

## Manche sind gleicher Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger  
Stand der Bearbeitung: November 2013

*Gerald Gemütlich* will wissen, ob es rechtmäßig wäre, die gegenüber *Piätsch* erlassene **Beseitigungsverfügung** aufzuheben, weil er nach § 36 BeamtStG als Beamter für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen grundsätzlich auch dann verantwortlich ist, wenn sie auf Weisung seines Vorgesetzten geschehen. Insoweit ist zunächst als **Vorfrage** zu klären, ob es einer Aufhebung der **Beseitigungsverfügung** überhaupt bedarf oder ob diese nicht ohnehin - wie *Piätsch* meint - gegenstandslos ist.

### A) Wirksamkeit der Beseitigungsverfügung

Bei der auf § 79 S. 1 BauO Bln gestützten Beseitigungsverfügung könnte es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln<sup>1</sup> handeln, der nach § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG i.V.m. § 41 VwVfG gegenüber *Piätsch* wirksam geworden ist.

Anmerkung: Zur Prüfung der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts siehe diesen Hinweis.

### I. Vorliegen eines Verwaltungsaktes

Von den Tatbestandsmerkmalen des § 35 Satz 1 VwVfG ist hier allein fraglich, ob eine **Behörde** gehandelt hat. Gehandelt hat hier *Gemütlich* im Namen des Bezirksamtes Steglitz-Zehlendorf. Das Bezirksamt ist als Organ des Bezirks nach § 2 Abs. 2 BezVG anzusehen. Somit hat dann eine Behörde gehandelt, wenn das Handeln *Gemütlichs* dieser Behörde **zugerechnet** werden kann. Nach § 38 Abs. 2 BezVG führen die Mitglieder des Bezirksamts die Geschäfte im Namen des Bezirksamts. Nach § 38 Abs. 1 BezVG ist als Mitglied jeder Leiter eines Geschäftsbereichs anzusehen, etwa der Bezirksstadtrat. Damit ist das Handeln des *Gemütlich* der Behörde zurechenbar. Hier hat also eine Behörde gehandelt.

Damit stellt die Beseitigungsverfügung einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 Satz 1 VwVfG dar.

### II. Wirksamkeit des Verwaltungsaktes

Dieser Verwaltungsakt ist auch *Piätsch* gegenüber nach § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG

<sup>1</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

wirksam geworden, da er ihm im Sinne des § 41 VwVfG bekanntgegeben worden ist. Nach dem Sachverhalt ist der Verwaltungsakt *Piätsch* **zugestellt** worden. Die Zustellung von Verwaltungsakten bestimmt sich nach § 5 VwVfG Bln<sup>2</sup> i.V.m. §§ 1 ff. VwZG. Dass es sich bei der Zustellung um eine zulässige Form der Bekanntgabe handelt, ergibt sich aus § 41 Abs. 5 VwVfG. Die Zustellung durfte hier auch erfolgen, obwohl sie gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben war, wie sich aus § 1 § 1 Abs. 2 VwZG ergibt.

### III. Ergebnis zu A

Die Beseitigungsverfügung stellt somit einen wirksamen Verwaltungsakt dar, der nach § 43 Abs. 2 VwVfG wirksam bleibt, bis er aufgehoben wird.

### B) Rechtmäßigkeit einer Aufhebung der Beseitigungsverfügung

Die Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Aufhebung der Beseitigungsverfügung bestimmt sich nach §§ 48 ff. VwVfG. Da die Aufhebung von Verwaltungsakten in diesen Vorschriften insoweit abschließend geregelt ist, als die Verwaltung jedenfalls nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Sonderregelung berechtigt sein soll, Verwaltungsakte in weiterem Umfang aufzuheben als dies gesetzlich zugelassen ist, ergibt sich aufgrund des **Grundsatzes des Gesetzesvorranges**, dass die Bauaufsichtsbehörde nur dann die Beseitigungsverfügung aufheben darf, wenn die Voraussetzungen der §§ 48 ff. VwVfG vorliegen. Liegen sie nicht vor, darf die Bauaufsichtsbehörde die Beseitigungsverfügung nicht aufheben, unabhängig davon, dass die Aufhebung der *Piätsch* belastenden Beseitigungsverfügung eine Begünstigung *Piätschs* und deshalb nach dem **Grundsatz des Gesetzesvorbehalts** auch ohne gesetzliche Grundlage möglich wäre. Insoweit kommt als Rechtsgrundlage der Aufhebung nur § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG oder § 49 Abs. 1 VwVfG in Betracht. Eine Verpflichtung zur Aufhebung nach § 51 VwVfG scheidet demgegenüber schon von vornherein aus, da erkennbar kein Wiederaufgreifensgrund i.S.d. § 51 Abs. 1 VwVfG vorliegt.

### I. Zuständigkeit der Bauaufsichtsbehörde für die Aufhebung

Das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf - für das *Gemütlich* handeln soll - müsste zunächst für die Aufhebung der Beseitigungsverfügung zuständig sein. Zuständig für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ist die Behörde, die für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsaktes jetzt zuständig wäre.<sup>3</sup>

*Anmerkung:* Siehe hierzu auch § 48 Abs. 5 und § 49 Abs. 5 VwVfG, die sich jedoch nur auf die örtliche Zuständigkeit beziehen.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung kommt allein § 79 S. 1 BauO Bln in Betracht. Fraglich ist somit, welche Behörde für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln zuständig ist.

- Die **sachliche** Zuständigkeit ergibt sich insoweit aus § 58 Abs. 1 BauO Bln, da in der Bauordnung Berlin für Beseitigungsverfügungen nichts

<sup>2</sup> Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

<sup>3</sup> BVerwGE 110, 226, 229 ff.



anderes bestimmt ist: Gem. § 4 Abs. 2 S. 2 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG ist damit die Bauaufsichtsbehörde auf Bezirksebene zuständig.

