

Scheunenabbruch Lösungsvorschlag

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

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger, Jannik Bach

Stand der Bearbeitung: Mai 2018

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](#) bei den Saarheimer Fällen.

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 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. Diese berechtigen Träger der öffentlichen Gewalt zum hoheitlichen Einschreiten und gehören mithin zum öffentlichen Recht. Der Rechtsstreit ist darüber hinaus auch nicht entscheidend durch das Verfassungsrecht geprägt, sodass die öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

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). Es ist also das Rechtsschutzziel des Klägers zu ermitteln.¹ *Rita Rüstig* hat Klage „gegen das

¹ BVerfG [K], Beschluss v. 29. Oktober 2015, 2 BvR 1493/11, Abs. 37 = NVwZ 2016, 238, Abs. 37.

Schreiben vom 16. Oktober“ erhoben, weil sie die dort verlangten 12.047,40 Euro nicht zahlen will. Diesem Begehren könnte eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO entsprechen, mit der die Aufhebung eines Verwaltungsakts erreicht werden kann. Das Schreiben wurde durch das Bezirksamt als Behörde verfasst und gibt *Rita Rüstig* eine Zahlungsverpflichtung im Form einer Einzelfallregelung auf, wirkt demnach also nach außen. Weil es auch öffentlich-rechtlicher Natur ist, handelt es sich um einen Verwaltungsakt i. S. d. Legaldefinition des § 35 VwVfG, die als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.²

Anmerkung: Darüber hinaus hat das Bezirksamt die Bescheidform gewählt und das Schreiben mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Allein dies könnte dem Schreiben Verwaltungsaktcharakter verleihen (sog. „Nicht-VA“ bzw. „Schein-VA“). Dies ist jedoch umstritten. Vielfach wird in diesem (hier nicht vorliegenden) Fall eines „Nicht-VA“ bzw. „Schein-VA“ die Feststellungsklage (auf Feststellung des Nichtbestehens eines Verwaltungsakts) als statthafte Klageart angesehen, da es an einem materiellen Verwaltungsakt fehle. In der Praxis empfiehlt sich dann die Erhebung einer Anfechtungsklage, verbunden mit einem hilfsweise gestellten Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens eines Verwaltungsakts.³

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](#) bei den Saarheimer Fällen.

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

Rita Rüstig ist daher 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.

² U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 35 Rn. 12 u. 15.

³ Vgl. dazu Schmidt-Kötters, in: BeckOK VwGO, § 42 Rn. 10 ff., 22.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO und zu dessen Verortung in der Prüfung [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

V. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Die Klägerin ist als natürliche Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 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 der gesetzliche Vertreter.

VII. Ergebnis zu A)

Da auch das **Vorverfahren** gemäß §§ 68 ff. VwGO form- und fristgerecht durchgeführt und die **Klagefrist** nach § 74 Abs. 1 S. 1 VwGO eingehalten wurden, 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 S. 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 einem ungerechtfertigten Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG.⁴ Daher ist hier die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts zu untersuchen.

Anmerkung: Zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

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.

⁴ [BVerwG, Urteil v. 05. August 2015, 6 C 8/14, Abs. 21](#) = BVerwGE 152, 355, Abs. 21.

Anmerkung: Der Bescheid enthält also zwei unterschiedliche Regelungen. Da sich die Rechtmäßigkeit dieser Regelungen nach verschiedenen Normen richtet, sind sie getrennt zu untersuchen.

Siehe zur Auslegung eines Bescheides [diesen Hinweis](#) und zum Aufbau des Gutachtens bei Klagehäufung [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

I. Rechtmäßigkeit der Aufforderung zur Zahlung des Zwangsgeldes

Die Aufforderung zur Zahlung des nach Ansicht des Bezirksamts verwirkten Zwangsgeldes ist Teil der sog. Beitreibung nach §§ 1 bis 5b VwVG. Eine Beitreibung ist rechtmäßig, wenn sie den Voraussetzungen der §§ 1 ff. VwVG genügt.

1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bezirksamts ergibt sich aus § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 1, 2, 4 ASOG als Annexkompetenz zu Nr. 15 Abs. 1 ZustKat Ord, hilfsweise aus Nr. 37 Abs. 2 letzte Variante ZustKat Ord.

2. Rechtsnatur des Schreibens

Bei dem Schreiben handelt es sich nicht um die Festsetzung eines Zwangsgeldes nach § 14 VwVG. Dies geht insbesondere daraus hervor, dass das Bezirksamt die seiner Ansicht nach gegenüber *Rudolf Rüstig* erfolgte Festsetzung anführt, die auch gegenüber *Rita Rüstig* wirksam sei. Es geht vorliegend vielmehr um den auf die Festsetzung folgenden Schritt. Die Einleitung der Vollstreckung eines festgesetzten Zwangsgeldes bedarf nach § 3 Abs. 2 VwVG eines Leistungsbescheids, durch den der Schuldner zur Leistung aufgefordert worden ist, der Fälligkeit der Leistung und des Ablaufs einer Frist von einer Woche seit Bekanntgabe des Leistungsbescheides. Genau diese Aufforderung zur Leistung, also einen Leistungsbescheid, stellt das Schreiben dementsprechend dar.

3. Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheides

Formelle Mängel des Leistungsbescheides sind nicht ersichtlich. Der Leistungsbescheid ist materiell rechtmäßig, wenn der in Anspruch Genommene nach § 2 VwVG tatsächlich die geforderte Leistung schuldet.



Die Aufforderung zur Zahlung des Zwangsgeldes kann materiell nur rechtmäßig sein, wenn *Rita Rüstig* zur Zahlung verpflichtet ist. Eine Zahlungsverpflichtung *Rita Rüstigs* könnte insbesondere bestehen, falls *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 § 8 Abs. 1 S. 1 VwVfG Bln i. V. m. §§ 15 Abs. 1, 11, 13, 14 VwVG des Bundes⁵ ergeben.

Dazu müsste dieses rechtmäßig festgesetzt worden sein.

Im gestreckten Verfahren bedarf es dazu zunächst einer § 6 Abs. 1 VwVG entsprechenden Grundverfügung.

Rudolf Rüstig wurde der Abriss der Scheune, mithin eine Handlung, aufgegeben. Dieser behördliche Befehl stellt eine Beseitigungsanordnung, also einen Verwaltungsakt, dar. Mit der Verwaltungsvollstreckung sollte *Rudolf Rüstig* zum Abriss der Scheune angehalten, d. h. der Verwaltungsakt durchgesetzt werden.

Mit der Aufgabe einer konkreten Handlung („Abtragung bis zu einer bestimmten Höhe“) ist der Verwaltungsbefehl auch bestimmt genug und somit vollstreckbar.

Anmerkung: Die Bestimmtheit des Verwaltungsaktes ist gerade in der Praxis ein nicht unerhebliches Problem. Denn die Behörde muss auf der einen Seite dem Bürger konkret aufgeben, was er zu tun hat. Ein Befehl, die Scheune so weit abzutragen, dass auf Dauer keine Einsturzgefahr besteht, wäre in dieser Hinsicht also nicht unproblematisch. Andererseits dürfen auch keine zu genauen Vorgaben gemacht werden, da es dem Bürger – soweit nicht zwingende Gründe im Einzelfall dagegensprechen – selbst überlassen bleiben muss, wie er der Verpflichtung nachkommt. Unverhältnismäßig in dieser Hinsicht wäre es etwa, dem Bürger aufzugeben, die Scheune mit einem Pickel abzutragen.

Das Bezirksamt ordnete bezüglich der Abbruchsverfügung die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, also den „sofortigen Vollzug“ i. S. v. § 6 Abs. 1 VwVG, an und hat dabei dem Erfordernis der schriftlichen Begründung nach § 80 Abs. 3 VwGO genügt. Ob die Abbruchsverfügung, gegen die kein Rechtsmittel eingelegt wurde, inzwischen auch bestandskräftig geworden ist, braucht daher nicht entschieden zu werden, ist aber jedenfalls im Hinblick auf die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes, für die es einer Bekanntgabe nach §§ 41, 43 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 VwVfG Bln⁶ bedarf, fraglich.

Gerade ein solches mögliches Fehlen der Wirksamkeit könnte jedoch der Vollstreckung entgegenstehen.

⁵ Im Folgenden wird auf den Berliner Verweis auf das VerwaltungsvollstreckungsG des Bundes verzichtet.

⁶ Im Folgenden wird auf den Berliner Verweis auf das Verwaltungsverfahrensg des Bundes verzichtet.

a) Notwendigkeit der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes?

Es ist zunächst fraglich, ob es ausreicht, dass überhaupt ein Verwaltungsakt vorliegt, oder ob dieser Verwaltungsakt auch *Rudolf Rüstig* gegenüber nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG i. V. m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln wirksam geworden sein muss.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den Fall „[Abgezockt und Abgeschleppt](#)“.

Gegen die Annahme, dass ein Verwaltungsakt i. S. d. § 6 Abs. 1 VwVG nur der wirksame Verwaltungsakt ist, spricht zwar, dass generell zwischen dem Vorliegen eines Verwaltungsaktes und dessen Wirksamkeit unterschieden wird.⁷ Es darf aber nicht verkannt werden, dass es hier um die Durchsetzung eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Pflichtigen geht. Diesem gegenüber wird ein Verwaltungsakt erst durch seine Bekanntgabe rechtswirksam und Grundlage von Pflichten (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG). Ein unwirksamer Verwaltungsakt muss nicht beachtet werden.⁸ Daraus ergibt sich, dass ein Verwaltungsakt, um als Grundlage einer Vollstreckung geeignet zu sein, wirksam geworden sein muss.⁹

Somit bedarf es zur Vollstreckung eines wirksamen Grundverwaltungsaktes.

