

## Methodik ÖR

### Klausur

Wiss. Mitarbeiter Bastian Winter-Peter\*

# Widerruf einer Genehmigung

<https://doi.org/10.1515/jura-2018-0104>

*Der Kern der Klausur ist ein Widerruf einer gebundenen Entscheidung auf Grundlage eines Widerrufsvorbehalts. Bestandteile der Klausur sind eine inzidente Prüfung, Transfer von bekannten Problemen auf eine atypische Situation sowie die Anwendung einer unbekannt Norm. Dementsprechend werden typische Fähigkeiten im Bereich des Allgemeinen Verwaltungsrechts abgeprüft.<sup>1</sup>*

Allgemeines Verwaltungsrecht – Widerrufsvorbehalt – Nebenbestimmung zu einer gebundenen Entscheidung – Anhörung – Ermessen

## SACHVERHALT

Die BI-GmbH ist ein großes Pharmaunternehmen. Das Kerngeschäft der BI-GmbH ist das Erforschen, Entwickeln, Herstellen und Vertreiben von Arzneimitteln. Da in den letzten Jahren kontinuierlich Umsatzüberschüsse erzielt werden konnten, entschließt sich das Unternehmen zu expandieren. Dafür soll in Hannover ein neues Labor errichtet werden. In diesem Labor sollen Zellen gentechnisch verändert werden, um neue Heilmittel für Erbkrankheiten zu finden. Da dieses Vorhaben eine gentechnische Arbeit gem. § 3 Nr. 2 lit. a) GenTG darstellt, ist das geplante Labor eine gentechnische Anlage i. S. d. § 3 Nr. 4 GenTG. Gem. § 8 I GenTG sind gentechnische Anlagen genehmigungsbedürftig. Die Genehmigungsvoraussetzungen ergeben sich aus § 11 I GenTG. Da die BI-GmbH gut beraten wird,

sorgt sie frühzeitig für eine Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen.

Nachdem die erforderlichen Vorbereitungen durch die BI-GmbH getroffen wurden, beantragt sie beim Gewerbeaufsichtsamt Hannover (GAA), der zuständigen Genehmigungsbehörde, die Genehmigung gem. § 8 I GenTG. Nach eingehender Prüfung des Sachverhalts stellt das GAA zutreffend fest, dass die formellen und materiellen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen und erteilt dementsprechend eine Anlagengenehmigung gem. § 8 I GenTG. Allerdings wird der Genehmigung ein Widerrufsvorbehalt beigefügt »für den Fall, dass die Voraussetzungen gem. § 11 I GenTG für die Genehmigung gem. § 8 I GenTG nicht mehr vorliegen.«

Die BI-GmbH ist nicht restlos glücklich über den Widerrufsvorbehalt. Da sie aber die gewünschte Genehmigung erhalten hat, werden keine rechtlichen Schritte gegen den Widerrufsvorbehalt eingeleitet. Stattdessen wird das Labor in Betrieb genommen.

Zwei Wochen nach Erteilung der Genehmigung verzieht der Beauftragte für Biologische Sicherheit (S) des Labors unbekannt. Weil eine Rückkehr des S nicht zu erwarten ist, sucht die BI-GmbH händeringend einen Ersatz. Da die erforderlichen Qualifikationen für die Stelle sehr speziell sind, ist die Suche der BI-GmbH nicht von Erfolg gekrönt und die Stelle somit unbesetzt. Das GAA ist nun froh, sich den Widerruf vorbehalten zu haben und erlässt, nach Anhörung der BI-GmbH, einen ordnungsgemäß begründeten Widerrufsbescheid auf Grundlage von § 49 II S. 1 Nr. 1 VwVfG.

