

von Koppenfels-Spies/Wenner

SGB X

Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) -
Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X)
Kommentar

Herausgegeben von

Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies

Universität Freiburg

Prof. Dr. Ulrich Wenner

Vors. Richter am Bundessozialgericht, Kassel

3. Auflage

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2020

ZITIERWEISE

Rdn. 1 = Verweis auf eine Randnummer im gleichen Paragraphen

§ 1 Rdn. 1 = Verweis auf eine Randnummer in einem anderen Paragraphen.

Zitiervorschlag: v. Koppfels-Spies/Wenner/SGB X 3. A./*Bearbeiter*

Bibliographische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-472-09605-4

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche und drucktechnische Fehler.

Umschlag: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Newgen KnowledgeWorks (P) Ltd., Chennai, India

Druck und Verarbeitung: Williams Lea & Tag GmbH, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Vorwort

Das SGB X stellt Praxis und Wissenschaft vor besondere Herausforderungen. Zahlreiche Vorschriften zum sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren waren in den fast 20 Jahren nach der Neufassung des Gesetzes 2001 noch nie Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, andere – wie die §§ 44 – 49 über die Korrektur von Verwaltungsakten – gehören zu den Normen, zu denen eine inzwischen kaum mehr übersehbare Fülle von Urteilen des BSG und der Landessozialgerichte ergangen ist. Das Grundsicherungsrecht des SGB II hat sich insoweit als Beschleuniger erwiesen, weil in keinem anderen Rechtsgebiet so oft Entscheidungen über § 48 SGB X nachträglich korrigiert werden müssen.

Während im Ersten Kapitel des Gesetzes (Verwaltungsverfahren) zumindest der normative Bestand einigermaßen stabil bleibt, hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des BVG und anderer Gesetze vom 17. Juli 2017 im Zweiten Kapitel (Sozialdatenschutz) kaum einen Stein auf dem anderen gelassen. Hinzu kommen hier die immer wichtiger werdenden Bezüge zur zwischenzeitlich in Kraft getretenen Datenschutz-Grundverordnung, ohne die bereichsspezifischer Datenschutz heute nicht mehr denkbar ist.

Von Kommentaren, respektive ihren Autorinnen und Autoren wird keine Klage über die immer komplizierter werdende Rechtswelt erwartet, sondern verlässliche Orientierung zum aktuellen Rechtszustand und dessen Entwicklung. Dringend nachgefragt werden Nachweis und Analyse der maßgeblichen Rechtsprechung sowie die Aufbereitung der Auffassungen in der Wissenschaft und Hinweise zur Lösung von Streitfragen, die bislang noch keiner aufwerfen konnte. Diesen Anforderungen stellt sich die Neuauflage des Kommentars, die – wie bisher – von Fachleuten aus Wissenschaft und Praxis bearbeitet worden ist.

Helmut Dankelmann hat an der Neuauflage nicht mehr mitgewirkt; er konnte seine langjährige Erfahrung als Verwaltungsjurist der DRV Westfalen in seine Erläuterungen einbringen und hat damit wesentlich zum Erfolg des Kommentars beigetragen. Seinen Part übernimmt mit dieser Auflage Maureen Wobbe, die beim Verband der Ersatzkassen (vdek) u.a. für den Datenschutz zuständig ist.

Freiburg/Kassel, im April 2020

Katharina von Koppenfels-Spies

Ulrich Wenner

Bearbeiterverzeichnis

Herausgeberin/Herausgeber:

Prof. Dr. Katharina von Koppenfels-Spies
Universität Freiburg

Prof. Dr. Ulrich Wenner
Vors. Richter am Bundessozialgericht, Kassel

Autorinnen und Autoren:

Helmut Dankelmann (2. Auflage)
Deutsche Rentenversicherung Westfalen a.D., Münster

Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer
Universität Jena

Prof. Dr. Jens Löcher
Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung, Wiesbaden

Prof. Dr. Sven Müller-Grune
Hochschule Schmalkalden

Prof. Dr. Heike Pohl
Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW, Köln

Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe
Universität Halle-Wittenberg

Maureen Wobbe
Rechtsanwältin, Syndikusrechtsanwältin und Datenschutzbeauftragte (udis^{zert}) des Verbandes der Ersatzkassen (vdek) e.V.

Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz - (SGB X)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I, S. 130), zuletzt geändert durch Artikel 16 des Gesetzes vom 20. Mai 2020 (BGBl. I, S. 1039)*

Erstes Kapitel. Verwaltungsverfahren

Erster Abschnitt. Anwendungsbereich, Zuständigkeit, Amtshilfe

§ 1 Anwendungsbereich

(1) ¹Die Vorschriften dieses Kapitels gelten für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden, die nach diesem Gesetzbuch ausgeübt wird. ²Für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur Ausführung von besonderen Teilen dieses Gesetzbuches, die nach In-Kraft-Treten der Vorschriften dieses Kapitels Bestandteil des Sozialgesetzbuches werden, gilt dies nur, soweit diese besonderen Teile mit Zustimmung des Bundesrates die Vorschriften dieses Kapitels für anwendbar erklären. ³Die Vorschriften gelten nicht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten.

(2) Behörde im Sinne dieses Gesetzbuches ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Inhalt	1	III. Anwendungsbereich des Ersten Kapitels	
B. Einzelerläuterungen	2	des SGB X	12
I. Behörde	2	IV. Ordnungswidrigkeiten	18
II. Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit nach SGB	9		

A. Inhalt

§ 1 Abs. 1 bestimmt den Anwendungsbereich des Ersten Kapitels des SGB X, d.h. derjenigen Vorschriften des SGB X, die das Verwaltungsverfahren regeln (§§ 1 bis § 66 SGB X^{1,2}). Der Anwendungsbereich ist mehrfach begrenzt. Zunächst gelten die Verwaltungsverfahrensvorschriften des SGB X nur für die Verwaltungstätigkeit von Behörden, die nach dem Sozialgesetzbuch einschließlich der in § 68 SGB I aufgeführten Gesetze ausgeübt wird. Des Weiteren unterfällt allein die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit den §§ 1 bis 66 SGB X, so dass andere Handlungsformen, insbesondere privatwirtschaftliche, nicht unter die Verwaltungsverfahrensnormen des SGB X fallen. Eine weitere Begrenzung ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit Satz 2. Dieser fußt auf der Grundlage, dass das Verwaltungsverfahrenrecht des SGB X nur für diejenigen Gesetze gilt, die bei Inkrafttreten des Ersten Kapitels des

* Die Änderung durch Artikel 8 des Gesetzes vom 12.06.2020, BGBl. I, S. 1248, wurde in der Entwurfsform der Vorschrift (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (7. SGB IV-Änderungsgesetz) in der Fassung vom 04.03.2020, BT-Drucks. 19/17586, S. 35 ff.) bereits in die Kommentierung eingearbeitet.

1 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*Fichte*, § 1 SGB X Rn. 1.

2 Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnung sind in diesem Werk solche des SGB X.

SGB X zum SGB zählen. Werden nach dessen Inkrafttreten Gesetze in das SGB aufgenommen, die durch Behörden der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände oder durch sonstige der Aufsicht des Landes unterstehende juristische Personen des öffentlichen Rechts auszuführen sind, so muss die Anwendbarkeit des Ersten Kapitels deshalb gesetzlich ausdrücklich bestimmt werden. Zuletzt ist das Erste Kapitel des SGB X nicht für die Verfolgung und Ahnung von Ordnungswidrigkeiten anwendbar.

Da Satz 1 für die benannten Rechtsgebiete die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts des SGB X bestimmt, ist eine ergänzende Anwendung des VwVfG ausgeschlossen. Dem entsprechend hat der 1. Senat des BSG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2017 ausgeführt: »Eine pauschale Lückenfüllung des SGB X durch Regelungen des VwVfG ist ausgeschlossen, erst recht eine Änderung der ausdrücklichen Regelungen des Ersten Kapitels des SGB X durch abweichende Rechtsgedanken des VwVfG.«³

§ 1 enthält neben der Bestimmung des Anwendungsbereichs der §§ 1 bis 66 in Abs. 2 eine Legaldefinition des Begriffs »Behörde«.

B. Einzelerläuterungen

I. Behörde

- 2 § 1 Abs. 1 Satz 1 begrenzt den Anwendungsbereich des Ersten Kapitels auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Behörden. Der Begriff Behörde wird im Bundesrecht nicht einheitlich definiert. Das BVerfG versteht unter einer Behörde ganz allgemein »eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein«.⁴
- 3 § 1 Abs. 2 definiert den Begriff für das gesamte Sozialgesetzbuch⁵ als jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Diese Legaldefinition folgt der inhaltsgleichen Bestimmung des Begriffs durch § 1 Abs. 4 VwVfG.⁶
- 4 Entgegen dem Wortlaut dieser Legaldefinition ist eine Stelle nicht allein wegen der faktischen Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung Behörde. Vielmehr muss sie hierzu auch befugt sein⁷, so dass eine Stelle, die sich eine öffentliche Aufgabenwahrnehmung anmaßt, hierdurch nicht zur Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 wird. Behörde ist damit jede Stelle, die für die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeit zuständig ist. Darauf, ob die Stelle organisationsrechtlich als Behörde bezeichnet wird oder im Rechtsverkehr unter dieser Bezeichnung auftritt, kann es nicht ankommen. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob die Stelle einen weiten Aufgabenbereich zu erfüllen hat oder nur für eng begrenzte Zwecke errichtet wurde. Eine dauerhafte Übertragung von Aufgaben ist für die Behörden-eigenschaft ebenso wenig erforderlich wie die Regelung, welche Stelle die Aufsicht ausübt.⁸
- 5 Diese Auslegung entspricht dem **weiten funktionalen Behördenbegriff**, den das BSG verwendet. Demnach sind Behörden – ohne Rücksicht auf ihre konkrete Bezeichnung als Behörde, Dienststelle, Amt oder Ähnliches – alle vom Wechsel der in ihnen tätigen Personen unabhängigen und mit hinreichender organisatorischer Selbständigkeit ausgestatteten Einrichtungen, denen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und entsprechende Zuständigkeiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesen sind, die also aufgrund von Vorschriften des öffentlichen Rechts mit der Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln mit Außenwirkung ausgestattet sind.⁹ Behörden »sind somit außer den Verwaltungsbehörden im organisatorischen Sinn auch alle sonstigen Einrichtungen, Organe und Stellen, die aufgrund von Vorschriften des öffentlichen Rechts mit der Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten, zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge im eigenen Namen,

3 BSG v. 07.11.2017, B 1 KR 24/17 R, Rn. 41.

4 BVerfGE 10, 20, 48.

5 KassKomm/*Krasney*, § 1 SGB X Rn. 8.

6 BT-Drucks. 8/2034, S. 30.

7 So auch v. Wulffen/Schütze/*Roos*, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 9.

8 KassKomm/*Krasney*, § 1 SGB X Rn. 8a.

9 BSG, Urt. v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 14.

d.h. nicht nur als Vertreter und mit Wirkung für und gegen eine andere Stelle, oder auch zu sonstigen, nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Handeln ausgestattet sind (BSGE 60, 239 = SozR 1300 § 45 Nr. 26; BSGE 63, 224 = SozR 1300 § 48 Nr. 47; BSGE 77, 295 = SozR 3–1300 § 45 Nr. 27; BVerwGE 17, 41 und 30, 20).¹⁰ Schiedsstellen nach § 18a KVG sind Behörden im funktionalen Sinne, da sie nach § 120 Abs. 4 SGB V befugt sind, Verwaltungsakte über die Festsetzung der Vergütung zu erlassen.¹¹ Nichts anderes gilt für die durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene gebildete gemeinsame Schiedsstelle (§ 130b Abs. 5 SGB V).¹² Auch die Agenturen für Arbeit stellen Behörden dar.¹³

Der Wortlaut des § 31 Abs. 3 Satz 1 SGB IV »Die vertretungsberechtigten Organe des Versicherungsträgers haben die Eigenschaft einer Behörde« spricht dagegen, dass neben den vertretungsberechtigten Organen auch die Sozialversicherungsträger selbst Behörde sind.¹⁴ Im Übrigen ist nicht der Träger öffentlicher Verwaltung, sondern die jeweilige »Stelle« – beispielsweise ein Amt oder eine Dienststelle – als Behörde anzusehen, denn die Behörde handelt für den Träger. Die Behörde selbst ist rechtlich unselbstständig.¹⁵

Auch die einzelnen örtlichen Dienststellen der Bundeagentur für Arbeit sind Behörden im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X.¹⁶ Allerdings haben gem. § 31 Abs. 3 Satz 1 SGB IV auch die vertretungsberechtigten Organe der Versicherungsträger – also Vorstände und Geschäftsführer – Behördeneigenschaft. Das beruht jedoch auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung und kann nicht dahingehend verallgemeinert werden, dass allen vertretungsberechtigten Personen Behördeneigenschaft zukommt. Vielmehr besteht bei Sozialversicherungsträgern die Besonderheit, dass die Eigenschaft als Behörde nicht den Versicherungsträgern, sondern den vertretungsberechtigten Organen zuerkannt wird.

