweichungen als solche zu konzipieren und kenntlich zu machen.⁸⁾ Die Bundesregierung beharrte demgegenüber auf der Konzeption der vollständigen Regelungen mit weitgehender Wortwiederholung und berief sich als Begründung darauf, dies erleichtere „den Befreiteten und der Verwaltung das Lesen des Gesetzes“.⁹⁾ Bezuglich des Dauerverwaltungsaktes hat die angestrebte Leseerleichterung jedoch zu keinem vergleichbar leichten Verständnis geführt. „Leicht zu lesen, schwer zu verstehen“, könnte man die Bestimmungen der §§ 44 ff. SGB X auch im Hinblick auf den Dauerverwaltungsakt überschreiben. Es fehlt nicht nur eine Legaldefinition, auch die anderen Aufhebungsbestimmungen geben insoweit keine Orientierungshilfe. So hat ein Dauerverwaltungsakt nach der Aussage der §§ 45 Abs. 3, 48 VwVfG „Dauerwirkung“. „Dauerwirkung“ ist wohl nicht zwingend eine Wirkung bis in alle Ewigkeit, ebensowenig in jedem Fall eine solche auf unbestimmte Zeit,¹⁰⁾ aber eben auch keine solche nur in einem bestimmten Moment. Es muß sich also um eine Wirkung über einen gewissen Zeitraum handeln. Einen Verwaltungsakt nach den §§ 44 ff. SGB X aufheben braucht man

jedoch nur dann, wenn er noch Wirkungen hat.¹¹⁾ Denn sind seine rechtlichen Wirkungen erschöpft, endet auch seine juristische Wirksamkeit; er ist nach § 39 Abs. 2 SGB X erledigt,¹²⁾ eine Aufhebung nicht mehr notwendig.¹³⁾ Sowohl die innere als auch die äußere Wirksamkeit ist an das Fortbestehen von rechtlichen Wirkungen geknüpft.¹⁴⁾ Schon die allgemeinen Bestimmungen betreffen daher im wesentlichen solche Verwaltungsakte, die seit ihrem Erlass bis zur Entscheidung über Rücknahme oder Widerruf „Wirkung“ haben und damit über ihren Erlaßzeitpunkt hinaus „andauern“. Allerdings wird man es zulassen können, daß ein erledigter Verwaltungsakt — vergleichbar einem nichtigen — zur Beseitigung des Rechts scheins ausdrücklich aufgehoben wird.¹⁵⁾ Dies ist aber ein Sonder- und keinesfalls der den §§ 44 ff. SGB X zugrundeliegende Regelfall, wonach eine Aufhebung dazu dient, die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zu beeinflussen,¹⁶⁾ ihm also entweder (zeitlich gesehen) ganz oder teilweise seine juristische Existenz zu nehmen, je nachdem, ob die Wirkungen nur für die Zukunft oder auch für die Vergangenheit beseitigt werden sollen.¹⁷⁾

2. Die Gesetzesmaterialien und der „Verwaltungsakt mit Dauerwirkung“

Der „Leser“ der §§ 44 ff. SGB X kann allein aus dem Gesetzestext den Begriff des „Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung“ nicht näher eingrenzen. Die Diskussion um diesen Begriff geht deshalb weitgehend von einer Definition aus, die in der Begründung des ursprünglichen Gesetzesent-

(Fortsetzung auf Seite 229)

⁶⁾ Nachweise zu Rechtsprechung und Literatur unter IV.

⁷⁾ Siehe BT-Drucks. 8/2034, S. 1.

⁸⁾ Vgl. BT-Drucks. 8/2034, S. 49, zu Nr. 24.

⁹⁾ Siehe BT-Drucks. 8/2034, S. 60, zu Nr. 2; zustimmend Kaltenbach, Mitt. LVA Ober- und Mittelfranken 1980, S. 441 (443); zu Recht skeptisch hingegen Meyer, ZRP 1979, S. 105 (108).

¹⁰⁾ So auch Schneider-Danwitz (siehe Fußn. 2), § 45 SGB X Anm. 63, Stand: Oktober 1985; Grüner/Dalichau, SGB X, Band II, Stand: 1. Januar 1990, § 48 Anm. 6; Mehrtens, BG 1980, S. 727 (729).

¹¹⁾ So auch Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Auflage (1982), § 48 Rdnr. 13.

¹²⁾ Siehe Kopp, VwVfG, 4. Auflage (1986), § 43 Rdnr. 16; auch ders., VwGO, 8. Auflage (1989), § 113 Rdnr. 51.

¹³⁾ So auch Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Leonhárd, VwVfG, 3. Auflage (1990), § 43 Rdnr. 142; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 29. 11. 1979 — 3 C 103/79, E 59, S. 148 (162): „Mit der Erledigung des Verwaltungsakts ist zugleich auch der Anspruch auf dessen Aufhebung entfallen.“

¹⁴⁾ Vgl. Knocke, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten (1989), S. 80: Die Erledigung beendet die innere und die äußere Wirksamkeit; Kopp, VwVfG (siehe Fußn. 12), § 43 Rdnr. 16, jeweils m. w. N.

¹⁵⁾ So auch Stelkens/Sachs (siehe Fußn. 13), ebenda.

¹⁶⁾ So Knocke (siehe Fußn. 14), S. 82 für die Rücknahme; vgl. auch Barnewitz, VSSR 9 (1981), S. 33 (43).

¹⁷⁾ Ansatzweise in eine ähnliche Richtung argumentiert Benz, WzS 1985, S. 65 (68), der meint, jede Rücknahme für die Zukunft setze einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung voraus. Abgesehen davon, daß die Beschränkung auf eine Aufhebung für die Zukunft nicht einleuchtet, paßt dies jedoch nicht in die Systematik der §§ 44 ff. SGB X, die eben bei allen Verwaltungsakten eine Aufhebung für die Zukunft vorsehen.

(Fortsetzung von Seite 226)

wurfs der Bundesregierung enthalten ist.¹⁸⁾ Danach liegt ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dann vor, „wenn sich der Verwaltungsakt nicht in einem einmaligen Ge- oder Verbot oder in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpft, sondern ein auf Dauer berechnetes oder in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründet oder inhaltlich verändert (z. B. ein Verwaltungsakt, der den dauernden regelmäßigen Bezug von Sozialleistungen zum Gegenstand oder zur Folge hat).“¹⁹⁾ Diese Definition erweist sich aber als wenig brauchbar, wenn man danach entscheiden will, welche Verwaltungsakte nach dem SGB X Dauerverwaltungsakte sind.²⁰⁾ Dies gilt zunächst und vor allem für den ersten, negativ abgrenzenden Teil. Wenn sich ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dadurch auszeichnen soll, daß er sich nicht in einem einmaligen Ge- oder Verbot erschöpft, dann muß ein mögliches Charakteristikum eines Dauerverwaltungsaktes wohl darin liegen, daß damit ein mehrmaliges Ge- oder Verbot ausgesprochen wird.²¹⁾ Dabei drängt sich die Parallele zum Verkehrszeichen auf, das tatsächlich im allgemeinen Verwaltungsrecht als Dauerverwaltungsakt eingestuft wird, da es eine Regelung ständig wiederholt.²²⁾ Ein Verkehrszeichen ist aber — nach mittlerweile überwiegender Auffassung — ein besonderer Fall des Verwaltungsaktes, nämlich eine Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG). Allgemeinverfügungen gibt es zwar theoretisch auch im Sozialrecht (siehe § 31 S. 1 SGB X), sie spielen dort aber praktisch keine Rolle, da es fast durchweg um konkret-individuelle und damit „einmalige“ Regelungen geht,²³⁾ abgesehen davon, daß es verbietende Verwaltungsakte im Sozialrecht ohnehin nicht gibt.²⁴⁾ Gleiche Bedenken lassen sich gegen das angebliche Merkmal der nicht nur einmaligen Gestaltung der Rechtslage anführen. Auch die mehrmalige Rechtsgestaltung durch einen Verwaltungsakt ist kein typisches sozialrechtliches Problem.²⁵⁾ So kommt es bei einem Beitrags- oder Leistungsbescheid zwar zu wiederkehrenden Ansprüchen. Dies sind aber rechtliche Folgen einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage, genau wie im Zivilrecht der einmalige Abschluß eines Dauerschuldverhältnisses ständig wiederkehrende Berechtigungen und Verpflichtungen mit sich bringt, trotzdem aber auf einem einmaligen Rechtsgestaltungsakt, nämlich dem Vertragsschluß beruht.²⁶⁾ Im übrigen ist auch nicht ganz unzweifelhaft, ob die mehrmalige Gestaltung oder mehrmalige Ge- oder Verbote überhaupt zu dem hier zu definierenden Begriff passen. Denn die mehrmalige Herbeiführung von Wirkungen ist sprachlich durchaus etwas anderes als die vom Gesetz verlangte „Dauerwirkung“.