Die BI-GmbH bezweifelt die Rechtmäßigkeit der Aufhebung. Es könne doch nicht sein, dass das GAA den aufhebenden Bescheid auf einen »ganz eindeutig« rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt stützt. Für die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts bringt die BI-GmbH vor, dass das GAA nicht berechtigt sei, die Genehmigung mit einem solchen Widerrufsvorbehalt zu versehen. Dieser schwebt permanent wie ein Damoklesschwert über dem Labor. Außerdem sei der BI-GmbH keine Möglichkeit zur Stellungnahme mit Blick auf den Widerrufsvorbehalt gegeben worden. Schließlich wirft die BI-GmbH dem GAA vor, ihr Ermessen bzgl. des Widerrufsvorbehalts fehlerhaft ausgeübt zu haben.

<sup>1</sup> Die Klausur überdurchschnittlichen Schwierigkeitsgrads beruht im Kern auf einem Urteil des BVerwG: BVerwGE 153, 301 ff. Sie wurde als zweistündige Abschlussklausur zur Vorlesung Allgemeines Verwaltungsrecht im Wintersemester 2016/2017 gestellt. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades wurden die Korrekturassistenten darauf hingewiesen, dass Umfang und Komplexität bei der Bewertung zu berücksichtigen waren. Die Klausur wurde von 278 Studierenden geschrieben, der Notendurchschnitt lag bei 4,43 Punkten; 55 % haben die Klausur bestanden.

\*Kontaktperson: Bastian Winter-Peter, der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft (Prof. Dr. Veith Mehde), Leibniz Universität Hannover.

Das GAA pflichtet der BI-GmbH bei, dass selbstverständlich nur ein rechtmäßiger Widerrufsvorbehalt die Aufhebung stützen könne. Ein solcher liege hier aber vor. Für die Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts bringt das GAA vor, dass es sehr wohl berechtigt gewesen sei, den Widerrufsvorbehalt mit der Genehmigung zu verbinden. Für den dauerhaften Betrieb des Labors sei auch eine dauerhafte Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen erforderlich. Dementsprechend enthalte die Genehmigung gleichzeitig die Prognose, dass die Genehmigungsvoraussetzungen auch in Zukunft vorliegen werden. Diese Prognose werde durch den Widerrufsvorbehalt abgesichert. Des Weiteren bringt das GAA vor, dass die BI-GmbH doch die gewünschte Genehmigung bekommen habe. Eine Anhörung sei deswegen nicht erforderlich gewesen. Letztlich habe das GAA in Bezug auf den Widerrufsvorbehalt keine Ermessenerwägungen anstellen müssen, da ihm weder in § 8 I GenTG noch in § 11 I GenTG Ermessen eingeräumt worden sei. Sollte ihm doch Ermessen zugestanden haben, so das GAA weiter, hätte es jedenfalls genauso entschieden, da Gentechnik in der Bevölkerung bereits einen schlechten Ruf genieße und das GAA im Falle einer Verschlechterung des Ansehens in der Lage sein müsse, den Betrieb des Labors durch Widerruf der Genehmigung schnellstmöglich einzustellen.

Ist die Aufhebung der Genehmigung rechtmäßig?

**Bearbeitervermerk:** Sämtliche im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen sind – gegebenenfalls im Rahmen eines Hilfsgutachtens – zu prüfen. Finden sich im Sachverhalt keine Hinweise zu einzelnen Verfahrensschritten, so ist zu unterstellen, dass die Vorschriften insofern beachtet wurden. Es wird auf die abgedruckten Normen hingewiesen. Weitere Vorschriften des GenTG sind nicht einschlägig. § 49 II Nrn. 2 bis 5 VwVfG ist nicht anzuwenden.

Auszug aus dem Gesetz zur Regelung der Gentechnik (GenTG):

### § 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes sind

2. gentechnische Arbeiten

a) die Erzeugung gentechnisch veränderter Organismen,

4. gentechnische Anlage

Einrichtung, in der gentechnische Arbeiten im Sinne der Nummer 2 im geschlossenen System durchgeführt werden und bei der spezifische Einschließungsmaßnahmen angewendet werden, um den Kontakt der verwendeten Organismen mit Menschen und der Umwelt

zu begrenzen und ein dem Gefährdungspotenzial angemessenes Sicherheitsniveau zu gewährleisten.