- Die **örtliche** Zuständigkeit für den Erlass der Beseitigungsverfügung ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG. Hiernach ist bei Angelegenheiten, die sich auf unbewegliches Vermögen beziehen, die Behörde zuständig, in deren Bezirk das Vermögen liegt. Hier bezieht sich die Angelegenheit auf ein im Gebiet des Bezirks Steglitz-Zehlendorf gelegenes Grundstück, so dass das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf für die Anordnung der Beseitigungsverfügung zuständig wäre.

Somit wäre das Bezirksamt des Bezirks Steglitz-Zehlendorf für die Aufhebung der Beseitigungsverfügung zuständig.

## II. Möglichkeit der Aufhebung der Beseitigungsverfügung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG

Als Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Beseitigungsverfügung käme zunächst § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG in Betracht.

### 1. Rechtswidrigkeit der Beseitigungsverfügung

Die Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG setzt - unabhängig davon, ob es sich um einen begünstigenden oder einen nicht-begünstigenden Verwaltungsakt i.S.d. § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG handelt - zunächst voraus, dass die auf § 79 S. 1 BauO Bln gestützte Beseitigungsverfügung rechtswidrig ist, wovon der Bezirksbürgermeister anscheinend ausgeht.

*Anmerkung:* Zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe diesen Hinweis.

Als Rechtsgrundlage für die Beseitigungsverfügung kommt - wie bereits erwähnt - nur § 79 S. 1 BauO Bln in Betracht.

#### a) Formelle Rechtmäßigkeit

Dass das Bezirksamt des Bezirks Steglitz-Zehlendorf für den Erlass der Beseitigungsverfügung **zuständig** war, ist bereits geklärt (s. o. B I). Fraglich ist allerdings, ob vor Erlass der Beseitigungsverfügung auch ein ordnungsgemäßes Verfahren nach §§ 9 ff. VwVfG stattgefunden hat. Hieran bestehen Zweifel, weil *Piätsch* vor Erlass der Beseitigungsverfügung nicht nach § 28 Abs. 1 VwVfG **angehört** worden ist. Insoweit sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb im konkreten Fall von einer Anhörung nach § 28 Abs. 2 oder 3 VwVfG hätte abgesehen werden können oder müssen. Daher ist die Anhörungspflicht verletzt worden und die Beseitigungsverfügung schon deshalb rechtswidrig.

#### aa) Heilung der fehlenden Anhörung?

Jedoch könnte dieser Verfahrensfehler nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG **geheilt wor-**

den sein. Dann wäre dieser Verfahrensfehler **unbeachtlich** und könnte daher eine Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG nicht mehr rechtfertigen.<sup>4</sup> Eine Nachholung der Anhörung kann jedenfalls noch nicht in dem "Beschwerdebrief" *Piätschs* gesehen werden, weil sich dieser nicht auf die Beseitigungsverfügung als solche bezog, als auf das von der Bauaufsichtsbehörde einzuschlagende Verfahren zu ihrer Beseitigung.<sup>5</sup> Im Übrigen ist eine Heilung von Verfahrensfehlern jedoch nach § 45 Abs. 2 VwVfG nur bis zum Abschluss eines - so ist zu ergänzen - gegen den konkreten Verwaltungsakt gerichteten gerichtlichen Verfahrens möglich. Ein solches Verfahren kommt hier jedoch nicht mehr in Betracht, da die Rechtsbehelfsfristen nach § 70, § 74 VwGO gegen den Verwaltungsakt mittlerweile abgelaufen sind, dieser also formell bestandskräftig geworden ist. Da somit die Anhörung nicht innerhalb der Frist des § 45 Abs. 2 VwVfG nachgeholt wurde, ist er wegen fehlender Anhörung rechtswidrig.<sup>6</sup>

*Anmerkung:* Vertretbar dürfte auch sein, eine Nachholung der Anhörung aufgrund des eher unbestimmten Wortlauts "eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens" des § 45 Abs. 2 VwVfG noch für möglich zu halten. Diese Möglichkeit der Anhörung ändert aber nichts daran, dass die Behörde nicht angehört hat - und auch gar kein Interesse an einer Nachholung der Anhörung und damit einer Heilung des Verfahrensfehlers hat, weil sie den Verwaltungsakt ja gerade aufheben will (wofür die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes hilfreich ist). Hält man somit eine Heilung noch für möglich, ändert dies an der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes nichts. Allenfalls wäre bei der Prüfung des Rücknahmeermessens nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zu fragen, ob es ermessensgerecht ist, wenn die Behörde einen Verwaltungsakt nur wegen eines Verfahrensfehlers zurücknimmt, den sie auch durch Heilung beseitigen könnte (vgl. die ähnliche Argumentation unten bei B II 2 b).

### bb) Unbeachtlichkeit der fehlenden Anhörung?

Auch eine etwaige Unbeachtlichkeit des Verfahrensfehlers nach § 46 VwVfG steht der formellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wegen unterlassener Anhörung nicht entgegen: Ist ein Verfahrensfehler nach § 46 VwVfG unbeachtlich, führt dies nur dazu, dass ein **Anspruch auf Aufhebung** ausgeschlossen ist, macht den Verwaltungsakt somit nicht rechtmäßig und hindert folglich nicht, dass die Behörde den Verwaltungsakt dennoch nach § 48 VwVfG aufhebt.<sup>7</sup>

### cc) Ergebnis zu a

Die Beseitigungsverfügung war demnach wegen fehlender, nicht innerhalb der Frist des § 45 Abs. 2 VwVfG nachgeholter Anhörung rechtswidrig.

### b) Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist zudem, ob die Beseitigungsverfügung materiell rechtmäßig war. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 79 S. 1 BauO Bln vorlagen (aa) und wenn das von dieser Bestimmung eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde (bb).

<sup>4</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 45 Rn. 23.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 45 Rn. 79 f.