Etwas mehr Klarheit verspricht auf den ersten Blick der zweite Teil der Definition, wonach der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ein auf Dauer berechnetes Rechtsverhältnis begründet oder verändert.²⁷⁾ Bei näherer Untersuchung ergeben sich jedoch auch insoweit Zweifel. Unter einem „Rechtsverhältnis“ versteht etwa Larenz ein

rechtliches „Band“ zwischen zwei Personen,²⁸⁾ Achterberg ein mit Mitteln des Rechts geregeltes Sozialverhältnis.²⁹⁾ Ein „Band“ führt zu einer Bindung, eine Bindung ist aber per se auf eine gewisse — wenn auch nicht notwendigerweise längere — Dauer angelegt,³⁰⁾ ebenso wie ein Verhältnis. Es gibt somit kein Rechtsverhältnis, welches nicht zumindest von einer gewissen Dauer ist. Eine weitere Überlegung läßt sich hieran anschließen: Jede Bestimmung der §§ 44 ff. SGB X setzt ein Rechtsverhältnis zwischen Behörde und Bürger voraus, nämlich ein solches, das durch einen Verwaltungsakt begründet ist und Wirkungen „in die Gegenwart“ zeitigt, also auf eine gewisse Dauer „angelegt“ bzw. „berechnet“ ist. Denn begründet der vorliegende Verwaltungsakt kein rechtliches „Band“, besteht kein Anlaß, ihn aufzuheben.

Die gleichen Erwägungen lassen sich auch für das zweite Element des positiven Teils der Definition anstellen, wonach ein Dauerverwaltungsakt die Begründung oder inhaltliche Veränderung eines in seinem Bestand vom Verwaltungsakt abhängigen Rechtsverhältnisses zum Inhalt habe. Auch hierfür gilt: Weil das Rechtsverhältnis vom Verwaltungsakt abhängig ist, muß der Verwaltungsakt aufgehoben werden, will man auf das Rechtsverhältnis einwirken. Das gilt für jeden noch wirksamen Verwaltungsakt.

¹⁸⁾ Vgl. etwa die Darstellungen von Pickel, NVwZ 1987, S. 454 (459); Grüner/Dalichau (siehe Fußn. 10), § 48 Anm. 6; Hauck/Haines/Vöcking, SGB X/1, 2, Stand: 1. Mai 1988, § 45 Rdnr. 25 und § 48 Rdnr. 9; Mehrtens, BG 1980, S. 727 (729); Barnewitz, VSSR 9 (1981), S. 33 (49 f.); Francke, RV 1984, S. 141 (142); Pappai, BlStSozArbR 1980, S. 275 (277); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Leonhard (siehe Fußn. 13), § 35 Rdnr. 134; Fehl, SGb 1990, S. 371 (371).

¹⁹⁾ BT-Drucks. 8/2034, S. 34. Von dieser Definition gehen teilweise auch das BSG und das BVerwG aus, siehe BSG, Urt. v. 7. 12. 1983, Breithaupt 1984, S. 500 ff.; BVerwG, Urt. v. 17. 9. 1987 — 5 C 26/84, NVwZ 1988, S. 829 (832).

²⁰⁾ So auch Schroeder-Printzen/Wiesner, SGB X, 2. Auflage (1990), § 48 Anm. 2.

²¹⁾ Eine solche Charakterisierung des Dauerverwaltungsakts entspricht wohl der Auffassung von Francke, RV 1984, S. 141 (143).

²²⁾ Siehe Kopp, VwGO (siehe Fußn. 12), § 113 Rdnr. 25.

²³⁾ Siehe Schroeder-Printzen (siehe Fußn. 20), § 31 Anm. 3; anders hingegen Thelen, DAngVers. 1984, S. 381 (383), der jedoch als Beispiele für einmalige Ge- oder Verbote die Verkehrslenkung durch einen Polizeibeamten im Auge hat, und damit eine unzulässige Verkürzung auf solche Verwaltungsakte vornimmt, die sich kurz nach Erlass sofort erledigen.

²⁴⁾ So zumindest Thelen, DAngVers. 1984, S. 381 (383).

²⁵⁾ So auch Thelen, DAngVers. 1984, S. 381 (383).

²⁶⁾ Dieser Aspekt spricht gegen die Konzeption von Francke, RV 1984, S. 141 (143).

²⁷⁾ Ähnlich auch die Definition von Barnewitz, VSSR 9 (1981), S. 33 (50), wonach Verwaltungsakte mit Dauerwirkung solche Verwaltungsakte seien, die ein Dauerrechtsverhältnis zum Gegenstand haben, d. h. ein Rechtsverhältnis, das über den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes hinaus Bestand habe.

²⁸⁾ Siehe Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage (1989), S. 195.

²⁹⁾ Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung (1982), S. 78.

³⁰⁾ Siehe Larenz (siehe Fußn. 28), S. 197: Rechtsverhältnisse bestehen in der Zeit.

So bleibt als Ergebnis der Auswertung von Gesetzes- und Materialien nur, daß „z. B. ein Verwaltungsakt, der den dauernden, regelmäßigen Bezug von Sozialleistungen zum Gegenstand oder zur Folge hat“³¹⁾ ein Dauerverwaltungsakt ist, weil dies vom Gesetzgeber ausweislich der Begründung eindeutig gewollt ist. Für die Auslegung eines zentralen Begriffs eines praktisch sehr relevanten, zentralen Teils des SGB X ist das aber ein eher kärglicher Befund.

3. Der Begriff des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung nach der Entscheidung des BSG vom 16. 2. 1984

Sind Gesetzes- und -materialien für die Auslegung des Begriffs des „Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung“ weitgehend unergiebig, verbleibt es vorrangig der höchstrichterlichen Rechtsprechung, mit Unterstützung des Schrifttums zu versuchen, dem Begriff die für die Verwaltungspraxis notwendigen Konturen zu verleihen. Das BSG ist dieser Aufgabe vor allem mit einer viel beachteten und diskutierten³²⁾ Entscheidung vom 16. 2. 1984³³⁾ nachgekommen. Darin sichert das Gericht den Regeln über den Dauerverwaltungsakt einen verhältnismäßig weiten Anwendungsbereich. Nach Auffassung des Gerichts liegt ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dann vor, „wenn er in rechtlicher Hinsicht über den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe bzw. Bindungswirkung hinaus Wirkungen zeitigt.“³⁴⁾ Das BSG lehnt es dabei – entgegen der damals herrschenden Meinung³⁵⁾ – ausdrücklich ab, neben rechtlichen auch tatsächlichen Wirkungen von gewisser Dauer zu verlangen.³⁶⁾ Es verwirft damit auch die Parallele zur zivilrechtlichen Figur des Dauerschuldverhältnisses,³⁷⁾ welches dadurch charakterisiert wird, daß Leistungen während eines bestimmten Zeitraums fortgesetzt oder wiederholt werden sollen,³⁸⁾ und damit ebenfalls auf tatsächliche Wirkungen abstellt.³⁹⁾

Die Definition des BSG bringt jedoch schon im Ansatz mehr Verwirrung als Klarheit.⁴⁰⁾ So erscheint es fraglich, ob sich ein Sinn in der Aussage entdecken läßt, wonach ein Dauerverwaltungsakt über den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe hinaus rechtliche Wirkungen zeitigen müsse. Jeder Verwaltungsakt wird erst dann wirksam, wenn er bekanntgegeben worden ist (§ 39 Abs. 1 S. 1 SGB X). Kein Verwaltungsakt zeitigt deshalb vor oder während seiner Bekanntgabe rechtliche Wirkungen. Kaum deutlicher ist die zweite Alternative der Aussage, wonach sich ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dadurch auszeichne, daß er über den Zeitpunkt seiner „Bindungswirkung“ hinaus Wirkungen zeitigt. Mit dem Begriff der Bindungswirkung (vgl. § 77 SGG) werden im allgemeinen zwei Aussagen verbunden. Hierunter versteht man zum einen, daß die Behörde den einmal erlassenen Verwaltungsakt nur noch unter den Voraussetzungen der §§ 44 ff. SGB X abändern darf, zum zweiten, daß sie sich in einer späteren Entscheidung nicht in Widerspruch zu dem ergangenen Verwaltungsakt setzen darf (sog. Widerspruchs- und Abweichungsverbot).⁴¹⁾ Unabhängig

davon, welchen Aspekt der Bindungswirkung das BSG gemeint hat, ist auch dieser Teil der Definition wenig klar. So beschränken die §§ 44 ff. SGB X die Aufhebungsmöglichkeiten, solange der Verwaltungsakt wirksam ist; eine zeitlich darüber hinausgehende Wirkung des Verwaltungsaktes ist deshalb nicht denkbar. Eine zeitliche Bindung, die über das Widerspruchs- und Abweichungsverbot hinausgeht, kann das BSG aber ebenfalls nicht gemeint haben. Es ging in der Entscheidung vom 16. 2. 1984 darum, ob die Vormerkung einer Ersatzzeit (vgl. § 1251 RVO, § 28 AVG) ein Dauerverwaltungsakt ist und deshalb der eingeschränkten Rücknehmbarkeit nach § 45 Abs. 3 SGB X unterfällt. Ein wesentliches Argument für eine solche Einordnung bestand für das Gericht darin, daß der Vormerkungsbescheid zukunftsorientiert und deshalb bis zum Erlaß eines nachfolgenden Rentenbescheides fortduernde Wirkungen zeitige.⁴²⁾ Das ist aber genau die Folge des Widerspruchs- und Abweichungsverbotes.⁴³⁾ Das BSG schließt also von der Bindungswirkung auf das Vorliegen eines Dauerverwaltungsaktes, nicht aber – wie es die Ausgangsdefinition verlangt hätte – von einer rechtlichen Wirkung, die über die Bindungswirkung hinausgeht oder zumindest von ihr zu unterscheiden ist.⁴⁴⁾ Im übrigen muß es zwar einen Unterschied geben zwischen Bindungs- und Dauerwirkung,⁴⁵⁾ da nach der Konzeption des SGB X jeder Verwaltungsakt

(Fortsetzung auf Seite 232)

31) Siehe BT-Drucks. 8/2034, S. 34, zu § 43.