Einzelpersonen können (nur dann) Behörden im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X sein, wenn sie als »beliehene Unternehmer« oder als Beauftragte mit eigener Entscheidungsbefugnis tätig werden.¹⁷ Voraussetzung hierfür ist, dass ihnen die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch einen Beleihungsakt (Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlicher Vertrag oder Rechtsnorm) übertragen worden ist.¹⁸ Sie werden als beliehene Unternehmer oder Beliehene bezeichnet. Bei den nach §§ 80, 81 SGB XII in den Ländern zu errichtenden Schiedsstellen handelt es sich um Beliehene und daher um Behörden¹⁹, ebenso bei Schiedsämtern nach dem SGB V²⁰, dem Verband der privaten Krankenversicherung e.V. hinsichtlich der Festlegung brancheneinheitlicher Vertragsmuster für die förderfähigen Pflege-Zusatzversicherungen (§ 127 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) und Krankenhäusern in Bezug auf die Einziehung der Zuzahlungen für die vollstationäre Krankenhausbehandlung (§ 50b Abs. 3 Satz 4 SGB V).²¹ Nicht beliehen ist der Vorsitzende des Berufungsausschusses im vertragsärztlichen Zulassungsverfahren. Er ist, anders als der Berufungsausschuss selbst, keine Behörde.²² Schiedspersonen werden im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht in verschiedenen Angelegenheiten eingesetzt (§§ 39a Abs. 1 Satz 7 bis 9 SGB V, § 65c Abs. 6 Satz 8 bis 12 SGB V, § 73b Abs. 4a SGB V, § 125 Abs. 2 Satz 4 bis 6 SGB V, § 127 Abs. 1a Satz 2 bis 4 SGB V, 132a Abs. 2 Satz 6 bis 9 SGB V, § 132e Abs. 1 Satz 3 bis 5 SGB V, § 211 Abs. 4 Satz 4 SGB V), wobei deren Kompetenz zum Erlass von Verwaltungsakten und somit

10 BSG, ebenda; so zuletzt auch BSG, Urt. v. 25.03.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 26.

11 BSG, Urt. v. 10.05.2017 – B 6 KA 10/16 R, Rn. 15.

12 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.06.2017 – L 9 KR 72/16 KL, Rn. 105.

13 Hierzu BGH, Beschl. v. 21.05.2019 –, 2 ARs 282/18, Rn. 7.

14 V. Wulffen/Schützel/Roos, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 10.

15 V. Wulffen/Schützel/Roos, 8. Aufl. 2014, SGB X § 1 Rn. 9.

16 Sächsisches LSG, Urt. v. 12.03.2015 – L 3 AL 125/13, Rn. 27.

17 Hierzu insb. Hauck/Noftz/Neumann § 1 SGB X Rn. 40 f.

18 BSG, Urt. v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 15.

19 Hessisches LSG, Urt. v. 25.02.2011 – L 7 SO 237/10 KL, Rn. 45.

20 BSG, Urt. v. 25.03.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 27 unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung.

21 Hauck/Noftz/Neumann, § 1 SGB X Rn. 41.

22 BSG, Urt. v. 06.05.2009 – B 6 KA 7/08 R, Rn. 20.

Behördeneigenschaft umstritten war. Jedenfalls für die Schiedspersonen nach 132a Abs. 2 Satz 6 bis 9 SGB V²³ und jüngst für die nach § 73b Abs. 4a SGB V²⁴ hat das BSG dies abgelehnt, nichts anderes dürfte für die übrigen Schiedspersonen gelten.

- 8 Einrichtungen und Organisationen der freien Wohlfahrtsverbände und der freien Jugendhilfe wollte der Gesetzgeber auch dann nicht als Behörde verstanden wissen, wenn diese an der Durchführung von Aufgaben beteiligt werden oder ihnen die Durchführung von Aufgaben des SGB VIII oder SGB XII mit deren Zustimmung übertragen worden sind (§ 3 Abs. 3 SGB VIII, § 5 Abs. 5 SGB XII).²⁵

II. Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit nach SGB

- 9 Zur öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit im Sinne des § 1 gehört jede hoheitliche Tätigkeit mit Außenwirkung zur Erfüllung von Aufgaben auf der Grundlage des öffentlichen Rechtes.²⁶ Ebenso, wie die »wahre Natur des anspruchsbegründenden Rechtsverhältnisses« die Frage der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit entscheidet, entscheidet die »wahre Natur der Verwaltungstätigkeit«, ob es sich um eine privat- oder öffentlich-rechtliche Tätigkeit handelt.²⁷ Hierbei sind der Standort der zum Handeln ermächtigenden oder verpflichtenden Vorschrift, die Sachnähe der Sozialgerichtsbarkeit zu einem möglichen Streitgegenstand und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ebenso zu berücksichtigen wie die zur Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht entwickelten Theorien – d.h. insbesondere die Subordinationstheorie und die modifizierte Subjekttheorie.
- 10 Eine Verwaltungstätigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn sie auf den Abschluss eines Verwaltungsverfahrens abzielt oder das Verwaltungsverfahren durch Erlass eines Verwaltungsaktes bzw. Vereinbarung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages abschließt. Auch Beratungs-, Informations- und Aufklärungstätigkeiten, die auf der Grundlage der §§ 13 bis 15 SGB I oder anderer Vorschriften nach dem Sozialgesetzbuch geschehen (z.B. §§ 109, 109a, 138 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB VI, §§ 11, 32 Abs. 2 Satz 4 SGB XII), erfolgen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage.
- 11 Fiskalisches Handeln fällt ebenso wenig hierunter wie Handlungen im Bereich des Verwaltungsprivatrechts²⁸, erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand²⁹ oder der Erlass von Satzungen.³⁰

III. Anwendungsbereich des Ersten Kapitels des SGB X

- 12 Die Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB X – d.h. §§ 1 bis 66 SGB X – gelten für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden, die nach diesem Sozialgesetzbuch ausgeübt wird. Zum Sozialgesetzbuch gehören nicht nur die zwölf Teile des Sozialgesetzbuchs (SGB I bis SGB XII), sondern auch diejenigen Gesetze, die durch Aufnahme in den Katalog des § 68 SGB I (bis zum 31.12.2000 Art. II § 1 SGB I) als besondere Teile des Sozialgesetzbuchs fingiert werden (z.B. BAföG, BGG, UVG, WoGG).
- 13 Neben diesen Verwaltungstätigkeiten, die unmittelbar nach dem Sozialgesetzbuch ausgeführt werden, eröffnen auch Verwaltungstätigkeiten, die nur mittelbar nach dem Sozialgesetzbuch ausgeführt werden, den Anwendungsbereich des Ersten Kapitels des SGB X. Eine Verwaltungstätigkeit erfolgt mittelbar nach dem Sozialgesetzbuch, wenn das einer bestimmten Aufgabe zugrunde liegende Gesetz auf die Anwendung von Vorschriften verweist, die zum Leistungsbereich des SGB zählen.³¹

23 BSG, Urt. v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 24: Keine Behörde, sondern öffentlich-rechtlicher Schlichter und Vertragshelfer entsprechend § 317 BGB.

24 BSG, Urt. v. 25.03.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 31 ff.

25 BT-Drucks. 8/2034, S. 30.

26 Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann/*Fichte*, § 1 SGB X Rn. 2.

27 So auch KassKomm/*Krasney*, § 1 SGB X Rn. 4.

28 V. Wulffen/Schützel/*Roos*, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 4.

29 Hauck/Noftz/*Neumann*, § 1 SGB X Rn. 11.

30 KassKomm/*Krasney*, § 1 SGB X Rn. 5; v. Wulffen/Schützel/*Roos*, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 4.

31 Hamburgisches OVG, Beschl. v. 30.04.2013 – 4 Bf 144/12.Z, Rn. 11.

Für die Ausführung von formellem Sozialrecht, das erst nach dem 01.01.1981 Bestandteil des Sozialgesetzbuchs geworden ist, sind die Vorschriften des 1. Kapitels des SGB X nur dann anwendbar, wenn der Bundesrat sie für anwendbar erklärt hat. So bestimmte beispielsweise § 46 Abs. 2 Satz 6 SGB XI (inzwischen § 46 Abs. 2 Satz 8 SGB XI) für das am 01.01.1995 in Kraft getretene soziale Pflegeversicherungsrecht SGB XI die Anwendbarkeit des Ersten Kapitels des SGB X. 14

Fehlt in einem nach dem 30.12.1980 in Kraft getretenen Sozialgesetz eine Erklärung der Anwendbarkeit des 1. Kapitels des SGB X, so ist das Gesetz nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes oder des jeweiligen Landes auszuführen.³² 15

Handelt es sich um Sozialgesetze, deren Regelungsinhalt am 01.01.1981 bereits durch §§ 3 ff. SGB I (Bildungs- und Arbeitsförderung, Sozialversicherung, soziales Entschädigungsrecht, Kinder- und Wohngeldrecht, Jugendhilfe, Sozialhilfe, Eingliederung Behinderter) umschrieben war oder um Rechtsgebiete, die zu diesem Zeitpunkt inhaltlich bereits in Art. II § 1 SGB I (heute § 68 SGB I) aufgeführt waren, so liegt die Zustimmung des Bundesrates bereits vor.³³ Die Ausführung der jeweiligen Sozialgesetze erfolgt deshalb nach den Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB X. 16

Wird ein bereits am 01.01.1981 im SGB I geregelter materieller Sozialrechtsbereich später geändert oder neu geregelt, so muss die Anwendung des Ersten Kapitels des SGB X nicht mehr mit Zustimmung des Bundesrates angeordnet werden (Grundsatz der Kontinuität der Regelungsmaterie³⁴). Als der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.01.2003 Leistungen für ältere und erwerbsgeminderte Menschen aus dem bereits vor dem Inkrafttreten des SGB I in Kraft getretenen BSHG herausnahm und mit dem Ziel der Vermeidung von Altersarmut einer neu geschaffenen Behörde als Grundsicherungsleistungen nach dem GSIG zuwies³⁵, waren die Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB X anwendbar, obwohl dies im GSIG nicht ausdrücklich geregelt war, da diese Materie materiell dem Leistungsbereich Sozialhilfe im Sinne des § 9 des SGB I zuzuordnen war.³⁶ Nichts anderes gilt für das SGB II und das SGB XII, die in ihren wesentlichen Teilen mit Wirkung ab 01.01.2005 in Kraft getreten sind, da sie materiell Bildungs- und Arbeitsförderung im Sinne des § 3 SGB I sowie Sozialhilfeleistungen im Sinne des § 9 SGB I in der zum 01.01.1981 geltenden Fassung regeln. § 40 Abs. 1 Satz 1 SGB II, nach dem für das Verfahren nach dem SGB II das SGB X gilt, hat daher – jedenfalls in Hinblick auf die Anwendbarkeit des Ersten Kapitels des SGB X – lediglich deklaratorische Wirkung. Nach der Rechtsauffassung des 7. Senats des BSG zählt das AsylbLG nicht zum Sozialrecht, da es weder in das Sozialgesetzbuch eingefügt noch in § 68 SGB I aufgeführt sei. Das SGB X sei daher – bis auf die in § 9 AsylbLG ausdrücklich für anwendbar erklärten und teilweise modifizierten §§ 44 bis 50, 99 und §§ 102 bis 114 – nicht anwendbar.³⁷ Diese auf den formellen Sozialrechtsbegriff und dem gesetzgeberischen Willen basierende Rechtsauffassung nimmt an, das AsylbLG stelle trotz der umfangreichen Regelungen über die Gewährung menschenwürdiges Leben sichernder Leistungen »im Kern ein ausländerrechtliches Regelungswerk«³⁸ dar.³⁹ 17

IV. Ordnungswidrigkeiten

Die Vorschriften des Ersten Kapitels des SGB X gelten nicht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (§ 1 Abs. 1 Satz 3). Stattdessen regeln 111 ff. SGB IV sowie verschiedene besondere Teile des SGB (z.B. § 63 SGB II) Einzelheiten, die durch die Regelungen des OWiG ergänzt werden. 18

