

Scheunenabbruch Lösungsvorschlag

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

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

Die Klage *Rita Rüstigs* vor dem Verwaltungsgericht hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO erfüllt sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungs Voraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe diesen Hinweis.

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt. Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die für die Streitentscheidung maßgebliche Norm dem öffentlichen Recht angehört. Bei dem Kostenbescheid handelt es sich um eine Maßnahme im Rahmen eines Verwaltungsvollstreckungsverfahrens. Streitentscheidend sind somit Normen des Verwaltungsvollstreckungsrechts. Dies gehört zum öffentlichen Recht, da es nur Träger der öffentlichen Gewalt berechtigt und verpflichtet (vgl. § 5 Abs. 2 Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung). Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). *Rita Rüstig* hat Klage "gegen das Schreiben vom 16. Oktober" erhoben, weil sie die dort verlangten 12.047,40 Euro nicht zahlen will. Dieses Begehren könnte mit der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erfüllt werden, womit die Aufhebung eines Verwaltungsakts erreicht werden kann, so dass die Zahlungsverpflichtung entfielen. Bei dem Kostenbescheid handelt es sich auch um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG. Damit ist die Anfechtungsklage die richtige Klageart.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)



Die Anfechtungsklage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn *Rita Rüstig* geltend machen kann, durch den Kostenbescheid möglicherweise in ihren Rechten verletzt zu sein. *Rita Rüstig* wendet sich gegen einen sie belastenden Verwaltungsakt. Eine belastende Maßnahme greift stets in Grundrechte des Adressaten, zumindest in Art. 2 Abs. 1 GG ein.

Anmerkung: Siehe zu dieser Adressatentheorie diesen Hinweis.

Rechte der *Rita Rüstig* sind somit verletzt, wenn der Bescheid rechtswidrig ist. Dies ist nicht von vornherein ausgeschlossen. *Rita Rüstig* ist somit klagebefugt.

IV. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als den Behördenträger zu richten.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO diesen Hinweis.

V. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Die Klägerin ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO.

VI. Prozessfähigkeit (§ 62 VwGO)

Rüstig ist gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 Abs. 3 VwGO ein Vertreter.

VII. Ergebnis zu A

Da auch das **Vorverfahren** gemäß §§ 68 ff. VwGO form- und fristgerecht durchgeführt und die **Klagefrist** nach § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO eingehalten wurde, ist die Klage insgesamt zulässig.

B) Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der Bescheid rechtswidrig ist und *Rita Rüstig* dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Da sich Frau *Rüstig* gegen einen an sie gerichteten, sie belastenden Verwaltungsakt wendet, ergäbe sich die Rechtsverletzung, sollte der Verwaltungsakt rechtswidrig sein, zumindest aus Art. 2 Abs. 1 GG. Daher ist hier nur die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu untersuchen.

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

In dem Bescheid wird *Rita Rüstig* zur Zahlung von 12.047,40 Euro aufgefordert. Dieser Betrag besteht einerseits aus einem Zwangsgeld in Höhe von 250,- Euro, das nach Ansicht des der Bezirksstadträtin für Bauwesen, die nach § 38 Abs. 2 BzVwG



im Namen des Bezirksamts handelt, von *Rudolf Rüstig* verwirkt worden und dessen Festsetzung bestandskräftig geworden sei. *Rita Rüstig* soll insofern als Rechtsnachfolgerin in Anspruch genommen werden. Andererseits wird die Erstattung der Kosten für eine Ersatzvornahme in Höhe von 11.797,40 Euro verlangt. Der Bescheid enthält also zwei unterschiedliche Regelungen. Da sich die Rechtmäßigkeit dieser Regelungen nach verschiedenen Normen richtet, sind sie getrennt zu untersuchen.

Anmerkung: Siehe zur Auslegung eines Bescheides diesen Hinweis und zum Aufbau auch diesen Hinweis.

I. Rechtmäßigkeit der Aufforderung zur Zahlung des Zwangsgeldes

Die Aufforderung zur Zahlung des Zwangsgeldes kann nur rechtmäßig sein, wenn *Rita Rüstig* zur Zahlung verpflichtet ist. Eine Zahlungsverpflichtung *Rita Rüstigs* besteht, wenn *Rudolf Rüstig* seinerseits zur Zahlung des Zwangsgeldes verpflichtet war und diese Verpflichtung gemäß § 1967 BGB auf *Rita Rüstig* als Alleinerbin übergegangen ist.

Eine Pflicht *Rudolf Rüstigs* zur Zahlung des Zwangsgeldes könnte sich aus § 5a Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung i.V.m. § 11 VwVG des Bundes¹ ergeben. Diese Vorschrift regelt, wann ein festgesetztes Zwangsgeld wirksam wird, d.h. wann die festsetzende Körperschaft vom Adressaten der Zwangsgeldfestsetzung Zahlung verlangen kann. Das Zahlungsverlangen ist somit rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen des § 11 VwVG vorliegen.