<sup>6</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 45 Rn. 24.

<sup>7</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 46 Rn. 12 f.

## aa) Tatbestandsvoraussetzungen des § 79 S. 1 BauO Bln

Dann müsste die "Anglerhütte" (eine bauliche Anlage i.S.d. der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln) in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet worden sein und es müssten auf andere Weise als durch eine vollständige Beseitigung der "Anglerhütte" rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können.

### (1) Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

Eine Errichtung in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften liegt bereits vor, wenn für die Errichtung der "Anglerhütte" nach § 60 Abs. 1 BauO Bln eine Baugenehmigung erforderlich gewesen wäre, da sie dann ohne die erforderliche Baugenehmigung errichtet worden wäre (vgl. § 71 Abs. 7 BauO Bln). Nach § 60 Abs. 1 BauO Bln bedarf jegliche Errichtung einer baulichen Anlage einer Baugenehmigung, soweit sich aus § 61 ff. BauO Bln nichts anderes ergibt. Bei der vom *Piätsch* errichteten "Anglerhütte" ist jedoch keine Genehmigungsfreiheit ersichtlich, so dass ihre Errichtung genehmigungsbedürftig war, wenn auch nur im vereinfachten Verfahren nach § 64 BauO Bln.

*Anmerkung:* Beim **vereinfachten Baugenehmigungsverfahren** wird die Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht mehr umfassend, sondern nur am Maßstab der abschließend aufgezählten Vorschriften geprüft. Daher ist eine solche Baugenehmigung nicht rechtswidrig (und kann deshalb auch nicht nach § 48 VwVfG zurück genommen werden), wenn das Bauvorhaben mit Vorschriften unvereinbar ist, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind.<sup>8</sup> Wenn das Bauvorhaben gegen baurechtliche Regelungen verstößt, die im vereinfachten Verfahren nicht zu prüfen sind, kann dementsprechend eine erteilte Baugenehmigung Abrissverfügungen und sonstigen bauordnungsrechtlichen Maßnahmen aber auch nicht entgegengehalten werden.<sup>9</sup> Die durch die Genehmigung vermittelte Legalisierungswirkung ist also auf den Umfang des gesetzlichen Prüfprogramms beschränkt (s. hierzu [sehr lesenswert] Sauthoff, BauR 2013, 415 ff.). § 60 Abs. 2 BauO Bln formuliert dies letztlich unmissverständlich: "Die [...] Beschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung nach [...] § 64 entbinde[t] nicht von der Verpflichtung zur Einhaltung der Anforderungen, die durch öffentlich-rechtliche Vorschriften an Anlagen gestellt werden **und lassen die bauaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse unberührt.**"

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, hatte auch *Piätsch* es nicht für notwendig gehalten, sich um eine Baugenehmigung für sein Vorhaben zu bemühen, weshalb es bereits formell illegal ist.

### (2) Fehlen einer Möglichkeit, auf andere Weise als durch eine Beseitigung rechtmäßige Zustände wieder herzustellen

Eine Beseitigungsverfügung kam jedoch trotz dieser formellen Baurechtswidrigkeit nur dann in Betracht, wenn nicht nachträglich eine Baugenehmigung erteilt werden kann **und** die bauliche Anlage nicht gegen solche bauordnungsrechtlichen Vorschriften verstößt, die im Baugenehmigungsverfahren (ggf. in Form des vereinfachten Verfahrens) nicht (mehr) geprüft werden. Fraglich ist demnach, ob das Vorhaben auch in

<sup>8</sup> [OVG Hamburg, 2 Bf 405/05 v. 30.3.2011, Abs. 27 ff.](#) = NordÖR 2011, 338 ff.

<sup>9</sup> Deutlich [OVG Berlin-Brandenburg, 2 S 99/09 v. 23. 6. 2010, Abs. 4 ff.](#) = NVwZ-RR 2010, 794, 795.

materiellrechtlicher Hinsicht baurechtswidrig ist.<sup>10</sup> Damit ist zu untersuchen, ob die "Anglerhütte" in materieller Hinsicht baurechtskonform errichtet worden ist. Dann müsste sie sowohl bauordnungs- als auch bauplanungsrechtlichen Vorschriften entsprechen.<sup>11</sup> Bedenken aus der Sicht des Bauordnungsrechts sind nicht ersichtlich. Jedoch ist fraglich, ob das Vorhaben bauplanungsrechtlich mit den §§ 29 ff. BauGB vereinbar ist.

### (a) Anwendbarkeit der §§ 29 ff. BauGB

Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist zunächst, dass es sich bei dem Vorhaben um eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB handelt. Dieser Begriff deckt sich grundsätzlich mit dem des § 2 Abs. 1 BauO Bln, jedoch muss hinzukommen, dass das Vorhaben eine gewisse städtebauliche Relevanz aufweist und die in § 1 Abs. 6 BauGB genannten Belange berühren kann.<sup>12</sup> Dies ist bei der von *Piätsch* errichteten "Anglerhütte" der Fall, da es eine Größe aufweist, die das Landschaftsbild (nachteilig) beeinflussen kann.

### (b) Zulässigkeit nach den §§ 29 ff. BauGB

Da sich das Grundstück selbst nicht im Bereich eines Bebauungsplans nach § 30 BauGB befindet, richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach den §§ 34 und 35 BauGB. Das Grundstück, auf dem die "Anglerhütte" steht, liegt laut Sachverhalt gerade nicht in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil, sondern im unbeplanten Außenbereich in der Nähe des Grunewaldsees, in nahezu unbebauter Landschaft, weshalb sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit in diesem Fall allein nach § 35 BauGB bestimmt. Bei der "Anglerhütte" könnte es sich zunächst um ein **privilegiertes Vorhaben** i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB handeln.