32 Hierzu BSG, Urt. v. 26.08.2008 – B 8 SO 26/07 R, Rn. 14.

33 BR-Drucks. 170/1/78 vom 12.05.1978; BR-Drucks. 288/80.

34 Hauck/Noftz/Neumann, § 1 SGB X Rn. 30.

35 Art. 35 AVmG v. 26.06.2001, BGBl. I, S. 1310, 1342.

36 BSG, Urt. v. 26.08.2008 – B 8 SO 26/07 R, Rn. 16 f.

37 BSG, Urt. v. 16.01.2019 – B 7 AY 2/17 R, Rn. 7.

38 BSG, Urt. v. 25.10.2018 – B 7 AY 2/18 R, Rn. 17.

39 Hierzu eingehend BSG, Urt. v. 25.10.2018 – B 7 AY 2/18 R, Rn. 16 ff.

müsste dann den Überprüfungsantrag nicht neu bescheiden; jedoch müsste sie sich in einer rechtsbehelfsfähigen Entscheidung zum Rechtsmissbrauch äußern, sodass die Praktikabilität einer solchen Vorgehensweise fraglich werden kann.¹⁵⁹

- 37 Die Überprüfungspflicht ist nicht zwangsläufig von einem Antrag abhängig (vgl. § 44 Abs. 4 Satz 3), sodass sich die Frage stellt, inwieweit die Behörde **von Amts wegen** zur Überprüfung erlassener Verwaltungsakte verpflichtet ist. Eine Pflicht, Akten von sich aus auf Rücknahmemöglichkeiten durchzuarbeiten, wird – auch bei einer Änderung der Rechtslage – mit dem Argument verneint, die Sozialverwaltung wäre damit überfordert.¹⁶⁰ Die Formulierung in § 44 Abs. 1 Satz 1 »im Einzelfall« zeige auf, dass sich bei der Bearbeitung eines konkreten Falls Anhaltspunkte für eine Aufhebung ergeben müssten.¹⁶¹ Es bestehe keine Verpflichtung, regelmäßig oder aus besonderem Anlass den gesamten Aktenbestand daraufhin zu überprüfen, ob sich ein Anlass zu einem Vorgehen nach § 44 SGB X ergibt.¹⁶² Dabei darf jedoch nicht in den Hintergrund geraten, dass die Behörde zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln verpflichtet ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Man wird deshalb zu differenzieren haben: Rechtsänderungen nach dem Erlass des danach rechtswidrigen Verwaltungsaktes lösen dann eine Überprüfungspflicht aus, wenn die Neuregelung ihre rückwirkende Anwendung anordnet. Im Übrigen, also insbesondere, wenn der Prüfungsanlass nicht von außen an die Behörde herangetragen wird, kann es dabei verbleiben, dass die Behörde erst dann verpflichtet ist, von Amts wegen das Rücknahmeverfahren einzuleiten, wenn sich konkret Anhaltspunkte für eine Rechtswidrigkeit ergeben.

§ 45 Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes

(1) Soweit ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), rechtswidrig ist, darf er, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.

(2) ¹Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. ²Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. ³Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, soweit

1. er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat,
2. der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat, oder
3. er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat.

(3) ¹Ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung kann nach Absatz 2 nur bis zum Ablauf von zwei Jahren nach seiner Bekanntgabe zurückgenommen werden. ²Satz 1 gilt nicht, wenn Wiederaufnahmegründe entsprechend § 580 der Zivilprozessordnung vorliegen. ³Bis zum Ablauf von zehn Jahren nach seiner Bekanntgabe kann ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt mit Dauerwirkung nach Absatz 2 zurückgenommen werden, wenn

159 In diesem Sinn Diering/Timme/Siewert/Waschull, SGB X-Kommentar, § 44 Rn. 42.

160 BSG, Urt. v. 19.03.1981 SozR 2200 § 1301 Nr. 14; Jung, SGB 2002, 1; Pickel/Marschmer, SGB X-Kommentar, § 44 Rn. 26; v. Wulffen/Schütze, SGB X-Kommentar, § 44 Rn. 39; in: Diering/Timme/Siewert/Waschull, SGB X-Kommentar, § 44 Rn. 43. Dazu grundsätzlich: Felix, NZS 2016, S. 401.

161 V. Wulffen/Schütze, SGB X-Kommentar, § 44 Rn. 39.

162 BSG, Urt. v. 04.07.2017 – B 10 EG 20/16 B, juris.

1. die Voraussetzungen des Absatzes 2 Satz 3 Nr. 2 oder 3 gegeben sind oder
2. der Verwaltungsakt mit einem zulässigen Vorbehalt des Widerrufs erlassen wurde.

⁴In den Fällen des Satzes 3 kann ein Verwaltungsakt über eine laufende Geldleistung auch nach Ablauf der Frist von zehn Jahren zurückgenommen werden, wenn diese Geldleistung mindestens bis zum Beginn des Verwaltungsverfahrens über die Rücknahme gezahlt wurde. ⁵War die Frist von zehn Jahren am 15. April 1998 bereits abgelaufen, gilt Satz 4 mit der Maßgabe, dass der Verwaltungsakt nur mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben wird.

(4) ¹Nur in den Fällen von Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 Satz 2 wird der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. ²Die Behörde muss dies innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen.

(5) § 44 Abs. 3 gilt entsprechend.

Übersicht	Rdn.	Rdn.
A. Inhalt	1	2. Regelschutzwürdigkeit nach
B. Einzelerläuterungen	3	§ 45 Abs. 2 Satz 2
I. Rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt (Abs. 1)	3	a) Fehlender Anwendungsbereich für den Verbrauch der Leistung
II. Vertrauensschutz (Abs. 2)	13	b) Vermögensdisposition mit Zukunftsfolge
1. Ausschlussstatbestände des § 45		3. Interessenabwägung nach § 45
Abs. 2 Satz 3	14	Abs. 2 Satz 1
a) Nr. 1: Arglistige Täuschung, Drohung, Bestechung	15	III. Ermessensausübung – Rücknahmezeitraum und -umfang
b) Nr. 2: Unrichtige oder unvollständige Angaben	17	IV. Fristen (Abs. 3, 4)
c) Nr. 3: Kenntnis der Rechtswidrigkeit oder grob fahrlässige Unkenntnis	19	1. Ausschluss der Aufhebung für die Zukunft (Abs. 3)
d) Definition der groben Fahrlässigkeit	20	2. Ausschluss der Aufhebung für die Vergangenheit (Abs. 4 Satz 2)
e) Sonstige Ausschlussgründe	23	V. Zuständigkeitsregelung (Abs. 5)

A. Inhalt

§ 45 nimmt einen Interessenausgleich zwischen den Polen der Rechtssicherheit und der materiellen Richtigkeit zugunsten der Sicherheit vor. Das hat seinen Grund darin, dass die rechtswidrige Begünstigung, für deren Aufhebung § 45 die Voraussetzungen normiert, im Interesse des Verwaltungsaktadressaten liegt und die Aufhebung des Verwaltungsaktes nicht. Korrekturen müssen dieses Interesse berücksichtigen, weil der rechtswidrige Verwaltungsakt einen Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Zwar eröffnet § 45 in seinem Abs. 1 die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur sowohl zukunftsbezogen als auch rückwirkend. Die rückwirkende Abänderung des einmal erlassenen Verwaltungsaktes hat aber besondere (Bösgläubigkeits-) Gründe (Abs. 4 Satz 1) zur Voraussetzung, welche die Schutzwürdigkeit von Vertrauen herabsetzen und deshalb der materiellen Richtigkeit Vorrang geben. Ohne diese besonderen Voraussetzungen lässt § 45 die Vergangenheit unangetastet. Dann entscheiden auf der Tatbestandsseite grundsätzlich die Vertrauensschutzprüfung des Abs. 2 Satz 1 und 2, ob der Verwaltungsakt zukunftsbezogen aufgehoben werden darf, sowie auf der Rechtsfolgenseite feinjüstierend die Ermessensausübung, ob und in welcher Weise die Aufhebung für die Zukunft erfolgt. Mit den Fristenregelungen in Abs. 3 und Abs. 4 Satz 2 entscheidet das Gesetz, dass die Dauer des rechtswidrigen Zustandes bei einem Verwaltungsakt mit Dauerwirkung weitergehend zugunsten der Rechtssicherheit streitet. Danach wird die Aufhebung des Verwaltungsaktes auch zukunftsbezogen ausgeschlossen, wenn die Fristen des Abs. 3 abgelaufen sind. Der Ablauf der Frist des Abs. 4 Satz 2 schließt die Möglichkeit aus, den rechtswidrigen Verwaltungsakt rückwirkend zu korrigieren.

- 2 Die Vorschrift enthält im System der Beendigung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten (vgl. § 39 Abs. 2) eine materielle Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung von Verwaltungsakten. Der Begriff »Rücknahme« wird einheitlich für die Aufhebung von rechtswidrigen Verwaltungsakten gebraucht. Die Rücknahme selbst ist Verwaltungsakt. Deshalb sind für die Aufhebungsverfügungen auch sämtliche formalen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes (siehe die Übersicht bei § 31 Rdn. 34 ff.) zu beachten, sofern sich aus der Vorschrift selbst keine formellen Besonderheiten ergeben (siehe dazu die auf das Verfahren zu § 45 übertragbaren Erläuterungen zu § 44 Rdn. 34 f.).

B. Einzelerläuterungen

I. Rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt (Abs. 1)

- 3 Ein Verwaltungsakt (zum Begriff vgl. die Kommentierung zu § 31) ist rechtswidrig, wenn er gegen **höherrangiges Recht** verstößt (Art. 20 Abs. 3 GG)¹, also gegen jegliche Rechtsvorschriften, welche der verwaltungsmäßigen Rechtskonkretisierung durch Verwaltungsakt übergeordnet sind. Der Verstoß kann sich daraus ergeben, dass das Recht als solches unrichtig angewandt worden ist oder dass von einem **Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist** und deshalb zu einer falschen rechtlichen Bewertung geführt hat.² Beide Aspekte sind in § 44 Abs. 1 als Rechtswidrigkeitsgründe ausdrücklich benannt. Der ursprüngliche Verwaltungsakt hätte aus damaliger Sicht so nicht ergehen dürfen.³ Welches Recht höherrangig, also der verwaltungsmäßigen Rechtskonkretisierung durch Verwaltungsakt übergeordnet ist, ergibt sich aus der einem Rechtssystem immanenten Normenhierarchie. Art. 20 Abs. 3 GG zeigt die Gesetzes- und Rechtsgebundenheit der Verwaltung an, wobei sich hier viele Interpretationsvarianten auf tun.⁴ Hinzugezählt werden neben der Verfassung und dem formellen Gesetz: die Rechtsverordnung im Sinne von Art. 80 GG und die autonome Satzung,⁵ das Gewohnheitsrecht,⁶ ferner auch allgemeine Rechtsgrundsätze;⁷ auf supra- und internationaler Ebene Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts⁸ sowie die allgemeinen Regeln des Völkerrechts⁹.
- 4 Diskutiert wird ferner die Zuordnung des Richterrechts¹⁰ und der – normkonkretisierenden – Verwaltungsvorschriften¹¹ zum höherrangigen Recht – wobei sich die Zurückhaltung daraus erklären lässt, dass man den Rechtsquellen, die man Art. 20 Abs. 3 GG zuordnet, eine allgemeinverbindliche Wirkung zuerkennt, dem Richterrecht und den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften eine solche jedoch abspricht. **Verwaltungsvorschriften** können jedoch über Art. 3 Abs. 1 GG für die Allgemeinheit relevant werden und stellen in dieser Kombination höherrangiges Recht dar.¹² Im

1 Art. 20 Abs. 3 GG fordert mit dem Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt auch eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Behörde – die Rechtswidrigkeit kann sich auch aus dem Mangel einer solchen Ermächtigungsgrundlage ergeben – z.B. BSG, Urt. v. 07.09.2006 SozR 4–2600 § 118 Nr. 4.

2 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5 – Differenzierung zwischen der juristischen Subsumtion und der Feststellung der Tatsachen.

3 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5.

4 Vgl. *Starck*, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 21 ff.; *Schneider*, Gesetzgebung, 11; in: Erichsen/Ehlers/*Ossenbühl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 133.

5 Vgl. BVerfGE 78, 214; *Isensee/Kirchhof/Ossenbühl*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, § 61 Rn 15.

6 Vgl. BVerfGE 78, 214; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, GG-Kommentar, Art. 20 III Rn. 65; kritisch: *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, 70; *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 142.

7 Vgl. *Bleckmann*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, S 760.

8 *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG-Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 93; *Pernice*, VVDStRL 60 (2001), 148.

9 *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 135; *Hanatsch*, ZG 1999, 346.

10 BVerfGE 84, 212; aber Zuordnung zum »Recht«: BVerfGE 34, 269; *Sachs/Sachs*, GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 107 m.w.N.

11 *Wassermann-Frankenberger*, GG-Kommentar, Art. 20 Abs. 1–3 IV Rn. 42.

12 *Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 45–48: Über Art. 3 Abs. 1 GG erlangten die Verwaltungsvorschriften eine zumindest mittelbare Außenwirkung, sodass eine Verneinung ihrer Außenrechtssatzqualität inkonsequent erschiene.