32) Siehe dazu etwa Francke, RV 1984, S. 141 (143 ff.); Tannen, DRV 1984, S. 468 (470); Thelen, DAngVers. 1984, S. 381 ff.

33) Az. 1 RA 15/83, E 56, S. 165 ff.

34) BSGE 56, S. 165 (170) (Hervorhebung vom Verf.); bestätigt in BSG, Urt. v. 30. 1. 1985 – 1 RJ 2/84, E 58, S. 27 (28) sowie im Ergebnis auch im Urt. v. 21. 2. 1985 – 11/RA 2/84, E 58, S. 49 (51).

35) Einen Überblick über den damaligen Meinungsstand vermitteln Francke, RV 1984, S. 141 (142) und Thelen, DAngVers. 1984, S. 381 (382).

36) Siehe BSGE 56, S. 165 (170), mit Hinweisen auf den Meinungsstand; in BSGE 58, S. 49 (53) wird hingegen die Relevanz der Unterscheidung von rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen offengelassen.

37) Siehe dazu Larenz (o. Fußn. 28), S. 198.

38) Vgl. Larenz (o. Fußn. 28), S. 198 und speziell für das öffentliche Recht Achterberg (siehe Fußn. 29), S. 78.

39) Diese Parallele schwebt wohl Barnewitz, VSSR 9 (1981), S. 33 (50), vor (siehe Fußn. 27).

40) Ähnlich Francke, RV 1984, S. 141 (141): Die bestehenden Zweifel seien eher gewachsen. Zustimmend hingegen – allerdings ohne nähere Begründung – Tannen, DRV 1984, S. 468 (474); ebenfalls zustimmend Siebert, SGb 1990, S. 245 (250).

41) Siehe Siebert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten (1989), S. 63.

42) BSGE 56, S. 165 (172).

43) So in der Sache auch das BSG, Urt. v. 26. 3. 1987 – 11 a RA 2/86, E 61, S. 223 (225): Für die Bindungswirkung spielt es keine Rolle, daß Vormerkungsbescheide Verwaltungsakte mit Dauerwirkung seien; schon aus dem Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes folge die Verbindlichkeit und damit die Bindungswirkung.

44) Ähnlich Francke, RV 1984, S. 141 (144): Das BSG habe die Bindungswirkung zu einem maßgeblichen Kriterium für die Charakterisierung eines Vormerkungsbescheides als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung gemacht.

45) So auch das BSG, siehe E 58, S. 27 (29).

Bindungswirkung, jedoch nicht in jedem Fall Dauerwirkung hat. Die Dauerwirkung kann jedoch nichts sein, was zeitlich über die Bindungswirkung hinausgeht. Insofern setzt die Bindungswirkung auch den Rahmen für die Dauerwirkung.⁴⁶⁾

Das BSG hat seine Überlegungen speziell zu der Frage, ob die Vormerkung einer Ersatzzeit ein Dauerverwaltungsakt ist, noch um einige Argumente ergänzt. Sie sind jedoch weitgehend den bereits geäußerten Bedenken ausgesetzt. So läßt sich etwa aus der Legaldefinition des § 31 S. 1 SGB X für den Begriff des Dauerverwaltungsaktes nichts herleiten.⁴⁷⁾ Jeder Verwaltungsakt muß rechtliche Außenwirkung haben, um ein solcher zu sein. Diese rechtlichen Wirkungen müssen auch andauern, damit eine Aufhebung sinnvoll ist.⁴⁸⁾ Ebenfalls läßt sich die gefundene Definition eines Dauerverwaltungsaktes nicht aus § 48 SGB X ableiten.⁴⁹⁾ Daß sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse ändern können, ist kein Charakteristikum des Dauerverwaltungsaktes.⁵⁰⁾ So können bei der Festsetzung einer einmaligen Geldleistung⁵¹⁾ anschließend die ursprünglichen tatsächlichen Voraussetzungen wegfallen oder die Gesetzeslage geändert werden. Beim Dauerverwaltungsakt führt eine solche Änderung lediglich zur Abänderbarkeit, bei „normalen“ Verwaltungsakten hingegen nicht. Die Pflicht, eine Vormerkung als feststellenden Verwaltungsakt bei der späteren Rentenfestsetzung zu beachten, würde auch dann gelten, wenn es sich nicht um den besonderen Fall eines Dauerverwaltungsaktes handelt.⁵²⁾ Auch ein normaler Verwaltungsakt schafft verbindlich Klarheit über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Ersatz- oder Ausfallzeit,⁵³⁾ auch er steht für spätere Leistungsfälle „bereit“.⁵⁴⁾ Auch der normale Verwaltungsakt kann „zukunftsorientiert“ sein,⁵⁵⁾ und er ist es in der Regel auch, weil sonst das Gesetz keine Regeln über den Widerruf oder die Rücknahme „für die Zukunft“ vorsehen müßte.

Es gibt damit in der Begründung des BSG für die Dauerverwaltungsaktseigenschaft der Vormerkung einer Ersatzzeit nur ein Argument mit einer wenigstens gewissen Überzeugungskraft. Dieses liegt in der Feststellung des Gerichts, daß dann, wenn man – wie dies gelegentlich vorgeschlagen worden ist – neben der rechtlichen auch tatsächliche Wirkungen von gewisser Dauer verlangen würde, damit eine vom Gesetzgeber nicht gewollte weitgehende Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschriften über den Dauerverwaltungsakt auf Leistungsbescheide einherginge.⁵⁶⁾ In der Tat führt die Begründung des Regierungsentwurfs den Leistungsbescheid nur als Beispiel für einen Dauerverwaltungsakt an.⁵⁷⁾ Diese Überlegung ersetzt jedoch nicht das fehlende Unterscheidungskriterium für die Einordnung als „normaler“ oder Verwaltungsakt mit Dauerwirkung.

Daß man mit den Kriterien des BSG nicht zu sicheren Ergebnissen gelangen kann, zeigen besonders deutlich die Fälle, in denen nach überwiegender Ansicht kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vorliegen soll. So fällt nach Ansicht des Gerichts die Ablehnung eines Leistungsantrages nicht unter die §§ 45 Abs. 3, 48 SGB X.⁵⁸⁾ Hierbei beruft sich das BSG zunächst auf die Unterscheidung von Bindungswirkung und Dauerwirkung.⁵⁹⁾ Ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung soll bei einer Leistungsablehnung – hiervon ausgehend – deshalb nicht vorliegen, weil das Bestehen eines Leistungsverhältnisses gerade verneint werde.⁶⁰⁾ Wenig überzeugend wirkt die Position des BSG aber schon deshalb, weil das Gericht selbst davon spricht, daß sich aus dem Ablehnungsbescheid für eine gewisse Dauer rechtliche und tatsächliche Wirkungen ergeben.⁶¹⁾ Des weiteren gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, daß nur der positiv ein Leistungsverhältnis begründende Bescheid ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung sein soll. Schließlich ist schlecht erklärbar, warum die Befreiung von der Versicherungspflicht ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung sein soll,⁶²⁾ obwohl auch dessen Folge ein Nichtleistungsverhältnis ist.

Gleiche Bedenken lassen sich gegen die Auffassung erheben, wonach die Entziehung einer Leistung oder die Aufhebung eines Rentenbescheides kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung sein

⁴⁶⁾ Dementsprechend ist es auch überwiegende Auffassung, daß § 48 SGB X eine Lösung von der Bindungswirkung eines Verwaltungsaktes gestattet, also eine anderweitige Regelung zu § 77 SGG ist, so zumindest *Pickel*, NVwZ 1987, S. 454 (454); vgl. auch *Siebert*, SGB 1990, S. 245 (245).

⁴⁷⁾ Anders BSGE 56, S. 165 (171).

⁴⁸⁾ Daher kann man den Verwaltungsakt mit Dauerwirkung auch nicht damit definieren, daß dessen Wirkungen sich bis zum Ablauf seiner Geltungsdauer oder bis zu seiner Aufhebung erstreckt, so aber *Lohaus*, SdL 1980, S. 534 (547); dies ist bei einem nicht erledigten „normalen“ Verwaltungsakt auch der Fall.

⁴⁹⁾ Anders BSGE 56, S. 165 (171).