- Eine **Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB** kommt jedoch vorliegend nicht in Betracht: Zwar kann eine "Anglerhütte" grundsätzlich einem "landwirtschaftlichen Betrieb" dienen; denn die **Legaldefinition** des Begriffes "Landwirtschaft" **des § 201 BauGB** rechnet auch die "berufsmäßige Binnenfischerei" hierzu. Jedoch entfällt hier diese Privilegierung schon deshalb, weil *Piätsch* selbst keine "berufsmäßige Binnenfischerei" betreibt, auch sonst auf seinem Grundstück ein solcher Betrieb nicht geführt wird. Im Übrigen kommt es bei § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB natürlich nicht auf die "offizielle" Bezeichnung des Vorhabens an, sondern auf seine tatsächliche Zweckbestimmung. Nach der Art seiner Gestaltung (Küche, zwei Schlafräumen, Dusche, WC, Terrasse mit Grillplatz und Swimming-Pool) handelt es sich bei der "Anglerhütte" um ein der Freizeitnutzung dienendes Wochenendhaus. Auch als "Anglerhütte" wäre das Vorhaben nur dann nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegiert, wenn gerade diese dem Aufenthalt von Menschen dienende Aus-

<sup>10</sup> VGH Mannheim NuR 2004, 383, 385; VGH München BayVBl. 2006, 220, 221; Brohm, § 29 Rn. 6 ff.; Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1059.

<sup>11</sup> Andere öffentlich-rechtliche Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird, kommen nicht in Betracht.

<sup>12</sup> Siehe hierzu Brohm, § 18 Rn. 19 ff.

stattungsmerkmale, die über den für die Fischerei notwendigsten Standardbedarf hinausgehen, fehlen würden.<sup>13</sup>

- Für *Piätschs* Wochenendhaus kommt auch keine **Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB** in Betracht. Wochenendhäuser sind keine Anlagen, welche wegen ihrer besonderen Anforderung an die Umgebung nur im Außenbereich ausgeführt werden sollen. Dies zeigt deutlich § 10 Abs. 1 BauNVO, der davon ausgeht, dass ein Bebauungsplan als Sondergebiet, das der Erholung dient, auch ein Wochenendhausgebiet vorsehen kann. Subjektive Wünsche auf eine ruhige, naturnahe Umgebung reichen somit für eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB nicht aus.<sup>14</sup>

Daher kommt allenfalls eine **Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB** in Betracht, wenn dem **keine öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB entgegenstehen**.

- Dem konnte zunächst der in **§ 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB** genannte Belang entgegenstehen, wenn das Wohnhaus die natürliche Eigenart der Landschaft und ihren Erholungswert beeinträchtigt. Der Begriff der natürlichen Eigenart der Landschaft umfasst den Schutz des Außenbereichs vor einer wesensfremden Nutzung, sowie den Schutz vor ästhetischen Beeinträchtigungen.<sup>15</sup> Im Außenbereich zu wohnen, stellt eine solche wesensfremde Nutzung dar, die gerade auch im Hinblick auf die Landschaft rund um den Grunewaldsee nicht gerade eine ästhetische Bereicherung ist. Wegen des Erholungswerts des Außenbereichs soll dieser für die Allgemeinheit von Bebauung möglichst freigehalten werden; daher ist der Außenbereich gegenüber wesensfremder Nutzung zu schützen, insbesondere gegenüber der Wohnbebauung.<sup>16</sup> Folglich steht dem Vorhaben der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB entgegen.
- Da *Piätsch* nicht der Erste ist, der sich im Gebiet rund um den Grunewaldsee ein Wochenendhaus errichtet hat, könnte seinem Vorhaben auch der öffentliche Belang der Befürchtung der Bildung und ggf. der Erweiterung einer Splittersiedlung entgegenstehen. (**§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB**<sup>17</sup>). Indem *Piätsch* ein Wochenendhaus im Außenbereich gebaut hat, kommt dem eine gewisse Vorbildwirkung und damit die Befürchtung der Bildung einer Splittersiedlung zu. Wenn man dem entgegenhält, dass bereits mehrer Berliner Bürger im Bereich rund um den Grunewaldsee gebaut haben, so stellt das Wochenendhaus des *Piätsch* zumindest eine ernstzunehmende Erweiterung der vorhandenen Splittersiedlung und eine Ausdehnung des in Anspruch genomme-

<sup>13</sup> Vgl. VGH München BayVBl. 1998, 695 f.

<sup>14</sup> BVerwGE 18, 247, 248; Finkelnburg/Ortloff I, § 32 II 1 d, S. 358.

<sup>15</sup> Vgl. *Krauzberger*, in: Battis/Krauzberger/Löhr, § 35 Rn. 61.

<sup>16</sup> Vgl. *Krauzberger*, in: Battis/Krauzberger/Löhr, § 35 Rn. 62.

<sup>17</sup> Siehe hierzu Brohm, § 21 Rn. 22.

nen Bereichs dar,<sup>18</sup> weswegen dem Wochenendhaus auch der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB entgegensteht. Da auch keine Sonderregelung aus § 35 Abs. 4 BauGB für diesen Fall ersichtlich ist, kann das Vorhaben auch nicht nach § 35 Abs. 2 BauGB genehmigt werden.

Somit ist das Vorhaben insgesamt mit § 35 BauGB unvereinbar.

### (c) Ergebnis zu (2)

Folglich verstößt die "Anglerhütte" gegen Bauplanungsrecht und damit materiell illegal.

### (3) Ergebnis zu aa

Die "Anglerhütte" ist damit auch materiellrechtlich baurechtswidrig, so dass hierfür eine Baugenehmigung nach § 71 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln nicht erteilt werden könnte und damit anders als durch seine Beseitigung rechtmäßige Zustände nicht wieder hergestellt werden können. Der Tatbestand § 79 S. 1 BauO Bln war somit erfüllt.

*Anmerkung:* Zur baurechtlichen Unzulässigkeit von Wochenendhäusern siehe den Versprochen-ist-versprochen-Fall.