Kontext des § 29 Abs. 3 SGB IV ist ihre Einbeziehung auch anerkannt.¹³ Auch das **höchstrichterliche Richterrecht**¹⁴ sollte zum – für die Exekutive – höherrangigen Recht hinzugerechnet werden¹⁵, was bedeuten würde, dass die Sozialleistungsträger etwa an die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts über den Einzelfall hinaus rechtlich gebunden wären.¹⁶ Ein Verstoß gegen eine bestehende höchstrichterliche Rechtsprechung würde danach den Verwaltungsakt (von Anfang an) rechtswidrig machen. Grundsätzlich wäre der Verwaltungsakt bei einer Übereinstimmung des Verwaltungsaktes mit einer bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung demzufolge rechtmäßig. Sollte dies nach Erlass des Verwaltungsaktes (zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung) anders eingeschätzt werden, weil die Rechtsprechung für rechtswidrig gehalten wird – etwa bei einer Rechtsprechungsänderung (siehe Rdn. 6) –, dann wäre grundsätzlich § 48 (Änderung der rechtlichen Verhältnisse) anwendbar. Eine rückwirkende Rechtswidrigkeitserklärung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und des Verwaltungsaktes zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes entfaltet Rückwirkung, die – bei belastender Wirkung für den Bürger – rechtsstaatlich rechtfertigungsbedürftig wäre.¹⁷ Bei § 45 stellt sich die rückwirkende Umkehrentscheidung problematischer dar als bei § 44, weil lediglich rückwirkende Belastungen die rechtsstaatlichen Rückwirkungsgrenzen aktivieren. Die Rechtsprechung des BSG zu dieser Frage ist unklar und zumeist auf § 44 bezogen: In einer Entscheidung hat es die Unrichtigkeit der Rechtsanwendung mit einem Widerspruch zwischen der Rechtsauffassung eines Verwaltungsaktes zur höchstrichterlichen Rechtsprechung begründet¹⁸; in einer anderen Entscheidung hat es »Richterrecht« sogar ausdrücklich als Recht angesehen, das i.S.d. § 44 Abs. 1 Satz 1 unrichtig angewandt werden könne.¹⁹ Ein anderes Mal hält es für unerheblich, ob ein Verwaltungsakt zum Zeitpunkt seines Erlasses der damaligen Rechtsprechung des BSG entsprach, wenn sich der Verwaltungsakt nur zum Zeitpunkt der Aufhebungsentscheidung als von Anfang an rechtswidrig erweise.²⁰

Ein **Verstoß gegen formelles Recht** führt nicht ohne Weiteres zur Aufhebung, denn Verfahrens- und Formfehler sind nach § 41 heilbar und nach erfolgter Heilung »unbeachtlich« und die Verwaltungsakte damit kraft gesetzlicher Fiktion als fehlerfrei anzusehen.²¹ So führt eine fehlende Anhörung

- 13 BT-Drucks. 7/4122, S. 38; BSGE 89, 235: »Für das Verhältnis von Aufsicht und Versicherungsträger ist das Fehlen der Außenwirkung dieser Vorschriften ebenso wenig von Bedeutung wie der Umstand, dass die Rechtsprechung nicht an ihren Inhalt gebunden ist und der Versicherte grds. aus derartigen Vorschriften keine eigenen Rechte herleiten kann.«; a.A. *Bonwie*, die BG 1986, 741.
- 14 Eine einzige höchstrichterliche Entscheidung genügt, vgl. *Pohl*, VSSR 2011, 383 ff.
- 15 *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 71 ff. – zur Herleitung einer rechtlichen Allgemeinverbindlichkeit höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie *Pohl*, VSSR 2011, 383 ff. zur Höherrangigkeit im Verhältnis zur Exekutive.
- 16 Dies ist so zu verstehen, dass ein Berücksichtigungsgebot und bei Höherrangigkeit (also nicht im Verhältnis zum Gesetzgeber) ein Abweichungsverbot besteht, siehe *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 81 f.
- 17 Dazu: *Pohl*, Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung, 197 ff., 218 f.
- 18 BSG, Urt. v. 30.01.1985 SozR 1300 § 44 Nr. 16: »Der Widerspruch der einem Verwaltungsakt zugrunde gelegten Rechtsauffassung zu einer höchstrichterlichen Rechtsprechung begründet im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X eine Unrichtigkeit der Rechtsanwendung.«.
- 19 BSG, Urt. v. 11.04.1985 SozR 1300 § 44 Nr. 17 – für das Institut des sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als Bestandteil von »Gesetz und Recht« im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG.
- 20 BSG, Urt. v. 13.09.1994 – 5 RJ 30/93: »Der vorgenannte Bescheid war ... rechtswidrig ... Zwar entsprach er der damaligen Rechtsprechung des BSG. Gleichwohl war er aber objektiv rechtswidrig, auch wenn sich dies erst durch die spätere Rechtsprechungsänderung herausgestellt hat.«; BSG, Urt. v. 25.10.1984 SozR 1300 § 44 Nr. 13; BSG, Urt. v. 15.05.1985 – 5b RJ 60/84, juris.
- 21 Die Gesetzesbegründung zum VwVfG – BT-Drucks. 7/910, S. 68 – begründet die Auswirkungen von Verfahrens- und Formfehlern wie folgt: »Handelt es sich um einen Fehler der in § 41 (Heilung von Verfahrens- und Formfehlern) genannten Art und ist dieser Fehler geheilt, so soll der Verstoß »unbeachtlich« sein. Der Verwaltungsakt ist also ... kraft gesetzlicher Fiktion als fehlerfrei anzusehen, so dass seine Rücknahme ... mangels Rechtswidrigkeit ausscheidet. Ist ein Fehler der in § 41 genannten Art dagegen nicht durch Nachholung der versäumten Handlung geheilt worden oder handelt es sich um nicht nach § 41 heilbare Verletzungen von Verfahrens- und Formvorschriften oder von Regelungen über die örtliche Zuständigkeit, so kann der Verwaltungsakt ... grds. zurückgenommen werden ...«.

erst dann zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, wenn diese nicht mehr nachholbar ist, denn dann ist dieser Verfahrensfehler nicht unbeachtlich im Sinne des § 42.²² Hat der Fehler in formeller Hinsicht zur Rechtswidrigkeit geführt, »so ist seine grundsätzlich zulässige Rücknahme nach den Absätzen 2 bis 4 (des § 45) eingeschränkt ...«. ²³ Entsprechendes gilt für nach § 43 umgedeutete Verwaltungsakte; ferner für solche, deren Fehlerhaftigkeit nach § 42 unbeachtlich ist und denen eine offenbare Unrichtigkeit im Sinne von § 38 innewohnt.²⁴

- 6 Maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ist sein Erlass.²⁵ Erlassen ist ein Verwaltungsakt – bei einem Widerspruchsverfahren der Widerspruchsbescheid²⁶ – in dem Zeitpunkt, in dem er dem Adressaten bekanntgegeben und damit wirksam wurde.²⁷ Der Erlasszeitpunkt grenzt grundsätzlich den Anwendungsbereich des § 45 von dem des § 48 ab.²⁸ Für die Beurteilung des Vorliegens einer Rechtswidrigkeit zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes kommt es auf einen Vergleich der Sachlage an, wie sie dem Verwaltungsakt bei seinem Erlass zugrunde gelegt worden ist, mit der Sachlage, wie sie bei nachträglicher Betrachtung im Zeitpunkt der Prüfung dem Verwaltungsakt hätte zugrunde gelegt werden müssen.²⁹ Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des BSG der tatsächliche und rechtliche Zustand im Zeitpunkt seines Erlasses.³⁰ Welches der tatsächliche und rechtliche Zustand zum Erlasszeitpunkt ist, zeigt sich nicht immer klar: So stellt sich die Frage, ob eine (höchstrichterliche) **Rechtsprechungsänderung** nach dem Erlass des Verwaltungsaktes den rechtlichen Zustand rückwirkend zum Erlasszeitpunkt beeinflusst. Die gleiche Frage ließe sich stellen, wenn eine höchstrichterliche Entscheidung erstmalig nach dem Erlass eines Verwaltungsaktes getroffen wird, die das Recht anders auslegt als die Behörde und den Verwaltungsakt aus heutiger Sicht als rechtswidrig bezeichnen würde. Das BSG hat sich zu diesen Fragen zumeist im Kontext einer Aufhebung nach § 44 oder § 48 geäußert (dazu § 44 Rn. 7). Es macht rechtlich einen Unterschied, ob die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes rückwirkend angenommen wird, wenn es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt. Denn die belastende Rückwirkung ist rechtsstaatlich rechtfertigungsbedürftig. Aber zukunftsbezogen blieben Änderungen verfassungsrechtlich möglich – systematisch läge man im Anwendungsbereich von § 48.³¹
- 7 Fraglich ist in diesem Kontext auch, ob ein **Gesetz**, welches nach Erlass des Verwaltungsaktes durch das BVerfG für **verfassungswidrig** erklärt wird, zu einer unrichtigen Rechtsanwendung zum Erlasszeitpunkt führt. Dabei wird danach differenziert, ob das BVerfG das Gesetz sofort für nichtig erklärt oder ob es (zumeist im Gefüge mit Art. 3 Abs. 1 GG) nur die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellt und für eine Übergangszeit gelten lässt: Bei sofortiger Nichtigkeitsklärung soll

22 BSG, Urt. v. 17.07.1985 SozR 1500 § 77 Nr. 61 (noch vor Einfügung des § 41 Abs. 2, sodass die Anhörung bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens erfolgt sein musste). Zu den Auswirkungen formeller Rechtsverstöße: BSG, Urt. v. 28.05.1997 SozR 3–1300 § 44 Nr. 21; grundsätzlich: BT-Drucks. 7/910, S. 68: »Die unrichtige Anwendung des geltenden Rechts kann sowohl auf der fehlerhaften Anwendung des materiellen wie des formellen Rechts beruhen.«.

23 BT-Drucks. 7/910, S. 68.

24 Dazu *Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, S. 33–44.

25 Zum sog. fingierten Verwaltungsakt siehe § 31 Rdn. 50; BSG, Urt. v. 26.02.2019 – B 1 KR 18/18 R, juris; BSG, Urt. v. 11.05.2017 – B 3 KR 30/15 R, juris.

26 BSG, Urt. v. 27.02.1996 SozR 3–1300 § 48 Nr. 47; BSG, Urt. v. 15.08.1996 SozR 3–3870 § 4 Nr. 13.

27 BSG info also 2009, 134; BSG, Urt. v. 01.06.2006 SozR 4–4300 § 122 Nr. 4; *Knoke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, 28 f.

28 BSG FamRZ 2011, S. 1055; BSG, Urt. v. 01.06.2006 SozR 4–4300 § 122 Nr. 4. Allerdings kann trotz Rechtswidrigkeit zum Erlasszeitpunkt eine nachträglich hinzutretende (wesentliche) Änderung auch den Anwendungsbereich von § 48 eröffnen, vgl. § 48 Rdn. 7.

29 BSG, Urt. v. 02.11.1999 SozR 3–1300 § 48 Nr. 67.

30 BSG, Urt. v. 02.11.1999 SozR 3–1300 § 48 Nr. 67.

31 Hier ist allerdings umstritten, ob die Rechtsprechungsänderung eine »Änderung der rechtlichen Verhältnisse« darstellt; die Regelung des § 48 Abs. 2 betrifft nur die begünstigende Änderung.

der Verwaltungsakt nach der Rechtsprechung des BSG rückwirkend rechtswidrig werden.³² Bei bloßer Unvereinbarkeitserklärung bleibe das Recht anwendbar und der Verwaltungsakt rechtmäßig³³; der Entscheidung des BVerfG komme unmittelbar keine Rückwirkung zu, sondern der Gesetzgeber habe hier zu entscheiden, inwieweit der verfassungswidrige Zustand rückwirkend beseitigt werden soll³⁴. Gegen diese Differenzierung ließe sich einwenden, dass die Verwaltung zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes nicht anders handeln konnte: Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichtet sie, das – noch nicht für verfassungswidrig erklärte – Gesetz anzuwenden. Bis zur Entscheidung des BVerfG war der Verwaltungsakt – mangels Verstoßes gegen höher-rangiges Recht – rechtmäßig. Weil belastende Rückwirkungen im Recht rechtfertigungsbedürftig sind und neues Recht grundsätzlich erst mit seinem Wirksamwerden gilt, sollte es der Entscheidung des BVerfG überlassen bleiben, ob die Verfassungswidrigkeitserklärung Rückwirkung entfalten soll und der Entscheidung des Gesetzgebers, ob das geänderte Gesetz rückwirken soll. Ohne Rückwirkungsanordnung handelte es sich dann um eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse nach Erlass des Verwaltungsaktes und § 48 wäre anwendbar.