Anmerkung: Im Übrigen würde das Fehlen der Wirksamkeit auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung ins Leere laufen lassen. Diese stellt zwar nach h. M. als unselbstständigen Annex keinen Verwaltungsakt dar und muss dementsprechend nicht als solcher bekanntgegeben werden. Wenn aber kein dem Anordnungsempfänger gegenüber wirksamer Grundverwaltungsakt besteht, gibt es letztlich auch nichts, was sofort vollzogen werden könnte.

b) Wirksamwerden der Abrissverfügung gegenüber *Rudolf Rüstig*?

Fraglich ist somit, ob die Abrissverfügung *Rudolf Rüstig* gegenüber wirksam geworden ist.

Anmerkung: Zur Prüfung der Wirksamkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#) bei den Saarheimer Fällen.

Nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG wird ein Verwaltungsakt gegenüber denjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. Wie ein Verwaltungsakt bekannt zu geben ist, ist in § 41 VwVfG geregelt. Nach § 41 Abs. 5 VwVfG gehen jedoch die Vorschriften über die Zustellung, eine besondere Form der Bekanntgabe,¹⁰ vor, wenn ein Verwal-

⁷ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 20 ff.

⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 43 Rn. 173.

⁹ Vgl. BFH, Urteil v. 22. Oktober 2002, VII R 56/00 = NJW 2003, 1070; Hyckel, LKV 2015, 300, 301; Muckel, JA 2012, 272, 276 f.

¹⁰ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 17, 204.

tungsakt zuzustellen ist. Dies gilt auch, wenn sich die Behörde für eine Zustellung entscheidet, obwohl diese besondere Bekanntgabeform nicht vorgeschrieben ist.¹¹

Wie die Zustellung von Berliner Behörden durchzuführen ist, bestimmt sich gemäß dem dynamischen Verweis des § 7 VwVfG Bln¹² nach dem VwZG des Bundes. Gemäß § 1 Abs. 2 VwZG wird dementsprechend zugestellt, wenn dies durch behördliche Anordnung bestimmt ist oder gesetzlich vorgeschrieben ist. Vorliegend lagen sowohl die behördliche Anordnung der Zustellung als auch nach § 13 Abs. 7 VwZG die gesetzliche Pflicht zu derselben vor.

Somit ist zu untersuchen, ob die Abrissverfügung nach den Vorschriften des VwZG als zugestellt und damit als bekannt gegeben anzusehen ist.

aa) Vorliegen der formellen Zustellungsvoraussetzungen?

§ 2 Abs. 2 VwZG bestimmt, in welcher Form die Zustellung möglich ist, wobei nach § 2 Abs. 3 S. 1 VwZG die Behörde die Wahl zwischen diesen Formen hat.

Hier wurde der Bescheid als Dokument durch *Koslowsky* an *Rita Rüstig* übergeben, sodass eindeutig die Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis als Form der Zustellung gewählt wurde.

Jedoch ist in Anbetracht des Umstandes, dass nach § 5 Abs. 1 VwZG bei der Zustellung durch die Behörde der zustellende Bedienstete das Dokument dem Empfänger auszuhändigen hat, fraglich, ob dadurch eine formell korrekte und wirksame Zustellung erfolgte. Der Bescheid war an *Rudolf Rüstig* gerichtet und hätte demnach ihm ausgehändigt werden müssen.

Die Übergabe des Schreibens an *Rita Rüstig* könnte jedoch als Ersatzzustellung nach § 5 Abs. 2 S. 1 VwZG i. V. m. § 178 ZPO eine wirksame Zustellung an *Rudolf Rüstig* bewirkt haben. 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 zugestellt werden. Die Übergabe im gemeinsam bewohnten Haus stellt eine solche Zustellung dar, und *Rita Rüstig* ist als volljährige Ehefrau unproblematisch erwachsene Familienangehörige des *Rudolf Rüstig*.

Fraglich ist, ob *Rudolf Rüstig* als nicht angetroffen i. S. d. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO anzusehen war. Grundsätzlich ist ein Adressat nicht antreffbar, wenn er sich für das Zustellungsorgan erkennbar nicht in der Wohnung aufhält oder der Zustellbeamte nicht zu ihm gelassen wird.¹³ Hier war *Rudolf Rüstig* jedoch körperlich in der Wohnung anwesend, wenn auch bewusstlos. Dieser Umstand war *Koslowsky* als Zustellungsorgan auch bewusst. Eine Ersatzzustellung nach § 5 Abs. 2 S. 1 VwZG i. V. m. § 178 ZPO müsste daher zulässig sein, wenn der Adressat zwar anwesend, aber

¹¹ *Tiedemann*, in: BeckOK VwVfG, § 41 Rn. 130.

¹² Im Folgenden wird auf den Berliner Verweis auf das VwZG des Bundes verzichtet.

¹³ [BVerwG, Beschluss v. 19. September 1961, VIII B 59.61, Abs. 6](#) = NJW 1962, 70.

nicht verhandlungsfähig 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 körperlich abwesend ist oder weil er zurzeit „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.

Mit der Übergabe des Schriftstücks gilt der Verwaltungsakt demnach grundsätzlich gegenüber *Rudolf Rüstig* i. S. d. § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG als bekannt gegeben.

bb) *Rudolf Rüstig* als richtiger Bekanntgabeadressat?