⁵⁰⁾ Insofern anders auch *Schmeiduch*, MittLVA Rheinprovinz 1981, S. 283 (289): Dauerverwaltungsakte seien gekennzeichnet durch die Möglichkeit einer späteren Änderung der Verhältnisse bei einem fortbestehenden Rechtsverhältnis; ebenso *Neumann-Duesberg*, BKK 1981, S. 6 (20).

⁵¹⁾ Nach ganz überwiegender Meinung sind Verwaltungsakte, die eine einmalige Geldzahlung festlegen, keine Dauerverwaltungsakte, siehe *Schroeder-Printzen/Wiesner* (siehe Fußn. 20), § 48 Anm. 2, S. 329; *Schneider-Danwitz* (siehe Fußn. 2), § 45 SGB X Anm. 65 d, Stand: Oktober 1985; *Fehl*, SGB 1990, S. 371 (371).

⁵²⁾ Anders wohl BSGE 56, S. 165 (172).

⁵³⁾ Anders wohl BSGE 56, S. 165 (172).

⁵⁴⁾ Vgl. BSGE 58, S. 49 (53).

⁵⁵⁾ Anders BSGE 56, S. 165 (172).

⁵⁶⁾ Vgl. BSGE 56, S. 165 (171).

⁵⁷⁾ BT-Drucks. 8/2034, S. 34, zu § 43.

⁵⁸⁾ BSG, Urt. v. 30. 1. 1985 – 1 RJ 2/84, E 58, S. 27 ff.; zustimmend *Tannen*, DRV 1985, S. 480 (480).

⁵⁹⁾ BSGE 58, S. 27 (29).

⁶⁰⁾ BSGE 58, S. 27 (29).

⁶¹⁾ BSGE 58, S. 27 (29).

⁶²⁾ So zumindest *Lohaus*, SdL 1980, S. 534 (547); *Schmeiduch*, MittLVA Rheinprovinz 1981, S. 283 (289).

soll.⁶³⁾ Selbst bei dem zunächst so simpel erscheinenden Fall der Festsetzung einer einmaligen Geldzahlung⁶⁴⁾ bekommt man bei Anwendung der Kriterien des BSG Zweifel, ob sich nicht auch insoweit ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung annehmen ließe. Denn rechtliche Wirkungen für die Zukunft hat auch ein solcher Bescheid. Er bildet — solange er nicht aufgehoben worden ist — den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung.⁶⁵⁾ Insgesamt läßt sich feststellen, daß das BSG in seiner Rechtsprechung bisher kein Kriterium entwickelt hat, mit welchem sich normale und Dauerverwaltungsakte plausibel abgrenzen lassen.

III. Der Dauerverwaltungsakt zwischen materiellem und Verwaltungsverfahrensrecht

Gegen die Begriffsbestimmung des BSG für den Verwaltungsakt mit Dauerwirkung läßt sich wie gesehen eine Reihe von Einwänden erheben. Bei der Suche nach einer klareren dogmatischen Struktur des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung sollte deshalb etwas weniger begrifflich argumentiert und eher die Funktion beachtet werden, die diese Figur im System der Aufhebungs-vorschriften spielt. Die Antwort auf die Frage, warum das SGB X einige Verwaltungsakte unter der Bezeichnung „Verwaltungsakt mit Dauerwirkung“ Sonderregeln unterwirft, läßt möglicherweise Rückschlüsse zu, wann ein Dauerverwaltungsakt anzunehmen ist.⁶⁶⁾ Eher wenig Aufschluß bietet bei einem solchen Vorgehen allerdings die Vorschrift des § 45 Abs. 3 SGB X.⁶⁷⁾ Dort trifft das Gesetz eine für den Adressaten eines rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsaktes großzügige Ausschlußregelung für die Rücknahme. Die auf diese Weise gesetzlich zwingend vorgenommene Interessenwertung gibt aber kaum Hinweise auf die Merkmale eines Dauerverwaltungsaktes. Die Überlegung, ein Dauerverwaltungsakt liege dann vor, wenn eine Rücknahme bei entsprechender Gutgläubigkeit nach mehr als zwei Jahren nicht mehr hinnehmbar erscheint, hilft gerade in Zweifelsfällen nicht weiter, denn dann, wenn strittig ist, ob ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vorliegt, geht es der Sache nach oft um die Berechtigung der Anwendung der Ausschlußfrist des § 45 Abs. 3 SGB X.

Anzusetzen ist vielmehr bei der Vorschrift des § 48 SGB X, und zwar insbesondere hinsichtlich der Beachtlichkeit von Änderungen im tatsächlichen Bereich. Das Sozialrecht ist wesentlich geprägt von Ansprüchen, deren Voraussetzungen Berechtigte nicht einmal und dann voraussichtlich für immer erfüllen, sondern bei denen im Laufe der Zeit Änderungen möglich bzw. zu erwarten sind oder die sogar darauf abzielen, Zustände zu verändern, wie Maßnahmen der medizinischen und beruflichen Rehabilitation.⁶⁸⁾ Leistungen, die die Sozialgesetze bei tatbestandsmäßigem Abstellen auf von vornherein variable Merkmale wie die Minderung der Erwerbsfähigkeit, familiäre Verhältnisse, anderweitige Einkommen etc.⁶⁹⁾ dann gewähren, sind von ihrer Idee her nur dann berechtigt, wenn und solange

sie tatsächlich auch vorliegen. Ganz besonders ausgeprägt ist dieser Grundsatz im Sozialhilfrecht, wo vor allem wegen § 5 BSHG dem Erfordernis der Bedürftigkeit im jeweiligen Zeitabschnitt eine so überragende Bedeutung zukommen soll, daß nicht einmal eine gewisse Perpetuierung einer einmal festgestellten Anspruchsberichtigung durch die Annahme des Vorliegens eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung von der Rechtsprechung akzeptiert wird.⁷⁰⁾ Aber auch im Bereich der Rentenversicherung widerspricht es der den Leistungsansprüchen zugrundeliegenden Idee, etwa eine Rente wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit auch dann zu zahlen, wenn sich der körperliche Zustand entsprechend gebessert hat.⁷¹⁾ Auf Kindergeld besteht im Grundsatz kein Anspruch mehr, wenn das Kind nicht mehr dauernd in der Familie des Berechtigten lebt.⁷²⁾ Konsequenterweise enthielten bis zum Inkrafttreten des SGB X die jeweiligen Leistungsgesetze die notwendigen Anpassungsbestimmungen. Insofern bildeten Anspruchsnorm und Wegfallregelung eine Sinneinheit. Der Anspruch wurde nur gewährt unter der Maßgabe der Abänderbarkeit bei Wegfall der tatsächlichen Voraussetzungen. Dieser Zusammenhang war ursprünglich sogar häufig noch

⁶³⁾ So aber BSG, Urt. v. 12. 2. 1958 — 11/9 RV 948/55, E 7, S. 8 (13) und Urt. v. 7. 12. 1983 — 9 a RV 26/82, *Breithaupt* 1984, S. 500 (502), beide Male mit der wenig einleuchtenden Begründung, der aufhebende Verwaltungsakt führe zwar zu Dauerwirkungen, habe selbst aber keine; ähnlich auch *Hauseisen*, NJW 1958, S. 1065 (1065); weiterhin *Schroeder-Printzen/Wiesner* (siehe Fußn. 20), § 48 Anm. 2, S. 329; für eine Einordnung als Dauerverwaltungsakt hingegen *Thelen*, DAngVers. 1984, S. 381 (385).

⁶⁴⁾ Nachweise (siehe Fußn. 51).

⁶⁵⁾ Siehe vor allem BVerwG, Urt. v. 11. 2. 1983 — 7 C 70.80, DVBl. 1983, S. 810 (812) = NVwZ 1984, S. 36 (38); vgl. auch BSG, Urt. v. 11. 6. 1987 — 7 RAR 105/85, E 62, S. 32 (43); kritisch zur Entscheidung des BVerwG *Schneider-Danwitz* (siehe Fußn. 2), § 46 SGB X Anm. 9 a, Stand: Juli 1986.

⁶⁶⁾ Vgl. auch *Schneider-Danwitz* (siehe Fußn. 2), § 45 SGB X, Anm. 61 b) aa), Stand: Oktober 1985.

⁶⁷⁾ So auch *Francke*, RV 1984, S. 141 (144); anders hingegen BSGE 58, S. 49 (53); *Schneider-Danwitz*, ebenda, wonach die Begrenzung des Vertrauenschutzes die wesentliche Funktion des Begriffs des Dauerverwaltungsaktes sein soll; zumindest § 45 Abs. 3 SGB X erweitert aber den Vertrauenschutz gegenüber den allgemeinen Regeln; § 48 SGB X gilt ebenfalls für Änderungen zugunsten des Adressaten; daher wird man eher von einer Erweiterung des Vertrauenschutzes gedankens durch die Figur des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung auszugehen haben, so auch BSGE 58, S. 49 (52); *Siebert*, SGb 1990, S. 245 (250); vgl. insoweit auch *Mehrtens*, BG 1980, S. 727 (729).