Danach muss eine vertretbare Handlung vorliegen, zudem muss die Ersatzvornahme untunlich sein.

Eine vertretbare Handlung ist jede Handlung, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (Legaldefinition des § 10 VwVG). Der Abbruch der Scheune ist eine vertretbare Handlung.

Untunlich ist die Ersatzvornahme – also die Vornahme der Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Pflichtigen – insbesondere dann, wenn der Pflichtige außerstande ist, die Kosten zu tragen (§ 11 Abs. 1 S. 2 VwVG) oder auch dann, wenn die Selbstvornahme geeigneter ist.² Mangels Hinweisen im Sachverhalt, dass die *Rüstigs* unter Geldnot leiden und angesichts der Schwierigkeit der Aufgabe einer Beseitigung – gerade in aufgrund des Alters von *Rüstig* – ist die Ersatzvornahme keineswegs untunlich. Damit war die Androhung des Zwangsgeldes rechtswidrig.

Die Geltendmachung der Zwangsgeldverpflichtung gegenüber *Rita Rüstig* ist somit rechtswidrig.

II. Rechtmäßigkeit der Aufforderung zur Zahlung der Kosten für die Ersatzvornahme

¹ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

² Sadler, VwVG, VwZG, Kommentar, 6. Aufl. 2006, § 11, Rn. 6.



Die Aufforderung zur Erstattung der Kosten ist rechtmäßig, wenn Rita Rüstig zur Zahlung dieser Kosten verpflichtet ist und diese Verpflichtung durch Verwaltungsakt festgesetzt werden kann. Nach dem Sachverhalt setzt die Bezirksstadträtin Koslowsky hier die 11.797,40 Euro "als Kosten der Ersatzvornahme" fest. Eine Verpflichtung zum Ersatz der 11.797,40 Euro könnte sich aus § 10 VwVG ergeben. Nach § 10 VwVG kann die Vollstreckungsbehörde, wenn die Verpflichtung zu einer vertretbaren Handlung nicht erfüllt wird, die Handlung auf Kosten des Pflichtigen vornehmen oder vornehmen lassen. Koslowsky hatte ein Abbruchunternehmen beauftragt, die Scheune abzureißen. Die entstandenen Auslagen fallen nach § 10 VwVG dem Pflichtigen zur Last.³

1. Formelle Voraussetzungen

Die **Zuständigkeit** der Bezirksstadträtin Koslowsky zur Festsetzung des Kostenersatzverpflichtung ergibt sich aus § 7 VwVG i.V.m. § 79 S. 1 BauO Bln, § 58 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG. Das **Verwaltungsverfahren** nach den §§ 9 ff. VwVfG wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

2. Möglichkeit der Kostenfestsetzung durch Verwaltungsakt

Fraglich ist allerdings bereits, ob eine Zahlungsverpflichtung nach § 10 VwVG durch Verwaltungsakt festgesetzt werden kann.

Anmerkung: Siehe zum hiermit angesprochenen Problem der "Verwaltungsaktbefugnis" und wo sie zu prüfen ist diesen Hinweis.

Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Festsetzung von Zahlungsverpflichtungen nach § 10 VwVG durch Verwaltungsakt fehlt. Jedoch könnte sich aus dem Gesamtzusammenhang, in dem die Verpflichtung zum Kostenersatz geregelt ist, ergeben, dass diese durch Verwaltungsakt festgesetzt werden darf und nicht von der Vollstreckungsbehörde im Wege der Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht eingeklagt werden muss. Wird nach den Vorschriften des VwVG vollstreckt, so wird eine Pflicht durchgesetzt, die durch Verwaltungsakt festgesetzt werden darf. Nimmt die Behörde die Handlung im Wege der Ersatzvornahme selbst vor, so wandelt sich die ursprüngliche Handlungspflicht in eine Kostenersatzpflicht. Die Geltendmachung der Kosten für die Ersatzvornahme stellt sich dann als eine "Abwicklung" oder "Kehrseite" der Befugnis dar, die Handlung vom Pflichtigen selbst zu fordern. Daher ist anzunehmen, dass sich aus der Befugnis, die vollstreckte Maßnahme durch Verwaltungsakt festzusetzen, auch die Befugnis ergibt, die Kosten der Vollstreckung durch Verwaltungsakt festzusetzen.⁴

Eine etwaige Verpflichtung zum Kostenersatz nach §§ 10 VwVG darf somit durch Verwaltungsakt durchgesetzt werden.