Gleichwohl könnte die Zustellung wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 VwZG unwirksam sein.

Anmerkung: Diese Frage kann auch zuerst geprüft werden, sodass es dann auf die Frage der Ersatzzustellung nicht mehr angekommen wäre und diese nur hilfsweise geprüft würde.

Hiernach wäre der Bescheid an seinen gesetzlichen Vertreter zuzustellen gewesen, wenn *Rudolf Rüstig* zum Zeitpunkt der Zustellung geschäftsunfähig gewesen wäre. Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit bestimmt sich nach § 104 BGB. Sie ist zu verneinen, wenn sich der Adressat in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern der Zustand seiner Natur nach nicht nur ein vorübergehender ist. Bedingt durch die Bewusstlosigkeit lag ein solcher die freie Willensbildung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit bei *Rudolf Rüstig* vor. Dieser war darüber hinaus dauerhafter und nicht nur vorübergehender Natur. *Rudolf Rüstig* war somit geschäftsunfähig. Der Bescheid hätte daher an seinen gesetzlichen Vertreter zugestellt werden müssen. Damit war *Rudolf Rüstig* nicht der richtige Adressat des Bescheides. Weil eine Ehefrau auch grundsätzlich nicht gesetzliche Vertreterin ihres Ehemannes ist, durfte *Rudolf Rüstig* nicht, auch nicht in Form der Ersatzzustellung, zugestellt werden.

Damit ist die Zustellung fehlerhaft erfolgt und grundsätzlich unwirksam.

cc) Heilung nach § 8 VwZG?

Durch die Entgegennahme des Bescheids durch *Rita Rüstig* könnte es gemäß § 8 VwZG zu einer Heilung der Zustellungsmängel gekommen sein.

Nach § 8 VwZG gilt ein Dokument in dem Zeitpunkt als zugestellt in dem es „dem“ Empfangsberechtigten tatsächlich zugegangen ist. Das „dem“ ist als „einem“ zu verstehen und umfasst auch die gesetzlichen Vertreter nach § 6 VwZG und die Bevollmächtigten i. S. d. § 7 VwZG, nicht aber die Ersatzempfänger im Rahmen einer Er-

satzzustellung.¹⁴ Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, dass Verstöße gegen Vorschriften des VwZG dann ohne Rechtsfolgen bleiben sollen, wenn auch ohne ihre Einhaltung der Zweck der Zustellung erreicht worden ist, nämlich der tatsächliche Zugang des zuzustellenden Dokuments beim (eigentlichen) Zustellungsadressaten.¹⁵ *Rita Rüstig* ist aber weder gesetzliche Vertreterin ihres Mannes, noch ist sie von diesem bevollmächtigt worden, insbesondere scheiden auch eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht aus, weil *Rudolf Rüstig* als Bewusstloser nicht mehr in der Lage ist, zurechenbar einen Rechtsschein zu setzen.

Damit sind durch ihre Kenntnis des Schreibens nicht Sinn und Zweck der Zustellung erfüllt, sodass nach § 8 VwZG keine Heilung eingetreten ist.

dd) 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.¹⁶ Es könnte ein Bedürfnis bestehen, auch gegenüber geschäftsunfähigen Störern durch Verwaltungsakt handeln zu können. Dies wird aber generell durch § 12 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 2 VwVfG (und speziell durch § 6 Abs. 1 VwZG für die Zustellung) ausgeschlossen. Danach 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 Betreuungsgericht 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 (§ 8 Abs. 1 S. 1 VwVfG Bln i. V. m. § 6 Abs. 2 VwVG) bzw. der unmittelbaren Ausführung (§ 15 ASOG) erlassen.

Eine Ausnahme für den Bereich der Gefahrenabwehr ist daher nicht nötig.

Anmerkung: Anders kann dies gesehen werden, wenn man in der unmittelbaren Ausführung die sofortige Vollstreckung eines zuvor erlassenen Verwaltungsaktes sieht, oder den Sofortvollzug selbst als einen Verwaltungsakt sieht. In diesen Fällen wird dann aber wiederum angenommen, dass die Inanspruchnahme als Störer durch Verwaltungsakt zur Abwendung unmittelbarer Gefahren keine Handlungsfähigkeit voraussetzt.¹⁷ Dies wird direkt aus der verschuldensunabhängigen Haftung

¹⁴ L. Ronellenfitsch, in: BeckOK VwVfG, 39. Edition 2018, § 8 VwZG Rn. 13 f.

¹⁵ Schlatmann, in: Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG VwZG, § 8 VwZG Rn. 2.

¹⁶ S. hierzu und zum Folgenden Schenke, JuS 2016, 507 ff.

¹⁷ VGH München, Urteil v. 25. Oktober 1983, 11 B 83 A 496 = NJW 1984, 2845.

des Verhaltensstörers hergeleitet. Dogmatisch erscheint diese Herleitung allerdings wenig überzeugend.¹⁸

ee) Heilung durch Tod des *Rudolf Rüstig*?

