

**Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht
Besprechungsfall am 7.12.04**

Frau X ist Eigentümerin eines Hanggrundstücks in der Stadt L, die im Bundesland B liegt. Auf ihrem Grundstück befindet sich ein Felsenabhang aus Sandstein, aus dem sich in der Vergangenheit bereits häufiger Steine gelöst haben und auf das darunter liegende Grundstück der Familie Y gefallen sind. Als sich ein größerer Stein löst, zeigt Herr Y den Vorgang bei der zuständigen städtischen Behörde an. Diese lässt ein Gutachten erstellen, das zu dem – zutreffenden - Ergebnis kommt, der Felshang stelle zwar zur Zeit keine akute Bedrohung für das Grundstück der Y dar. Ohne grundlegende Sanierung könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass es – etwa ausgelöst durch stärkere Unwetter oder Ähnliches - zu größeren Steinschlägen kommt. Dadurch seien große Teile des von der Familie Y benutzten Gartens sowie das Wohnhaus gefährdet. Daraufhin gibt die Behörde Frau X nach entsprechender Anhörung auf, den Hang auf einem näher bezeichneten Abschnitt zu sanieren. Zu diesem Zweck müsse das Gestein teilweise abgeschlagen, teilweise durch Beton gesichert werden. Die Arbeiten müssten vom Grundstück der Familie Y aus vorgenommen werden. Die Familie Y habe der Nutzung ihres Grundstücks zu diesem Zweck zugestimmt. Frau X ist empört und legt Widerspruch ein. Die Widerspruchsbehörde, die mit der Ausgangsbehörde nicht identisch und gleichzeitig die Fachaufsichtsbehörde ist, stellt zutreffend fest, dass der von der Ausgangsbehörde benannte Abschnitt zu knapp bemessen sei. Sie weitert dementsprechend mit Bescheid vom 17. Mai 2002 nach erneuter Anhörung von Frau X die Sanierungspflicht auf einen bisher nicht erfassten Abschnitt des Felshanges aus.

Frau X, die die Sanierungskosten nicht tragen will, verkauft im Juni 2002 das Grundstück an Herrn Z, der schon lange ein Auge auf das Objekt geworfen hatte. Herr Z ist mit dem ursprünglichen Ausmaß der Sanierungspflicht einverstanden, möchte die Ausweitung durch die Widerspruchsbehörde aber nicht hinnehmen. Er erhebt daher am 17. Juni Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen den Widerspruchsbescheid, soweit er über den Ausgangsbescheid hinausgeht. Über die Klage ist noch nicht entschieden. Die Sanierung hinsichtlich des ursprünglich bezeichneten Hangteils möchte er im Laufe des Jahres 2003 vornehmen, wenn er wieder flüssiger ist.

Herr Y befürchtet, dass ohne Sicherungsmaßnahmen der Hang zusammenbrechen könnte. Er wendet sich wiederum an die Behörde, die Herrn Z mit Bescheid vom 12.8.2002 unter Androhung der Ersatzvornahme für den 2.12.2002 aufgibt, bis zu diesem Datum Sanierungsmaßnahmen in dem Umfang, wie ihn der Widerspruchsbescheid festlegt, auf seine Kosten durchzuführen. Dieser weigert sich empört. Er habe im Moment kein Geld für derartige Lappalien. Mitte August 2002 kommt es in der Stadt zu starken Regenfällen, die den Hangboden erheblich aufweichen. Am 20. August fallen mehrere kleinere Gesteinsbrocken auf das Dach des Hauses der Familie Y, ohne allerdings Schaden anzurichten. Diese Steine wurden, was niemandem bekannt war, mutwillig von den bösen Nachbarsbuben M und N heruntergeworfen. Eine akute natürliche Steinschlaggefahr bestand, wie sich später herausstellte, durch den Regen zu keiner Zeit. Nun völlig in Panik spricht Herr Y wieder bei der Stadt vor. Der zuständige Beamte teilt mit, dass wegen des Hochwassers diejenigen Spezialunternehmen, die man normalerweise für derartige Sanierungen heranziehe, anderweitig beschäftigt seien. Es bestehe aber die Möglichkeit, die Bundeswehr, die man wegen der Flut zur Katastrophenhilfe herangezogen habe und die derzeit an den nahe-

gelegenen Deichen tätig sei, zu einem Einsatz auf seinem Grundstück zu verpflichten. Herr Y stimmt zu.

Am 22. August rückt die Bundeswehr mit schwerem Räumgerät auf das Grundstück der Familie Y vor. Da die vor Ort eingesetzten Räumgeräte aber für die örtlichen Verhältnisse zu groß sind, richten sie im Garten erhebliche Verwüstungen an. Auch das Dach des Hauses wird beschädigt. Von leichter Fahrlässigkeit der diensthabenden Soldaten ist auszugehen. Die Schäden summieren sich auf 5.000,- Euro. Das Hanggrundstück hingegen wird durch den Einsatz dauerhaft gesichert, so dass künftige Sanierungen entfallen.

Mit Kostenbescheid vom 21. Oktober 2002 fordert die Stadt L Herrn Z auf, die Kosten des Einsatzes in Höhe von 20.000,- Euro zu entrichten. Die Kosten teilen sich so auf, dass auf die Sanierung im ursprünglichen Umfang 15.000 Euro und auf die Erweiterung im Widerspruchsbescheid 5.000 Euro entfallen. Herr Y verlangt demgegenüber von der Stadt L sowie von der Bundesrepublik Deutschland Ersatz des ihm entstandenen Schadens.

- I. Hat die von Herrn Z gegen den Widerspruchsbescheid erhobene Klage Aussicht auf Erfolg?
- II. Ist der Kostenbescheid rechtmäßig? Gehen Sie davon aus, dass der Kostenansatz ordnungsgemäß ist und dass die Frist bis zum 2.12.2002 angemessen ist.
- III. Hat Herr Y einen Anspruch in Höhe von 5.000 Euro gegen die Bundesrepublik Deutschland oder die Stadt L?

Lösungsskizze

Frage 1

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg

Da keine aufdrängende oder abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Der Widerspruchsbescheid gegen Herrn Z erging als Maßnahme der Eingriffsverwaltung im Über-/ Unterordnungsverhältnis. Die Streitigkeit ist mithin öffentlich-rechtlicher Natur. Sie ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da es an der Verfassungsunmittelbarkeit fehlt.

2. Statthafte Klageart

Der Widerspruchsbescheid stellt einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG dar. Dieser ist auch nach Durchführung der Sanierung noch nicht erledigt, da er weiterhin Grundlage der Vollziehung und damit auch des Kostenbescheides bleibt. Insoweit sind seine Rechtswirkungen auch nach der Vollziehung noch nicht vollständig entfallen¹.