### § 8 Genehmigung, Anzeige und Anmeldung von gentechnischen Anlagen und erstmaligen gentechnischen Arbeiten

(1) Die Errichtung und der Betrieb gentechnischer Anlagen bedürfen der Genehmigung (Anlagengenehmigung).

§ 11 Genehmigungsvoraussetzungen

(1) Die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer gentechnischen Anlage ist zu erteilen, wenn (...)

2. gewährleistet ist, dass der Projektleiter sowie der oder die Beauftragten für die Biologische Sicherheit die für ihre Aufgaben erforderliche Sachkunde besitzen und die ihnen obliegenden Verpflichtungen ständig erfüllen können, (...)

## LÖSUNG

Fraglich ist, ob der Widerruf der Genehmigung rechtmäßig ist. Dies ist der Fall, wenn eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorliegt und der Widerruf formell sowie materiell rechtmäßig ist.

### A. Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf

Hier kommt § 49 II Nr. 1 Var. 2 VwVfG i. V. m. § 1 NVwVfG<sup>2</sup> als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

### B. Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

#### I. Zuständigkeit für den Widerruf

Das GAA müsste für den Widerruf der ursprünglichen Genehmigung zuständig sein. § 49 V VwVfG bietet lediglich eine Zuständigkeitsregelung für die Konstellation, dass der zu widerrufende Verwaltungsakt unanfechtbar ist. Die Genehmigung besteht hier allerdings erst seit drei Wochen

<sup>2</sup> Auf diesen Zusatz wird im Folgenden verzichtet.

und ist somit gem. § 74 I VwGO weiterhin anfechtbar. Da sich dem VwVfG keine hinreichend klare Aussage bzgl. der Zuständigkeit zu diesem Zeitpunkt entnehmen lässt, ist auf allgemeine verwaltungsverfahrensrechtliche Grundsätze zurückzugreifen. Danach hat über die Aufhebung eines Verwaltungsaktes diejenige Behörde zu befinden, die zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsaktes sachlich zuständig wäre.<sup>3</sup> Zum Zeitpunkt des Widerrufs war auch weiterhin das GAA zuständig für den Erlass einer etwaigen Genehmigung nach dem GenTG. Somit ist das GAA auch zuständig für den Widerruf.<sup>4</sup>

## II. Verfahren und Form des Widerrufs

Die Verfahrens- sowie die Formvorschriften bzgl. des Widerrufs wurden eingehalten.

## III. Zwischenergebnis

Der Widerrufsbescheid ist in formeller Hinsicht rechtmäßig.

## C. Materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs

### I. Tatbestand für den Erlass des Widerrufs

Für die materielle Rechtmäßigkeit des Widerrufs müsste zunächst der Tatbestand von § 49 II S. 1 Nr. 1 Var. 2 VwVfG erfüllt sein. Dafür muss die Genehmigung ein rechtmäßiger, begünstigender Verwaltungsakt gewesen sein, ein rechtmäßiger Widerrufsvorbehalt vorliegen und letztlich muss die Bedingung des konkreten Vorbehalts eingetreten sein.

#### 1. Rechtmäßiger, begünstigender Verwaltungsakt

Bei der Anlagengenehmigung müsste es sich um einen Verwaltungsakt handeln, der rechtmäßig und begünstigend ist.

<sup>3</sup> BVerwGE 110, 226.

<sup>4</sup> Die Aussage des Sachverhalts, dass die zuständige Behörde gehandelt habe, bezieht sich nur auf die ursprüngliche Genehmigung.

Die Genehmigung erfüllt die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG und ist dementsprechend als Verwaltungsakt einzuordnen. Des Weiteren ist die Anlagengenehmigung rechtmäßig, da die Genehmigungsvoraussetzungen gem. § 11 I GenTG laut Sachverhalt gegeben sind. Die Anlagengenehmigung ist darüber hinaus begünstigend.