### bb) Ordnungsmäßige Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

§ 79 S. 1 BauO Bln räumt der Bauaufsichtsbehörde jedoch **bezüglich der Rechtsfolge** in unterschiedlicher Weise Ermessen ein, nämlich sowohl hinsichtlich des "Ob" des Tätigwerdens (Entschließungsermessen) als auch hinsichtlich des Inhalts der Maßnahme (Auswahlermessen hinsichtlich des Mittels). Die Beseitigungsverfügung war daher nur dann materiell rechtmäßig, wenn der Landrat bei ihrem Erlass ermessensfehlerfrei gehandelt hat, also kein Verstoß gegen § 40 VwVfG vorliegt. Da nicht erkennbar ist, dass *Gemütlich* das Ermessen nicht entsprechend dem **Zweck der Ermächtigung** ausgeübt hat, er sich also nicht von sachfremden Motiven hat leiten lassen, kommt hier allenfalls ein Ermessensfehler wegen Nichtbeachtung der **gesetzlichen Grenzen** des Ermessens in Betracht. Hierzu zählen insbesondere auch die Grundrechte und in diesem Zusammenhang die Grundsätze des Vertrauensschutzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>19</sup>

#### (1) Missachtung schutzwürdigen Vertrauens?

Insoweit könnte es sich als ermessensfehlerhaft darstellen, dass die Behörde das Vertrauen *Piätschs* darauf nicht berücksichtigt hat, dass die Baubehörde in dem fraglichen Gebiet nicht gegen illegal errichtete Wochenendhäuser einschreitet, weil sie hiergegen jahrelang nichts unternommen hat. Ein solches **Vertrauen Piätschs** wäre jedoch nicht **schützenswert**. Ohne eine eindeutige Erklärung der zuständigen Behörde gegenüber dem Betroffenen, von ihr zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch zu machen, besteht letztlich kein Anknüpfungspunkt für das Vertrauen des

<sup>18</sup> Vgl. *Krauzberger*, in: *Battis/Krauzberger/Löhr*, § 35 Rn. 67a.

<sup>19</sup> *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 40 Rn. 83 ff.



Bürgers.<sup>20</sup>

*Anmerkung:* Bauaufsichtsbehördliche Einschreitungsbefugnisse sind keine "subjektiven" behördlichen Rechte und unterliegen, anders als beispielsweise die Abwehrrechte eines Nachbarn gegen ein Vorhaben, auch nicht der Verwirkung. Allein eine lange Bestandszeit einer illegalen baulichen Anlage und ein Untätigbleiben der Behörde (auch in Kenntnis dieser Umstände)<sup>21</sup> führt für sich genommen nicht zu Bindungen oder gar dauerhaften Duldungspflichten der Behörde.<sup>21</sup>

Hinzu kommt, dass alle Betroffenen - einschließlich *Piätsch* - wussten, dass die Errichtung ihrer Wochenendhäuser illegal war (bei *Piätsch* wird dies deutlich durch die Tarnung des Hauses als "Anglerhütte") und die Behörde nur aus offensichtlich rechtswidrigen Gründen ("Schonung" angesehener Politiker) hiergegen nicht einschritt. Das Vertrauen darauf, dass sich die Behörde auch in Zukunft rechtswidrig verhalten werde, verdient jedoch keinen Schutz.

### (2) Missachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes?

Die Grenzen des Ermessens könnten jedoch auch deshalb überschritten worden sein, weil sich der mit der Beseitigungsverfügung verbundene Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum als **unverhältnismäßig** darstellt.

*Anmerkung:* Siehe zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips diesen Hinweis.

Dass der Eingriff zur Erreichung der angestrebten Ziele - Durchsetzung des Gebots, den Außenbereich von illegalen Bauten freizuhalten, - geeignet und erforderlich war, steht jedoch außer Zweifel. Er ist vor allem aber auch **zumutbar** (verhältnismäßig i. e. S.). Zwar werden durch die Beseitigungsverfügung erhebliche Vermögenswerte vernichtet. Dies steht aber nicht außer Verhältnis zu dem Anliegen der Durchsetzung des Baurechts. Andernfalls hätte es letztlich der Bauherr in der Hand, sich durch Schaffung vollendeter Tatsachen über die geltenden baurechtlichen Bestimmungen hinwegzusetzen.

### (3) Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Schließlich könnte das Ermessen deshalb fehlerhaft ausgeübt worden sein, weil nur gegen *Piätsch*, nicht jedoch gegen andere Wochenendhauseigentümer in dem betroffenen Gebiet vorgegangen worden ist. Hierdurch könnte **Art. 3 Abs. 1 GG** verletzt worden sein. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Bauaufsichtsbehörde bei ihren Anordnungen das Gleichbehandlungsgebot beachten und nicht einzelne Bürger ohne rechtfertigenden Grund benachteiligen darf.<sup>22</sup> Daraus folgt aber nicht, dass die Bauaufsichtsbehörde rechtswidrige Zustände, die bei einer Vielzahl von Grundstücken vorliegen, stets "flächendeckend" bekämpfen müsse. Vielmehr kann die Behörde - z. B. wegen fehlender personeller oder sächlicher Mittel - auch anlassbezogen vorgehen und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränken, sofern hierfür

<sup>20</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 92.

<sup>21</sup> OVG Saarlouis BauR 2006, 826 ff.

<sup>22</sup> BVerfG, 1 BvR 1860/02 v. 2.9.2004 = NVwZ 2005, 203 f.

sachliche Gründe vorliegen.<sup>23</sup> Einen solchen Grund stellt es auch dar, wenn zunächst gegen die **größten baulichen Missstände** vorgegangen wird. Einen solchen stellte nach dem Sachverhalt das Gebäude *Piätschs* dar, so dass es auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht ermessensfehlerhaft war, zunächst hiergegen vorzugehen und die anderen Wochenendhäuser von Beseitigungsverfügungen zu verschonen.