Jedoch könnte durch den Tod des *Rudolf Rüstig* der Zustellungsmangel entsprechend § 8 VwZG geheilt worden sein. So wird eine Zustellung nach § 8 VwZG etwa geheilt, wenn der zunächst nicht Bevollmächtigte ein zuzustellendes Dokument inhaltlich zur Kenntnis genommen hat und ihm im Anschluss daran Vollmacht erteilt wird; Heilung tritt dann mit dem Zeitpunkt der Vollmachterteilung ein.¹⁹ Insofern könnte der vorliegende Fall, in dem zunächst keine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht vorliegt, dann jedoch eine Alleinerbenstellung eintritt, gleichzusetzen sein. Eine solche Ansicht verkennt jedoch die Natur der Erbschaft und würde zudem den Erbfall zeitlich auseinanderreißen. Denn der Erbe tritt nicht einfach an die Stelle des Erblassers, sondern übernimmt nur die Gesamtheit der vererbten Rechtsverhältnisse. Auch kann er den Erblasser nicht mehr verpflichten oder vertreten, da der Erblasser durch seinen Tod als Rechtssubjekt ausscheidet. Daher kann durch den Tod auch nicht mehr an den Verstorbenen zugestellt werden. Durch den Todesfall ist somit eine Zustellung an den Adressaten unmöglich, sie kann auch nicht durch eine Zustellung an Bevollmächtigte oder andere Personen ersetzt werden. Vielmehr bedarf es, soweit der Sachverhalt weiterhin aktuell ist und sich nicht durch den Tod erledigt hat, einer erneuten Zustellung an die Person, die nunmehr durch die mit dem Bescheid zu regelnden Zusammenhänge betroffen ist.

Der Tod des *Rudolf Rüstig* führte also auch nicht zur wirksamen Zustellung des Bescheides.

ff) Ergebnis zu b)

Mangels wirksamer Zustellung des Bescheids ist die Abrissverfügung nicht bekanntgegeben worden, mithin nicht wirksam geworden.

c) Ergebnis zu 3.

Aus diesem Grund ist eine Verpflichtung zur Zahlung des Zwangsgeldes aufgrund des Fehlens der Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VwVG ausgeschlossen. Der Leistungsbescheid ist rechtswidrig.

¹⁸ Wie hier: *Schenke*, JuS 2016, 510 ff.

¹⁹ *L. Ronellenfitsch*, in: BeckOK VwVfG, 39. Edition 2018, § 8 VwZG Rn. 17.



4. Sofortiger Vollzug nach § 6 Abs. 2 VwVG?

Möglichweise konnte jedoch nach § 6 Abs. 2 VwVG ohne wirksamen Grundverwaltungsakt eine Vollstreckung erfolgen. Die Norm ist jedoch einschränkend auszulegen, auch wenn der Wortlaut selbst keine Einschränkung vorsieht. Da durch ein Zwangsgeld eine sofortige Vollstreckung nicht erreicht werden kann, kommen i. R. d. § 6 Abs. 2 VwVG als Zwangsmittel nur die Ersatzvornahme und der unmittelbare Zwang in Betracht.²⁰

Eine Vollstreckung des Zwangsgeldes nach § 6 Abs. 2 VwVG scheidet demnach aus.

Anmerkung: Nimmt man eine wirksame Zustellung und somit einen wirksamen Grundverwaltungsakt an, dann wären die weiteren Voraussetzungen der §§ 6 ff. VwVG zu prüfen.

Weil es sich beim Scheunenabbruch um eine vertretbare Handlung (s. Legaldefinition des § 10 VwVG) handelt, kann das Zwangsgeld nach § 11 Abs. 1 S. 2 VwVG nur verhängt werden, wenn die Ersatzvornahme nach § 10 VwVG untunlich ist, insbesondere wenn der Verpflichtete außerstande ist, die durch sie entstandenen Kosten zu tragen. Vorliegend ist für eine mangelnde Liquidität des *Rudolf Rüstig* nichts ersichtlich und gerade sein hohes Alter spricht vielmehr für die Ersatzvornahme durch Dritte als gegen sie.

Daher wären auch aus diesem Grund Anordnung und Festsetzung des Zwangsgeldes nach §§ 13, 14 VwVG rechtswidrig.

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

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

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. Es handelt sich damit erneut um einen Leistungsbescheid i. S. d. § 3 Abs. 2 lit. a) VwVG, mit dem nach § 10 VwVG entstandene Kosten der Ersatzvornahme grundsätzlich geltend gemacht werden können.²¹ Demnach ist die Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheids zu untersuchen.

²⁰ Deusch/Burr, in: BeckOK VwVfG, 39. Edition 2018, § 6 VwVG Rn. 26.

²¹ Vgl. BVerwG, Beschluss v. 21. August 1996, 4 B 100/96 = NJW 1997, 381.

1. Formelle Voraussetzungen

Die **Zuständigkeit** der Bezirksstadträtin *Koslowsky* zur Festsetzung des Kostenersatzverpflichtung ergibt sich aus § 7 VwVG i.V.m. § 80 S. 1 BauO Bln, § 58 Abs. 1 S. 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat Ord. Das **Verwaltungsverfahren** nach den §§ 9 ff. VwVfG wurde ordnungsgemäß durchgeführt.