⁶⁸⁾ Vgl. *Hauck/Haines/Vöcking* (siehe Fußn. 18), SGB X Kap. 1 u. 2, § 48 Rdnr. 1; weiterhin *Evers*, in: *Weber/Ule/Bachof, Rechtsschutz im Sozialrecht* (1965), S. 63.

⁶⁹⁾ Siehe auch *Barnewitz*, VSSR 9 (1981), S. 33 (62).

⁷⁰⁾ Siehe BVerwG, Urt. v. 18. 1. 1979 — 5 C 4.78, E 57, S. 237 (239); konstruktiv soll dies dadurch erreicht werden, daß der Verwaltungsakt auch ohne ausdrückliche Bestimmung unter der auflösenden Bedingung des Gleichbleibens der dem Bescheid zugrunde gelegten, sozialhilferechtlich maßgebenden Verhältnisse stehe, so zumindest *Gottschick/Giese*, BSHG, 9. Auflage (1985), § 4, 6.3.

⁷¹⁾ So auch *Evers* (siehe Fußn. 68), S. 64.

⁷²⁾ Siehe auch § 2 BKGG; zur Grundidee des Kindergeldes vgl. BSG, Urt. v. 20. 1. 1982 — 10/8 b RKg 19/80, SozR 5870 § 2 BKGG, Nr. 27; Urt. v. 3. 10. 1989 — 10 RKg 7/89, SGb 1990, S. 469 (470); *Zeihe*, SGb 1990, S. 471 (471).

enger als unter der Geltung des SGB X, denn es wurde vielfach angenommen, daß der Wegfall der Leistung schon kraft Gesetzes eintrete und der Bescheid lediglich deklaratorische Wirkung hätte,⁷³⁾ während § 48 SGB X heute eine konstitutive Aufhebung ausdrücklich vorschreibt.⁷⁴⁾

Ist die Anpassung im Fall sich ändernder Verhältnisse den sozialrechtlichen Ansprüchen in weitem Umfang schon vom Charakter her mitgegeben,⁷⁵⁾ hieße es, die Ansprüche in ihrem Wesen zu verändern, gäbe es diese Anpassungsmöglichkeiten nicht. Das Vorliegen eines Dauerverwaltungsaktes hängt damit im Sozialrecht entscheidend von dem zu vollziehenden Gesetz ab. Legitimieren die dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden Normen die von ihm ausgehende Regelungswirkung nur insoweit, wie nicht nur im Zeitpunkt des Erlasses, sondern im Zeitraum der Wirksamkeit die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen, handelt es sich um einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung.⁷⁶⁾ In eine ähnliche Richtung tendiert übrigens auch das BSG, wenn es davon spricht, daß Dauerverwaltungsakte sich dadurch auszeichnen, daß wesentliche Änderungen der Verhältnisse in Betracht kommen und rechtlich ins Gewicht fallen können.⁷⁷⁾ Diese Formel ist allerdings immer noch zu weit, denn entscheidender Gesichtspunkt ist, daß eine Änderung der Verhältnisse ins Gewicht fallen soll.

Die wesensmäßige Anpassungsbedürftigkeit an die anspruchsgrundenden tatsächlichen Umstände ist somit das typusprägende Merkmal eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung. Obwohl in § 48 SGB X Änderungen im tatsächlichen und im rechtlichen Bereich gleichberechtigt nebeneinander genannt sind, gilt das nicht für die Abänderbarkeit von Dauerverwaltungsakten bei Rechtsänderungen. Einen deutlichen Hinweis in diese Richtung gibt schon ein Blick in die von der sozialrechtlichen Rechtsprechung zu bewältigenden Anwendungsfragen im Zusammenhang mit § 48 SGB X. Hier handelt es sich meist um Fälle der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.⁷⁸⁾ Zwar hat auch die verfahrensmäßige Umsetzung von Rechtsänderungen eine gewisse sozialrechtliche Tradition.⁷⁹⁾ Dabei handelt es sich aber nicht um ein Problem, welches sich einer bestimmten Art von Verwaltungsakten zuordnen ließe. Bei jeder Rechtsänderung muß das neue Recht daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit bereits durch Verwaltungsakt geregelte Sachverhalte von der neuen Regelung erfaßt werden.⁸⁰⁾ So wird in der Regel in Änderungsgesetzen eine Bestimmung aufgenommen, inwieweit bestandskräftig festgestellte Leistungen von der Änderung erfaßt werden.⁸¹⁾ Im Moment des Vollzuges des jeweils geltenden Rechts läßt sich hingegen keine Prognose abgeben, inwieweit spätere Gesetzesänderungen die Entscheidung derogieren oder akzeptieren. Der jeweils erlassene Verwaltungsakt kann deshalb auch nicht wegen der Relevanz oder Irrelevanz späterer Änderungen als Dauerverwaltungsakt charakterisiert werden. Die These, die Änderung rechtlicher und tatsächlicher Verhältnisse habe nur dann Bedeutung, wenn ein Verwal-

tungsakt Dauerwirkung habe,⁸²⁾ überzeugt damit aus doppeltem Grund nicht. Zum einen kann auch ein Dauerverwaltungsakt bei einer Rechtsänderung unbehelligt bleiben, zum anderen ein „normaler“ Verwaltungsakt vom Gesetz rückwirkend anders bewertet werden.

Eine andere Frage ist es im übrigen, wie zu verfahren ist, wenn das ändernde Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung hinsichtlich der Erfassung bereits abgeschlossener Sachverhalte enthält. Es wurde und wird oft von der Vermutung ausgegangen, das neue Recht erfasse diejenigen Tatbestände nicht, die unter dem alten bereits abgeschlossen worden sind.⁸³⁾ Insofern bestimmt § 48 SGB X für sozialrechtliche Dauerverwaltungsakte das Gegenteil. Die Anwendung der Bestimmung setzt aber die positive Feststellung des Vorliegens eines Dauerverwaltungsaktes voraus, Rückschlüsse auf deren Charakter lassen sich insoweit nicht ziehen.

„Normaler“ Verwaltungsakt und Dauerverwaltungsakt unterscheiden sich damit im Bereich des SGB X folgendermaßen: Bei einem „normalen“ Verwaltungsakt müssen nach den zugrundeliegenden materiellen Vorschriften die tatsächlichen Voraussetzungen nur im Augenblick des Erlasses gegeben sein. Ist dies der Fall, stimmt die vom Verwaltungsakt getroffene Regelung auch dann mit der Rechtsordnung überein, wenn die Voraussetzungen sich später ändern. Bei einem Dauerverwaltungsakt hingegen verlangen die materiellrechtlichen Vorschriften eine ständige Rückkopplung zu den tatsächlichen Voraussetzungen. Liegen sie nicht mehr vor, trifft der Verwaltungsakt seine Regelung ab dem Zeitpunkt der Änderung zu Unrecht, er wird rechtswidrig.⁸⁴⁾

⁷³⁾ Vgl. Schneider-Danwitz (siehe Fußn. 2), § 48 SGB X Anm. 4, Stand: Juli 1986; weiterhin auch BSG, Urt. v. 4. 9. 1956 — 10 RV 70/54, E 3, S. 251 (255), allerdings zu einer Rechtsänderung.

⁷⁴⁾ Siehe BSGE 61, S. 230 (231); E 64, S. 224 (227); das BSG hält in letzterer Entscheidung die frühere Rechtslage für sachgerechter, meint aber, die vom Gesetzgeber gewählte Lösung sei „hinzunehmen“. Es gibt allerdings in einigen sozialrechtlichen Bereichen durchaus noch gesetzgeberische Gestaltungen nach dem Modell des Wegfallgrundsatzes, siehe Fehl, SGb 1990, S. 371 (372).

⁷⁵⁾ Vgl. etwa BSG, Urt. v. 6. 2. 1958, E 6, S. 288 (291): „eine dem Recht der KOV. eigentümliche Möglichkeit ...“.

⁷⁶⁾ Vgl. zu dieser Formel auch BVerwG, Urt. v. 29. 11. 1979 — 3 C 103.79, E 59, S. 148 (160).

⁷⁷⁾ So BSG, Urt. v. 22. 9. 1981 — 1 RJ 112/80, Breithaupt 1982, S. 689 (692).

⁷⁸⁾ Vgl. etwa die Übersicht bei Grüner/Dalichau (siehe Fußn. 10), § 48, S. 42 ff. Einen Fall der Rechtsänderung betrifft aber die neuere Entscheidung des BSG, SGb 1990, S. 469 ff.

⁷⁹⁾ Siehe etwa § 62 Abs. 1 S. 1 BVG und dazu BSG, Urt. v. 12. 2. 1958, E 7, S. 8 (12).

⁸⁰⁾ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 6. 4. 1955 — V C 76/54, DVBl. 1955, S. 773 (774).

⁸¹⁾ Schneider-Danwitz (siehe Fußn. 2), § 48 SGB X Anm. 14 ff. mit Nachweisen, Stand: Juli 1986; Grüner/Dalichau (siehe Fußn. 10), § 48 Anm. 1 und Anm. 9.

⁸²⁾ So Gagel, SGb 1990, S. 252 (252).