Da Herr Z die teilweise Aufhebung des Verwaltungsakts begehrt, ist die Anfechtungsklage statthaft. Fraglich ist, ob die Anfechtungsklage nur gegen einen Teil des Widerspruchsbescheides zulässig ist, oder ob die Klage nicht vielmehr gegen den Bescheid in seiner Gesamtheit zu richten ist. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO macht mit der Formulierung „soweit“ deutlich, dass eine Teilanfechtung von Verwaltungsakten grundsätzlich möglich ist². Zu klären ist allein, ob der Widerspruchsbescheid in diesem Sinne teilbar ist. Der Bescheid bezieht sich auf zwei verschiedene Abschnitte des Felshangs, die klar voneinander abgrenzbar sind. Insoweit ist der Gegenstand des Bescheids teilbar. Eine Anfechtungsklage nur gegen den überschießenden Teil des Widerspruchsbescheids ist statthaft.

¹ Ausführlich *Schmidt* in Eyer mann, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 113, Rz. 81; siehe auch *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2002, § 113, Rz. 104.

² *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2000, § 14, Rz. 49.

3. Gegenstand der Anfechtungsklage

Üblicherweise ist Gegenstand der Anfechtungsklage gem. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der ursprüngliche Verwaltungsakt in Gestalt des Widerspruchsbescheids. Vorliegend möchte Herr Z aber lediglich einen Teil des Widerspruchsbescheids anfechten, und zwar denjenigen, der über den Ausgangsbescheid hinausgeht. Dies ermöglicht die Regelung des § 79 Abs. 2 S. 1 VwGO, wonach der Widerspruchsbescheid im Umfang der zusätzlichen Beschwer auch alleiniger Klagegegenstand sein kann³.

4. Klagebefugnis

Herr Z müsste geltend machen können, durch den Widerspruchsbescheid in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. Dies ist deshalb problematisch, weil Adressatin des Bescheides die ursprüngliche Eigentümerin X ist. Eine Rechtsverletzung ist nur möglich, wenn der Bescheid auch gegen Z Wirkungen entfaltet. Es müsste eine Rechtsnachfolge hinsichtlich der durch den Bescheid konkretisierten Ordnungspflicht eingetreten sein, so dass nun Z der Adressat des Bescheides wäre.

a) Rechtsnachfolge in den Sanierungsbescheid

Damit eine Einzelrechtsnachfolge hinsichtlich einer Ordnungsverfügung erfolgen kann, muss die Verfügung übergangsfähig sein und es muss ein Übergangstatbestand gegeben sein⁴.

Die Frage nach der Übergangsfähigkeit hängt davon ab, ob die Ordnungspflicht auf Handlungshaftung im Sinne von § 13 ASOG oder Zustandshaftung gem. § 14 ASOG beruht. Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine auf Handlungshaftung beruhende Pflicht übergangsfähig ist⁵. Eine auf Zustandshaftung beruhende Ordnungsverfügung ist wegen ihrer dinglichen Bindung hingegen stets übergangsfähig. Die Sanierungspflicht hinsichtlich des Hanges beruht allein auf der Eigentümerstellung von X und damit auf Zustandshaftung im Sinne von § 14 Abs. 1 ASOG. Sie ist daher in jedem Falle übergangsfähig.

Fraglich ist weiterhin, ob ein Übergangstatbestand besteht. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass eine auf Zustandshaftung beruhende Ordnungsverfügung eine

³ Happ in Eyermann, VwGO, § 79, Rz. 21.

⁴ Siehe zu dieser Aufteilung Peine, Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten, JuS 1997, S. 984.

⁵ Zu den verschiedenen Auffassungen siehe Peine, a.a.O., S. 985 ff.

öffentliche dingliche Last darstelle⁶. Diese Auffassung wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass die Rechtsfigur des dinglichen Verwaltungsakts keine verlässliche Abgrenzung des Übergangstatbestandes erlaube⁷. Der herrschenden Meinung ist zu folgen, da der Zustand des Grundstücks untrennbar mit diesem verbunden und vom jeweiligen Eigentümer unabhängig ist. Insofern ist sehr wohl eine Abgrenzung von solchen Ordnungsverfügungen möglich, die lediglich einen Bezug zu ihrem Adressaten aufweisen. Überdies wird durch den Übergang dinglicher Verwaltungsakte den Erfordernissen der Verwaltungseffektivität Rechnung getragen. Ein Übergangstatbestand liegt mithin vor⁸.

b) Ergebnis

Mithin ist Herr Z neuer Adressat des Sanierungsbescheides. Es ist nicht auszuschließen, dass er durch diesen zumindest in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist.

5. Vorverfahren

Herr Z möchte seine Klage nur gegen den Teil des Widerspruchsbescheids richten, der nicht bereits Gegenstand des Ausgangsbescheids war. Man könnte also denken, dass er gegen diesen Teil zunächst erneut Widerspruch erheben muss, bevor er Klage erheben kann (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO). Jedoch bestimmt § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO, dass ein erneuter Widerspruch entbehrlich ist, wenn der Widerspruchsbescheid seinerseits erstmalig eine Beschwer enthält. Unter Geltung der alten Fassung von § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO konnte die *reformatio in peius* nicht direkt unter diese Norm subsumiert werden. Seit dem 6. VwGOÄndG erfasst der Wortlaut nunmehr auch die erstmalige Beschwer für den Widerspruchsführer selbst und damit auch die Verböserung⁹. Da die Sanierungspflicht hinsichtlich des einen Hangteils

⁶ BVerwG, DÖV 1971, S. 640; OVG Münster, DVBl. 1973, S. 226 f.; OVG Koblenz, NVwZ 1985, S. 341, Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl., Rz. 249; *Peine*, a.a.O., S. 986 m.w.N. in Fn. 20.

⁷ So insbesondere *Schenke*, Rechtsnachfolge in polizeiliche Pflichten?, GewArch 1976, S. 1 ff.; VGH Kassel, DVBl. 1977, S. 255 ff. bejaht einen Übergangstatbestand nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung; *vMutius*, Verwaltungsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger, VerwArch 1980, S. 93 ff., 103 ff. erkennt zwar grundsätzlich den dinglichen VA an, fasst ihn aber enger als die herrschende Meinung.

⁸ Die Frage der Rechtsnachfolge stellt sich aus den geschilderten Gründen bereits bei der Klagebefugnis. Es ist allerdings nicht als falsch zu bewerten, wenn die Frage an dieser Stelle noch offengelassen und im Rahmen der Begründetheit geklärt wird.

⁹ *Kopp/Schenke*, a.a.O., § 68, Rz. 20.

noch nicht im Ausgangsbescheid enthalten war, liegt insofern eine erstmalige Beschwerde vor. Ein erneutes Vorverfahren muss nicht durchgeführt werden.

6. Frist

Die Klagfrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat hat Z vorliegend gewahrt.

7. Klagegegner

Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. VwGO das Bundesland B. Maßgeblich ist insoweit der Träger der Widerspruchsbehörde (§ 78 Abs. 2 VwGO), da der Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwerde enthält. Nach den Angaben im Sachverhalt ist dies das Land.