### 2. Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts

Fraglich ist zunächst, ob die Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Widerrufs selbst darstellt. Dagegen spricht zunächst der verwaltungsrechtliche Wirksamkeitsgrundsatz. Aus diesem ergibt sich, dass ein rechtswirksamer Verwaltungsakt gem. § 43 VwVfG zu beachten ist, unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit.<sup>5</sup> Übertragen auf den Widerrufsvorbehalt hätte dieses Prinzip zur Folge, dass die Rechtswidrigkeit des Vorbehalts für die Rechtmäßigkeit des Widerrufs unbeachtlich wäre, solange der Widerrufsvorbehalt gem. § 43 VwVfG wirksam ist.<sup>6</sup> Dagegen spricht allerdings, dass Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit eigentlich systemfremd ist und dass durch § 43 VwVfG explizit nur für Verwaltungsakte eine Ausnahme gemacht wird. Diese Ausnahmesituation spricht somit für eine enge Auslegung des Wirksamkeitsgrundsatzes. Der hier fragliche Widerrufsvorbehalt stellt eine Nebenbestimmung gem. § 36 II Nr. 3 VwVfG dar und ermöglicht der Behörde, das Ende der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes zu bestimmen. Dementsprechend fehlt es einem solchen an einer eigenständigen Regelung i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG. Die Verwaltungsaktqualität des Widerrufsvorbehalts ist folglich abzulehnen.<sup>7</sup> Infolgedessen verbietet sich ein Rückgriff auf den Wirksamkeitsgrundsatz.<sup>8</sup>

Dementsprechend ist die Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts eine tatbestandsmäßige Voraussetzung für den Erlass des Widerrufs.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Bull/Mehde Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Auflage (2015), Rn. 748.

<sup>6</sup> So im Ergebnis Kopp/Ramsauer, 17. Aufl., 2016, § 49 Rn. 37

<sup>7</sup> Erbuth Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, 2015, § 18 Rn. 8.

<sup>8</sup> So im Ergebnis BT-Drucksache 7/910 S. 72; Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht 18. Aufl., 2011, § 11 Rn. 41.

<sup>9</sup> Die Darlegung dieser Problematik wurde nur von guten bis sehr guten Bearbeitern erwartet. Sollten Bearbeiter zu dem vertretbaren Ergebnis gelangen, dass die Wirksamkeit des Widerrufsvorbehalts ausreichend sei, war im Rahmen der Ermessensprüfung erforderlich zu überprüfen, ob der Widerrufsvorbehalt rechtswidrig war und ob die Ausübung eines solchen einen Ermessensfehler darstellt (Kopp/Ramsauer, 17. Aufl., 2016, § 49 Rn. 37).

**a) Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt**  
Mangels spezieller Ermächtigung im GenTG kommt hier als Ermächtigungsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt lediglich § 36 I Var. 2 VwVfG in Betracht.

**b) Formelle Rechtmäßigkeit des Widerrufsvorbehalts**  
Der Widerrufsvorbehalt müsste in formeller Hinsicht rechtmäßig sein.

**aa) Zuständigkeit**

Zunächst müsste das GAA für den Widerrufsvorbehalt zuständig gewesen sein. Aus § 36 I VwVfG ergibt sich, dass ein Widerrufsvorbehalt als Nebenbestimmung Teil eines Verwaltungsaktes ist. Dementsprechend richtet sich die Zuständigkeit für den Erlass der Nebenbestimmung nach der Zuständigkeit für den Hauptverwaltungsakt. Für die Genehmigung gem. §§ 8 I, 11 I GenTG ist laut Sachverhalt das GAA zuständig.

Somit ist das GAA auch für den Erlass der Nebenbestimmung zuständig.