Zur Beurteilung, welches der tatsächliche und rechtliche Zustand zum Erlasszeitpunkt ist, hat das BSG 8 folgende weitere Entscheidungen getroffen: Einer **erneuten Zusammenhangsbeurteilung** seien die ursprünglich vorhandenen allgemeinen medizinischen Erkenntnisse zugrunde zu legen, neuere Erkenntnisse, etwa über die Folgen bestimmter Unfallmechanismen oder Berufskrankheiten, dürften für die erneute Kausalbeurteilung nicht herangezogen werden.³⁵ Dies sei auch dann der Fall, wenn sich erst auf der Grundlage später zu Tage tretender Erkenntnisse ergebe, dass der Verwaltungsakt aus damaliger Sicht rechtswidrig war.³⁶ Hat ein **Änderungsgesetz** keine materielle Rechtsänderung, sondern nur eine Klarstellung der bereits bestehenden Rechtslage gebracht, liege gleichwohl eine wesentliche Änderung der rechtlichen Verhältnisse im Sinne von § 48 vor, § 45 sei nicht anwendbar.³⁷ Eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse könne auch dann vorliegen, wenn sich Tatsachen ändern, die erst aufgrund einer nach Erlass des Dauerbescheides eingetretenen Rechtsänderung bedeutsam geworden sind.³⁸ **Änderungen der Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit** wirkten wie Änderungen der rechtlichen Verhältnisse im Sinne des § 48.³⁹ Bei **Einkünften** ist entscheidend, ob diese vor (dann § 45) oder nach (dann § 48) der Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zugeflossen sind⁴⁰; erfolgten die Bekanntgabe und der Zufluss gleichzeitig, ist dies eine Konstellation, die ebenfalls § 45 unterfällt, denn dann liegen die – durch den Zufluss herbeigeführten – (tatsächlichen) Verhältnisse bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes vor; § 48 verlangt hingegen eine spätere Änderung.⁴¹ Bei einer Anrechnung anderer Sozialleistungen ist entscheidend, ob der anzurechnende Anspruch materiell-rechtlich zum Erlasszeitpunkt entstanden war.⁴² Die Berücksichtigung von Einkommen nach Bescheiderteilung für eine Zeit zwischen Antrag und Bescheiderteilung (z.B. Nachzahlung, rückwirkende Lohnerhöhung) richtet sich nach § 48.⁴³

Die **Rechtswidrigkeit** der Entscheidung **muss feststehen**; bloße Zweifel am Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen genügen nicht.⁴⁴ Ferner ist für eine Rücknahme kein Raum, wenn dem 9

32 BSG, Urt. v. 08.09.1988 SozR 4100 § 152 Nr. 18 – § 79 Abs. 2 BVerfGG schränke die Rücknahme nicht ein.

33 BVerfGE 107, 133; BSG 09.04.2003 SozR 4–2600 § 307d Nr. 1; BSG, Urt. v. 10.04.2003 SozR 4–1300 § 44 Nr. 3.

34 BSG, Urt. v. 09.04.2003 SozR 4–2600 § 307d Nr. 1.

35 BSG, Urt. v. 02.11.1999 SozR 3–1300 § 48 Nr. 67.

36 BSG, Urt. v. 02.04.2009 SozR 4–1300 § 45 Nr. 8.

37 BSG, Urt. v. 17.05.2000 SozR 3–3300 § 37 Nr. 2.

38 BSG, Urt. v. 12.11.1996 SozR 3–1300 § 45 Nr. 31.

39 BSG, Urt. v. 11.10.1994 SozR 3–3870 § 3 Nr. 5.

40 BSG info also 2009, S. 134.

41 BSG info also 2009, S. 134.

42 BSG, Urt. v. 09.04.1987 SozR 1300 § 45 Nr. 29.

43 BSG, Urt. v. 13.12.1984 SozR 1300 § 48 Nr. 11.

44 BSG, Urt. v. 02.04.2009 SozR 4–1300 § 45 Nr. 8 – für einen begünstigenden Verwaltungsakt; BSG, Urt. v. 27.10.1989 SozR 1300 § 45 Nr. 49.

ursprünglichen Verwaltungsakt zwar ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde lag, aber nicht feststeht, dass der Bescheid auf der Grundlage der neu bekannt gewordenen Tatsachen rechtswidrig war.⁴⁵ Die Rechtswidrigkeit setzt vielmehr voraus, dass objektiv und im Sinne des Vollbeweises feststeht, dass unter Berücksichtigung der neuen Erkenntnisse die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes nicht vorgelegen haben.⁴⁶ Ein »non liquet«, bei dem alternativ mögliche Geschehensabläufe sowohl für die Rechtswidrigkeit als auch gegen eine solche sprechen, genügt für den Nachweis der Rechtswidrigkeit nicht.⁴⁷ Das jeweils einschlägige materielle Recht kann der Beweisführung dabei unterschiedliche Gewissheitsgrade abverlangen. Das BSG differenziert bei der Feststellung der einzelnen Tatsachen zwischen dem für ihre Feststellung erforderlichen Beweismaßstab und der im Falle ihrer Nichterweislichkeit entscheidenden sog. objektiven Beweislast und betont, dass für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes neben den verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften das jeweils einschlägige materielle Recht maßgeblich sei.⁴⁸ So können für prognostische Einschätzungen oder Beurteilungen eines medizinischen Kausalzusammenhangs materiell-rechtlich erleichterte Anforderungen gelten – so für die Beurteilung des Ursachenzusammenhangs in der gesetzlichen Unfallversicherung die hinreichende Wahrscheinlichkeit⁴⁹, oder die Wahrscheinlichkeit der Verursachung einer Gesundheitsstörung durch dienst- oder kriegsbedingte Einwirkung⁵⁰. Das BSG betont, dass der Beweismaßstab der (hinreichenden) Wahrscheinlichkeit für Versicherte zwar wie eine Beweiserleichterung wirken kann, dies sei aber nicht der Grund für diese gegenüber der üblicherweise im Recht erforderlichen an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, sondern die bei der Beurteilung von medizinischen und anderen naturwissenschaftlichen Ursachenzusammenhängen bestehenden tatsächlichen Schwierigkeiten.⁵¹ Für die hinreichende Wahrscheinlichkeit muss dann mehr für als gegen die Annahme des Ursachenzusammenhangs sprechen und ernste Zweifel hinsichtlich einer anderen Verursachung müssen ausscheiden.⁵² Werden die nachteiligen Auswirkungen eines regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes nach Erlass eines Verwaltungsaktes wesentlich geringer bewertet, besteht die Vermutung, dass sie geringer geworden sind und nicht ursprünglich unrichtig bewertet worden sind.⁵³ Macht der Begünstigte im Rahmen einer Bedürftigkeitsprüfung geltend, ein auf seinen Namen lautendes Sparguthaben sei nicht als sein Vermögen zu berücksichtigen, da es an einen Dritten abgetreten sei, kann sich die Behörde nicht auf einen Rechtschein der Kontoinhaberschaft berufen, sondern muss aufklären, ob und mit welchem Inhalt eine behauptete Abtretung vorgenommen worden ist.⁵⁴

- 10 Hinsichtlich der **Erstfeststellung und deren Überprüfung** soll der gleiche Beweismaßstab gelten.⁵⁵ Von dieser Frage trennt das BSG sodann die Fragen nach den Voraussetzungen, unter denen die

45 BSG, Urt. v. 02.04.2009 SozR 4–1300 § 45 Nr. 8.

46 BSG, Urt. v. 02.04.2009 SozR 4–1300 § 45 Nr. 8 – für einen begünstigenden Verwaltungsakt.

47 BSG, Urt. v. 02.04.2009 SozR 4–1300 § 45 Nr. 8.

48 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5.

49 BSG, Urt. v. 09.05.2006 SozR 4–2700 § 8 Nr. 17; BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5; BSG, Urt. v. 02.11.1999 SozR 3–1300 § 48 Nr. 67.

50 BSG, Urt. v. 27.10.1989 SozR 1300 § 45 Nr. 49.

51 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5.

52 BSG, Urt. v. 02.11.1999 SozR 3–1300 § 48 Nr. 67.

53 BSG, Urt. v. 10.02.1993 SozR 3–1300 § 45 Nr. 12.

54 BSG SGB 2006, S. 667.

55 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5; bei BSG, Urt. v. 27.10.1989 SozR 1300 § 45 Nr. 49 noch ein wenig missverständlich: »§ 45 SGB X lässt die Rücknahme eines Verwaltungsaktes nicht schon dann zu, wenn die Verwaltung unter sonst gleichen Voraussetzungen eine (erstmalige) Leistungsbewilligung ablehnen durfte. Sie darf einen Verwaltungsakt insb. dann nicht zurücknehmen, wenn im Nachhinein die Leistungsvoraussetzungen nicht mehr als erwiesen, sondern nur noch als möglich erscheinen – was zur Ablehnung der (erstmaligen) Leistung berechtigt hätte ... Insbesondere trifft es nicht zu, dass Beweiserleichterungen auf der einen Seite (bei der Leistungsbewilligung) auch solchen auf der anderen Seite (bei der Leistungsentziehung) entsprechen mußten ... hat zu gelten, dass eine Rücknahme nicht schon dann zulässig ist, wenn die Beweislage anders zu beurteilen ist, sondern wenn feststeht, dass tatsächliche Leistungsvoraussetzungen gefehlt haben.«; kritisch: *Olk*, ZfS 1990, 181.

dieser Beurteilung zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen bewiesen sind und wer für sie ggf. die objektive Beweislast trägt.⁵⁶ Die **Beweislast** für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes trägt – nach dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder Beteiligte die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen hat – die aufhebungsgewillte Behörde.⁵⁷ Allerdings kann eine Umkehr der Beweislast dann gerechtfertigt sein, wenn in der Sphäre des Begünstigten wurzelnde oder zuzuordnende Vorgänge nicht aufklärbar sind.⁵⁸ So kann die Nichtbefolgung einer rechtzeitigen und ausreichend konkretisierten Aufforderung an einen Arbeitslosen, Eigenbemühungen nachzuweisen, zu einer Umkehr der Beweislast bei der Aufhebung der Leistungsbewilligung führen.⁵⁹ Die Frage der **Beweislast** stellt sich allerdings nur hinsichtlich der möglicherweise unrichtigen Tatsachen. Dabei gelten die allgemeinen Beweislastregeln der Erstfeststellung.⁶⁰

Begünstigend ist ein Verwaltungsakt nach der Legaldefinition des § 45 Abs. 1, wenn er ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat. Die ergänzende Formulierung »rechtlich erheblicher Vorteil« soll dabei eine zu enge Auslegung des Begriffs »Recht« vermeiden⁶¹ und erfasst jedes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannte Individualinteresse; ein lediglich tatsächlicher Vorteil genügt nicht.⁶² In der Literatur wird zur Konkretisierung der Frage, wann eine Regelung rechtlich vorteilhaft für den Bürger ist, objektivierend auf die Verkehrsauffassung oder allgemeine Wertentscheidungen des Verfassungsrechts sowie der Rechtsordnung im Übrigen abgestellt und erst im Zweifel auf subjektive Vorstellungen des Betroffenen.⁶³ Dies hält die Begrifflichkeit sehr vage. Überzeugender erscheint die Konkretisierung durch das BSG, wonach sich die Beurteilung, ob ein Verwaltungsakt begünstigend oder nicht begünstigend ist, nach der gegenwärtigen **subjektiven Sicht des Betroffenen** richtet, denn aufgrund der gestellten Anträge und der Äußerungen des Betroffenen dürfte sein subjektives Interesse unschwer feststellbar sein⁶⁴; hierbei sind neben den im Verwaltungsakt getroffenen Regelungen auch deren unmittelbare gesetzliche Folgen zu berücksichtigen, nicht aber lediglich mittelbare Folgen der Entscheidung.⁶⁵ Ein Verwaltungsakt kann für denselben Betroffenen begünstigende und belastende Elemente enthalten. Für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 44 und 45 ist dann entscheidend, um die Aufhebung welchen Teils es geht und ob der Verfügungssatz teilbar ist: Ist der Verfügungssatz teilbar, richtet sich die Aufhebung des belastenden Teils nach § 44, die Aufhebung des begünstigenden Teils nach § 45; lässt sich ein einheitlicher Verfügungssatz nicht trennen, ist zu prüfen, ob (nach der Interessenlage des Adressaten) insgesamt die Begünstigung oder die Belastung überwiegt.⁶⁶ Wurde einem Antrag des Adressaten entsprochen, richtet sich die Prüfung der Aufhebung regelmäßig nach § 45.⁶⁷ Bei verbleibenden Zweifeln hat die Rücknahme nach den strengeren Anforderungen über die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte nach § 45 zu erfolgen.⁶⁸

56 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5.