8. Ergebnis

Da hinsichtlich der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen keine Bedenken bestehen, ist die Klage zulässig.

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Ausweitung der Sanierungspflicht im Widerspruchsbescheid rechtswidrig ist und Herr Z dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Rechtmäßigkeit des Bescheides

a) Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage der Sanierungsverfügung kommt zunächst § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 BBodSchG in Betracht. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 BBodSchG kann die Behörde die zur Erfüllung der Pflichten aus § 4 BBodSchG notwendigen Maßnahmen treffen. Nach § 4 Abs. 2 BBodSchG ist der Grundstückseigentümer verpflichtet, Maßnahmen zur Abwehr schädlicher Bodenveränderungen zu treffen. Entscheidend kommt es auf den Begriff der schädlichen Bodenveränderung an. Dieser wird in § 2 Abs. 3 BBodSchG definiert. Es müssen unter anderem Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen vorliegen. Eine Beeinträchtigung im Sinne dieser Definition ist indes nur bei menschlichen Einwirkungen, die zu Veränderungen der Bodenfunktionen füh-

ren, nicht bei naturgegebenen Bodenveränderungen anzunehmen¹⁰. Dies ergibt sich aus der Erwägung, dass das Bodenschutzgesetz den Zweck verfolgt, menschliche Schädigungen des natürlichen Bodens und die damit zusammenhängenden Gefahren zu begrenzen. Das allgemeine Ordnungsrecht des ASOG bezweckt hingegen die Abwehr allgemeiner, nicht näher gesetzlich gefasster Gefahren. Da vorliegend Anhaltspunkte für eine menschliche Einflussnahme auf den Zustand des Felsabhanges fehlen, kann auch nicht von einer schädlichen Bodenveränderung ausgegangen werden. Die Gefahr des Abrutschens eines Hanges stellt sich vielmehr als allgemeine Gefahr dar, die nach dem landesrechtlichen Ordnungsrecht abzuwehren ist. § 4 Abs. 2 BBodSchG scheidet aus¹¹.

Mithin kommt als Rechtsgrundlage nur die ordnungsrechtliche Generalklausel gem. § 17 Abs. 1 ASOG in Betracht, da spezialgesetzliche Ermächtigungen nicht ersichtlich sind¹².

b) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit

Die Widerspruchsbehörde müsste für den angefochtenen Teil des Widerspruchs zuständig gewesen sein. Hier stellt sich das Problem, dass durch den Widerspruchsbescheid die Beschwer für X und Z gegenüber dem Ausgangsbescheid vergrößert wurde. Es handelt sich um einen Fall der sogenannten *reformatio in peius*, der Verböserung im Widerspruchsverfahren. Ob die Verböserung zulässig ist, ist umstritten.

(1) Grundsätzliche Zulässigkeit der Verböserung

Teilweise wird diese Möglichkeit mit der Erwägung abgelehnt, das Risiko der Verböserung könne den Bürger von der Einlegung von Rechtsbehelfen abhalten¹³. Die *reformatio in peius* sei eine Belastung der verfahrensrechtlichen Stellung des Bürgers,

¹⁰ Vgl. nur *Sondermann* in *Versteyl/Sondermann*, BBodSchG, § 2, Rz. 41; *Bickel*, BBodSchG, § 2, Rz. 12; *Sander/Schoeneck*, BBodSchG, § 2, Rz. 36.

¹¹ Wer hier, was mit guter Begründung noch vertretbar erscheint, von einer Anwendbarkeit von §§ 10 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 2 BBodSchG ausgeht, muss bereits bei der Frage der Rechtsnachfolge § 4 BBodSchG und nicht allgemeine Grundsätze anwenden. Auch im Folgenden ist dann an Stelle von § 17 ASOG immer das BBodSchG anzuwenden.

¹² Bereits an dieser Stelle kann problematisiert werden, welche Rechtsgrundlage bei einer *reformatio in peius* zur Verfügung steht. Der besseren Übersichtlichkeit halber wurde die Frage erst weiter unten erörtert.

¹³ So insbesondere *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl. 2000, § 9 Rz. 20, m.w.N. in Rz. 17.

für die der Gesetzgeber eine besondere Rechtsgrundlage schaffen müsse, die aber in den §§ 68 ff. VwGO nicht enthalten sei¹⁴.

Die herrschende Meinung hält die reformatio in peius grundsätzlich für zulässig¹⁵. Zum einen handele es sich beim Widerspruchsverfahren um ein Verfahren der umfassenden Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle. Die Widerspruchsbehörde könne ihrer Kontrollfunktion nur bei unbeschränkter Prüfungskompetenz nachkommen. Außerdem könne der Rechtsmittelführer nicht darauf vertrauen, dass seine Rechtsstellung im Verfahren unangetastet bleibt. Er selbst habe sich des Vertrauensschutzes durch Einlegung des Rechtsmittels begeben. Teilweise wird zur Begründung auch auf § 79 Abs. 2 Nr. 1 VwGO verwiesen, der zeige, dass der Gesetzgeber eine zusätzliche Beschwer für den Widerspruchsführer durch den Widerspruchsbescheid für möglich halte¹⁶.

Der herrschenden Meinung ist zu folgen. Insbesondere die Tatsache, dass das Widerspruchsverfahren auch der Rechtskontrolle durch die Verwaltung selbst dient, spricht gegen eine Begrenzung des Entscheidungsspielraums der Widerspruchsbehörde. Stellt sie einen Fehler fest, so muss dieser auch in vollem Umfang behoben werden können. Mithin ist die reformatio in peius grundsätzlich zulässig.

(2) Zuständigkeit im konkreten Fall

Fraglich ist weiterhin, ob die Widerspruchsbehörde auch für die Erweiterung der Saniierungspflicht zuständig war. Der unproblematische Fall, dass Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind, liegt hier nicht vor¹⁷. Für die Bejahung der Zuständigkeit ist auch nicht schon ein Verweis auf §§ 68, 73 VwGO ausreichend, da diese nicht zuständigkeitsbegründend sind¹⁸. Vielmehr muss es sich bei der Widerspruchsbehörde gleichzeitig um die weisungsbefugte Fachaufsichtsbehörde han-

¹⁴ *Menger-Erichsen*, VerwArch 1966, S. 280 ff., *Obermayer*, VwVfG, Vorauf. 1990, § 79, Rz. 58, *Renck*, Reformatio in peius im Widerspruchsverfahren?, BayVBl. 1974, S. 639 f., 640.

¹⁵ BVerwGE 14, 175, 178; 21, 142, 145; OVG Hamburg, LKV 1991, S. 144; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 68, Rz. 10 ff.; *Renz*, Die Kompetenzen der Widerspruchsbehörde und die reformatio in peius, DÖV 1991, S. 138 ff.

¹⁶ *Determann*, Auswirkungen des 6. VwGOÄndG auf die Fallbearbeitung, Jura 1997, S. 350 ff., 353; dagegen, allerdings zur a.F. BVerwGE 51, 310, 314..