**bb) Verfahren**

Des Weiteren muss das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sein. Hier wurde die BI-GmbH vor Erlass der Genehmigung bzw. der Nebenbestimmung nicht angehört. Fraglich ist zunächst, ob eine Anhörung gem. § 28 I VwVfG erforderlich war. § 28 I VwVfG verpflichtet die Behörde, den Betroffenen vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes Gelegenheit zu geben, sich zu den erheblichen Tatsachen zu äußern. Wie bereits dargestellt, fehlt es einem Widerrufsvorbehalt an einer eigenständigen Regelung i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, womit die Verwaltungsaktqualität des Widerrufsvorbehalts abzulehnen ist.

Die Erforderlichkeit einer Anhörung ergibt sich somit nicht aus einer unmittelbaren Anwendung des § 28 I VwVfG.

Allerdings könnte sich eine Anhörungspflicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 28 I VwVfG ergeben. Eine entsprechende Anwendung von § 28 I VwVfG ist, im Einklang mit dem Rechtsstaatsprinzip, zu fordern, wenn die staatliche Maßnahme in Rechte des Betroffenen eingreift<sup>10</sup>. Der Widerrufsvorbehalt ermöglicht dem GAA, die Wirksamkeit der beantragten Genehmigung zu beenden. Dementsprechend wird die ursprüngliche Genehmigung durch den Widerruf verkürzt. Darin ließe sich durch-

aus eine einem Rechtseingriff gleichstehende Belastung des Betroffenen erblicken.

Dem könnte indes entgegengehalten werden, dass durch die Beifügung des Widerrufsvorbehalts kein Eingriff in bereits bestehende Rechte des Antragsstellers erfolgt, sondern lediglich eine erstrebte Erweiterung des Rechtskreises verweigert wird.<sup>11</sup> Folge dieser Argumentation wäre, dass die Beifügung des Widerrufsvorbehalts keiner Anhörungspflicht unterläge. Diese Begründung lässt allerdings außer Betracht, dass die Genehmigung gem. §§ 8 Abs. 1, 11 Abs. 1 GenTG ein präventives Verbot<sup>12</sup> mit Erlaubnisvorbehalt darstellt. Die Erteilung der Genehmigung in dieser Konstellation hat in materieller Hinsicht zur Folge, dass die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit wiederhergestellt wird.<sup>13</sup> Indem das GAA die Genehmigung mit einem Widerrufsvorbehalt versieht, verletzt es die BI-GmbH jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>14</sup> Somit war eine Anhörung in Bezug auf den Widerrufsvorbehalt erforderlich.<sup>15</sup>

Allerdings könnte die Anhörung gem. § 28 II Nr. 3 VwVfG entbehrlich sein. Danach kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten, die in einem Antrag gemacht wurden, nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll. Danach ist eine Anhörung in Bezug auf den Erlass von Nebenbestimmungen zu einem beantragten Verwaltungsakt nur dann erforderlich, wenn der Erlass der Nebenbestimmung aus Tatsachen herrührt, die der Antragsteller selbst nicht oder anders vorgetragen hat. Beruht ihr Erlass hingegen lediglich auf einer abweichenden rechtlichen Würdigung der übereinstimmend angenommenen Tatsachen, entfällt

<sup>11</sup> So z. B. BVerwGE 66, 184 (186 f.).

<sup>12</sup> Zu dem Begriff »präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt« vgl. *Bull/Mehde* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Auflage (2015), Rn. 711 ff.

<sup>13</sup> *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht 18. Aufl., 2011, § 9 Rn. 52.

<sup>14</sup> Alternativ könnte auch § 11 I GenTG als verletztes Recht herangezogen werden. Die Vorschrift macht deutlich, dass es, wenn sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, keine Gründe gibt, die Genehmigung nicht zu erteilen. Die Norm enthält somit ein subjektives Recht des Antragstellers auf Erteilung der Genehmigung. Indem das GAA die erteilte Genehmigung mit einem Widerrufsvorbehalt versehen hat, erfüllt es den Anspruch nicht in vollem Umfang und greift somit in das Recht der BI-GmbH ein.