2. Bestehen einer Kostenersatzverpflichtung

Der Leistungsbescheid ist rechtmäßig, wenn die darin geforderte Leistungspflicht besteht.

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.²²

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

a) Gestrecktes Vorgehen

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.²³ *Rita Rüstig* wurde selbst nie zum Abriss der Scheune aufgefordert, und die gegenüber *Rudolf Rüstig* erlassene Abrissverfügung ist weder ihm noch ihr gegenüber wirksam geworden (s. o.), kann also auch für *Rita Rüstig* keine Rechtswirkung begründen. Ein Verwaltungsakt, der nach § 6 Abs. 1 VwVG als Vollstreckungsgegenstand Voraussetzung für die Ausübung von Verwaltungszwang wäre, liegt demnach nicht vor.

²² Es bedarf somit keines Umwegs über andere Normen, etwa § 19 VwVG, OVG Berlin, NVwZ-RR 1995, 575, 576; OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 156.

²³ Vgl. hierzu [OVG Bremen, Urteil v. 15. April 2014, 1 A 104/12 = NVwZ-RR 2014, 849](#); [OVG Münster, Urteil v. 09. April 2008, 11 A 1386/05 Abs. 21 ff.](#) = NVwZ-RR 2008, 437 f.; [OVG Münster, Urteil v. 29. April 2016, 14 A 220/16, Abs. 5 ff.](#) = NVwZ-Rr 2016, 683, Abs. 5 ff.; *Kugelman/Alberts*, Jura 2013, 898, 903.

b) Sofortvollzug / unmittelbare Ausführung

Verwaltungszwang kann jedoch auch ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden. Hierbei ist zwischen Sofortvollzug (§ 6 Abs. 2 VwVG) und unmittelbarer Ausführung (§ 15 ASOG) abzugrenzen. Abzustellen ist dabei auf den Willen des Betroffenen. Da das Verwaltungsvollstreckungsgesetz „Zwangsmittel“ regelt, setzt seine Anwendung voraus, dass ein entgegenstehender Wille des Pflichtigen gebrochen wird. Die unmittelbare Ausführung hingegen liegt vor, wenn ein entgegenstehender Wille gar nicht feststellbar ist, etwa wenn der Pflichtige gar nicht anwesend ist und deshalb von der Maßnahme der Gefahrenabwehrbehörde gar nichts weiß.²⁴ Hier teilte *Rita Rüstig* ihren Unwillen zur Beseitigung der Scheune mit, an dem auch der zwischenzeitliche Wandel der Sachlage nichts geändert hat, sodass 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 sie *Rita Rüstig* zur Beseitigung der Scheune hätte verpflichten können, ein hypothetischer Grundverwaltungsakt also rechtmäßig gewesen wäre.

Anmerkung: Siehe zum Aufbau bei der Prüfung polizeirechtlicher Fälle [diesen Hinweis](#) und [diesen](#) zum Aufbau der Prüfung der Vollstreckung.

Die Prüfung des hypothetischen (gelegentlich auch „fiktiven“) Verwaltungsakts ist keineswegs gesetzlich vorgeschrieben. Sie bietet sich nur an, da auf diese Weise die Voraussetzungen des sofortigen Vollzugs in ein bekanntes Prüfungsschema überführt werden können und der Prüfung Struktur verliehen wird.

(1) Zuständigkeit

Das Bezirksamt wäre als Bauaufsichtsbehörde für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 7 VwVG i. V. m. § 80 S. 1 BauO Bln, § 58 Abs. 1 S. 1 BauO Bln, § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG, Nr. 15 Abs. 1 ZustKat Ord zuständig gewe-

²⁴ *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 *Kremer*, Abschleppen trotz hinterlassener Mobiltelefonnummer?, LKRZ 2008, 156, 158 mwN.; s. ausführlich zu dem Problem *Kugelman*, DÖV 1997, 153 ff.

sen und hätte von der Bezirksstadträtin nach § 38 Abs. 2 S. 1 BezVwG vertreten werden können.

(2) § 80 S. 1 BauO Bln als Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung

Koslowsky könnte nach § 80 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.

Anmerkung: Generell wird dringend empfohlen, bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Abrissverfügung strikt vom Wortlaut der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage auszugehen und hierunter zu subsumieren, ohne vorschnell auf die Begriffe „formelle“ und „materielle Illegalität“ zu rekurrieren.²⁵

In Betracht kommt ein Verstoß gegen den durch § 12 Abs. 1 BauO Bln konkretisierten § 3 S. 1 BauO Bln.

Nach § 3 S. 1 Hs. 1 BauO Bln sind Anlagen so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet werden. Durch § 12 Abs. 1 S. 1 BauO Bln werden diese Anforderungen dahingehend konkretisiert, dass jede bauliche Anlage im Ganzen und in ihren einzelnen Teilen für sich allein standsicher sein muss.