⁸³⁾ Vgl. BVerwG, DVBl. 1955, S. 773 (774); Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (528); P. Kirchhof, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BSG, Band II (1979), S. 537 (571).

⁸⁴⁾ So wohl auch BSG, SGb 1990, S. 469 (479).

IV. Der Dauerverwaltungsakt im allgemeinen Verwaltungsverfahrens- und -prozeßrecht

Zumindest auf den ersten Blick erscheint es ausgesprochen schwierig, die mit den für viele sozialrechtliche Ansprüche typischen Probleme von Änderungen im tatsächlichen Bereich verbundenen Fragen mit dem Instrumentarium des allgemeinen VwVfG zu lösen.⁸⁵⁾ Allein hiermit ausgestattet, sähe sich die Verwaltung bei kärglichster positiver Normierung einer gleichermaßen intensiven wie extensiven, in teilweise eigentümlicher Weise materielle und prozessuale Probleme vermischenden rechtswissenschaftlichen Diskussion gegenüber.⁸⁶⁾ Entwickelt sich etwa eine Krankheit anders, als dies ursprünglich (ohne Prognosefehler) angenommen worden ist, tritt eine „Heilungsbewährung“ ein,⁸⁷⁾ erweist sich eine Verdachtsdiagnose im nachhinein als unbegründet,⁸⁸⁾ oder wird die gesetzliche Grundlage des Anspruchs geändert, könnte man im Rahmen des VwVfG an einen Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 bzw. Nr. 4 denken.⁸⁹⁾ Hiergegen ließe sich aber sofort der Einwand erheben, die Vorschrift betreffe nur den Fall, daß die Behörde „berechtigt“ ist, einen Verwaltungsakt nicht mehr zu erlassen, wovon der Fall nicht erfaßt sei, daß eine Verpflichtung bestände, dies nicht zu tun.⁹⁰⁾ Als zweite Möglichkeit verbleibt § 48 VwVfG. Die Anwendung der Grundsätze über die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes auch bei Änderung tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse fände zwar eine Stütze in der Rechtsprechung von BSG⁹¹⁾ und BVerwG.⁹²⁾ Bedenken ergäben sich aber aus dem nicht von vornherein beiseite zu schiebenden Argument, ein einmal rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt könne nicht rechtswidrig werden, allerhöchstens könne seine Aufrechterhaltung rechtswidrig sein.⁹³⁾ Auch § 51 VwVfG bietet insofern keine wesentliche Hilfe.⁹⁴⁾ Zwar ermöglicht § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG bei Änderung der Sach- und Rechtslage das Wiederaufgreifen des Verfahrens. Damit gelöst ist aber — soweit man sich der Auffassung anschließt, daß ein zulässiger und begründeter Antrag nach § 51 VwVfG zur Aufhebung bzw. Abänderung des Verwaltungsaktes verpflichtet⁹⁵⁾ — nur ein Teil der eben aufgeworfenen Probleme. Denn § 51 VwVfG gilt zum einen nur bei Änderungen zugunsten des Betroffenen und setzt zum zweiten einen Antrag voraus. Ein für die Sozialverwaltung zentrales Problem ist damit im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht weitgehend ungeregelt geblieben. Daß § 48 SGB X insoweit eine Regelung trifft und damit nachträgliche Änderungen von rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen nicht den Rücknahmeverordnungen unterstellt,⁹⁶⁾ ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen und wegen der Besonderheiten der Rechtsmaterie absolut gerechtfertigt.

Da die Auslegungsbemühungen für §§ 44 ff. SGB X und §§ 48 ff. VwVfG aufgrund der in vielen dieser Vorschriften vorhandenen Wortlautidentität und der im Grundsatz ähnlichen Konzeption häufig parallel verlaufen, stellt sich damit aber auch die Frage, ob die hier für das Sozialrecht ent-

wickelte Definition des Dauerverwaltungsaktes auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren und -prozeß zu interessengerechten Lösungen und zu mehr Rechtssicherheit beitragen kann.⁹⁷⁾ Denn daß die derzeitige Rechtslage im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht absolut unbefriedigend ist, zeigt ein neuerer Vorschlag von Kopp.⁹⁸⁾ Im Rahmen einer Diskussion um die Frage „Widerruf oder Rücknahme rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte?“ schlägt Kopp vor, in Fällen, in denen Verwaltungsakte von nachträglichen Änderungen der Sach- oder Rechtslage betroffen werden, von einer Erledigung des Verwaltungsaktes auszugehen, da sie nicht für die neue Situation gedacht waren und deshalb auch keine Geltung beanspruchen.⁹⁹⁾ Während man im Sozialrecht durch § 48 SGB X den Wegfallgrundsatz also weitgehend abgeschafft hat,¹⁰⁰⁾ wird so der Sache nach für dessen Reaktivierung und Übertragung in das VwVfG plädiert, und zwar letztlich, um

⁸⁵⁾ Optimistisch hingegen Meyer, ZRP 1979, S. 105 (109), der schon nach zweieinhalb Jahren Geltung des VwVfG meinte, dessen Anwendung auf den Sozialrechtsbereich würde keine nennenswerten Schwierigkeiten mit sich bringen.

⁸⁶⁾ Siehe etwa Kopp, Festschrift für Menger (1985), S. 693 ff.; Schenke, NVwZ 1986, S. 522 ff., jeweils m. w. N.

⁸⁷⁾ Siehe dazu etwa BSG, Urt. v. 11. 11. 1987 — 9 a RVs 1/87, E 62, S. 243 (244).

⁸⁸⁾ Siehe BSGE 62, S. 243 (245 f.).

⁸⁹⁾ So wohl die h. M., siehe Kopp, BayVBl. 1989, S. 652 (652) m. w. N.

⁹⁰⁾ So etwa Lange, Jura 1980, S. 456 (459); hierzu und zu weiteren Bedenken siehe Schenke, DVBl. 1989, S. 422 (436); ders., BayVBl. 1990, S. 107 (108).

⁹¹⁾ Siehe BSGE 7, S. 8 (12); weiterhin Beschuß v. 15. 12. 1982 — GS 2/80, E 54, S. 223 (230): „... durch nachträgliche Änderung der Verhältnisse fehlerhaft ...“; Urt. v. 4. 2. 1987 — 5 a RKn 8/86, E 61, S. 154 (156); „Der Bescheid wurde erst ... mit Wirkung ab 1. 1. 1971 rechtswidrig.“

⁹²⁾ Urt. v. 28. 6. 1982 — 6 C 92.78, E 66, S. 65 (68), Urt. v. 16. 11. 1989 — 2 C 43.87, BayVBl. 1990, S. 215 (215).

⁹³⁾ Vgl. etwa Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht (1981), S. 217; Kopp, BayVBl. 1989, S. 652 (653), ders., FS Menger (siehe Fußn. 86), S. 700 m. w. N.; Tschirn/Schmitt/Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 10. Auflage (1990), Rdnr. 725; Meyer/Borgs (siehe Fußn. 11), § 48 Anm. 12; anders hingegen Bachof, JZ 1954, S. 416 (420); Lange, Jura 1980, S. 456 (460); Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (524); OVG Münster, Urt. v. 26. 8. 1987 — 6 A 1910/84, NVwZ-RR 1988, S. 1 (2).

⁹⁴⁾ Vgl. auch Schenke, DVBl. 1989, S. 433 (440).

⁹⁵⁾ So die wohl heute h. M., siehe etwa Klappstein, in Knack, VwVfG, 3. Auflage 1989, § 51, 4.3.1.; Kopp, VwVfG (siehe Fußn. 12), § 51 Rdnr. 10; Obermayer, VwVfG, 2. Auflage 1990, § 51 Rdnr. 1, 4 ff., S. 137. Die Gegenmeinung verweist für die Sachentscheidung auf die §§ 48, 49 VwVfG, siehe etwa Meyer/Borgs (siehe Fußn. 11), § 48 Rdnr. 21, § 51 Rdnr. 21, womit man wieder bei den schon dargestellten Fragen wäre.

⁹⁶⁾ Bezüglich § 44 SGB X ergibt sich die Irrelevanz nachträglicher Änderungen schon aus dem Wortlaut („bei Erlaß“), so zutreffend Schneider-Danwitz (siehe Fußn. 2), § 44 Anm. 10, Stand: Dezember 1985; sachlich gilt jedoch auch bei § 45 SGB X nichts anderes, so auch Schneider-Danwitz (siehe Fußn. 2), § 45 Anm. 16, Stand: Oktober 1985.

⁹⁷⁾ Vgl. auch Hufen, VVDStRL 47 (1988), S. 142 (154): Leistungsspezifische Bestandteile des SGB-Verfahrens verdienten es nahezu uneingeschränkt, Modell für Ergänzung und Einstimmung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens auf die Phänomene der Leistung und Verteilung zu werden.

⁹⁸⁾ BayVBl. 1990, S. 524 f.

⁹⁹⁾ Kopp, ebenda.