<sup>15</sup> Die Lösungsansätze für die bekannte Problematik, ob auch die Ablehnung bzw. Beifügung einer Nebenbestimmung zu einer Genehmigung anhörungspflichtig ist, erschöpfen sich nicht in den hier dargestellten Ansätzen. Daneben wird noch vertreten, dass die Ablehnung eines begehrten Verwaltungsaktes ebenso belastend sei wie ein eingreifender Verwaltungsakt und somit auch in diesen Konstellationen eine Anhörung erforderlich sei (so z. B. *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht 18. Aufl., 2011, § 19 Rn. 20).

<sup>10</sup> *Herrmann* BeckOK-VwVfG, § 28 Rn. 5.

die Anhörungspflicht. Getragen wird dieses Ergebnis von der systematischen Überlegung, dass die Anhörung gem. § 28 I VwVfG sich lediglich auf Tatsachen aber nicht auf Rechtsansichten bezieht.<sup>16</sup> Das GAA hat die von der BI-GmbH gemachten Tatsachenangaben als Grundlage für den Erlass der Genehmigung herangezogen. Bzgl. der für die Genehmigung zugrundeliegenden Tatsachen, weicht das GAA nicht von dem Antrag der BI-GmbH ab. Die durch den Widerrufsvorbehalt begründete Abweichung zu der beantragten Genehmigung, beruht stattdessen auf einer anderen rechtlichen Einschätzung der Behörde.

Somit ist gem. § 28 II Nr. 3 VwVfG eine Anhörung entbehrlich.<sup>17</sup>

Weitere etwaige Verfahrensmängel sind nicht ersichtlich. Somit wurde ein ordnungsgemäßes Verfahren durchgeführt.

### cc) Form

Die erforderlichen Formerfordernisse wurden eingehalten.

### dd) Zwischenergebnis

Die Nebenbestimmung ist in formeller Hinsicht rechtmäßig.

### c) Materielle Rechtmäßigkeit

Des Weiteren müsste der Widerrufsvorbehalt auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sein.

#### aa) Tatbestand

##### (i) Anspruch auf den Hauptverwaltungsakt

Zunächst müsste gem. § 36 I VwVfG auf den Hauptverwaltungsakt ein Anspruch bestehen. Wie sich aus dem Wortlaut von § 11 I GenTG ergibt, ist die Genehmigung zu erteilen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Dementsprechend ist die Genehmigungserteilung gem. §§ 8 I, 11 I GenTG eine gebundene Entscheidung. Dem Antragsteller wird, wie bereits dargelegt, in dieser Vorschrift auch eine subjektive Rechtsposition eingeräumt, da sie deutlich macht, dass es für den Fall, dass sämtliche Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind, keine Gründe gibt, die Betätigung der Antragssteller zu unterbinden.

Somit hat die BI-GmbH einen Anspruch auf den Hauptverwaltungsakt.

##### (ii) Zulässigkeit einer Nebenbestimmung

Des Weiteren müsste das Beifügen des Widerrufsvorbehalts zulässig gewesen sein. Gem. § 36 I Var. 2 VwVfG sind Nebenbestimmungen zulässig, wenn diese sicherstellen sollen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden.

Für die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung könnte man vorbringen, dass eine Genehmigung gem. §§ 8, 11 I GenTG einen Dauerverwaltungsakt darstellt. Für den Erhalt der Genehmigung müsse also auch für eine dauerhafte Erfüllung der gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen gesorgt werden. Die dauerhafte Erfüllung würde hier durch den Widerrufsvorbehalt gesichert werden,<sup>18</sup> da das GAA bei Wegfallen einer oder mehrerer Genehmigungsvoraussetzungen in der Lage wäre, die Genehmigung zu widerrufen.