³ Es bedarf somit keines Umwegs über andere Normen, etwa § 19 VwVG, OVG Berlin, NVwZ-RR 1995, 575, 576; OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 156.

⁴ Vgl. die ähnliche Überlegung bei *Osterloh*, JuS 1983, 280, 285.

3. Bestehen einer Kostenersatzverpflichtung

Voraussetzung für eine Festsetzung der Kostenersatzverpflichtung zu Lasten der *Rita Rüstig* ist jedoch, dass sie Pflichtige im Sinne von § 10 VwVG ist.

Notwendig ist also, dass die allgemeinen Voraussetzungen für den Verwaltungszwang und die besonderen Voraussetzungen für die Ersatzvornahme gerade gegenüber *Rita Rüstig* vorgelegen haben, als die Beseitigung der Scheune angeordnet wurde.

a) Allgemeine Voraussetzungen für den Verwaltungszwang (§ 6 Abs. 1 VwVG)

Voraussetzung für die Anwendung von Verwaltungszwang ist zunächst das Vorliegen einer Vollstreckungsgrundlage nach § 9 Abs. 1 lit. a), § 6 VwVG. Ein Verwaltungsakt, der nach § 9 Abs. 1 lit. a), § 6 VwVG Voraussetzung für den Verwaltungszwang gegenüber *Rita Rüstig* wäre, liegt nicht vor. *Rita Rüstig* wurde selbst nie zur Beseitigung der Scheune aufgefordert.

Die gegenüber *Rudolf Rüstig* erlassene Beseitigungsverfügung kommt als Grundverwaltungsakt in Betracht, da nach § 58 Abs. 2 BauO Bln bauaufsichtliche Verfügungen auch gegenüber dem Rechtsnachfolger gelten. *Voraussetzung für das Bestehen einer solchen Schuld ist aber, dass der Grundverwaltungsakt Rudolf Rüstig gegenüber wirksam geworden ist.*

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

Nach § 43 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln⁵ wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, indem er ihm bekannt gegeben wird. Wie ein Verwaltungsakt bekannt zu geben ist, ist in § 41 VwVfG geregelt. Die Vorschrift des § 41 VwVfG findet jedoch keine Anwendung, wenn der Verwaltungsakt durch Zustellung bekannt gegeben wird (§ 41 Abs. 5 VwVfG). Wie die Zustellung von Berliner Behörden durchzuführen ist, bestimmt sich nach § 5 Abs. 1 Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung, der insoweit jedoch pauschal auf das **VwZG des Bundes** vom 3. Juli 1952 in der jeweils geltenden Fassung verweist. Gemäß § 5 Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung i.V.m. § 1 Abs. 2 VwZG⁶ wird dementsprechend zugestellt, wenn dies - wie hier - durch behördliche Anordnung bestimmt ist oder - ebenfalls wie hier (§ 13 Abs. 7 VwVG) - gesetzlich vorgeschrieben ist. Somit ist zu untersuchen, ob die Beseitigungsverfügung nach den Vorschriften des VwZG als zugestellt und damit als bekannt gegeben anzusehen ist, wovon die für die Bezirksstadträtin für Bauwesen jedenfalls ausgegangen ist.

aa) Vorliegen der formellen Zustellungsvoraussetzungen?

⁵ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

⁶ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

Nach **§ 5 Abs. 1 VwZG** besteht die Zustellung in der **Bekanntgabe eines schriftlichen oder elektronischen Dokuments** durch die Post oder die Behörde (§ 5 Abs. 2 VwZG). Ob die Zustellung durch die Post oder die Behörde erfolgt, liegt nach § 5 Abs. 2 VwZG im Ermessen der Behörde. Hier wurde der Bescheid (Dokument) durch *Koslowsky* an *Rita Rüstig* übergeben, so dass eindeutig die Zustellung durch die Behörde gewählt wurde. Jedoch ist fraglich, ob es für die Zustellung eines Bescheides an den Adressaten *Rudolf Rüstig* ausreicht, wenn der Bescheid an *Rita Rüstig* übergeben wurde. Nach § 5 Abs. 1 VwZG hat bei Zustellung durch die Behörde der zustellende Bedienstete das Dokument dem Empfänger auszuhändigen. Der Bescheid war an *Rudolf Rüstig* gerichtet und adressiert und hätte folglich ihm ausgehändigt werden müssen.