¹⁷ Nach dem Bearbeitervermerk ist zwar Berliner Landesrecht anzuwenden, das grundsätzlich die Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde vorsieht, vgl. § 67 VwGO; jedoch gibt der Sachverhalt hier eine Abweichung vor.

¹⁸ BVerwG, DVBl. 1987, S. 238 f., 239.

deln¹⁹. Nur dann besitzt sie die umfassende sachliche Entscheidungskompetenz. Laut Sachverhalt ist dieses Erfordernis vorliegend erfüllt.

Auch die weisungsbefugte Aufsichtsbehörde darf jedoch nicht ohne weiteres den ursprünglichen Verwaltungsakt verbösern. Insbesondere darf sie qualitative Veränderungen, etwa durch Erlass eines selbständigen neuen Verwaltungsakts, nur vornehmen, wenn die Voraussetzungen für ein Selbsteintrittsrecht vorliegen²⁰. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die einschlägigen §§ 8 Abs. 3 c), 13 AZG voraussetzen, dass die Ausgangsbehörde etwaige Weisungen nicht befolgt hat.

Es ist also zu entscheiden, ob in der Ausweitung der Sanierungspflicht lediglich eine quantitative Veränderung oder ein qualitativ anderer Verwaltungsakt liegt. Für eine qualitative Abweichung könnte sprechen, dass ein von dem ursprünglichen Abschnitt klar zu trennender Teil des Felshangs betroffen ist. Andererseits besitzt dieser zusätzliche Abschnitt keine eigenständige Bedeutung hinsichtlich des Regelungsinhalts der Sanierungsverfügung. Durch die Ausweitung der Sanierungspflicht soll lediglich das einheitliche Ziel der Hangsicherung erreicht werden. Hinsichtlich dieser einheitlichen Zielsetzung sind die verschiedenen Hangteile nicht zu trennen. Es ist mithin von einer rein quantitativen Veränderung auszugehen²¹.

Im Ergebnis ist damit die Widerspruchsbehörde für die Verböserung zuständig.

bb) Verfahren, Form

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Verfahrens und der Form bestehen keine Bedenken; insbesondere wurde Frau X vor der Verböserung erneut angehört (vgl. § 71 VwGO).

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Rechtsgrundlage der reformatio in peius

Bevor die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage geprüft werden können, muss geklärt werden, ob die Rechtsgrundlage, die für die Sanierungsmaßnahme im Rahmen des Ausgangsbescheids zur Verfügung steht, auch die reformatio in peius mit um-

¹⁹ BVerwG, DVBl. 1987, S. 238 f., 239; OVG Koblenz, DVBl. 1992, S. 787 f., 788, *Pietzner*, Zur reformatio in peius im Widerspruchsverfahren, *VerwArch* 1990, S. 261 ff., 281.

²⁰ Nach *Kopp/Schenke*, a.a.O., § 68, Rz. 10 b soll für jegliche Verböserung generell ein Selbsteintrittsrecht Voraussetzung sein.

²¹ Eine andere Auffassung ist hier vertretbar, da sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung auch ein Fall findet, in dem für den Fall der Ausdehnung einer Abrissverfügung auf ein weiteres Gebäude von einer qualitativen Änderung ausgegangen wurde, HessVGH, BRS 38 Nr. 201.

fasst. Anders gewendet geht es darum, ob § 17 Abs. 1 ASOG auch für die Widerspruchsbehörde maßgebend ist.

Vorweg kann festgestellt werden, dass die §§ 68 ff. VwGO nicht als Rechtsgrundlage dienen können, da sie keine Aussage über die Zulässigkeit einer *reformatio in peius* enthalten²².

Teilweise wird vertreten, in der Verböserung liege eine Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsakts, weswegen Rechtsgrundlage die §§ 48, 49 VwVfG seien²³. Dies ist abzulehnen, weil die §§ 48, 49 VwVfG nicht für das Widerspruchsverfahren selbst gelten und die Widerspruchsbehörde die ursprüngliche Entscheidungskompetenz innehat, die die Ausgangsbehörde hätte, wenn sie an Stelle der Widerspruchsbehörde entschiede²⁴. Mithin bleibt als Rechtsgrundlage nur die materiellrechtliche Vorschrift, die bereits die Ausgangsbehörde zu ihrem Handeln ermächtigte. Dies ist vorliegend § 17 Abs. 1 ASOG.

bb) Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

Die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage müssten vorliegen. Zunächst müsste also eine Gefahr für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben sein. Aufgrund der Tatsache, dass durch herabstürzende Felsbrocken sowohl das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Menschen als auch das Eigentum der Familie Y bedroht ist, sind Individualgüter als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen. Für diese Güter besteht auch eine Gefahr, da das Gutachten, das die Behörde erstellt hat, von einer nicht zu vernachlässigenden Wahrscheinlichkeit künftiger Steinschläge und damit künftiger Schäden ausgeht²⁵.

Als Verantwortlicher kommt vorliegend nur der Eigentümer des Oberliegergrundstücks in Betracht, da die Steinschlaggefahr nicht durch menschliches Handeln ausgelöst wurde. Zuerst Frau X und nun Herr Z sind somit gem. § 14 Abs. 1 ASOG verantwortlich.

²² BVerwGE 51, 310, 313; 65, 313, 319.

²³ VGH Mannheim, NVwZ-RR 1991, S. 113 ff., 114; *Renz*, a.a.O., S. 144; *Kopp/Schenke*, a.a.O., § 68, Rz. 10 c.

²⁴ *Pietzner*, a.a.O., S. 266.

²⁵ In diesem Zusammenhang ist noch nicht erheblich, dass die konkreten Maßnahmen nicht durch natürlichen Steinschlag, sondern durch gezielte Steinwürfe ausgelöst wurden. Dies spielt erst im Rahmen der zweiten Frage eine Rolle.

cc) Rechtsfolge: Ermessen

Zu prüfen ist schließlich noch, ob der Widerspruchsbehörde Ermessensfehler unterlaufen sind. In Betracht kommt vorliegend lediglich eine Ermessensüberschreitung, wenn die Ausdehnung der Sanierungspflicht nicht verhältnismäßig, insbesondere nicht erforderlich war. Laut Sachverhalt ist jedoch von der Erforderlichkeit der Ausweitung auszugehen. Mithin hat die Widerspruchsbehörde ermessensfehlerfrei gehandelt.