¹⁰⁰⁾ Siehe oben III, bei Fußn. 73.

dem dargestellten Dilemma der §§ 48, 49 VwVfG zu entgehen. Dies wäre zwar sehr behördens- aber nicht bürgerfreundlich und insgesamt ein rechtsstaatlicher Rückschritt.¹⁰¹⁾

Da es den Begriff des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung im VwVfG nicht gibt, sind Definitionsversuche im Vergleich zum Sozialrecht seltener. Soweit sie erfolgen, unterliegen sie weitgehend den gleichen Bedenken. So wird der Dauerverwaltungsakt etwa dahingehend beschrieben, mit ihm sei kein nur einmaliges Ge- oder Verbot verbunden,¹⁰²⁾ er gestalte die Rechtslage nicht nur einmalig,¹⁰³⁾ er bringe ein auf Dauer berechnetes Rechtsverhältnis zum Entstehen,¹⁰⁴⁾ seine Wirkungen erstreckten sich bis zum Ablauf der Geltdauer oder bis zu seiner Aufhebung,¹⁰⁵⁾ seine Rechtsfolge aktualisiere sich ständig neu,¹⁰⁶⁾ er zeitige dauernde Rechtsfolgen,¹⁰⁷⁾ oder er verzehre sich nicht mit Erlass.¹⁰⁸⁾ Legt man die Prämissen zugrunde, daß der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung auch im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht nicht der Regel- sondern ein Sonderfall ist, sprechen gegen sämtliche genannte Definitionsversuche bereits bekannte Einwände.¹⁰⁹⁾ So ist mehrmalige Wirkung durchaus nicht unbedingt dasselbe wie Dauerwirkung; andererseits hat auch die einmalige Gestaltung der Rechtslage andauernde Wirkungen. Des weiteren setzen auch die §§ 48, 49 VwVfG voraus, daß der aufzuhebende Verwaltungsakt noch wirksam, also nicht erledigt ist.

Auf den ersten Blick scheint das Problem des Dauerverwaltungsaktes insofern ohnehin ein solches des Prozeßrechts zu sein, nämlich für die Frage des richtigen Entscheidungszeitpunkts bei einer Anfechtungsklage. Während im allgemeinen noch an dem Grundsatz festgehalten wird, maßgeblicher Entscheidungszeitpunkt sei im Regelfall die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung,¹¹⁰⁾ soll unter anderem bei Dauerverwaltungsakten ein Ausnahmefall vorliegen und es auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen.¹¹¹⁾ Die große Zahl der wissenschaftlichen Veröffentlichungen zu dieser Frage¹¹²⁾ ist kaum noch zu überblicken und macht eine Stellungnahme zum Problem des Dauerverwaltungsaktes deshalb schwierig.¹¹³⁾ Relativ einfach strukturieren läßt sich das Problem aber, wenn man drei Fragen auseinanderhält und vor allem vom materiellen zum Verfahrensrecht und dann zum Prozeßrecht denkt, wie es der dienenden Funktion der beiden letztgenannten Materien entspricht.¹¹⁴⁾

(1) Am Anfang der Überlegungen muß die Frage stehen, welchen Einfluß es auf einen Verwaltungsakt hat, wenn sich die maßgebliche Sach- oder Rechtslage nach dessen Erlass ändert, ob er also rechtmäßig bleibt oder rechtswidrig wird. Bei einer Rechtsänderung entscheidet sich dies allein nach der neuen Gesetzeslage. Rechtswidrig wird der Verwaltungsakt dann, wenn das neue Gesetz den damaligen Sachverhalt rückwirkend oder ab Inkrafttreten des Gesetzes anders behandelt wissen will; er bleibt rechtmäßig, wenn es

nur neue Sachverhalte erfaßt. Im Falle einer Änderung der Sachlage gibt es — genau wie für den Verwaltungsakt nach dem SGB X — zwei Möglichkeiten: entweder verlangt das zugrundeliegende Gesetz für rechtmäßige Entfaltung der Regelungswirkung in der Zeit nur das einmalige Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen bei Erlass (Beispiel: Gewährung einer einmaligen Geldleistung), oder die tatsächlichen Voraussetzungen müssen wie bei den Leistungsbescheiden im Sozialrecht permanent gegeben sein. Um dem Begriff des Dauerverwaltungsaktes auch im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht Konturen zu verleihen, sollte nur im zweiten Fall das Vorliegen eines solchen angenommen werden. Damit ist zum einen die gleiche Rechtslage hergestellt wie nach dem SGB X. Ein Dauerverwaltungsakt liegt vor, wenn die zugrundeliegenden Normen eine zwingende Koppelung von Tatbestandsvoraussetzungen und Regelungswirkung verlangen. Zum zweiten lassen sich auf diese Weise „normale“ und Dauerverwaltungsakte sinnvoll abgrenzen. Des weiteren verbinden sich so mit dem Begriff Dauerverwaltungsakt bestimmte Rechtsfolgen. Schließlich trifft sich eine solche Definition der Sache nach mit der Rechtsprechung des BVerwG. Nach Auffassung des

¹⁰¹⁾ In eindeutigen Fällen ist die Lösung gleichwohl richtig, siehe etwa das von Kopp angeführte Urteil des BVerwG vom 23. 1. 1990 — 8 C 37.88, BayVBl. 1990, S. 475 ff.

¹⁰²⁾ So *Bachof*, JZ 1954, S. 416 (419); dem folgend etwa *Tschirra/Schmitt Glaeser* (siehe Fußn. 93), Rdnr. 726.

¹⁰³⁾ BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1979 — 5 C 12.79, E 59, S. 5 (7); *Bachof*, JZ 1954, S. 416 (419).

¹⁰⁴⁾ *Bachof*, JZ 1954, S. 416 (419); *Stelkens* (siehe Fußn. 18), § 35 Rdnr. 134.

¹⁰⁵⁾ So *Schwarze*, in: *Knack* (siehe Fußn. 95), § 35, 5.2.8.

¹⁰⁶⁾ BVerwG, Urt. v. 5. 8. 1965 — I C 69.62, E 22, 16 ff.; *Schwarze*, ebenda; *Obermayer* (siehe Fußn. 95), § 35 Rdnr. 264.

¹⁰⁷⁾ *Stelkens* (siehe Fußn. 13), § 35 Rdnr. 134; *Kopp, VwGO* (siehe Fußn. 12), § 113 Rdnr. 25.

¹⁰⁸⁾ Vgl. *Bachof*, JZ 1954; S. 416 (419).

¹⁰⁹⁾ Siehe ausführlicher oben II.

¹¹⁰⁾ Vgl. *Kopp, VwGO* (siehe Fußn. 12), § 113 Rdnr. 23 m. w. N.; *Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO*, 9. Auflage (1988), § 113 Rdnr. 2; *Kloepfer, VérwArchiv* 76 (1985), S. 371 (389); *Breuer, DVBl. 1981*, S. 300 (302).

¹¹¹⁾ *Kopp*, ebenda, § 113 Rdnr. 25; *Redeker/von Oertzen, VwGO*, 9. Auflage (1988), § 108 Rdnr. 19; *Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage (1986), S. 214. Nach Auffassung des BVerwG, Urt. v. 25. 11. 1981 — 8 C 14.81, E 64, S. 218 (222), Urt. v. 29. 9. 1982, E 66, S. 178 (182), handelt es sich insoweit nicht um prozeßrechtliche, sondern um materiellrechtliche Fragen.

¹¹²⁾ Vgl. die Nachweise bei *Schenke*, NVwZ 1986, S. 522 Fn. 1 sowie im Hinblick auf ältere Veröffentlichungen bei *Rupp*, in: *Weber/Ule/Bachof* (Hrsg.), *Rechtsschutz im Sozialrecht* (1965), S. 173 Fn. 2.

¹¹³⁾ Siehe auch *Schenke*, NVwZ 1986, S. 522 (523): Der Rechtszustand im Hinblick auf den richtigen Entscheidungszeitpunkt sei geprägt durch starke Kasuistik, es falle schwer, eine einheitliche Linie und eine rational nachvollziehbare Konzeption aufzudecken.

¹¹⁴⁾ Ähnlich *Bachof*, JZ 1954, S. 416 (418); anders hingegen *Schenke*, NVwZ 1986, S. 522 (523), der prozeßrechtliche Überlegungen an den Anfang stellt; zur Verwirklichungsfunktion des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrensrechts für das materielle Recht siehe *Pitschas*, JuS 1983, S. 434 (436).