Die **Zustellung an Rita Rüstig** könnte jedoch die **Zustellung an Rudolf Rüstig ersetzen**, wenn die Voraussetzungen einer Ersatzzustellung i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. m. § 178 ZPO vorlägen. Wird die Person, der zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, kann nach § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO das Schriftstück in der Wohnung einem erwachsenen Familienangehörigen - wozu die Ehefrau zählt - zugestellt werden. Grundsätzlich spricht man von "nicht antreffen", wenn sich der Zustelladressat für das Zustellorgan erkennbar nicht in der Wohnung aufhält oder der Zustellbeamte nicht zu ihm gelassen wird.⁷ Hier war *Rudolf Rüstig* jedoch anwesend, wenn auch bewusstlos. Eine Ersatzzustellung nach § 5 Abs. 2 Satz 1 VwZG i. V. m. § 178 ZPO müsste daher zulässig sein, wenn der Adressat zwar anwesend, aber nicht handlungsfähig ist, eine Übergabe an ihn also unmöglich ist. Für eine solche Auslegung sprechen Sinn und Zweck der Vorschrift, die eine Zustellung trotz Abwesenheit des Empfängers ermöglichen soll. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Übergabe direkt an den Empfänger unmöglich ist, weil er nicht anwesend ist oder weil er zur Zeit "geistig" abwesend ist. Da *Rudolf Rüstig* zum Zeitpunkt der Zustellung des Bescheides noch lebte, aber bewusstlos und damit ein Verhandeln mit ihm unmöglich war, muss er somit als nicht angetroffen gelten. *Koslowsky* konnte daher *Rita Rüstig* den Bescheid übergeben. Mit der Übergabe des Schriftstücks ist die Zustellung an *Rudolf Rüstig* erfolgt und der zugestellte Verwaltungsakt i.S.d. § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG bekannt gegeben. Auf eine spätere Kenntnisnahme des Empfängers kommt es bei der Bekanntgabe durch Zustellung nicht an. Die Zustellung ist eine besondere Bekanntgabeform.⁸

bb) Rudolf Rüstig als richtiger Bekanntgabeadressat?

Der Verwaltungsakt ist aber nur dann wirksam zugestellt, wenn *Rudolf Rüstig* auch dessen **richtiger Empfänger** (sog. Bekanntgabeadressat⁹) war.

Anmerkung: Diese Frage hätte auch zuerst geprüft werden können, so dass es gegebenenfalls dann auf die Frage der Ersatzzustellung gar nicht mehr angekommen wäre. Falsch ist es jedenfalls, eine Heilung des Verstoßes gegen § 8 Abs. 1 VwZG dadurch anzunehmen, dass hier eine wirksame Ersatzzustellung nach § 11 VwZG

⁷ BVerwG NJW 1962, 70.

⁸ *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 41 Rn. 17, 204.

⁹ Vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 37 Rn. 19, § 41 Rn. 25.

vorliegt. § 11 VwZG soll nur den Zugriff auf den Empfänger ermöglichen, nicht seine Geschäftsfähigkeit ersetzen.

Hier könnte die Zustellung wegen **Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 VwZG** unwirksam sein. Hiernach wäre der Bescheid an seinen gesetzlichen Vertreter zuzustellen gewesen, wenn *Rudolf Rüstig* zum Zeitpunkt der Zustellung geschäftsunfähig gewesen wäre. Die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit bestimmt sich nach § 104 BGB und ist gegeben, wenn sich *Rudolf Rüstig* in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand, sofern der Zustand seiner Natur nach nicht ein vorübergehender war. Ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit lag - bedingt durch die Bewusstlosigkeit - bei *Rudolf Rüstig* vor. *Rudolf Rüstig* befand sich auch schon mehrere Tage im Zustand der dauerhaften Bewusstlosigkeit, mithin war die Störung nicht nur vorübergehender Natur. Er war somit geschäftsunfähig. Der Bescheid hätte daher an seinen gesetzlichen Vertreter zugestellt werden müssen (§ 6 Abs. 1 VwZG), denn *Rudolf Rüstig* war nicht der richtige Adressat des Bescheides. An ihn durfte somit nicht, auch nicht in Form der Ersatzzustellung, zugestellt werden. Eine Heilung nach § 8 VwZG kommt nicht in Betracht, da kein Empfangsberechtigter bestellt war, der den Bescheid hätte erhalten können.

Anmerkung: Eine Umdeutung der Zustellung an *Rudolf Rüstig* in eine Zustellung an *Rita Rüstig* als Vertreterin *Rudolf Rüstigs* (§ 7 Abs. 1 VwZG) scheidet ebenfalls aus, da selbst dann, wenn man eine hier ohnehin fragwürdige Anscheinsvollmacht annehmen würde, *Rita Rüstig* keine schriftliche Vollmacht vorgelegt hat. Ein Ehegatte ist auch nicht regelmäßig gesetzlicher Vertreter des anderen.

cc) Besonderheiten im Gefahrenabwehrrecht?

