

Wahlverwandtschaften Kurzlösung

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

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

A) Verbindlichkeit der in dem Schreiben getroffenen Regelung

Verbindlichkeit (+), wenn es sich hierbei um eine wirksame Zusicherung i.S. des § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln handelt

I. Vorliegen einer Zusicherung

Zusicherung ist gem. § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG die Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder nicht zu erlassen.

1. Vorliegen einer Zusage?

Gemeint ist eine einseitige Selbstverpflichtung einer Behörde zu einem späteren Tun oder Unterlassen gegenüber einem bestimmten Erklärungsempfänger.

--> entscheidend ist der **Bindungswille** der Behörde

a) Handeln einer Behörde

(+), da *Folltoll* hier als *Bezirksstadtrat* und *Leiter der Bauaufsichtsbehörde Reinickendorf* handelte

b) Vorliegen eines Bindungswillens

Schreiben ist auszulegen:

maßgeblich ist insoweit nach 133 BGB analog der **erklärte Wille**, wie ihn der Betroffene von seinem Standpunkt aus bei verständiger Würdigung verstehen musste.

Hier kann **aufgrund der gesamten Umstände** nicht davon ausgegangen werden, dass *Folltoll* nur einen unverbindlichen Hinweis über das weitere Vorgehen der Behörde abgeben wollte.

Dafür spricht,

· dass dieses Schreiben als Reaktion darauf ergangen ist, dass *Dörfle* die Erklärung der Absicht seitens der Behörde, nicht bauaufsichtsrechtlich einzuschreiten, "schriftlich" haben wollte, wobei "Schriftlichkeit" bei juristischen Laien oftmals mit

"Verbindlichkeit" gleichgesetzt wird,

· und dass das mit dem Schreiben erkennbar verfolgte Ziel, für *Dörfle* zum Schutz seiner Vermögenswerte Rechtssicherheit zu schaffen, nur erreicht werden kann, wenn man von einer Verbindlichkeit der dort getroffenen Regelung ausgeht.

Ergebnis: Zusage i.S. des § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG (+)

2. Vorliegen einer auf Erlass oder auf Unterlassung eines bestimmten Verwaltungsaktes gerichteten Zusage

Zusage muss darauf gerichtet sein, später einen **bestimmten** Verwaltungsakt zu erlassen oder zu unterlassen

Hier: Unterlassung einer Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln

3. Ergebnis zu I

Zusicherung i.S. des § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG (+)

II. Wirksamkeit der Zusicherung

(+), wenn die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Zusicherung vorliegen (1 und 2), wenn die Zusicherung nicht nach § 38 Abs. 2 i. V. m. § 44 VwVfG nichtig ist (3) und wenn die Zusicherung nicht nach § 38 Abs. 3 VwVfG mittlerweile unwirksam geworden ist (4).

1. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen (§ 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG)

§ 38 VwVfG enthält keine Regelung, die abschließend die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Zusicherung aufzählt, vielmehr werden in § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG sowie in § 38 Abs. 2 i.V.m. § 44 VwVfG nur einzelne Unwirksamkeitsgründe aufgezählt. Jedoch könnte insoweit auf § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zurückgegriffen werden,

Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass es sich bei einer Zusicherung selbst um einen **Verwaltungsakt** i.S. des § 35 VwVfG handelt.

Dagegen spricht

- der Gesetzgeber hat in § 38 Abs. 2 VwVfG ausdrücklich nur eine "entsprechende" Anwendung einzelner auf den Verwaltungsakt anzuwendender Normen anordnet
- Außerdem: Zusicherung soll keine Regelung enthalten, sondern nur in Aussicht stellen

Dafür spricht:

- Zusicherung begründet einen Anspruch (Anwartschaft) auf eine solche spätere Regelung oder das Unterlassen einer solchen Regelung und stellt deshalb selbst eine Regelung dar
- Ausweislich der Gesetzesbegründung wollte der Gesetzgeber mit dieser Regelung



den Streit über die Rechtsnatur der Zusicherung gerade nicht entscheiden, sondern lediglich klarstellen, dass zumindest die in § 38 Abs. 2 VwVfG genannten Vorschriften auch für die Zusicherung gelten.