57 BSG, Urt. v. 20.03.2007 SozR 4–1300 § 45 Nr. 5; BSG SGB 2007, S. 610; BSG info also 2007, S. 166; BSG Breithaupt 2007, S. 259.

58 BSG SGB 2007, S. 610; BSG info also 2007, S. 166; BSG SGB 2006, S. 667; BSG, Urt. v. 24.05.2006 SozR 4–4220 § 6 Nr. 4.

59 BSG, Urt. v. 20.10.2005 SozR 4–4300 § 119 Nr. 3.

60 BSG, Urt. v. 10.12.1985 SozR 5870 § 2 Nr. 44; BSG, Urt. v. 10.12.1985 SozR 5870 § 2 Nr. 44.

61 BT-Drucks. 7/910, S. 68 (zu § 48 VwVfG); *Knöke*, Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten, S. 50.

62 Diering/Timme/*K.Langl/Waschull*, SGB X-Kommentar, § 45 Rn. 11.

63 Diering/Timme/*K.Langl/Waschull*, SGB X-Kommentar, § 45 Rn. 11.

64 So auch: *Siebert* SGB 1990, S. 245; *Jung*, SGB 2002, S. 1.

65 BSG, Urt. v. 28.09.1999 SozR 3–2200 § 605 Nr. 1; so auch: *Siebert*, SGB 1990, 245.

66 *Siebert*, SGB 1990, S. 245.

67 BSG, Urt. v. 28.09.1999 SozR 3–2200 § 605 Nr. 1; *Siebert*, SGB 1990, S. 245.

68 *Siebert*, SGB 1990, S. 245; *Jung*, SGB 2002, S. 1, differenziert danach, ob der Bürger an der Rücknahme interessiert ist oder nicht.

► **Beispiele:**

- 12 Eine Begünstigung kann darin liegen, dass eine Belastung nur in einem gewissen Umfang festgelegt worden ist.⁶⁹ Begünstigend ist ein Abfindungsbescheid (auch wenn dadurch auf künftige Rentenleistungen, insbesondere auf deren Anpassung verzichtet wird), jedenfalls soweit damit ein Unfallversicherungsträger das Recht auf Abfindung anerkannt und dem darauf gerichteten Antrag in vollem Umfang entsprochen hat.⁷⁰ Bei Bescheiden, in welchen eine zu geringe Umlageverpflichtung zur produktiven Winterbauförderung abschließend festgesetzt ist, handelt es sich insoweit um eine belastende Regelung, als überhaupt eine Abgabepflicht festgelegt wird; sie enthalten darüber hinaus aber insoweit eine Begünstigung, als eine Minderbelastung, gemessen an den gesetzlichen Erfordernissen und Vorgaben, festgelegt wird; soweit später die Begünstigung nach zutreffender Feststellung der Umlageforderung revidiert werden soll, gehe es darum, den rechtlichen Vorteil der ursprünglichen Bescheide zu beseitigen und also um einen begünstigenden Verwaltungsakt.⁷¹ Eine begünstigende Regelung ist auch gegeben, wenn einem Bürger auf seinen Antrag hin Versicherungsfreiheit⁷² oder Versicherungspflicht⁷³ bestätigt oder eine Beitragserstattung⁷⁴ gewährt wird.

II. Vertrauensschutz (Abs. 2)

- 13 Der rechtswidrige begünstigende Verwaltungsakt darf nicht zurückgenommen werden, wenn der Betroffene Vertrauensschutz genießt (§ 45 Abs. 2 Satz 1). Dabei schließt ein zu schützendes Vertrauen nicht nur die rückwirkende Aufhebung aus, sondern auch die Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes für die Zukunft. Hier entscheidet sich, ob der rechtswidrige Verwaltungsakt überhaupt aufgehoben werden darf, denn die Vertrauensschutzprüfung ist Tatbestandsmerkmal⁷⁵. Der Betroffene genießt Vertrauensschutz, wenn er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist (§ 45 Abs. 2 Satz 1). In den Sätzen 2 und 3 dieses Absatzes konkretisiert das Gesetz die Abwägung: Die normierten Fälle des Satzes 3 sollen ein schutzwürdiges Vertrauen gänzlich ausschließen. Liegt einer der Fälle Nr. 1 bis 3 vor, kann ein Vertrauen auch nicht durch weitere Gründe, die für den Begünstigten sprechen, wiederhergestellt werden. Die Fälle des Satzes 2 sollen ein schutzwürdiges Vertrauen in der Regel begründen. Auch bei Vorliegen eines dieser Fälle kann ein Vertrauen aber noch widerlegt werden. Ist weder Satz 3 noch Satz 2 betroffen, ist eine Abwägung nach Satz 1 erforderlich. Dabei wirft die Frage, welche Gesichtspunkte in die Abwägung Eingang nehmen dürfen, Probleme auf (Rdn. 29, 30). Unklar ist auch, ob sich die Gesichtspunkte, die in der Abwägung relevant sind, zugleich als Ermessenserwägung wiederfinden dürfen (Rdn. 31).

1. Ausschlussstatbestände des § 45 Abs. 2 Satz 3

- 14 Satz 3 des Abs. 2 versagt die Berufung auf das Vertrauen, nimmt also an, dass überhaupt kein schutzwürdiges Vertrauen besteht, wenn einer der dort genannten Tatbestände vorliegt.

a) Nr. 1: Arglistige Täuschung, Drohung, Bestechung

- 15 In der Regel wird ein Tatbestand der Nr. 1 mit der Nr. 3 zusammenfallen und wegen des leichteren Nachweises grober Fahrlässigkeit dann nicht zur Anwendung kommen. Wegen der unterschiedlichen Rücknahmefristen für beide Ziffern (vgl. Rdn. 42) kann aber dennoch das Vorliegen der Nr. 1 relevant werden. Die Begriffe der arglistigen Täuschung und Drohung entsprechen denjenigen in

69 BSG, Urt. v. 02.12.1992 SozR 3–1500 § 85 Nr. 1.
 70 BSG, Urt. v. 28.09.1999 SozR 3–2200 § 605 Nr. 1.
 71 BSG, Urt. v. 12.02.1992 SozR 3–1300 § 45 Nr. 11.
 72 BSG, Urt. v. 10.12.1998 SozR 3–2500 § 6 Nr. 16.
 73 LSG Berlin SGB 1999, S. 468.
 74 BSG, Urt. v. 22.03.1984 SozR 1300 § 45 Nr. 7.
 75 BSG, Urt. v. 05.11.1997 SozR 3–1300 § 45 Nr. 37.

Luchterhand Verlag 2020

Zweites Kapitel. Schutz der Sozialdaten

Vorbemerkung zu den §§ 67 bis 85a SGB X

Übersicht	Rdn.		Rdn.
A. Vorbemerkungen zu den §§ 67 bis 85a SGB X.	1	3. Verhältnis der Rechtsgrundlagen zueinander seit dem 25.05.2018. ...	10
B. Rechtliche Grundlagen für den Datenschutz.	2	4. Geschäftsgeheimnisse und Daten Verstorbener.	11
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen.	3	C. Zur Wahrung des Sozialgeheimnisses. . .	12
II. Datenschutzgesetze bis 25.05.2018.	5	D. Die Möglichkeiten der Datenverarbeitung und -übermittlung.	14
III. Datenschutzgesetze ab 25.05.2018.	7	E. Datenschutz durch Datenschutzmanagement, Organisation und Technikeinsatz. .	19
1. Datenschutzgrundverordnung: Ziel und Struktur.	8	F. Die Rechte des Einzelnen, Beauftragte für den Datenschutz, Rechtswegzuweisungen sowie Folgen eines Rechtsverstoßes. .	20
2. Sozialgesetzbuch X und Bundesdatenschutzgesetz.	9		

A. Vorbemerkungen zu den §§ 67 bis 85a SGB X

- 1 Im Zweiten Kapitel des SGB X finden sich die Vorschriften über den Schutz der Sozialdaten. Die einzelnen Rechtsnormen regeln dabei das einheitliche Vorgehen in Bezug auf die Einhaltung des Sozialdatenschutzes. Die grundsätzliche Aussage zum Schutz der den Einzelnen betreffenden Sozialdaten ergibt sich aus § 35 Abs. 1 Satz 1 SGB I. In dieser Rechtsnorm wird darauf hingewiesen, dass »jeder () Anspruch darauf (hat), dass die ihm betreffenden Sozialdaten (§ 67 Abs. 2 Zehntes Buch) von den Leistungsträgern nicht unbefugt verarbeitet werden«.

B. Rechtliche Grundlagen für den Datenschutz

- 2 Die rechtlichen Grundlagen für den Datenschutz ergeben sich sowohl aus nationalem als auch aus europäischem Recht. Im nationalen Recht wird zudem zwischen dem allgemeinen Datenschutz und dem Sozialdatenschutz differenziert.

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

- 3 Der Datenschutz auf nationaler Ebene wurde maßgeblich durch das »Volkszählungsurteil« des BVerfG¹ beeinflusst. In diesem Urteil wurde das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus den Grundrechten des Grundgesetzes (GG) gemäß Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet². Die rechtlichen Grundlagen auf europäischer Ebene sind die Artikel 7³ und 8⁴ der europäischen Grundrechtcharta (GRCh)⁵ sowie ergänzend Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention

1 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83, WKRS 1983, 11477; als Fundament für die Rechtsprechung im Datenschutz gilt allerdings das zivilrechtliche »Herrenreiter-Urteil« des BGH vom 14.02.1958: Klage auf Schadenersatz gemäß § 823 BGB wegen Ehrverletzung (das »sonstige Recht« in § 823 Abs. 1 BGB sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG).

2 Jarass/Pieroth/Jarass, GG-Kommentar, Auflage 2018 zu Art. Rn. 36 mit weiteren Nachweisen.

3 Einschlägig ist hier der Teilbereich *Privatleben* des Art. 7 GRCh, wobei die Rechte aus Art. 7 den Rechten entsprechen, die durch Art. 8 GRCh garantiert werden: Jarass, GRCh-Kommentar, 3. Auflage, 2016, Art. 7 Rn. 1 und 3. Laut Stern/Sachs/Weber, GRCh-Kommentar, 2016, Art. 7 Rn. 1 sind Art. 7 und 8 GRCh *Ausdruck eines universellen menschlichen Bedürfnisses des Privaten oder der Privatheit (m.u.N.)*.

4 Art. 8 GRCh »Schutz personenbezogener Daten«, hierzu ausführlich Stern/Sachs/Joblen, GRCh-Kommentar, 2016, Art. 8; Art. 8 GRCh als »einklagbares Recht«: Jarass/Jarass, GRCh-Kommentar, 2017, Art. 8 Rn. 2.

5 Zum Zusammenspiel von GRCh und GG: BVerfG in 1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17 jeweils vom 06.11.2019.

(EMRK). Auf internationaler Ebene gilt ergänzend Art. 12 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) der Vereinten Nationen⁶.

Schutzobjekt der vorgenannten Rechtsnormen ist allerdings nicht, wie der Begriff *Datenschutz* vermuten lassen könnte, der Schutz der Daten, sondern der Schutz des Menschen vor beeinträchtigender Datenverarbeitung bzw. Verletzung seiner Privatsphäre und damit die Verwirklichung des *Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als eigene, besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*⁷.

II. Datenschutzgesetze bis 25.05.2018

Bis zum 25.05.2018 wurden sowohl im allgemeinen Datenschutz als auch im Sozialdatenschutz ausschließlich nationale Normen angewandt, auch wenn sie im Laufe der Zeit auf der Umsetzung der EU-Datenschutz-Richtlinie von 1995 beruhten.

Das erste Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) wurde 1977 erlassen. Daneben existierten auch bereits Landesdatenschutzgesetze. Das älteste Landesdatenschutzgesetz, das zugleich auch das älteste bekannte Datenschutzgesetz weltweit ist, wurde für Hessen 1970 erlassen⁸. Allgemeine Bestimmungen zum Sozialdatenschutz wurden erstmals mit Erlass des SGB X zum 01.01.1981⁹ in dessen Zweiten Kapitel gesetzlich normiert. Infolge der vorgenannten Rechtsprechung des BVerfG erfolgte eine Novellierung aller allgemeinen nationalen Datenschutzgesetze. Im Jahr 1995 trat dann die Europäische Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) in Kraft und löste die nächste umfassende Novellierung aller nationalen Datenschutzgesetze aus¹⁰. An die Normen der Richtlinie 95/46/EG mussten dann auch die Normen des SGB X zum Sozialdatenschutz angepasst werden.

Im Verhältnis BDSG zu den sozialgesetzlichen Normen gingen die Normen des SGB X als spezialgesetzliche (*lex specialis*) denen des BDSG vor, waren damit aber nicht abschließend.