Jedoch könnte erwogen werden, dass eine Bekanntgabe bzw. Zustellung an einen Geschäftsunfähigen - entgegen dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 VwZG - dann möglich sein muss, wenn es sich um einen **Verwaltungsakt zum Zwecke der Gefahrenabwehr** handelt. Es könnte ein Bedürfnis bestehen, auch gegenüber geschäftsunfähigen Störern durch Verwaltungsakt handeln zu können. Dies wird aber generell durch § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG (und speziell durch § 6 Abs. 1 VwZG für die Zustellung) ausgeschlossen: Hiernach können Geschäftsunfähige keine wirksamen Verfahrenshandlungen vornehmen und sind somit im Verwaltungsverfahren nicht handlungsfähig. Im Regelfall führt dieser Ausschluss der Handlungsfähigkeit Geschäftsunfähiger auch zu keinen unüberwindbaren Problemen - selbst dann nicht, wenn ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt ist: In diesen Fällen besteht für die Behörde die Möglichkeit, nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG durch das Vormundschaftsgericht einen Vertreter für den Handlungsunfähigen bestellen zu lassen. Probleme könnten sich bei Eilbedürftigkeit der Maßnahme allein für den Zeitraum bis zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters ergeben. Hier kann die Behörde jedoch - soweit es wegen Eilbedürftigkeit notwendig ist - den Geschäftsunfähigen als Störer in Anspruch nehmen (Geschäftsfähigkeit ist nicht Voraussetzung der Störereigenschaft) und Maßnahmen *ohne Verwaltungsakt* gegen den Geschäftsunfähigen im Wege des Sofortvollzugs nach § 6 Abs. 2 VwVG erlassen. Bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr eine Ausnahme von § 6 Abs. 1 VwZG, § 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG zuzulassen, erscheint somit als nicht angezeigt.

**dd) Ergebnis zu a)**

Mangels wirksamer Bekanntgabe ist die Beseitigungsverfügung und damit auch die Zwangsgeldfestsetzung gegenüber *Rudolf Rüstig* nicht wirksam geworden. Somit fehlt es an einem Grundverwaltungsakt, der im Wege des Verwaltungszwangs vollstreckt werden könnte.

b) Sofortvollzug/unmittelbare Ausführung

Verwaltungszwang kann jedoch nach auch ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden. Hierbei ist zwischen Sofortvollzug (§ 6 Abs. 2 VwVG) und unmittelbarer Ausführung (§ 15 ASOG) abzugrenzen. Abzustellen ist hierbei nach h.M. auf den Willen des Betroffenen. Da das Verwaltungsvollstreckungsgesetz „Zwangsmittel“ regelt, setzt ihre Anwendung voraus, dass ein entgegenstehender Wille gebrochen wird, so wenn der Pflichtige anwesend ist. Die unmittelbare Ausführung hingegen liegt vor, wenn ein entgegenstehender Wille gar nicht feststellbar ist, so wenn der Pflichtige gar nicht anwesend ist und deshalb von der Maßnahme der Gefahrenabwehrbehörde gar nichts weiß.¹⁰ Hier protestiert Rita Rüstig gegen die Beauftragung des Abbruchunternehmens, so dass der Sofortvollzug gem. § 6 Abs. 2 VwVG einschlägig ist.

Da gerade kein Verwaltungsakt vorliegen muss, bezieht sich hier das Wort "Vollzug" auf den Vollzug eines Gesetzes. Es handelt sich um eine selbständige Zwangsmaßnahme, die ihre Grundlage allein im Gesetz findet. Deren Zulässigkeit setzt voraus, dass vorliegend der sofortige Vollzug (eines Gesetzes) zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr notwendig war und die Behörde hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelte.

aa) Handeln der Bezirksstadträtin "innerhalb ihrer Befugnisse"

Im Rahmen ihrer Befugnisse hätte die Bezirksstadträtin Koslowsky gehandelt, wenn es *Rita Rüstig* zur Beseitigung der Scheune hätte verpflichten können, ein fiktiver Grundverwaltungsakt also rechtmäßig gewesen wäre.

Anmerkung: Siehe zum Aufbau bei der Prüfung polizeirechtlicher Fälle diesen Hinweis.

(1) Zuständigkeit

Das Bezirksamt wäre als Bauaufsichtsbehörde für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 7 VwVG i.V.m. § 79 S. 1 BauO Bln, § 58 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 2 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat ASOG zuständig gewesen.

¹⁰ Denninger, in: Lisen/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, E Rn. 157; Kramer, Hess. Polizei- und Ordnungsrecht, 2004, Rn. 270; Pewestorf, Pewestorf/Söllner/Tölle, S. 185f; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 564; s. aber auch Carsten Kremer, Abschleppen trotz hinterlassener Mobiltelefonnummer?, LKRZ 2008, 156, 158 mwN.; s. ausführlich zu dem Problem Kugelmann, DÖV 1997, 153 ff.