--> mit der h.M. VA-Qualität (+)

nach dem SV ist davon auszugehen, dass die Zusicherung Dörfle nach § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde

--> Wirksamkeit (+)

2. Besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für Zusicherungen (§ 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG)

a) Schriftform

(+)

b) Handeln der zuständigen Behörde

Zuständig i.S.d. § 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ist die Behörde, die für den Erlass des zugesicherten Verwaltungsaktes (d.h der Beseitigungsverfügung) sachlich und örtlich zuständig ist

Diesachliche Zuständigkeit ergibt sich insoweit aus § 58 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln, § 4 Abs.2 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG; Bauaufsichtsbehörde

Die **örtliche** Zuständigkeit; § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG.

--> (+)

im Ergebnis: Wirksamkeit (+)

3. Nichtigkeit der Zusicherung (§ 38 Abs. 2 i. V. m. § 44 VwVfG)

a) Nichtigkeit wegen formeller Rechtswidrigkeit der Zusicherung

Verstoß gegen § 20 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG? (+), wenn *Folltoll* als Angehöriger eines am Verwaltungsverfahren Beteiligten anzusehen wäre

Dörfle war nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG Beteiligter.

Folltoll ist als Ehepartner der Tochter *Dörfles* nach §§ 1589, 1590 BGB mit *Dörfle* in gerader Linie verschwägert, war folglich Angehöriger i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 3 VwVfG



Diese Rechtswidrigkeit führt aber gem. § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes

b) Nichtigkeit wegen materieller Rechtswidrigkeit der Zusicherung

Nach SV lagen die Voraussetzungen für den Erlass einer Beseitigungsverfügung vor.

--> § 79 S. 1 BauO Bln ist aber Ermessensnorm, die Zusicherung wäre damit nur dann rechtswidrig, wenn ihre Erteilung auf einem Ermessensfehler i.S.d. § 40 VwVfG beruht

Ermessen müsste entsprechend dem **Zweck der Ermächtigung** ausgeübt worden sein (§ 40 Alt. 1 VwVfG).

--> es kann grundsätzlich nicht als ermessensfehlerhaft angesehen werden, wenn die Anordnung einer Beseitigungsverfügung u. a. auch deshalb unterlassen wird, weil Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dem Baurecht entsprechende Zustände in Zukunft hergestellt werden. § 79 S. 1 BauO Bln geht hiervon sogar ausdrücklich aus, wenn er eine Beseitigungsverfügung nur zulässt, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Aber: solche Erwägungen waren nicht ausschließlich für die Erteilung der Zusicherung durch *Folltoll* maßgeblich

--> vielmehr ist erkennbar Motiv auch die verwandtschaftliche und persönliche Verbundenheit *Folltolls* mit *Dörfle* gewesen. § 79 S. 1 BauO Bln räumt aber der Bauaufsichtsbehörde nicht Ermessen ein, um ihr "Günstlingswirtschaft" zu ermöglichen.

--> Zusicherung ist ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig

aber auch nichtig?

Da keiner der speziellen Nichtigkeitsgründe des § 44 Abs. 2 VwVfG einschlägig ist, kommt dies nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen der **Generalklausel** des § 44 Abs. 1 VwVfG vorliegen. Der Fehler müsste also besonders schwer und offenkundig sein.

ein Vergleich mit § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 VwVfG zeigt, dass das VwVfG davon ausgeht, dass selbst ein durch arglistige Täuschung, Drohung und Bestechung erwirkter Verwaltungsakt (wohl wegen fehlender Offenkundigkeit) nicht ohne weiteres nichtig ist.

auch die Wertung des § 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG deutet darauf hin, dass das VwVfG Fehler, welche durch Verwandtschaftsbeziehungen entstehen, jedenfalls nicht grundsätzlich für "offenkundig" und besonders schwerwiegend hält.

--> Da die getroffene Regelung auch inhaltlich kaum zu beanstanden gewesen wäre, wäre sie nicht aus sachfremden Motiven erlassen worden, kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass der Ermessensfehler i.S. des § 44 Abs. 1 VwVfG besonders schwerwiegend und offenkundig ist.



c) Ergebnis zu 3

Die Zusicherung ist somit nicht nach § 38 Abs. 2 i. V. m. § 44 VwVfG wegen Nichtigkeit unwirksam (§ 43 Abs. 3 VwVfG).

4. Unwirksamkeit der Zusicherung wegen geänderter Verhältnisse (§ 38 Abs. 3 VwVfG)

als Änderung der Sach- und Rechtslage kommt hier das Rundschreiben der Senatsverwaltung für Inneres als Bezirksaufsichtsbehörde in Betracht

--> die Senatsverwaltung hat jedoch nur die Rechtsaufsicht, nicht jedoch die Fachaufsicht inne. § 79 BauO Bln ist eine Ermessensnorm, die Senatsverwaltung kann den Bezirken keinerlei Vorgaben machen, so dass die Sach- und Rechtslage sich gar nicht geändert hat.