Die Scheune als Gebäude nach § 2 Abs. 2 BauO Bln ist unproblematisch eine bauliche Anlage i. S. v. § 2 Abs. 1 S. 2 BauO Bln und mithin auch eine Anlage i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 1 BauO Bln, muss also die soeben dargestellten Anforderungen erfüllen.

Eine Gefährdung liegt vor, wenn die Möglichkeit eines Schadens für ein durch § 3 BauO Bln geschütztes Rechtsgut besteht, wobei im Baurecht die abstrakte (potentielle) Gefahr, also das Vorliegen eines Zustands, der nach allgemeiner Lebenserfahrung die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Schutzgüter enthält, ausreicht.²⁶ Da aus der Scheune die Rückwand vollständig herausgebrochen war und damit das Scheunendach abzustürzen drohte, musste die Standsicherheit verneint werden. Wenn die Scheune (teilweise) eingestürzt wäre, was anhand des Zustandes der Scheune naheliegend war, hätten auf dem Spielplatz spielende Kinder ebenso wie Passanten auf der Straße von herabfallenden Teilen getroffen und verletzt werden können. Eine Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Personen lag demnach vor.

²⁵ Siehe hierzu ausführlich *Fischer*, NVwZ 2004, 1057 ff.; *Lindner*, JuS 2014, 118 ff.; aus der Rechtsprechung z.B. [VGH Mannheim, Urteil v. 16. Juni 2003 – 3 S 2436/02](#) Abs. 31 = NuR 2004, 383, 385; [VGH München, Beschluss v. 14. Juli 2005 – 20 CS 05.1732, Abs. 6 f.](#) = BayVBl. 2006, 220, 221.

²⁶ *Dirnberger*, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 3 Rn. 122 ff.

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 § 80 S. 1 BauO Bln verlangt (in Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften **errichtet** wurde sie jedenfalls nicht). Die Scheune ist hier „von selbst“ standunsicher geworden, hat sich also „selbst geändert“. Zweifelhaft ist, ob eine solche Veränderung des Gebäudes zu einer Beseitigungsverfügung nach § 80 S. 1 BauO Bln ermächtigt. Dagegen spricht die Formulierung des § 80 S. 1 BauO Bln, nach der jemand aktiv eine Änderung der baulichen Anlage herbeiführen muss. Der Fall, dass ein Gebäude verfällt, wird vom Wortlaut 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. nur § 3 S. 1 BauO Bln).

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Beseitigungsverfügung nach § 80 S. 1 BauO Bln sind somit nicht gegeben. § 80 S. 1 BauO Bln scheidet deshalb als Ermächtigungsgrundlage für eine Abrissverfügung in der vorliegenden Konstellation aus.²⁷

(3) § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln als Ermächtigungsgrundlage für die Beseitigungsverfügung

Eine Beseitigungsverfügung hätte sich hier aber möglicherweise auf § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln stützen lassen können. Nach § 58 Abs. 1 S. 5 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.

§ 80 S. 1 BauO Bln könnte jedoch eine **Spezialvorschrift** darstellen, die die Zulässigkeit von Beseitigungsverfügungen abschließend regelt und damit den Rückgriff auf § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln verbietet. § 80 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 S. 5 BauO Bln gilt subsidiär für die Fälle, in denen eine spezielle Ermächtigung nicht in Betracht kommt.²⁸ Zöge man § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln hier nicht subsidiär heran, müsste man ohnehin für den Fall der später eintretenden Rechtswidrigkeit § 80 S. 1 BauO Bln analog anwenden.²⁹

Die einsturzgefährdete Scheune widerspricht – wie gezeigt – dem materiellen Bauordnungsrecht, sodass die **Tatbestandsvoraussetzungen** der Vorschrift vorliegen. Die Bezirksstadträtin als Bauaufsichtsbehörde konnte somit die erforderlichen Maßnahmen treffen. Eine Beseitigungsverfügung in Bezug auf die Scheune wäre auch

²⁷ So auch Hahn/Radeisen, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 79 Rn. 3; offengelassen bei [OVG Saarlouis, Beschluss v. 03. Februar 2010, 2 A 407/09](#) = BauR 2011, 655, 656.

²⁸ So auch Hahn/Radeisen, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 58 Rn. 1.

²⁹ Offengelassen bei [OVG Saarlouis, Beschluss v. 03. Februar 2010, 2 A 407/09](#) = BauR 2011, 655, 656.

erforderlich gewesen, und es wäre – da der Gefahr durch Abstütz- oder Absperrmaßnahmen nicht gleich wirksam hätte begegnet werden können – ein milderer Mittel, um baurechtmäßige Zustände wiederherzustellen, nicht in Betracht gekommen. Weil darüber hinaus mit Leib und Leben besonders hochwertige Rechtsgüter gefährdet waren, hätte sich die Behörde auch nicht mit weniger wirksamen, aber weniger einschneidenden Maßnahmen begnügen müssen.