(2) § 79 S. 1 BauO Bln als Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung

Koslowsky könnte nach § 79 S. 1 BauO Bln zum Erlass einer Beseitigungsverfügung ermächtigt gewesen sein. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die Beseitigung der baulichen Anlagen anordnen, die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert wurden, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

- Die Scheune (eine bauliche Anlage i.S.d. § 2 Abs. 1 BauO Bln) hat als Bauwerk auch gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen, stand also in Widerspruch zu solchen Vorschriften: Hier lag ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 BauO Bln vor, nach dem bauliche Anlagen so instand zu halten sind, dass sie die heit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit nicht gefährden. Konkretisiert wird diese Vorschrift durch § 12 Abs. 1 BauO Bln, nach der Gebäude standsicher sein müssen. Da aus der Scheune die Rückwand vollständig herausgebrochen war und damit das Scheunendach abzustürzen drohte, muss Standsicherheit verneint werden. Wenn die Scheune eingestürzt wäre, hätten auch Leib und Leben der auf dem Spielplatz spielenden Kinder ebenso wie von Passanten auf der Straße gefährdet werden können.
- Fraglich ist jedoch, ob die Scheune im Widerspruch zu § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1 BauO Bln **geändert** wurde, wie es der Wortlaut des § 79 S. 1 BauO Bln verlangt (in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften **errichtet** wurde sie jedenfalls nicht). Die Scheune ist hier "von selbst" standsicher geworden, hat sich also "selbst geändert". Zweifelhaft ist, ob eine solche Veränderung des Gebäudes zu einer Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln ermächtigt. Dagegen spricht die Formulierung des § 79 S. 1 BauO Bln nach der jemand aktiv eine Änderung der baulichen Anlage herbeiführen muss; der Fall, dass ein Gebäude verfällt, wird von der Vorschrift nicht umfasst. Dieses Ergebnis wird auch durch die Erwägung gestützt, dass, wenn ein Gebäude verfällt, dies im Regelfall an mangelnder Instandhaltung durch den Gebäudeeigentümer liegt. Die BauO Bln unterscheidet aber durchgehend zwischen Änderung und Instandhaltung/Unterhaltung eines Gebäudes (vgl. § 3 Abs. 1 BauO Bln).

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 79 S. 1 BauO Bln sind somit nicht gegeben. § 79 S. 1 BauO Bln scheidet deshalb als Ermächtigungsgrundlage aus.¹¹

(3) § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln als Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung

Eine Beseitigungsverfügung hätte sich hier aber möglicherweise auf § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln stützen lassen können. Nach § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln haben die Bauaufsichtsbehörden bei der Unterhaltung baulicher Anlagen darüber zu wachen, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften eingehalten werden. In Wahrnehmung dieser Aufgaben haben sie die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

¹¹ So auch Hahn/Radeisen, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 79 Rn. 3.

Die **Tatbestandsvoraussetzungen** dieser Vorschrift liegen hier vor: Ein einsturzgefährdetes Gebäude widerspricht - wie gezeigt - dem materiellen Bauordnungsrecht. Die Bezirksstadträtin als Bauaufsichtsbehörde konnte somit die erforderlichen Maßnahmen treffen. Eine Beseitigungsverfügung in Bezug auf die Scheune wäre auch erforderlich gewesen und ein milderes Mittel, um baurechtmäßige Zustände wieder herzustellen, nicht in Betracht gekommen: Es kann nicht angenommen werden, dass die Gefahr durch Abstütz- oder Absperrmaßnahmen wirksam hätte beseitigt werden können.

§ 79 S. 1 BauO Bln könnte jedoch eine **Spezialvorschrift** darstellen, die die Zulässigkeit von Beseitigungsverfügungen abschließend regelt und damit den Rückgriff auf § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln verbietet. § 79 S. 1 BauO Bln betrifft jedoch nur den Fall, dass ein Bauvorhaben von Anfang an rechtswidrig war. Wird ein Gebäude erst später rechtswidrig, ist kein Grund ersichtlich, warum dann eine Beseitigungsverfügung ausgeschlossen sein sollte. § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln gilt subsidiär für die Fälle, in denen eine spezielle Ermächtigung nicht in Betracht kommt.¹² Zöge man § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln hier nicht subsidiär heran, müsste man ohnehin für den Fall der später eintretenden Rechtswidrigkeit § 79 S. 1 BauO Bln analog heranziehen.