*Anmerkung:* Sehr weitgehend (oder zumindest missverständlich) insoweit aber VGH Kassel, 4 B 2166/08 v. 28. 1. 2009 = LKRZ 2009, 260 ff., wo offenbar angenommen wird, auch **bei gebundener Eingriffsverwaltung** könne eine Inanspruchnahme des Bürgers nur deshalb rechtswidrig sein, weil gegen andere Bürger unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht vorgegangen werde. Diese Sichtweise ist mit der Gesetzesbindung der Verwaltung kaum zu vereinbaren.

#### (4) Ergebnis zu bb

Dementsprechend ist das Ermessen durch die Bauaufsichtsbehörde nicht fehlerhaft ausgeübt worden.

#### cc) Ergebnis zu b

Die Beseitigungsverfügung war somit materiell rechtmäßig.

#### c) Ergebnis zu 1

Die Beseitigungsverfügung war damit zwar formell rechtswidrig, aber materiell rechtmäßig. Damit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Rücknahme der Beseitigungsverfügung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG vor. Die Möglichkeit einer Rücknahme wird insbesondere auch nicht durch § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG eingeschränkt, da es sich hierbei nicht um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt.

## 2. Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

Die Rücknahme des Verwaltungsaktes steht jedoch nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG im Ermessen der zuständigen Behörde. Sie ist demnach nur dann rechtmäßig, wenn diese ihr Ermessen entsprechend § 40 VwVfG ordnungsgemäß ausübt. Für die Frage der Ordnungsgemäßheit der Ermessensausübung sind insoweit nicht die Gründe entscheidend, die die Behörde nach § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG angibt, sondern die **wirklichen Beweggründe**. Kann *Gemütlich* die Entscheidung über die Rücknahme somit nur aus ermessensfehlerhaften Gründen fällen, ändert sich an der Rechtswidrigkeit der Rücknahmeentscheidung nichts, wenn es ihm gelingt, die Begründung der Rücknahmeentscheidung so "hinzubiegen", dass sie nach einer ermessensgerechten Entscheidung aussieht.

#### a) Bindung durch das Versprechen des Regierenden Bürgermeisters

Jedoch kann die Frage der ordnungsgemäßen Ermessensausübung hier dahinstehen, wenn die untere Bauaufsichtsbehörde aufgrund des Schreibens des Regierenden Bürgermeisters des Landes Berlin bereits verpflichtet wäre, die Beseitigungsver-

<sup>23</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1992, 360; VG Wiesbaden, 3 E 650/06 v. 18. 4. 2007, Ziff. 29.

fügung aufzuheben. Dies wäre dann der Fall, wenn es sich bei diesem Schreiben um eine **wirksame Zusicherung** nach § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG handeln würde. Dann wäre die Bauaufsichtsbehörde hieran gebunden und müsste die Beseitigungsverfügung aufheben.

*Anmerkung:* Zur Prüfung der Wirksamkeit einer Zusicherung siehe diesen Hinweis, ferner den Wahlverwandtschaften-Fall.

Unter Zusicherung versteht § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG die **Zusage**, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder nicht zu erlassen.

- Der Begriff der **Zusage** ist seinerseits gesetzlich nicht definiert, sondern wird vom Gesetz vorausgesetzt. Gemeint ist hiermit nach inzwischen wohl allgemeiner Meinung eine einseitige Selbstverpflichtung einer Behörde zu einem späteren Tun oder Unterlassen gegenüber einem bestimmten Erklärungsempfänger.<sup>24</sup> Entscheidend ist insoweit vor allem der **Bindungswille** der Behörde gegenüber dem Erklärungsempfänger.<sup>25</sup> Nach diesen Grundsätzen liegt hier eine Zusage vor, weil der Regierende Bürgermeister hier eindeutig die Aufhebung der Beseitigungsverfügung "verbindlich verspricht", was nur als Zusage ausgelegt werden kann.
- Diese Zusage ist auch auf Erlass eines **bestimmten Verwaltungsakts** gerichtet, nämlich auf die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (der Beseitigungsverfügung), die ihrerseits einen Verwaltungsakt darstellt.
- Wie sich aus § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ergibt, ist eine Zusicherung jedoch nur wirksam, wenn sie von der **zuständigen Behörde** abgegeben worden ist. Die Zuständigkeit beurteilt sich nach der für den zugesagten Verwaltungsakt,<sup>26</sup> hier also danach, wer für die Aufhebung der Beseitigungsverfügung zuständig ist. Hierfür ist jedoch - wie dargelegt (s. o. B I) - allein das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf zuständig, so dass die Zusicherung deshalb unwirksam ist.

Damit ist die Bauaufsichtsbehörde nicht an das vom Regierenden Bürgermeister abgegebene Versprechen gebunden, so dass sie nicht schon deshalb zur Rücknahme der Beseitigungsverfügung verpflichtet ist.

## b) Beachtung der Ermessensgrenzen (§ 40 VwVfG)

Damit stellt sich die Frage, ob die Rücknahme der Beseitigungsverfügung im vorliegenden Fall ermessensgerecht wäre, ob also die Grenzen des § 40 VwVfG beachtet werden. Insoweit ist fraglich, ob die Aufhebung der Beseitigungsverfügung hier dem **Zweck der Ermessensermächtigung** des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gerecht würde. Soweit die Rücknahme **belastender Verwaltungsakte** in Frage steht, ist insoweit das öffentliche Interesse auf **Beachtung der formellen Bestandskraft des Verwal-**

<sup>24</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 38 Rn. 2.

<sup>25</sup> Maurer, § 9 Rn. 59.

<sup>26</sup> U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 38 Rn. 62.