Wenn man dieser Argumentation folgt, kommt man zu dem Ergebnis, dass durch den Widerrufsvorbehalt das GAA die Möglichkeit hat, den Verwaltungsakt zu widerrufen, falls eine der Genehmigungsvoraussetzungen wegfällt. Damit wäre der Widerrufsvorbehalt zulässig.

Diesem Argument ist allerdings schon der Wortlaut des § 36 I Var. 2 VwVfG entgegenzuhalten. Nach diesem soll eine Nebenbestimmung sicherstellen, dass die Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt »werden«.<sup>19</sup> Durch die Verwendung des Futur I in der Norm wird deutlich, dass sie einen Fall meint, in dem die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erst in der Zukunft, d. h. nach Erlass des Hauptverwaltungsaktes, eintreten werden. Hier lagen die Genehmigungsvoraussetzungen gem. § 11 I GenTG aber vollständig und unstreitig bereits zum Zeitpunkt der Genehmigung vor. Somit spricht der Wortlaut gegen die Zulässigkeit des Widerrufsvorbehalts.

Des Weiteren ist Telos des § 36 I Var. 2 VwVfG, die Behörde zu ermächtigen einen begünstigenden Verwaltungsakt zu erlassen, obwohl noch nicht sämtliche vom Fachrecht hierfür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt oder nachgewiesen sind.<sup>20</sup> Die Nebenbestimmung dient somit dem Interesse des betroffenen Antragstellers, indem aus der eigentlich erforderlichen Ablehnung des Hauptverwaltungsaktes ein milderer »ja, aber« wird. In dieser

<sup>16</sup> Herrmann BeckOK-VwVfG, § 28 Rn. 15 f.

<sup>17</sup> Die Ausführungen zu einer entsprechenden Anwendung des § 28 I VwVfG wurden nur von guten und sehr guten Bearbeitern erwartet werden.

<sup>18</sup> VGH Baden-Württemberg VBIBW 2014, 457 (457 f.).

<sup>19</sup> BVerwGE 153, 301 (304).

<sup>20</sup> BVerwGE 153, 301 (304 f.).

Konstellation verwendet das GAA den Widerrufsvorbehalt allerdings, um die BI-GmbH für die Zukunft zu verpflichten. Der angefügte Widerrufsvorbehalt steht somit auch im Widerspruch zum Sinn und Zweck der Vorschrift.

Schließlich ist in systematischer Hinsicht vorzubringen, dass die Beendigung der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes auf Grund nachträglichen Wegfalls gesetzlicher Voraussetzungen bereits durch § 49 II S. 1 Nr. 3 VwVfG ausdifferenziert geregelt ist. Hätte die Behörde die Befugnis, einen ähnlich ausgestalteten Widerrufsvorbehalt zu erlassen, bestünde die Gefahr, dass § 49 II S. 1 Nr. 3 VwVfG unterlaufen wird.<sup>21</sup> Der durch diese Vorschrift bewirkte Schutz des Bestandsinteresses des Begünstigten könnte somit umgangen werden.<sup>22</sup> Folglich spricht auch die Systematik gegen die konkrete Ausgestaltung des Widerrufsvorbehalts.

Der Widerrufsvorbehalt des GAA ist folglich nicht gem. § 36 I Var. 2 VwVfG zulässig.

### (iii) Zwischenergebnis

Der Tatbestand von § 36 I Var. 2 VwVfG ist nicht erfüllt.<sup>23</sup>

### bb) Rechtsfolge

Gem. § 36 I VwVfG darf ein Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung versehen werden. Somit stand der Erlass des Widerrufsvorbehalts im Ermessen des GAA. Dieses Ermessen könnte die Behörde rechtswidrig ausgeübt haben. Dies wäre der Fall, wenn die Behörde die Gebote des § 40 VwVfG nicht beachtet hätte.