--> Die Zusicherung ist damit auch nicht nach § 38 Abs. 3 VwVfG unwirksam geworden.

5. Ergebnis zu II

Die von *Folltoll* wirksam erlassene Zusicherung ist auch noch weiterhin wirksam.

III. Ergebnis zu A

die Bauaufsichtsbehörde Reinickendorf ist an die wirksame Zusicherung gebunden

B) Möglichkeiten, sich von der in dem Schreiben getroffenen Regelung loszusagen

Nach § 38 Abs. 2 VwVfG dann möglich, wenn die Voraussetzungen für Aufhebung der Zusicherung nach § 48 oder § 49 VwVfG vorlägen.

Zuständig für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ist die Behörde, die für den Erlass des aufzuhebenden Verwaltungsaktes jetzt zuständig wäre. Das ist weiterhin das Bezirksamt Reinickendorf.

I. Entschädigungslose Rücknehmbarkeit nach § 38 Abs. 2 i. V. m. 48 VwVfG

Zusicherung ist ein *i.S.d.* § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG begünstigende Maßnahme; Rücknahme ist nur unter den Voraussetzungen der § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG zulässig.

§ 48 Abs. 2 VwVfG (-), also § 48 Abs. 3 VwVfG

(+), wenn *Dörfle* auf den Bestand der Zusicherung vertraut hätte, er aufgrund dieses Vertrauens einen Vermögensnachteil erleidet und dieses Vertrauen schutzwürdig wäre.



- *Dörfle* hat auf den Bestand der Zusicherung **vertraut** hat, da er zunächst einmal Hähnchenfutter bestellt hat
- Hieraus ergibt sich auch, dass *Dörfle* einen **Vermögensnachteil** erleiden würde, wenn die Zusicherung aufgehoben würde, da er ohne Masthähnchen das Masthähnchenfutter nicht ohne weiteres verwerten könnte und im Zweifel zu einem geringeren Preis wieder verkaufen müsste.
- Allerdings: nach **§ 48 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 VwVfG** ist das Vertrauen in der Regel nicht schutzwürdig, wenn der Betroffene die Rechtswidrigkeit der Zusicherung kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

--> hier kannte *Dörfle* das Verwandtschaftsverhältnis, so dass zumindest grob fahrlässige Unkenntnis vorlag

i.E.: Behörde kann Zusicherung zurücknehmen

II. Entschädigungsloser Widerruf nach § 38 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 2 VwVfG

Zwar ist Zusicherung rechtswidrig und nicht rechtmäßig (Tatbestandsvoraussetzung des § 49 VwVfG), allerdings ist anerkannt, dass rechtswidrige VAs erst recht nach § 49 VwVfG zurückgenommen werden können.

Insoweit ist jedoch hier ein Rückgriff auf § 49 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 ausgeschlossen, da § 38 Abs. 3 VwVfG letztlich denselben Tatbestand regelt und insoweit den allgemeineren Widerrufsbestimmungen vorgeht, wie der klarstellende Zusatz in § 38 Abs. 2 VwVfG ("unbeschadet des Absatzes 3") zeigt.

auch die Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG sind hier nicht gegeben, da "schwere Nachteile für das Gemeinwohl" bei Aufrechterhaltung der Zusicherung nicht zu erkennen sind.

III. Ergebnis zu B

Das Bezirksamt Reinickendorf **kann sich somit vorliegend durch Rücknahme der Zusicherung nach § 38 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG** von der in dem Schreiben getroffenen Regelung lossagen, ohne eine Entschädigung leisten zu müssen.

C) Gesamtergebnis

Die in dem Schreiben getroffene Regelung ist für die **Bauaufsichtsbehörde Reinickendorf** zwar zunächst verbindlich, da sie eine wirksame Zusicherung i.S.d. **§ 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG** darstellt; jedoch kann Folgtoll ihre Wirksamkeit durch Aufhebung der Zusicherung nach § 38 Abs. 2 i.V.m. § 48 Abs. 3 VwVfG beseitigen (§ 43 Abs. 2 VwVfG), ohne hierfür eine Entschädigung leisten zu müssen.

Fragen und Anregungen zur Lösung? info@hauptstadtfaelle.de