**tungsaktes** mit dem Interesse des Betroffenen abzuwägen, von der Belastung mit rechtswidrigen Maßnahmen verschont zu bleiben. Die Rechtsbehelfsfristen der § 70, § 74 VwGO würden weitgehend sinnlos werden, wenn es einen uneingeschränkten Anspruch auf Aufhebung rechtswidriger belastender Verwaltungsakte nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gäbe.

- Dies bedeutet zunächst, dass es - anders als *Gemütlich* wohl meint - nicht bereits einen Ermessensfehler darstellt, wenn ein unanfechtbar gewordener Verwaltungsakt aufgehoben wird. Es besteht kein Zwang zur Aufrechterhaltung unanfechtbar gewordener rechtswidriger belastender Verwaltungsakte. Allerdings stellt es auch nicht bereits einen Ermessensfehler dar, wenn die Behörde bei Fehlen von Wiederaufgreifensgründen nach § 51 Abs. 1 VwVfG die Rücknahme eines Verwaltungsaktes ablehnt.<sup>27</sup>

Es entspricht dementsprechend grundsätzlich durchaus dem Ermessenszweck, wenn die Behörde ohne Rücksicht auf die Unanfechtbarkeit einen belastenden Verwaltungsakt nur wegen seiner Rechtswidrigkeit zurücknimmt.

- Allerdings darf auch nicht verkannt werden, dass die Beseitigungsverfügung hier materiell nicht zu beanstanden ist, sondern sich ihre Rechtswidrigkeit allein aus der **fehlenden Anhörung** ergibt, die - wenn *Piätsch* Rechtsbehelfe eingelegt hätte - innerhalb der Grenzen des § 45 Abs. 2 VwVfG nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG hätte geheilt werden können, ohne dass die Abwägungsentscheidung nach § 79 S. 1 BauO Bln deshalb zwingend hätte anders ausfallen müssen. Das Interesse *Piätschs* an der Rücknahme der Beseitigungsverfügung wiegt daher - soweit es schutzwürdig ist - relativ gering. Insoweit hat das BVerwG aus der Wertung des § 49 Abs. 1 VwVfG den Grundsatz entnommen, dass eine Rücknahme ausgeschlossen sei, wenn sofort wieder ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen werden müsse.<sup>28</sup> Hieraus folgt auch, dass es grundsätzlich ermessensgerecht ist, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt nicht aufzuheben, wenn sofort erneut ein - nunmehr rechtmäßiger - Verwaltungsakt gleichen Inhalts erlassen werden kann.<sup>29</sup>

*Anmerkung:* Hätte *Piätsch* gegen die Beseitigungsverfügung Widerspruch eingelegt, hätte die Behörde dem Widerspruch unter Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes nach § 72 VwGO abhelfen oder den Verwaltungsakt nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zurücknehmen können, wobei aber die Wahlfreiheit der Behörde zwischen diesen beiden Verfahrensarten unter dem Vorbehalt der Einhaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB, der auch im öffentlichen Recht gilt, steht.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 90 ff.

<sup>28</sup> BVerwGE 68, 151, 153.

<sup>29</sup> Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 48 Rn. 80.

<sup>30</sup> Siehe hierzu BVerwG, 6 B 2.07 v. 29.3.2007, Nr. 13, 16 = NVwZ-RR 2007, 617.

- Hier ist die Sachlage ohnehin so, dass der Verwaltungsakt nicht eigentlich wegen des Anhörungsfehlers aufgehoben werden soll, sondern letztlich aus **wirtschaftspolitischen Gründen**. Man will sich mit dem Betroffenen gut stellen. Insoweit ist deutlich, dass jedenfalls der Nichterlass einer Beseitigungsverfügung allein aus dem Grund, weil der betroffene Eigentümer politischen Einfluss hat oder eine "bedeutende Persönlichkeit" ist, sicherlich dem Zweck der Ermächtigung des § 79 S. 1 BauO Bln widerspricht, so dass eine entsprechende Ausübung des durch § 79 S. 1 BauO Bln eingeräumten Ermessens ihrerseits gegen § 40 VwVfG verstoßen würde. Aus denselben Gründen kann es dann aber auch bei der Ausübung des Ermessens nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ermessensfehlerhaft sein, wenn ein Verwaltungsakt, der (nur) mit einem Verfahrensfehler behaftet, nicht jedoch materiell rechtswidrig ist, nicht aufgehoben wird, um den Verfahrensfehler zu beseitigen, sondern allein aus letztlich ressortfremden allgemeinen Gründen der "politischen Opportunität" des Nichteinschreitens gegenüber bestimmten bedeutenden Persönlichkeiten.

Erfolgt die Rücknahme dementsprechend nicht nur, um den Anhörungsfehler "auszubügeln", sondern letztlich um dem Wunsch *Piätschs* nach einer Freistellung von den für alle geltenden Regeln nachzukommen, wäre die Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ermessensfehlerhaft. Genau so ist es hier, so dass die Rücknahme aus den Gründen, aus denen sie hier erfolgen soll, nicht dem Zweck der Ermessensermächtigung des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG entspräche und deshalb nach § 40 VwVfG rechtswidrig wäre.

### 3. Ergebnis zu II

Da eine Rücknahme nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG nicht aus Gründen erfolgen soll, zu denen der Behörde das Rücknahmeermessen eingeräumt wird, wäre eine dennoch getroffene Rücknahmeentscheidung rechtswidrig, so dass eine Aufhebung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG vorliegend nicht in Betracht kommt.