2. Ergebnis

Im Ergebnis stellt sich damit die Ausweitung der Sanierungspflicht im Widerspruchsbescheid als rechtmäßig dar. Auf die Frage der Rechtsverletzung kommt es nicht mehr an. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

Frage 2

A Differenzierung innerhalb des Kostenbescheids

Als Rechtsgrundlage des Kostenbescheids kommen §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG i.V.m. § 5 Abs. 2 VwVfGBIn²⁶ in Betracht. Dies setzt voraus, dass es sich bei der Sanierungsmaßnahme durch die Bundeswehr um eine Ersatzvornahme gehandelt hat. Hier ist von vornherein problematisch, dass Herr Z einen Teil des Widerspruchsbescheids angefochten hat. Dies hat nämlich Auswirkungen auf dessen Vollziehbarkeit. Voraussetzung einer Ersatzvornahme ist ein vollziehbarer Verwaltungsakt als Titel. Ein Verwaltungsakt ist vollziehbar, wenn er unanfechtbar ist oder wenn er kraft Gesetzes (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 3 VwGO) oder behördlicher Anordnung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) sofort vollziehbar ist. Vorliegend hat Herr Z denjenigen Teil des Bescheides, der die Sanierungspflicht in ihrem ursprünglichen Ausmaß festschrieb, bestandskräftig werden lassen. Dieser Teil ist somit vollziehbar. Den überschießenden Teil hat er jedoch mit der Klage angefochten, über die noch nicht entschieden wurde. Mithin war der Grundverwaltungsakt nur hinsichtlich der ursprünglichen Sanierungspflicht vollziehbar. Hinsichtlich des übrigen Teils fehlt es an einem vollstreckbaren Titel, so dass die Voraussetzungen einer Ersatzvornahme schon deshalb nicht vorliegen. Der Kostenbescheid ist auch teilbar, weil sich feststellen lässt, welche Kosten auf welchen Teil des Hanges entfallen (15.000 Euro zu 5.000 Euro).

²⁶ Auf die Nennung der Verweisungsnorm wird im Folgenden verzichtet.

Der Kostenbescheid kann somit nur insoweit auf Ersatzvornahme gestützt werden, als der Grundverwaltungsakt bereits bestandskräftig war. Im Folgenden ist somit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit zu differenzieren²⁷.

B Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids im Umfang von 15.000 Euro

I. Rechtsgrundlage

1. Selbstvornahme und Fremdvornahme

Als Rechtsgrundlage kommen §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG in Betracht. Die Annahme einer Ersatzvornahme könnte aber deshalb problematisch sein, weil § 10 VwVG bestimmt, dass die Behörde „einen anderen“ mit der Vornahme der Handlung beauftragen kann. Anders als in allen anderen Bundesländern ist in Berlin, das auf das Vollstreckungsgesetz des Bundes verweist, die Selbstvornahme nicht in der Befugnis zur Ersatzvornahme enthalten²⁸. Nimmt die Behörde die Handlung selbst vor, ist vielmehr unmittelbarer Zwang gem. § 12 VwVG gegeben. Dieser Unterschied ist deshalb bedeutsam, weil die Behörde bei unmittelbarem Zwang die Kosten selbst zu tragen hat²⁹. Der Kostenbescheid wäre dann vorliegend bereits aus diesem Grunde rechtswidrig.

2. Amtshilfe als Fremdvornahme im Sinne von § 10 VwVG

„Ein anderer“ ist vor allem ein privater Dritter, den die Behörde an Stelle des Pflichtigen in der Regel aufgrund eines Werkvertrages heranzieht³⁰. Das Rechtsverhältnis zwischen Drittem und Behörde ist dann ein privatrechtliches. Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall auch die Bundeswehr als „Anderer“ anzusehen ist. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn das Rechtsverhältnis zur Behörde als privatrechtlich zu qualifizieren wäre. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Bundeswehr im Inneren nur ausnahmsweise und nur aufgrund besonderer verfassungsrechtlicher Ermächtigung tätig werden darf (Art. 87a Abs. 2 GG). In anderen Fällen ist ihr das Tätigwerden untersagt. Eine solche Ermächtigung enthält Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG, wonach die Streitkräfte bei einer Naturkatastrophe im Wege der Amtshilfe tätig werden darf. Dieser Fall ist vorliegend gegeben. Die Bundeswehr wurde zum Fluteinsatz gerufen. In un-

²⁷ Wegen der besseren Übersichtlichkeit wurden diese Erwägungen der eigentlichen Prüfung vorangestellt. Denkbar ist es aber auch, die Prüfung bis zu dem neuralgischen Punkt der Vollziehbarkeit voranzutreiben und erst dort zu differenzieren.

²⁸ Vgl. *Engelhardt/App*, VwVG, 5. Aufl. 2001, § 10, Rz. 1.

²⁹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 20, Rz. 14.

³⁰ *Maurer*, a.a.O., Rz. 13.

mittelbarem Zusammenhang mit dieser Tätigkeit steht auch der Einsatz bei Y, da es hier – zumindest vermeintlich – auch um durch die Regenfälle verursachte Gefahren geht. Mithin ist davon auszugehen, dass die Bundeswehr im Wege der Amtshilfe auf dem Grundstück der Y tätig wurde. Amtshilfe ist aber ein öffentlich-rechtliches, kein privatrechtliches Rechtsverhältnis.

Es fragt sich demnach, ob auch die Hilfeleistung im Wege der Amtshilfe von § 10 VwVG umfasst ist, ob die Bundeswehr also „ein anderer“ ist. Der Wortlaut von § 10 VwVG enthält keine Beschränkung auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse. Vielmehr erfordert die Formulierung der Vorschrift lediglich, dass der Dritte bei der Ausführung eine gewisse Selbständigkeit besitzt. In diesem Sinne führt auch das OVG Münster³¹ aus, entscheidend für die Differenzierung zwischen Selbst- und Fremdvornahme sei der Grad an Eigenverantwortlichkeit, mit der der Dritte die übertragene Aufgabe ausführe. Handle es sich nur um Arbeitskräfte, die kein eigenes Bestimmungsrecht über ihre Arbeit besitzen, so liege Selbstvornahme vor. Anders liege es bei einem selbständigen Unternehmer³². Im Rahmen der Amtshilfe ist gem. § 7 Abs. 2 S. 2 VwVfG die ersuchte Behörde für die Durchführung der Amtshilfe verantwortlich. Damit kommt der Bundeswehr vorliegend eine Selbständigkeit bei der Ausführung zu, die die Annahme einer Fremdvornahme rechtfertigt. Sie ist ein anderer im Sinne von § 10 VwVG. §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG stellen die richtige Rechtsgrundlage dar.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken. Insbesondere ist die Behörde, die den Grundverwaltungsakt erlassen hat, auch für dessen Vollziehung und die Erhebung der Kosten zuständig (§ 7 Abs. 1 VwVG).

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid müsste auch materiell rechtmäßig sein. Voraussetzung eines rechtmäßigen Kostenbescheids ist die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme sowie ein ordnungsgemäßer Kostenansatz.

1. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Ersatzvornahme ist § 10 VwVG.

³¹ OVG Münster, OVGE 7, 27.