BVerwG¹¹⁵⁾ zeichnet sich der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dadurch aus, daß „die Verwirklichung des zugrundeliegenden Sachverhalts nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern während eines bestimmten Zeitraums eintritt“.¹¹⁶⁾ Diese Definition entspricht dem Gedanken der Koppelung von Tatbestandsvoraussetzungen und Regelungswirkung durch das zugrundeliegende materielle Recht: Der Verwaltungsakt ist rechtmäßig bis zum Eintritt der Änderung, anschließend rechtswidrig.¹¹⁷⁾

(2) Im Anschluß an die Einordnung als Dauer- oder Nichtdauerverwaltungsakt lautet die zweite, verwaltungsverfahrensrechtliche Frage dann, inwieweit die Verwaltungsbehörde auf die geänderte Sach- oder Rechtslage reagieren kann bzw. muß. Diese Unterscheidung wird allerdings gelegentlich bestritten; es wird argumentiert, das rechtswidrige Aufrechterhalten eines Verwaltungsaktes mache diesen selbst rechtswidrig.¹¹⁸⁾ Daß dies nicht richtig sein kann, zeigt schon eine einfache Überlegung: Etwa aufgrund einer Ermessensreduzierung kann auch das Aufrechterhalten eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes, also die Nichtaufhebung nach § 49 VwVfG rechtswidrig sein.¹¹⁹⁾ Umgekehrt ist möglicherweise die Nichtaufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 48 VwVfG rechtmäßig.¹²⁰⁾ Es handelt sich somit um verschiedene Kategorien. Zum einen geht es darum, ob der Verwaltungsakt inhaltlich mit dem auf den Sachverhalt anwendbaren Recht übereinstimmt, zum anderen, ob der Umgang der Verwaltungsbehörde mit diesem rechtmäßigen oder rechtswidrigen Verwaltungsakt selbst rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Beides ist zu trennen.¹²¹⁾ Handelt es sich nicht um einen Dauerverwaltungsakt oder erfaßt die neue Rechtslage nicht die bereits durch Verwaltungsakt geregelten Sachverhalte, ist Aufhebungsvorschrift allein § 49 VwVfG, ansonsten § 48 oder § 49 VwVfG.¹²²⁾ Da es sich jeweils um Ermessenvorschriften handelt, besteht im Normalfall kein Anspruch gegen die Behörde auf Aufhebung. Es wäre nicht einzusehen, warum bei einem ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakt ein Rücknahmemaßnahmen vorliegen soll, bei einem nachträglich rechtswidrig gewordenen hingegen nicht.¹²³⁾ Aufgrund einer Ermessensreduzierung kann — wie gesehen — gleichwohl die Nichtaufhebung rechtswidrig sein.

(3) Erst an dritter Stelle stellt sich dann die Frage, wie im Prozeß zu verfahren ist, wenn die Änderung der Sach- oder Rechtslage während der Anhängigkeit einer Klage eintritt, und dann über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und/oder die Rechtswidrigkeit seines Bestehenbleibens gestritten wird. Hier spielen nicht nur die oben angestellten materiellen und verwaltungsverfahrensrechtlichen Überlegungen eine Rolle, sondern zusätzlich auch prozeßrechtliche, etwa die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes durch Art. 19 Abs. 4 GG und die richtige Aufgabenverteilung zwischen Ausgangsbehörde, Widerspruchsbehörde und Gericht. Dabei sollte im Grundsatz Einigkeit darüber herrschen, daß das

im Augenblick der Entscheidung geltende Recht darüber entscheidet, ob ein Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist;¹²⁴⁾ es wird also nicht — zumindest soweit es sich um eine Tatsacheninstanz handelt —¹²⁵⁾ nach früherer Sach- oder Rechtslage entschieden. Allerdings kann dem geltenden Recht durchaus die Anweisung zu entnehmen sein, daß Sach- oder Rechtsänderungen nach Erlass des Verwaltungsaktes dessen ursprüngliche Rechtmäßigkeit unangetastet lassen. Geht man hiervon aus, so spricht — ohne daß insoweit eine abschließende und erschöpfende Stellungnahme abgegeben werden soll — einiges für die Richtigkeit der so verstandenen und auch für das SGG vertretenen überwiegenden Meinung, wonach bei „normalen“ Verwaltungsakten auf den Zeitpunkt der letzten Behördeneentscheidung abzustellen ist. Der Verwaltungsakt ist durch die geänderte Sach- und Rechtslage nicht rechtswidrig geworden, die Reaktion auf die neue Lage daher zunächst Sache der Behörden; hingegen ist ein Dauerverwaltungsakt aufzuheben, soweit und weil er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung rechtswidrig ist.¹²⁶⁾

¹¹⁵⁾ Urt. v. 29. 11. 1979 — 3 C 103.79, E 59, S. 148 (160); die Entscheidung betraf allerdings eine Rechtsänderung.

¹¹⁶⁾ BVerwGE 59, S. 148 (160).

¹¹⁷⁾ Vgl. BVerwGE 59, S. 148 (160); so ausdrücklich auch OVG Münster, NVwZ-RR 1988, S. 1 (2); diese Entscheidung des OVG Münster wurde lt. Kremmer, BayVBl. 1990, S. 525, vom BVerwG als ständige Rechtsprechung bestätigt.

¹¹⁸⁾ So vor allem Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (524): Der Terminus „Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes“ sei nur eine andere Bezeichnung für den Verstoß der Verwaltung gegen die Verpflichtung, einen Verwaltungsakt nicht zu erlassen bzw. zu beseitigen. Schenke beruft sich insoweit allerdings wohl zu Unrecht auf Rupp (siehe Fußn. 112), S. 181. Zwar beruht nach Auffassung auch von Rupp die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes auf einer Pflichtwidrigkeit der Verwaltung. Rupp äußert sich aber bezüglich des Dauerverwaltungsaktes nicht eindeutig (ebenda, S. 186), er nimmt den Fall der Rückwirkung ausdrücklich aus seinen Überlegungen aus (ebenda, S. 187) und vertritt schließlich die von Schenke (NVwZ 1986, S. 524) energisch bestrittene These, wonach ein rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt nicht rechtswidrig werden kann (siehe Rupp, ebenda, S. 193), was hingegen Schenke gerade mit der Pflichtwidrigkeitsthese belegen will.

¹¹⁹⁾ So im übrigen auch Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (532).

¹²⁰⁾ Diesen Einwand sieht Schenke wohl in DVBl. 1989, S. 433 (435). Sein Gegenargument lautet, daß jedenfalls bei einer Verpflichtung zur Aufhebung der Verwaltungsakt rechtswidrig sei. Entnimmt man einem Gesetz aber eine solche Verpflichtung, dann löst man die Problematik außerhalb des § 48 VwVfG, wie es wohl der Konzeption von Kopp, BayVBl. 1989, S. 652 (653) entspräche; hingegen aber wiederum Schenke, BayVBl. 1990, S. 107 (109) und auch Kopp selbst, siehe BayVBl. 1990, S. 524 (525).

¹²¹⁾ Wie hier im Grundsatz auch Rupp (siehe Fußn. 112), S. 193.

¹²²⁾ § 49 ist auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte anwendbar, siehe Schenke, DVBl. 1989, S. 433 (434).

¹²³⁾ So auch Hengstschläger, Die Verwaltung 12 (1979), S. 337 (368). Ob hiervon Ausnahmen zu machen sind, etwa bei rechtswidrig gewordenen belastenden Verwaltungsakten, soll an dieser Stelle nicht weiter untersucht werden.

¹²⁴⁾ Vgl. auch Schenke, NVwZ 1986, S. 522 (525).

¹²⁵⁾ Zur Revisionsentscheidung siehe Kopp, VwGO (siehe Fußn. 12), § 137, Rdnr. 26.

¹²⁶⁾ Siehe für das SGG Meyer-Ladewig, SGG, 3. Auflage (1987), § 54 Rdnr. 32 f.; für die VwGO siehe Kopp (siehe Fußn. 12), § 113 Rdnr. 23 ff.

Damit läßt sich folgendes Fazit ziehen: Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung spielt zwar im Sozialrecht eine größere Rolle als im allgemeinen Verwaltungsrecht. Daß §§ 45 Abs. 3, 48 SGB X seine Behandlung ausdrücklich normieren, ist daher zu begrüßen. Die Einfügung einer dem § 48 Abs. 1 SGB X entsprechenden Bestimmung in das VwVfG wäre jedoch ebenfalls wünschenswert. Damit würde sich zwar auch im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht in verstärktem Maße die Frage der richtigen Definition stellen. Diese muß für die richtige prozessuale Behandlung jedoch ohnehin gefunden werden. Im übrigen würden aber für Änderungen der Sach- und Rechtslage Probleme gelöst, für deren Behandlung es derzeit weitgehend keine Übereinstimmung gibt.

V. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Der Begriff des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung spielt in den §§ 44 ff. SGB X eine zentrale Rolle. Er ist jedoch bisher von h. M. und Rechtsprechung nicht überzeugend definiert worden.

2. Ob ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung vorliegt, bestimmen die zugrundeliegenden materiellrechtlichen Vorschriften. Ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung kennzeichnet sich dadurch, daß das materielle Recht das Gegebensein der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen über den gesamten Zeitraum verlangt, für den der Verwaltungsakt seine Regelungswirkung entfaltet.

3. Bei relevanten Änderungen der Sachlage wird ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung rechtswidrig. Im Falle von Rechtsänderungen kann durch gesetzliche Anordnung von Rückwirkung jeder Verwaltungsakt rechtswidrig werden, umgekehrt kann auch ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung nach einer Rechtsänderung rechtmäßig bleiben.

4. Bei Änderungen der Sach- und Rechtslage ist zu unterscheiden zwischen der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Aufhebung oder Nichtaufhebung als Reaktion der Verwaltung auf die geänderte Lage.

5. Der für das Sozialrecht entwickelte Begriff des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung kann auch im allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozeßrecht fruchtbar gemacht werden.