► Beispiel:

Allgemein waren Verträge über Auftragsdatenverarbeitung in § 11 BDSG (alt) und spezialgesetzlich vollständig in § 80 SGB X geregelt, allerdings in § 80 SGB X inklusive einer nur im Sozialdatenschutz bestehenden Anzeigepflicht dieser Verträge bei der Rechtsaufsicht und weiterer Anforderungen. Das SGB X enthielt mit der Anlage zu § 78a SGB X eine eigene Auflistung der technisch-organisatorischen Maßnahmen, die sich von der entsprechenden Auflistung im allgemeinen Datenschutz, der Anlage zu § 9 BDSG (alt) nur durch eine Anpassung an die sozialgesetzlichen Begrifflichkeiten unterschied. Regelungen zu den Datenschutzbeauftragten waren in § 4f BDSG (alt) normiert und im Sozialdatenschutz verwies § 81 Abs. 4 SGB X (alt) auf § 4f BDSG (alt) mit einschränkenden und ergänzenden Regelungen.

III. Datenschutzgesetze ab 25.05.2018

Nach Veröffentlichung am 04.05.2016 im Amtsblatt der EU¹¹ gilt die EU-Verordnung 2016/679¹² als *Datenschutzgrundverordnung* (DSGVO) seit dem 25.05.2018. Als Verordnung ist sie in den Mitgliedsstaaten direkt anzuwenden und bedarf keiner Umsetzung in nationales Recht. Als

6 Erklärung vom 10.12.1948. Art. 12 »Schutz der Freiheitssphäre des Einzelnen«.

7 BVerfG aaO. Zur Differenzierung zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bezogen auf das »Recht auf Vergessen«: 1 BvR 16/13 vom 06.11.2019 (Recht auf Vergessen I); Hinweis auf die Differenzierung auch in Eichenhofer/v. Koppenfels-Spies/Wenner, SGB I, 2. Auflage 2018, § 35 Rn. 5.

8 Vom 07.01.1970, GVBl. I, S. 98.

9 BGBl. I, S. 1469 vom 18.08.1980, Art. 1 – Sozialgesetzbuch X.

10 Zur Historie des allgemeinen Datenschutzes: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Auflage 2015, Einleitung, ab Rn. 1, hier Rn. 5.

11 ABl. L 119 vom 04.05.2016.

12 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

Grundverordnung regelt sie den Datenschutz allerdings nur dem Grunde nach und enthält diverse Öffnungsklauseln, die zu Anpassungen in nationalen Gesetzen wie zum Beispiel dem SGB X und den übrigen Sozialgesetzbüchern bzw. zu ergänzenden Gesetzen wie dem neuen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geführt haben¹³. In der praktischen Umsetzung des Sozialdatenschutzes sind somit die Normen der DSGVO, der Sozialgesetzbücher sowie vereinzelt die des BDSG zu berücksichtigen und bilden ein *Mehrebenensystem*¹⁴.

► Beispiel:

Die in dem vorgenannten Beispiel aufgeführten Verträge über Auftragsverarbeitung sind jetzt alle in Art. 28 DSGVO geregelt. In § 80 SGB X sind für den Sozialdatenschutz nur noch ergänzende Vorgaben sowie Einschränkungen geregelt. Hierzu gehört weiterhin die nur im Sozialdatenschutz bestehende Anzeigepflicht dieser Verträge bei der jeweiligen Rechtsaufsichtsbehörde, die Einschränkung der Länder in denen bzw. Rechtsgrundlagen aufgrund derer Verträge über Auftragsverarbeitung von Sozialdaten (sowie von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) in Drittländern abgeschlossen werden dürfen¹⁵ und weitere Voraussetzungsanforderungen wie eine vorhergehende Wirtschaftlichkeitsprüfung und die ausdrückliche Anwendbarkeit auf Fern-/Wartungsverträge. Auflistungen über technisch-organisatorische Maßnahmen, wie sie zuvor den Anlagen zu § 78a SGB X (alt) und § 9 BDSG (alt) zu entnehmen waren, sind in der DSGVO nicht festgelegt. Diesbezüglich ist Art. 32 DSGVO zu entnehmen, dass technisch-organisatorische Maßnahmen vorzuhalten sind und diese dem aktuellen Stand der Technik zu entsprechen haben. Regelungen zu den Datenschutzbeauftragten sind für den allgemeinen Datenschutz sowie den Sozialdatenschutz in Art. 37–39 DSGVO geregelt, wobei die §§ 5–7 BDSG (neu) ergänzende Regelungen zu Datenschutzbeauftragten in öffentlichen Stellen enthalten, auf die in § 81 Abs. 4 SGB X (neu) ausdrücklich verwiesen wird (gemäß den Vorgaben des § 35 Abs. 2 SGB I).

1. Datenschutzgrundverordnung: Ziel und Struktur

- 8 Mit dem Inkrafttreten der DSGVO sollten europaweit weitestgehend einheitliche datenschutzrechtliche Normen eingeführt werden (»one-stop-shop«) und damit die veraltete Richtlinie 95/46/EG ersetzt werden. Die sehr viel abstrakter formulierten Normen der DSGVO sollten dazu beitragen, dass die DSGVO angesichts des besonders schnellen Fortschritts der Digitalisierung und Fortentwicklung der Technik für einen möglichst langen Zeitraum aktuell und anwendbar bleibt. Die abstrakteren Formulierungen der DSGVO und das Zusammenspiel mit den datenschutzrechtlichen nationalen Normen werfen allerdings insbesondere für den Rechtsanwender im Bereich des Sozialdatenschutzes diverse Fragen auf¹⁶.

Die Struktur der DSGVO zeigt sich in der Übersicht über ihre elf Kapitel:

I. Allgemeine Bestimmungen (Artt. 1–4), II. Grundsätze (Artt. 5–11), III. Rechte der Betroffenen (Artt. 12–23), IV. Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter (Artt. 24–43), V. Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen (Artt. 44–50), VI. Unabhängige Aufsichtsbehörden (Artt. 51–59), VII. Zusammenarbeit und Kohärenz (Artt. 60–76), VIII. Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen (Artt. 77–84), IX. Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen (Artt. 85–91), X. Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte (Artt. 92–93) sowie XI. Schlussbestimmungen (Artt. 94–99).

2. Sozialgesetzbuch X und Bundesdatenschutzgesetz

- 9 Die allgemeinen Bestimmungen des Sozialdatenschutzes sind weiterhin im Zweiten Kapitel des SGB X geregelt. Einzelne Normen zum Sozialdatenschutz sind in den anderen Sozialgesetzbüchern

13 Kübling, NJW 2017, 1985 spricht von der DSGVO als einem *Handlungsformenhybrid*.

14 Bieresborn, NZS 2017, 887, 888.

15 § 80 Abs. 2 zählt abschließend die Verarbeitungsländer bzw. die Rechtsgrundlagen auf; hierbei sind Standardvertragsklauseln nicht erwähnt.

16 Für den Bereich der gesetzlichen Krankenkassen: *Wobbe* in MedR 2019, S. 625.

aufgeführt. Die grundlegende Norm zum Sozialdatenschutz, ausgehend vom Sozialgeheimnis über den Regelungsumfang bis zu dem Verhältnis des Sozialdatenschutzes zum allgemeinen Datenschutz des BDSG stellt § 35 SGB I dar. In § 35 Abs. 1 SGB I ist das Sozialgeheimnis geregelt. Gemäß § 35 Abs. 2 SGB I sind die Normen der Sozialgesetzbücher zum Sozialdatenschutz abschließend unter Berücksichtigung des Vorrangs der DSGVO und unter Hinweis auf eine zulässige Anwendung der BDSG-Normen nur bei ausdrücklicher Verweisung auf diese in einzelnen Normen. In § 35 Abs. 4 und 5 SGB I wird der Anwendungsbereich des Sozialdatenschutzes auch weiterhin auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie die Daten Verstorbener erweitert und in § 35 Abs. 6 und 7 SGB I wird der räumliche Anwendungsbereich aufgezeigt.

Konkrete sozialdatenschutzrechtliche Normen finden sich in allen Sozialgesetzbüchern und mussten demnach auch an die DSGVO angepasst werden¹⁷. Die allgemeinen Normen des Sozialdatenschutzes sind im Zweiten Kapitel des SGB X wie folgt untergliedert:

Begriffsbestimmungen (§ 67), Verarbeitung von Sozialdaten (§§ 67a-78), Besondere Datenverarbeitung (§§ 79–80), Rechte der betroffenen Person, Beauftragte für den Datenschutz und Schlussvorschriften (§§ 81–85a).

Das BDSG (neu) ist in Bezug auf die Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung (2016/679) in zwei Teile untergliedert:

Gemeinsame Bestimmungen (§§ 1–21) und Durchführungsbestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Art. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 (§§ 22–44).

Die weiteren Normen im BDSG (neu) enthalten Bestimmungen zu der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 und sind daher nur auf die Tätigkeit von öffentlichen Stellen, die personenbezogene Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten verarbeiten anwendbar.

3. Verhältnis der Rechtsgrundlagen zueinander seit dem 25.05.2018

In dem Mehrebenensystem der verschiedenen Datenschutzgesetze DSGVO, SGB X und BDSG 10 besteht ein Anwendungsvorrang der DSGVO¹⁸. Aufgrund der Öffnungsklauseln in der DSGVO (s. Rdn. 7), von denen der nationale Gesetzgeber Gebrauch gemacht hat, werden die Normen der DSGVO u.a. von sozialdatenschutzrechtlichen Normen der Sozialgesetzbücher und den allgemeinen datenschutzrechtlichen Normen des BDSG ergänzt. Die nationalen Normen können allerdings nur insoweit Anwendung finden, wie sich ihr Regelungsgehalt innerhalb des Rahmens bewegt, den die Öffnungsklauseln der DSGVO vorgeben¹⁹.

4. Geschäftsgeheimnisse und Daten Verstorbener

Wie bereits erwähnt, erweitert der Sozialdatenschutz in § 35 Abs. 4 und 5 SGB I den Anwen- 11 dungsbereich der DSGVO, in dem er auch die Daten Verstorbener in gewissem Umfang sowie die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse mit in den Schutzbereich der sozialdatenschutzrechtlichen Normen einbezieht.

Die Anwendbarkeit der Normen des Zweiten Kapitels des SGB X auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erscheint durch die DSGVO-Geltung komplizierter. Weder dem SGB I noch dem SGB X sind konkrete Hinweise dahingehend zu entnehmen, dass die DSGVO-Normen auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse anwendbar sind. Allerdings enthält das Zweite Kapitel SGB X einige Normen,

17 Anpassungen des SGB I und X in BVG-Änderungsgesetz vom 17.07.2017, BGBl. I, S. 2541 ff.; Anpassung der anderen Sozialgesetzbücher sowie nochmals einzelner Normen des SGB X mit 2. DS-AnpUG vom 20.11.2019, BGBl. I, S. 1626.

18 § 35 Abs. 2 Satz 1 SGB I i.V.m. Art. 288 AEUV soweit die Normen der DSGVO keine Öffnungsklauseln für den nationalen Gesetzgeber enthalten. Differenziert hierzu *Biersborn*, NZS 2017, S. 887, 887.

19 *Wobbe* MedR 2019, S. 625, 626 mit Beispielen.

die Bezug auf die DSGVO nehmen, aufgrund des Wiederholungsverbots nur auf diese verweisen und die entsprechenden Abweichungen bzw. Ergänzungen aufführen. Für die Meldung von Verletzungen des Schutzes von Sozialdaten gemäß Artt. 33, 34 DSGVO in Verbindung mit § 83a SGB X ist dies nachvollziehbar und von der Rechtsaufsicht auf Bundesebene, dem Bundesversicherungsamt, so auch gewertet worden²⁰. Ob allerdings auch die Normen über die Informationspflichten (§§ 82, 82a SGB X) auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Anwendung finden, erscheint fraglich. Im Rahmen einer teleologischen Reduktion erscheint eine Anwendbarkeit auf diese Normen unpassend, da es bei dem Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse um die Geheimhaltung von Informationen geht, eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts aber nicht in Betracht kommt²¹.

Das am 26.04.2019 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)²² lässt die sozialdatenschutzrechtlichen Regelungen zu den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unberührt²³. Sinnvoll erscheint allerdings eine Orientierung an der Definition des Begriffes »Geschäftsgeheimnis« aus § 2 Nr. 1 Buchstabe a GeschGehG auch für den sozialrechtlichen Begriff »Geschäftsgeheimnis«. Gemäß § 2 Nr. 1 Buchstabe a GeschGehG ist ein Geschäftsgeheimnis als *jede Tatsache, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb steht, nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem erkennbaren Willen des Betriebsinhabers, der auf einem berechtigten wirtschaftlichen Interesse beruht, geheim gehalten werden soll* definiert.