³² OVG Münster, a.a.O., S. 31.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht bestehen gegen die Ersatzvornahme keine Bedenken.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Vollziehbarer Grundverwaltungsakt

In materieller Hinsicht setzt eine Ersatzvornahme einen vollziehbaren Grundverwaltungsakt als Titel voraus. Es lag ein Sanierungsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids vor. Hinsichtlich der Sanierungspflicht im ursprünglichen Umfang war der Sanierungsbescheid auch bereits bestandskräftig und damit vollziehbar.

bb) Art und Weise: Fehlen von Androhung und Festsetzung des Zwangsmittels

Weiterhin müsste die Art und Weise der Ersatzvornahme ordnungsgemäß gewesen sein. Mit Blick auf den Sanierungsbescheid in seinem ursprünglichen Ausmaß ergibt sich das Problem, dass die Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich im Wege des gestreckten Zwangsverfahrens abzulaufen hat. Die Ersatzvornahme ist zunächst anzudrohen (§ 13 VwVG), sodann festzusetzen (§ 14 VwVG) und durchzuführen. Vorliegend hat die Behörde zwar die Ersatzvornahme angedroht, jedoch nicht für den Zeitpunkt, in dem die Maßnahmen durchgeführt wurden. Somit ist von ihrem völligen Fehlen auszugehen. Eine Festsetzung ist ganz unterblieben. Fraglich ist, ob Androhung und Festsetzung entbehrlich waren.

Dies könnte aufgrund von § 6 Abs. 2 VwVG der Fall sein. § 6 Abs. 2 VwVG erlaubt den sogenannten Sofortvollzug einer Maßnahme ohne vorausgegangenen Verwaltungsakt. Daraus wird allgemein geschlossen, dass a maiore ad minus auch in einem Fall, in dem wie hier ein Grundverwaltungsakt vorliegt, zumindest Androhung und Festsetzung entfallen können³³. Hierfür spricht im Übrigen auch die Formulierung in § 13 Abs. 1 VwVG und § 14 S. 2 VwVG.

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Wegfalls ist demnach eine drohende Gefahr. Eine drohende Gefahr muss mehr sein als die bloße Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Sofortiges Eingreifen muss notwendig sein, das heißt, der Zweck der Maßnahme kann im Wege des gestreckten Zwangsverfahrens wahrscheinlich nicht erreicht werden³⁴. Vorliegend bestand aufgrund der Erkenntnisse des Gutachtens zwar eine latente, nicht aber eine akute Gefährdung des unteren Grundstücks. Frag-

³³ Engelhardt/App, a.a.O., § 6, Rz. 22.

³⁴ Engelhardt/App, a.a.O., § 6, Rz. 24; OVG Berlin, DVBl. 1980, S. 1053.

lich ist, ob diese zu einer drohenden Gefahr wurde, als Steine auf das Hausdach der Familie Y fielen.

Bei objektiver Betrachtung im nachhinein lag zu keiner Zeit eine akute Gefährdung durch den vom Regen aufgeweichten Hang vor, eine „drohende Gefahr“ war im nachhinein zu verneinen. Jedoch muss die handelnde Behörde die Gefahrenlage aus ex-ante-Sicht beurteilen. Daher kann im Rahmen der Rechtmäßigkeitsprüfung auf diese Sicht abgestellt werden. Es ist zu klären, ob bei einer objektiven Betrachtung ex ante ein sofortiges Eingreifen notwendig war. Es geht mit anderen Worten um die Abgrenzung der Anscheinsgefahr von der Putativgefahr. Dabei ist zu beachten, dass sich diese Frage nur auf den Aspekt der „drohenden“ Gefahr bezieht, da eine latente Gefahr nach den Angaben im Sachverhalt zweifelsfrei vorlag.

Eine Anscheinsgefahr liegt vor, wenn eine Sachlage gegeben ist, die die Behörde als gefährlich eingestuft hat und unter den gegebenen Umständen bei Anlegung des Maßstabes verständiger Würdigung und hinreichender Sachverhaltsaufklärung als gefährlich ansehen durfte, während sich im nachhinein diese Annahme als falsch herausstellt³⁵. Eine Putativgefahr ist demgegenüber gegeben, wenn sich der handelnde Amtswalter eine Gefahr nur vorgestellt hat oder aufgrund unzureichender Sachverhaltswürdigung zu ihrer Bejahung gelangt ist³⁶. Während eine Anscheinsgefahr zumindest auf der Primärebene als vollwertige Gefahr im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts anzusehen ist³⁷, genügt die Putativgefahr den Anforderungen an eine Gefahr nicht. Vorliegend hatte das Gutachten eine latente Gefährdung durch den Felshang festgestellt. Durch den starken Regen war zudem der Boden erheblich aufgeweicht. In dieser Situation musste ein verständiger Betrachter an der Stelle der Behördenmitarbeiter davon ausgehen, dass die Steine, die auf das Hausdach gefallen waren, ein Zeichen für einen unmittelbar bevorstehenden Steinschlag waren. Aus ex-ante-Sicht stellt sich die vorgefundene Situation mithin als Anscheinsgefahr dar. Da diese der Gefahr gleichsteht, kann das Kriterium der „drohenden Gefahr“ in § 6 Abs. 2 VwVG als erfüllt angesehen werden. Im Ergebnis durfte daher auf Androhung und Festsetzung verzichtet werden.

³⁵ Vgl. Götz, a.a.O., Rz. 161, m.w.N.; dieser lehnt allerdings die Figur der Anscheinsgefahr ab, siehe Rz. 165.

³⁶ Götz, a.a.O., Rz. 169.

³⁷ BVerwGE 45, 51, 58; 49, 42, 44; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 226; a.A. *Schwabe*, Urteilsanmerkung, DVBl. 1982, S. 655.

cc) Art und Weise: Schäden bei Y

Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Ersatzvornahme könnten noch mit Blick auf die Schäden bei Y bestehen. Vorliegend hat jedoch der Umstand, dass im Zuge der Arbeiten Rechtsgüter der Familie Y verletzt wurden, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Ordnungsgemäßheit. Diese Frage ist nur im Verhältnis zu Y relevant. Mit Blick auf Z ist festzustellen, dass der Felshang nach der Sanierung vollständig gesichert ist. Damit war im Verhältnis zu Z die Art und Weise der Ersatzvornahme ordnungsgemäß.

dd) Kein Vollstreckungshindernis

Da die Familie Y der Benutzung ihres Grundstücks zugestimmt hat, besteht kein Vollstreckungshindernis.

ee) Rechtsfolge: Ermessen

Ermessensfehler im Rahmen der Anordnung und Ausführung der Ersatzvornahme sind nicht ersichtlich.

ff) Zwischenergebnis

Mithin war die Ersatzvornahme hinsichtlich des ursprünglichen Sanierungsumfanges rechtmäßig.

2. Ordnungsgemäßer Kostenansatz

Laut Sachverhalt war der Kostenansatz ordnungsgemäß.

3. Rechtsfolge: Ermessen

Die Rechtsfolge hinsichtlich der Kostentragungspflicht lässt sich dem Wortlaut der §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG nicht eindeutig entnehmen. Richtigerweise ist von einer Ermessensentscheidung auszugehen, da die Behörde nach § 10 VwVG eine Ersatzvornahme durchführen „kann“. In diesem Kontext kann es im Einzelfall gerechtfertigt erscheinen, die entstandenen Kosten dem Verantwortlichen nicht aufzuerlegen. Diesen Spielraum schafft eine Interpretation als Ermessensnorm³⁸.