(4) Richtige Abbruchpflichtige

Zutreffend wurde auch *Rita Rüstig* als Abbruchpflichtige herangezogen: Da die Frage, gegen wen eine Maßnahme nach § 58 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln zu richten ist, in der BauO Bln - mit Ausnahme des hier nicht anwendbaren § 53 BauO Bln - nicht geregelt ist, wären insofern entsprechend § 17 Abs. 2 Satz 2 ASOG die allgemeinen Vorschriften der §§ 13 ff. ASOG heranzuziehen gewesen¹³: *Rita Rüstig* ist durch den Erbfall Eigentümerin des Grundstücks geworden (§ 1922 Abs. 1 BGB). Demnach hätte sie nach § 14 Abs. 3 Satz 1 ASOG als Zustandsstörer in Anspruch genommen werden können.

Anmerkung: Die Frage, ob der polizeirechtlich in Anspruch Genommene überhaupt in Anspruch genommen werden **darf**, ist keine Frage des Entschließungs- oder gar des Rechtsfolgeermessens und damit auch keine Frage der Verhältnismäßigkeit. Sie darf auf keinen Fall mit der Frage verwechselt werden, ob die Auswahl zwischen mehreren Pflichtigen ohne Ermessensfehler getroffen wurde (siehe hierzu den Baumfällig-Fall). Auch diese Frage stellt sich nur, wenn mehrere Personen nach den §§ 13 ff. ASOG materiell verpflichtet sind, also überhaupt als Adressaten einer Gefahrenabwehrverfügung in Betracht kommen.

(5) Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG)

§ 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln räumt der Bauaufsichtsbehörde **als Rechtsfolge** in verschiedener Weise Ermessen ein, nämlich sowohl hinsichtlich des "Ob" des Tätigwerdens (Entschließungsermessen), hinsichtlich des Inhalts der Maßnahme (Auswahlermessen hinsichtlich des Mittels) und hinsichtlich des Adressaten der Maß-

¹² So auch Hahn/Radeisen, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 58 Rn. 1.

¹³ Hahn/Radeisen, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 58 Rn. 15.

nahme (Auswahlermessen bezüglich des Störers). Die Bezirksstadträtin für Bauwesen hätte somit nur dann "innerhalb seiner Befugnisse" i.S.d. § 6 Abs. 2 VwVG gehandelt, wenn die fiktive Grundverfügung, die *Rita Rüstig* zum Abbruch des Gebäudes verpflichtet, in jeder Hinsicht ermessensfehlerfrei gewesen wäre, also nicht gegen § 40 VwVfG verstoßen hätte.

- Insofern wäre zunächst nicht zu beanstanden gewesen, dass die Bezirksstadträtin für Bauwesen überhaupt auf der Grundlage des § 58 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln tätig geworden wäre: Angesichts der überragenden Bedeutung von Leib und Leben der auf dem Spielplatz spielenden Kinder und der die Straße benutzenden Passanten (Art. 2 Abs. 2 GG) wird man hier schon fast von einer Pflicht zum Tätigwerden ausgehen müssen. Auch die Auswahl des Mittels - Anordnung des Abbruchs des Hauses - hätte die gesetzlichen Grenzen des Ermessens i.S.d. § 40 VwVfG berücksichtigt, zu denen insbesondere auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. § 11 ASOG) gehört.

Anmerkung: Siehe zum Verhältnismäßigkeitsprinzip diesen Hinweis.

- Die Abbruchsanordnung wäre - wie gezeigt - geeignet und erforderlich, die von der Scheune ausgehende Gefahr für Leib und Leben Dritter abzuwehren, und wäre auch in ihrer Zweck-Mittel-Relation angemessen gewesen; angesichts der überragenden Bedeutung von Leben und Gesundheit muss die durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition *Rita Rüstigs* an einem Erhalt der in ihrem Zustand ohnehin nicht mehr benutzbaren Scheune zurücktreten.

Dementsprechend wäre auch die Ermessensausübung nicht zu beanstanden gewesen.

(6) Ergebnis zu aa

Ein Verwaltungsakt, der *Rita Rüstig* zum Abbruch der Scheune verpflichtet hätte, wäre rechtmäßig gewesen. Die Bezirksstadträtin hat somit i.S.d. § 6 Abs. 2 VwVG innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt, so dass die allgemeinen Voraussetzungen des Verwaltungszwangs hier vorlagen.

bb) Notwendigkeit des sofortigen Vollzugs

Der sofortige Vollzug der Beseitigung müsste nach § 6 Abs. 2 VwVG zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr notwendig gewesen sein.

Eine **unmittelbar drohende Gefahr** besteht, wenn die Störung jederzeit, also auch sogleich eintreten kann. Da die Scheune zum Zeitpunkt der Anordnung des Sofortvollzugs jederzeit einstürzen konnte und Gefahr für Leib und Leben Dritter bestand, ist dies hier gegeben.