C. Zur Wahrung des Sozialgeheimnisses

- 12 In der Rangfolge der Datenschutzbestimmungen hatte das Bundessozialgericht (BSG) entschieden, dass das SGB I, SGB V und SGB X hinsichtlich des Schutzes von Sozialdaten gleichrangig sind. Davon dürfe abgewichen werden, wenn die Gleichrangigkeit auf Grund entsprechender Kollisionsregelungen zulässig sei.²⁴ Diese Rechtsprechung wird auch nach Inkrafttreten der DSGVO Bestand haben, wobei der Vorrang der DSGVO-Normen zu beachten ist. Besonderen Schutz der Sozialdaten genießen – auch unter Beachtung der grundsätzlichen Regelungen der §§ 35 SGB I sowie 67 ff. SGB X – Kinder und Jugendliche. Hier ist § 65 SGB VIII zu beachten, welcher die Datenweitergabe nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet.²⁵
- 13 Über allem hinsichtlich des Schutzes der persönlichen Daten steht das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen. Diese Recht geht jedoch nicht so weit, dass die jeweilige betroffene Person staatliche Regulierungen verhindern kann. Die Verarbeitung personenbezogener Daten und damit auch von Sozialdaten ist bei der Wahrnehmung gesetzlicher Aufgaben auf gesetzlichen Grundlagen zulässig²⁶. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ist aber dann nicht mehr gegeben, wenn der Leistungsträger seine Kernaufgaben auf einen Dritten überträgt und diesem damit auch die Verarbeitung der Sozialdaten²⁷. Hingegen ist die Offenlegung der Sozialdaten Versicherter in

20 [www.bundesamtsozialesicherung.de/de/themen/alle-sozialversicherungszweige-informationstechnik-und-datenschutz/archiv/html:FAQ-Katalog zur Umsetzung der DSGVO](http://www.bundesamtsozialesicherung.de/de/themen/alle-sozialversicherungszweige-informationstechnik-und-datenschutz/archiv/html:FAQ-Katalog_zur_Umsetzung_der_DSGVO).

21 *Wobbe*, MedR 2019, S. 625 ff., 627.

22 BGBl. I 2019, S. 466 ff. vom 25.04.2019, in Kraft seit dem 26.04.2019 in Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/943 vom 08.06.2016, ABl. 2016 L 157, S. 1–18; s. auch BT-Drucks. 19/4724 und Ausführungen von *Dann/Markgraf* in NJW, 25/2019, S. 1774 ff.

23 Gemäß § 1 Abs. 2 GeschGehG gehen *öffentlich-rechtliche Vorschriften zur Geheimhaltung, Erlangung, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen (...)* vor.

24 BSG, Urt. v. 02.11.2010 – B 1 KR 12/10 R, WKRS 2010, 34787 = von *Koppenfels-Spies/Wenner/Seifert*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 3. Aufl. 2018, § 284 SGB V, Rn. 1, 2: bereichsspezifische Ergänzung des SGB I und X durch spezialgesetzliche Normen in den andere Sozialgesetzbüchern; dito. § 285 SGB V, Rn. 7.

25 Zum Vertrauensschutz bei bewusst falscher Angabe LG Augsburg, Beschl. v. 24.02.2014 – 1 Qs 81/14, WKRS 2014, 38925; zur Erzwingung der Akteneinsicht im Verfahren nach § 50 SGB VIII BVerwG, Beschl. v. 03.03.2014 – 20 F 12/ 13, WKRS 2014, 12940; zum Gewicht des Datenschutzes vs. Auskunft zu Behördeninformation VG Regensburg, Urt. v. 27.05.2014 – RO 4 K 14.423 – in juris.

26 Art. 6 Abs. 1 Buchstabe c und e DSGVO.

27 BSG, Urt. v. 08.10.2019 – B 1 A 3/19 R bezüglich der Auslagerung von Programmen für das Versorgungsmanagement durch eine gesetzliche Krankenkasse auf ein privates Beratungsunternehmen.

einem Rechtsstreit über die Abrechnung der sozialrechtlichen Leistung mit dem Leistungserbringer zulässig, soweit sie erforderlich ist²⁸. Zudem besteht eine Mitwirkungspflicht betroffener Personen als Sozialversicherter aus §§ 60 ff. SGB I. Grundsätzlich ist eine Übermittlung von Sozialdaten dann zulässig, wenn die betroffene Person in die Übermittlung eingewilligt hat. Diese Sicht war nach der alten Rechtslage aber nicht unumstritten.²⁹

D. Die Möglichkeiten der Datenverarbeitung und -übermittlung

Im Anschluss an die Begriffsbestimmungen in § 67 folgen im zweiten Abschnitt die Normen über die Datenerhebung (§ 67a). § 67a Abs. 2 Satz 1 schreibt vor, dass die Daten bei der betroffenen Person zu erheben sind. Gleichzeitig gestattet die Rechtsnorm jedoch auch gemäß § 67a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 die Daten ohne Mitwirkung der betroffenen Person bzw. gemäß Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 bei Dritten zu erheben, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. In einem solchen Fall ist aber die betroffene Person über die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten durch den Verantwortlichen zu informieren. Seit dem 25.05.2019 richtet sich diese Informationspflicht allerdings nicht mehr nach Normen des SGB X, sondern nach Art. 14 DSGVO und es besteht zudem eine Informationspflicht bei der Direkterhebung, die sich nach Art. 13 DSGVO richtet.

Nach § 67b ist die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung nur gegeben, wenn dieses nach den §§ 67b ff. gestattet ist, diese es anordnen oder die betroffene Person eingewilligt hat. Grundlage hierfür ist Art. 6 DSGVO. Bei personenbezogenen Daten besonderer Kategorien wie Gesundheitsdaten ist Art. 9 Abs. 2 DSGVO die maßgebliche, ergänzende Grundlage. Wenn die Einwilligung, deren Anforderungen in Art. 7 DSGVO geregelt sind, eingeholt werden muss, ist der betroffenen Person der Zweck mitzuteilen und die Rechtsfolge anzugeben, die eine Weigerung der Einwilligung zur Folge hat.

In den folgenden Normen werden die bereichsspezifischen Grundsätze über die Datenspeicherung, die Datenveränderung sowie die Datennutzung (§ 67c), die Übermittlungsgrundsätze (§ 67d) sowie die Vorschriften über die Erhebung und Übermittlung zur Bekämpfung des Leistungsmissbrauchs (§ 67e), ferner für die Aufgaben bestimmter Aufgabenträger (§§ 68 bis 75) festgelegt.

Grundsätzlich lassen sich alle erhobenen Daten in den vorgegebenen Umfängen verarbeiten bzw. übermitteln. Diese Möglichkeit schränkt aber § 76 ein und betrifft die direkte Übermittlung von personenbezogenen Daten durch Berufsheimnisträger gemäß § 203 Strafgesetzbuch (StGB), insbesondere durch Ärzte. Die Einschränkung betrifft damit vornehmlich besonders schutzwürdige Sozialdaten, die in die besonderen Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO fallen. Die Einschränkung gilt nicht für Ärzte einer der in § 35 SGB I genannten Stellen sowie die in § 203 Abs. 1 und 3 StGB aufgeführten Personen, wenn diese die Daten selbst übermitteln dürften. Die Einschränkung gilt auch dann nicht, wenn die Daten u.a. für die Erbringung von Sozialleistungen notwendig sind. Dann gilt allerdings ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person auf das der Sozialleistungsträger aufmerksam machen muss.

Letztlich regelt § 77 die Übermittlung der Sozialdaten ins Ausland bzw. an über- oder zwischenstaatliche Stellen. Besonderes Augenmerk, vor allen Dingen bei der Anwendung von § 77, ist der Zweckbindung und Geheimhaltungspflicht nach § 78 beizumessen. Abschließend lässt sich feststellen, dass die §§ 68 bis 78 den durch das Volkszählungsurteil gemachten Vorgaben weitestgehend entsprechen bzw. weiterentwickelt worden³⁰ und an die DSGVO angepasst wurden.

28 BSG, Urt. v. 18.12.2018 – B 1 KR 40/17 R über die Zulässigkeit der Akteneinsicht in einem Rechtsstreit über die Vergütung stationärer Krankenhausbehandlung zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und einem Krankenhaus.

29 BSG, Urt. v. 10.12.2008 – B 6 KA 37/07, WKRS 2008, 31930. S. hierzu Anmerkungen zu § 67b Rdn. 6.
30 V. Wulffen/Schützel/Bieresborn, SGB X, 8. Aufl. 2014, Vorbemerkungen zu §§ 67 bis 85a Rn. 26.

E. Datenschutz durch Datenschutzmanagement, Organisation und Technikeinsatz

- 19 Der Dritte Abschnitt enthält in den §§ 79 und 80 Regelungen zu besonderen Datenverarbeitungsarten. Hierzu zählt die Einrichtung automatisierter Verfahren auf Abruf (§ 79) und die Verarbeitung von Sozialdaten im Auftrag (§ 80). Die bis zum 25.05.2019 in dem mittlerweile gestrichenen § 78a und seiner Anlage aufgeführten Anforderungen über die Vorhaltung technischer und organisatorischer Maßnahmen ist nun der abstrakten Formulierung der DSGVO (insbesondere Artt. 25, 28, 32) zu entnehmen³¹.

Ferner wird die Datenvermeidung und Datensparsamkeit ebenfalls in der DSGVO geregelt und § 78b wurde daher gestrichen. Hier geht es um die Aufgabe, möglichst wenige Daten zu erheben, zu nutzen oder zu verarbeiten bzw. diese, soweit möglich, zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren. Auch die Anforderung, ein Audit durchzuführen ist indirekt in der DSGVO geregelt und daher ist auch § 78c entfallen.

F. Die Rechte des Einzelnen, Beauftragte für den Datenschutz, Rechtswegzuweisungen sowie Folgen eines Rechtsverstoßes

- 20 Die Vorschriften des vierten Abschnitts befassen sich mit den Rechten des Einzelnen, seinen Möglichkeiten, sich an den jeweiligen Datenschutzbeauftragten oder die Datenschutzaufsichtsbehörde zu wenden und die auf den Datenschutzbeauftragten anwendbaren Normen des BDSG, den Rechtswegzuweisungen sowie weiteren Schlussbestimmungen.
- 21 Die Rechte der betroffenen Personen sind grundsätzlich in den Artt. 12–22 des III. Kapitels der DSGVO geregelt. Aufgrund der Öffnungsklausel Art. 23 DSGVO sind in §§ 81, 81b, 82, 82a, 83, 84 SGB X entsprechende Ergänzungen zu diesen Normen aufgeführt.
- 22 Das Recht der betroffenen Person sich an die Datenschutzaufsichtsbehörden zu wenden ist in § 81 geregelt sowie weitere Angaben zu den Datenschutzaufsichtsbehörden und den Datenschutzbeauftragten der Sozialleistungsträger sowie die Anwendbarkeit von einzelnen BDSG-Normen. Dass betroffene Personen Auskunft über die erhobenen Daten erhalten können müssen, dürfte selbstverständlich sein (Art. 15 DSGVO). Dieses Recht kann allerdings eingeschränkt werden kann (Art. 15 DSGVO i.V.m. Art. 23, § 83 SGB X). Der gerichtliche Rechtsschutz und die Rechtswegzuweisungen zu den Sozial- und Verwaltungsgerichten sind in § 81a und § 81b geregelt, wobei § 81c Rechtsstreitigkeiten über Angemessenheitsbeschlüsse der Europäischen Kommission mit Verweis auf § 21 BDSG dem Bundesverwaltungsgericht zuweist.
- 23 Die §§ 82, 82a beinhalten ergänzende Regelungen zu den Informationspflichten gemäß Art. 13, 14 DSGVO. Gemäß § 83a ist bei Verletzung des Schutzes von Sozialdaten neben der Anzeige gemäß Artt. 33, 34 DSGVO an die Datenschutzaufsichtsbehörde von Sozialversicherungsträgern auch eine Anzeige an die Rechtsaufsichtsbehörde zu erstatten. § 84 schreibt vor, dass und in welchen Fällen Sozialdaten zu berichtigen und zu löschen sind, eine Einschränkung zu Widersprüchen und zu der Einschränkung der Verarbeitung.
- 24 §§ 85 und 85a beinhalten die Straf- und Bußgeldvorschriften, wenn gegen die Bestimmungen des Datenschutzes verstoßen wird, wobei der nationale Gesetzgeber gegenüber den Sozialleistungsträgern von dem »Behördenprivileg« gemäß Art. 83 Abs. 7 DSGVO Gebrauch gemacht hat und keine Bußgelder gegen diese verhängt werden.

31 Als Beispiel kann hier die Anlage 1 des Branchenmusters eines Vertrages über Auftragsverarbeitung der gesetzlichen Krankenkassen gelten, siehe GKV-Spitzenverband; § 80 Rdn. 13.