Fraglich ist jedoch, ob die Behörde ihr Ermessen hinsichtlich der Kostentragungspflicht richtig ausgeübt hat. Im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer

³⁸ Ebenso VGH Mannheim, DÖV 1991, S. 163 ff., 164 f.

Maßnahme der Gefahrenabwehr ist es aus den oben genannten Gründen unabdingbar, auf die ex-ante-Sicht abzustellen³⁹. Auf der Primärebene gelangt man so zur Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen. Fraglich ist aber, ob es auch auf der Sekundärebene, also bei der Beurteilung der Folgen der Maßnahme, hierbei bleiben kann⁴⁰. Überwiegend wird mittlerweile vertreten, für die Frage der Kostentragungspflicht müsse auf die wahren Verhältnisse, wie sie sich im nachhinein herausgestellt haben, abgestellt werden⁴¹. Dem ist mit der Erwägung zuzustimmen, dass es das Rechtsstaatsprinzip und hier insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbieten, den Verantwortlichen mehr als notwendig zu belasten. Im Rahmen der Primärebene ist es richtig, eine ex-ante-Beurteilung zugrundezulegen, will man die Anforderungen an polizeiliches Handeln nicht überspannen. Andererseits ist es nicht einzusehen, warum bei einer bloßen Anscheinsgefahr der Verantwortliche die Kosten für die Beseitigung einer Gefahr tragen soll, die gar nicht vorhanden war. Etwas anderes kann nur gelten, wenn er den Anschein der Gefahr selbst oder zurechenbar verursacht hat⁴². Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Mithin erscheint es gerechtfertigt, Herrn Z so zu behandeln, wie er stünde, wenn die die Anscheinsgefahr begründenden Momente nicht vorgelegen hätten.

Legt man diesen Maßstab zugrunde, kommt man nicht etwa zur Verneinung einer Kostentragungspflicht. Vielmehr bestand ja tatsächlich eine Gefahr. Nur ihre Dringlichkeit war bei rückschauender Betrachtung nicht gegeben. Entscheidend muss daher sein, wie die Behörde ohne die den Anschein begründenden Umstände rechtmäßig hätte handeln können. In einem solchen Fall hätte sie die Sanierung zunächst androhen, dann festsetzen und schließlich durch Beauftragte ausführen lassen müssen. Dieses Prozedere war bereits eingeleitet, indem die Ersatzvornahme für den 2.12.2002 angedroht war. Mithin ist Herr Z so zu stellen, wie er im Falle der Ersatzvornahme am 2.12.2002 stünde. Der für die Sanierung im Umfang des ursprünglichen Bescheids erforderliche Betrag in Höhe von 15.000 Euro ist ihm bis zum 2.12.2002 zu stunden.

³⁹ VGH Mannheim, DVBl. 1990, S. 1047 f., 1048.

⁴⁰ Zu dieser Auffassung siehe *Schoch*, Entschädigung bei Inanspruchnahme wegen Verdachts- oder Anscheinsgefahr, JuS 1993, S. 724 ff., 725 m.w.N.

⁴¹ OVG Hamburg, NJW 1986, S. 2005 ff., 2007; VGH Mannheim, DVBl. 1990, S. 1047 f., 1048; OVG Münster, NJW 1993, S. 2698 f., 2699; BGH, NJW 1994, S. 2355 f., 2356; *Schoch*, a.a.O., S. 725 f.; *ders.*, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1995, S. 504 ff., 510; *Rachor* in *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Kap. L, Rz. 8.

⁴² *Bodanowitz*, Anscheinend falsch geparkt, JuS 1996, S. 911 ff., 917 m.w.N.; *Schoch*, a.a.O., JuS 1995, S. 510.

IV. Zwischenergebnis

Der Kostenbescheid ist in Höhe von 15.000 Euro mit der Maßgabe rechtmäßig, dass Herrn Z dieser Betrag bis zum 1.12.2002 gestundet wird⁴³.

C Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids im Umfang von 5.000 Euro

I. Rechtsgrundlage

Mit Blick auf die nicht von der Rechtsgrundlage der §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG umfassten 5.000 Euro ist nach einer alternativen Grundlage zu suchen. Zu beachten ist insbesondere, dass ein vollziehbarer Grundverwaltungsakt fehlt, da dieser von Z angefochten wurde. In einer solchen Situation ist an eine Sofortmaßnahme zur Gefahrenabwehr zu denken. In Betracht kommen zum einen §§ 19 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 2 VwVG, also Kostenerstattung nach Sofortvollzug, zum anderen § 15 Abs. 2 ASOG, also Kostenerstattung nach unmittelbarer Ausführung.

1. Abgrenzung Sofortvollzug – unmittelbare Ausführung

Da nach Berliner Landesrecht sowohl der Sofortvollzug als auch die unmittelbare Ausführung geregelt ist, müssen beide Rechtsinstitute gegeneinander abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung wird meist in der Weise vorgenommen, dass Sofortvollzug die Brechung eines entgegenstehenden Willens voraussetze, während unmittelbare Ausführung auch ohne den Willen des Pflichtigen erfolgen könne⁴⁴. Teilweise wird diese Differenzierung auch abgelehnt⁴⁵. Diese Auffassung kann jedoch keine alternative Lösung anbieten, weshalb die genannte Differenzierung im Folgenden zugrunde liegt.

Danach ist die Sanierung vorliegend auf Sofortvollzug zu stützen. Herr Z hat im Zusammenhang mit der Sanierung klar geäußert, dass er nicht bereit ist, die Sanierung im Ausmaß des Widerspruchsbescheids durchzuführen. Es kommt daher nicht auf die weitergehende Frage an, ob im Rahmen des Sofortvollzugs ein geäußerter Wille gebrochen werden muss oder ob ein mutmaßlicher Wille ausreicht.

⁴³ Hier kann man auch zu dem Ergebnis kommen, dass der Bescheid auch ohne Stundung rechtmäßig ist. Dies ist dann möglich, wenn man eine Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärebene ablehnt.

⁴⁴ So *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 304, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1999; *Denninger* in ders./Lisken, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Kap. E, Rz. 145; dagegen *Kugelman*, Unmittelbare Ausführung von Maßnahmen und sofortige Anwendung von Verwaltungszwang durch die Polizei, DÖV 1997, S. 153 ff., 157 m.w.N.; siehe auch VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, S. 23 ff., 25..

⁴⁵ *Götz*, a.a.O., Rz. 420.

2. Ergebnis

Mithin sind §§ 19 Abs. 1 S. 1, 6 Abs. 2 VwVG die richtige Rechtsgrundlage.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die materielle Rechtmäßigkeit setzt zum einen einen rechtmäßigen Sofortvollzug, zum zweiten einen ordnungsgemäßen Kostenansatz und schließlich auch eine fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich der Kostentragungspflicht voraus.