### III. Möglichkeit der Aufhebung der Beseitigungsverfügung nach § 49 Abs. 1 VwVfG

Jedoch könnte auch ein Widerruf nach § 49 Abs. 1 VwVfG in Betracht kommen. Allerdings ist fraglich, ob diese Vorschrift überhaupt Anwendung finden kann, da es sich bei der Beseitigungsverfügung - wie oben (B II 1) dargestellt - um eine (wenn auch nur formell) **rechtswidrige** Beseitigungsverfügung handelt, § 49 Abs. 1 VwVfG jedoch nur den Widerruf rechtmäßiger nicht begünstigender Verwaltungsakte ausdrücklich zulässt. Allerdings ist weitgehend anerkannt, dass rechtswidrige Verwaltungsakte **erst recht** auch nach § 49 Abs. 1 VwVfG mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden können, da dort, wo der rechtmäßige Verwaltungsakt widerrufen werden kann, der rechtswidrige keinen Schutz vor Aufhebung verdient.<sup>31</sup> Dies führt dazu, dass die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes letztlich kein eigenständiges

<sup>31</sup> BVerwG NVwZ 1987, 498; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 49 Rn. 6; anders *Ehlers*, *GewArch* 1999, 305, 312.

Tatbestandsmerkmal des § 49 VwVfG mehr ist.

### 1. Vorliegen von Widerrufs ausschlussgründen

Einem Widerruf der Beseitigungsverfügung stände zunächst nicht die Widerrufs schranke des § 49 Abs. 1 Halbsatz 2 Alt. 1 VwVfG entgegen: Ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts müsste nicht sofort wieder neu erlassen werden, da § 79 S. 1 BauO Bln der Bauaufsichtsbehörde Ermessen einräumt und es auch Gründe geben kann, von einem bauaufsichtsrechtlichen Einschreiten gegenüber *Piätsch* abzusehen, die nicht ermessensfehlerhaft sind.<sup>32</sup>

Jedoch könnte ein Widerruf aus anderen Gründen und damit nach § 49 Abs. 1 Halbsatz 2 Alt. 2 VwVfG unzulässig sein: *Gemütlich* ist mit der Abrissverfügung der für die Bauaufsichtsbehörde verbindlichen Weisung der obersten Bauaufsichtsbehörde nachgekommen, härter gegen illegale Bauten im Außenbereich vorzugehen. Teilweise wird auch angenommen, dass der bewusst weit gefasste § 49 Abs. 1 Halbsatz 2 Alt. 2 VwVfG auch Aufhebungsverbote durch Verwaltungsvorschriften erfasst. Folgt man dem (so *Sachs*, in: [Stelkens/Bonk/Sachs](#), § 49 Rn. 25 f.), wäre daher ein Widerruf schon deshalb unzulässig, da die Aufhebung einer bereits erlassenen Abrissverfügung nur deshalb, weil der Betroffene eine "wichtige Persönlichkeit ist", dieser Weisung sicherlich widerspricht.

### 2. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

Letztlich kann die Frage, ob ein Widerruf bereits nach § 49 Abs. 1 Halbsatz 2 Alt. 2 VwVfG ausgeschlossen ist, hier jedoch dahinstehen, wenn dieser Widerruf nicht ermessensgerecht erfolgen könnte. Auch der Widerruf nicht belastender Verwaltungsakte steht im Ermessen der Behörde, so dass auch hier der Widerruf nur rechtmäßig ist, wenn die Entscheidung über den Widerruf nach § 40 VwVfG entsprechend dem Zweck der Ermächtigung getroffen wird. **Zweck der Ermächtigung** des § 49 Abs. 1 VwVfG ist, der Behörde die Möglichkeit zu geben, einen Verwaltungsakt, an dessen Durchsetzung sie kein Interesse mehr hat, (auch) im Interesse des Belasteten zu beseitigen. Damit ist es von vornherein nicht vom Zweck der Bestimmung gedeckt, einen Verwaltungsakt, an dessen Aufrechterhaltung nach wie vor ein öffentliches Interesse besteht, nur deshalb zu widerrufen, weil man eine "wichtige Persönlichkeit" aus politischen Gründen nicht verärgern will. Da andere Gründe, die einen Widerruf hier rechtfertigen könnten, nicht ersichtlich sind, kann er aus den Gründen, wegen derer er hier erfolgen soll, nicht ausgesprochen werden. Ein dennoch ausgesprochener Widerruf entspräche nicht dem Zweck der Ermessensermächtigung des § 49 Abs. 1 Satz 1 VwVfG und wäre deshalb nach § 40 VwVfG rechtswidrig.

### 3. Ergebnis zu III

Da eine Rücknahme nach § 49 Abs. 1 VwVfG nicht aus Gründen erfolgen soll, zu denen der Behörde das Widerrufsermessen eingeräumt wird, wäre eine dennoch getroffene Widerrufsentscheidung rechtswidrig, so dass eine Aufhebung nach § 49 Abs. 1 VwVfG vorliegend nicht in Betracht kommt.

<sup>32</sup> Vgl. *Sachs*, in: [Stelkens/Bonk/Sachs](#), § 49 Rn. 22 f.



#### IV. Ergebnis zu B

Da die Voraussetzung für eine Aufhebung der Beseitigungsverfügung nach den §§ 48 ff. VwVfG nicht vorliegen, wäre eine dennoch ausgesprochene Aufhebung rechtswidrig.

#### C) Gesamtergebnis

Da *Gemütlich* als Beamter nach § 36 Abs. 1 BeamtStG für die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen grundsätzlich auch dann verantwortlich ist, wenn sie auf Weisung seines Vorgesetzten erfolgen, muss er das Verfahren nach § 36 Abs. 2 BeamtStG durchführen, um sich von dieser Verantwortung zu befreien. Andernfalls besteht das Risiko einer disziplinarrechtlichen oder auch haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit.

*Siehe hierzu BVerfG, 1 BvR 1860/02 v. 2.9.2004 = NVwZ 2005, 203 f.; BVerwG, NVwZ-RR 1992, 360; VGH Kassel, 4 B 2166/08 v. 28. 1. 2009 = LKRZ 2009, 260 ff.; VGH München BayVBl. 1998, 695 f.; VGH München BayVBl. 2006, 220, 221; Fischer, NVwZ 2004, 1057 ff.*

Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfälle.de](mailto:info@hauptstadtfälle.de)