(4) Richtige Beseitigungspflichtige

Da die Frage, gegen wen eine Maßnahme nach § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln zu richten ist, in der BauO Bln nicht geregelt ist, wären insofern entsprechend § 17 Abs. 2 S. 2 ASOG die allgemeinen Vorschriften der §§ 13 ff. ASOG heranzuziehen gewesen.³⁰ *Rita Rüstig* ist jedenfalls durch den Erbfall Besitzerin des Grundstücks geworden (§ 857 BGB), wenn sie nicht ohnehin den Besitz des Grundstücks tatsächlich schon inne gehabt hatte oder nach dem Tod ihres Mannes ergriffen hat. Demnach hätte sie nach § 14 Abs. 1 ASOG, jedenfalls aber als Eigentümerin (s. 1922 Abs. 1 BGB) nach § 14 Abs. 3 S. 1 ASOG, als Zustandsstörerin 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 Fall „[Baumfällig](#)“). 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 S. 5 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) als auch hinsichtlich des Adressaten der Maßnahme (Auswahlermessen bezüglich des Störers). Die Bezirksstadträtin für Bauwesen hätte somit nur dann „innerhalb ihrer Befugnisse“ i. S. d. § 6 Abs. 2 VwVG gehandelt, wenn die hypothetische Grundverfügung, die *Rita Rüstig* zum Abbruch des Gebäudes verpflichtet, in jeder Hinsicht ermessensfehlerfrei gewesen wäre, also nicht gegen § 40 VwVfG verstoßen hätte.

Gegen die Pflicht zur korrekten Ermessensausübung nach § 40 VwVfG kann auf drei Arten verstoßen werden. Zunächst ist es möglich, dass Ermessen gar nicht auszuüben (Ermessenausfall, bzw. -nichtgebrauch oder -unterschreitung). Es können aber

³⁰ *Hahn/Radeisen*, Bauordnung für Berlin, 4. Aufl. 2007, § 58 Rn. 15.

auch die Grenzen des Erlaubten, also des Ermessens, überschritten werden (Ermessensüberschreitung). In Betracht kommt zudem eine zweckwidrige Ermessensausübung (Ermessens Fehlgebrauch).

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,³¹ sodass insofern zunächst nicht zu beanstanden gewesen wäre, dass die Bezirksstadträtin für Bauwesen überhaupt auf der Grundlage des § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln tätig geworden wäre. 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](#) bei den Saarheimer Fällen.

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 das baurechtlich geschützte Interesse *Rita Rüstigs* an einem Erhalt der in ihrem Zustand ohnehin nicht mehr benutzbaren Scheune zurücktreten.³²

Dementsprechend wäre auch die Ermessensausübung nicht zu beanstanden gewesen und *Koslowsky* hätte *Rita Rüstig* zum Abbruch der Scheune auf Grundlage des § 58 Abs. 1 S. 5 BauO Bln verpflichten können.

(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, sodass 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.

³¹ So in einem vergleichbaren Fall: [VG Saarlouis, Urteil v. 22. Mai 2013, 5 K 1755/12](#) = LKRZ 2013, 425.

³² Vgl. hierzu auch [VG Saarlouis, Urteil v. 22. Mai 2013, 5 K 1755/12](#) = LKRZ 2013, 425.

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.³³

Gegen die Zulässigkeit des Sofortvollzugs könnte hier allerdings sprechen, dass im Zeitpunkt der Beauftragung des Abbruchunternehmens bereits etwa zwei Monate seit dem 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 ausreichen würde. 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 konnte und hierbei Gefahr für Leib und Leben Dritter bestand. Aufgrund dieser erst dann festgestellten Steigerung der Gefährlichkeit entschloss sich die Bezirksstadträtin für Bauwesen, vom regulären Verfahren zum Sofortvollzug überzugehen.³⁴ Da sie daraufhin umgehend die Beseitigungsmaßnahmen einleitete, war der Sofortvollzug zulässig.

c) Ergebnis zu 2.

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

3. 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. 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 das Bezirksamt, handelnd durch die Bezirksstadträtin *Koslowsky*. Die besonderen Voraussetzungen des § 10 VwVG liegen somit vor.

³³ Vgl. [OVG Saarlouis, Beschluss v. 03. Februar 2010, 2 A 407/09](#) = BauR 2011, 655, 656; [VG Saarlouis, Urteil v. 22. Mai 2013](#) = LKRZ 2013, 425, 426.

³⁴ Vgl. dazu *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008, Rn. 810.

4. 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 ermittelt – 11.797,40 Euro.

Anmerkung: Zu einem Fall, in dem die Höhe der geltend gemachten Kosten beanstandet wird, siehe den Fall „[Be- und Erstattung](#)“ bei den Saarheimer Fällen.

Insoweit war der Bescheid vom 16. Oktober somit rechtmäßig.

III. Ergebnis zu B)

Soweit der angegriffene Kostenbescheid 11.797,40 Euro als Kosten der Ersatzvornahme festsetzt, ist der Bescheid somit rechtmäßig, hinsichtlich der Zwangsgeldfestsetzung i. H. v. 250,- Euro dagegen rechtswidrig. Die Klage ist folglich nur teilweise begründet.

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 S. 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@hauptstadtfaelle.de