Gegen die Zulässigkeit des Sofortvollzugs könnte hier allerdings sprechen, dass im Zeitpunkt der Beauftragung des Abbruchunternehmens bereits etwa zwei Monate seit Entdecken des Schadensfalles vergangen waren. Wenn die Zeit ausreicht, um zunächst eine Verfügung zu erlassen, so ist der Sofortvollzug von Maßnahmen der

Gefahrenabwehr unzulässig. Nach dem Sachverhalt hatte jedoch die Bezirksstadträtin für Bauwesen *Koslowsky*, zwar schon am 2. August Handlungsbedarf erkannt, die Behörde war aber zunächst davon ausgegangen, dass die Durchsetzung einer Beseitigung im normalen Verfahren ausreicht. Am 19. September erfuhr *Koslowsky* jedoch bei einer Ortsbesichtigung mit dem Architekten *Bauklotz*, dass sich der bauliche Zustand seit dem 2. August drastisch verschlechtert hatte, die Scheune jetzt jederzeit einstürzen könne und hierbei Gefahr für Leib und Leben Dritter bestünde. Aufgrund dieser erst jetzt festgestellten Steigerung der Gefährlichkeit entschloss sich die Bezirksstadträtin für Bauwesen, vom regulären Verfahren zum Sofortvollzug überzugehen.¹⁴ Da sie daraufhin umgehend die Beseitigungsmaßnahmen einleitete, war der Sofortvollzug zulässig. Dieser war auch schon deshalb geboten, weil auf *Rita Rüstig* zum Zeitpunkt des Sofortvollzugs nicht zugegriffen werden konnte, da sie sich nicht vor Ort befand.

cc) Ergebnis zu 2

Dementsprechend lagen die Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 6 Abs. 2 VwVG vor. Von einer Androhung des Sofortvollzugs konnte nach § 13 Abs. 1 Satz 1 VwVG abgesehen werden.

4. Besondere Voraussetzungen des § 10 VwVG

Die Ersatzvornahme nach § 10 VwVG setzt voraus, dass eine Verpflichtung zu einer vertretbaren Handlung vorliegt. Wer das Haus abreißt, ist letztlich unerheblich, so dass eine Beseitigungspflicht eine Pflicht zu einer vertretbaren Handlung darstellt. Diese Pflicht wurde - was die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 2 VwVG indiziert - nicht rechtzeitig erfüllt. Zuständig für die Anordnung des Sofortvollzugs ist die Vollstreckungsbehörde. Dies ist nach § 7 Abs. 1 VwVG die Behörde, die den zu vollziehenden Verwaltungsakt erlassen hat. Hier wurde kein Verwaltungsakt erlassen. Im Fall des § 6 Abs. 2 VwVG kann Vollstreckungsbehörde aber entsprechend § 7 Abs. 1 VwVG nur die Behörde sein, die den Verwaltungsakt im normalen Verfahren erlassen hätte. Dies ist hier die Bezirksstadträtin *Koslowsky*. Die besonderen Voraussetzungen des § 10 VwVG liegen somit vor.

5. Ergebnis zu II

Rita Rüstig ist zur Zahlung der Kosten der Ersatzvornahme verpflichtet. Diese betragen hier - wie von der Bezirksstadträtin für Bauwesen, Karin *Koslowsky*, nach dem Sachverhalt zutreffend gefordert - 11.797,40 Euro. Insoweit war ihr Bescheid vom 16. Oktober somit rechtmäßig.

III. Ergebnis zu B

Soweit der angegriffene Kostenbescheid 11.797,40 Euro als Kosten der Ersatzvornahme festgesetzt ist der Bescheid somit rechtmäßig, hinsichtlich der Zwangsgeldfestsetzung i.H.v. 250,- Euro dagegen rechtswidrig. Die Klage ist folglich nur zu einem (geringen) Teil begründet.

¹⁴ Vgl. dazu *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 810.

C) Gesamtergebnis

Die Klage ist demnach insgesamt zulässig, jedoch nur bezüglich der Festsetzung der Verpflichtung zur Zahlung des Zwangsgeldes begründet, hinsichtlich der Festsetzung der Verpflichtung zur Zahlung der Kosten des Abbruchs jedoch unbegründet. Das Verwaltungsgericht wird daher den Bescheid nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO insoweit aufheben, als das Zwangsgeld betroffen ist. Hinsichtlich der Abbruchkosten bleibt er jedoch bestehen, da beide Regelungen ohne weiteres teilbar sind und davon ausgegangen werden kann, dass die eine Regelung auch ohne die andere getroffen worden wäre. Die Klage hat somit nur teilweise Aussicht auf Erfolg.

Fragen und Anregungen zur Lösung? info@hauptstadtfaeelle.de