### (i) Primäre Begründung

Primär ging das GAA davon aus, dass seine Entscheidung komplett gebunden sei. Diese Annahme könnte ein Ermessensfehler darstellen. § 40 VwVfG setzt schon der Logik nach voraus, dass die Behörde überhaupt Ermessenserwägungen angestellt hat. Nach § 36 I VwVfG »kann« eine Nebenbestimmung erlassen werden. Dementsprechend ging das GAA fälschlicherweise bzgl. des Widerrufsvorbehalts von einer Bindung aus. Die primäre Begründung des GAA ist somit ermessensfehlerhaft.

<sup>21</sup> BVerwGE 153, 301 (305 f.).

<sup>22</sup> Ebenda.

<sup>23</sup> Auch wenn die Rechtswidrigkeit des Widerrufsvorbehalts und somit des Widerrufs bejaht wurde, wäre eine Beendigung der Prüfung an dieser Stelle verfehlt, da der Bearbeitervermerk eine vollumfängliche Begutachtung verlangt.

### (ii) Alternative Begründung

Problematisch ist, dass die Behörde alternativ noch eine Begründung für eine Ermessenserwägung vorgebracht hat. Ob diese Begründung trotz der expliziten Äußerung, dass kein Ermessen bestehe, als Ermessenserwägung zulässig ist, erscheint zweifelhaft. Allerdings kann die Zulässigkeit einer solchen Begründung dahinstehen, wenn auch diese gegen § 40 VwVfG verstößt. Hier könnte die Behörde ihr Ermessen entgegen dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt haben. Dies ist der Fall, wenn die Behörde sachwidrige Erwägungen anstellt.<sup>24</sup> § 36 I Var. 2 VwVfG ermächtigt Behörden, Nebenbestimmungen zur Herstellung der Genehmigungsvoraussetzungen (hier § 11 I GenTG) hinzuzufügen. Die alternative Ermessensbegründung der Behörde zielt auf das Ansehen von Gentechnik in der Bevölkerung ab. Das Ansehen der zu genehmigenden Tätigkeit spiegelt sich allerdings weder in § 11 I GenTG noch in § 36 I Var. 2 VwVfG wider. Somit ist auch die alternative Erwägung der Behörde sachwidrig und dementsprechend ermessensfehlerhaft.

### (iii) Zwischenergebnis

Der Widerrufsvorbehalt verstößt auf Rechtsfolgende gegen § 40 VwVfG.

### d) Zwischenergebnis

Der Widerrufsvorbehalt ist rechtswidrig. Somit ist der Tatbestand gem. § 49 II S. 1 Nr. 1 VwVfG nicht erfüllt.

## 3. Bedingungseintritt

Des Weiteren hätte die Bedingung des Widerrufsvorbehalts eintreten müssen. Das GAA hat sich den Widerruf für den Fall vorbehalten, dass eine der Genehmigungsvoraussetzungen wegfällt. § 11 I Nr. 2 GenTG setzt voraus, dass in dem Betrieb ein Beauftragter für die biologische Sicherheit mit der erforderlichen Sachkunde vorhanden sein muss. Der ursprüngliche Sicherheitsbeauftragte kommt seiner Tätigkeit nicht mehr nach. Auch konnte die BI-GmbH keinen Ersatz für S finden. Dementsprechend ist eine Genehmigungsvoraussetzung weggefallen.

Die Bedingung des (rechtswidrigen) Widerrufsvorbehalts ist eingetreten.

<sup>24</sup> Bull/Mehde Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Auflage (2015), Rn. 596.

#### 4. Zwischenergebnis

Der Tatbestand von § 49 II Nr. 1 VwVfG ist nicht erfüllt.

#### II. Ermessen

Ermessensfehler bzgl. des Widerrufs sind nicht ersichtlich.

#### D. Ergebnis

Der Widerruf ist rechtswidrig.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Wäre § 49 II S. 1 Nr. 3 VwVfG durch den Bearbeitervermerk nicht ausgeschlossen worden, würde sich die Rechtmäßigkeit des Widerrufs aus dieser Vorschrift ergeben.