Rechtsgrundlage des Sofortvollzugs ist § 6 Abs. 2 VwVG. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken.

Aufgrund des Verweises von § 6 Abs. 2 VwVG auf die „gesetzlichen Befugnisse“ der handelnden Behörde setzt die materielle Rechtmäßigkeit zunächst voraus, dass diese berechtigt gewesen wäre, auch einen Verwaltungsakt im Umfang der Sofortmaßnahme zu erlassen. Es ist mithin ein fiktiver Grundverwaltungsakt zu prüfen. Anschließend ist nach der drohenden Gefahr und etwaigen Ermessensfehlern zu fragen.

Rechtsgrundlage des fiktiven Grundverwaltungsakts wäre § 17 Abs. 1 ASOG. Die Behörde wäre für die Erweiterung der Sanierungspflicht zuständig gewesen. Das Vorliegen der Voraussetzungen von § 17 Abs. 1 ASOG sowie die Verhältnismäßigkeit der Sanierungspflicht im fraglichen Umfang wurden bereits bei Frage 1 geprüft und bejaht. Ein fiktiver Verwaltungsakt wäre rechtmäßig.

Die drohende Gefahr lässt sich, wie oben gesehen, als Anscheinsgefahr bejahen. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Damit ist der Sofortvollzug rechtmäßig.

Der Kostenansatz ist laut Sachverhalt ordnungsgemäß.

Problematisch ist aber, dass die Sofortmaßnahme nur deshalb ergriffen wurde, weil die bösen Buben M und N die Steine auf das Dach geworfen hatten. Zwar bestand nach dem Gutachten eine Gefahr für das untere Grundstück. Diese hätte aber keine Sofortmaßnahme gerechtfertigt, sondern lediglich die Durchführung eines gestreckten Zwangsverfahrens. Dessen Durchführung steht vorliegend aber entgegen, dass der zugrundeliegende Bescheid noch nicht vollziehbar ist. Mithin besteht zwar auch hinsichtlich der 5.000 Euro grundsätzlich eine Zahlungspflicht, diese aktualisiert sich

jedoch erst mit Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Schuld zu stunden⁴⁶.

IV. Ergebnis

Der zweite Teil des Bescheids ist mit der Maßgabe rechtmäßig, dass die Schuld bis zum Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu stunden ist. Dies ist der Behörde zuzumuten, da sie in der vermeintlichen Gefahrensituation im August auch die Möglichkeit gehabt hätte, die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO anzuordnen, dies aber unterlassen hat.

Frage 3

A Ansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland

I. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis

Zunächst könnte ein Anspruch der Z auf Schadensersatz aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis bestehen. Jedoch darf ein solches nicht vorschnell angenommen werden. Erforderlich ist vielmehr, dass zwischen Bürger und Verwaltung ein Verhältnis besteht, das besonders enge Rechte und Pflichten begründet. Hier hat Herr Y lediglich die Nutzung seines Grundstücks zwecks Sanierung gestattet. Dies allein reicht noch nicht aus, um ein Schuldverhältnis anzunehmen.

II. Amtshaftung

1. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

In Betracht kommt aber ein Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB/Art. 34 GG. Zunächst müsste jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben. Die Sanierung des Felshangs müsste sich als öffentlich-rechtliche Maßnahme darstellen. Die Bundeswehr wurde hier tätig, weil sie auf Anforderung der zuständigen Behörde eine Ersatzvornahme durchführte. Die Anordnung der Ersatzvornahme stellt unproblematisch eine öffentlich-rechtliche Maßnahme dar. Hier geht es jedoch allein um die Durchführung. Wird für die Durchführung eine Privatperson beauftragt, so kann der öffentlich-rechtliche Charakter der Durchführung zweifelhaft sein⁴⁷. Wie bereits erwähnt, wurde die Bundeswehr hier aber nicht im Wege privatrechtlicher Be-

⁴⁶ Auch hier kann man eine Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärebene ablehnen und einen volle Zahlungspflicht bejahen.

⁴⁷ Vgl. *Maurer*, a.a.O., § 25 Rz. 13.

auftragung, sondern aufgrund von Amtshilfe gem. Art. 35 Abs. 2 S. 2 GG, §§ 4 ff. VwVfG tätig. Damit lag eine öffentlich-rechtliche Maßnahme vor.

Weiterhin ist fraglich, wer im Außenverhältnis für die bei Y entstandenen Schäden haftet. Bei der Beauftragung Privater ist dies die beauftragende Behörde. Nun bestimmt aber § 7 Abs. 2 S. 2 VwVfG⁴⁸, dass die ersuchte Behörde für die Durchführung der Amtshilfe verantwortlich ist. Daraus folgt, da die Schäden vorliegend ausschließlich auf Fehler bei der Durchführung zurückzuführen sind, dass die Bundeswehr im Außenverhältnis zu Y allein haftet⁴⁹. Mithin handelte in Gestalt der Bundeswehr jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes.

2. Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

Dabei müssten die Dienstkräfte der Bundeswehr eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt haben. Es besteht die allgemeine Amtspflicht aller Amtswalter, im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung keine Rechtsgüter unbeteiligter Dritter zu schädigen. Diese Pflicht haben die Soldaten vorliegend verletzt. Die genannte Pflicht ist auch drittschützend, da es ausschließlich um den Schutz der Unbeteiligten geht.

3. Verschulden

Die Soldaten haben vorliegend fahrlässig, also schuldhaft gehandelt.

4. Kausalität

Die Kausalität liegt vor, da die bei Y entstandenen Schäden auf der fehlerhaften Sanierung durch die Bundeswehr beruhen.

5. Schaden

Der Schaden bei Y lässt sich mit 5.000 Euro beziffern. Er ist nach den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB ersatzfähig.

6. Beschränkungen der Amtshaftung

Beschränkungen der Amtshaftung sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Amtshaftung nicht subsidiär nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, weil keine anderweitige Ersatz-

⁴⁸ Das VwVfG des Bundes ist vorliegend allein anzuwenden, da sowohl ersuchende als auch ersuchte Behörde daran gebunden sind. In Berlin gilt das VwVfG Bund über § 1 Abs. 1 VwVfGBln.

⁴⁹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 7 Rz. 12.

möglichkeit ersichtlich ist. § 839 Abs. 3 BGB greift mangels Primärrechtsschutzes gegen die Verletzung nicht ein.

7. Ergebnis

Die Familie Y hat gegen die Bundesrepublik Deutschland einen Anspruch auf Schadensersatz aus Amtshaftung in Höhe von 5.000 Euro.

III. Schadensausgleich nach § 59 ASOG

Weiterhin kommt auch ein Schadensausgleich nach § 59 ASOG in Betracht. Dazu müsste diese Vorschrift auf die Bundeswehr überhaupt anwendbar sein. Hiergegen spricht, dass das ASOG ausweislich seines § 1 nur Ordnungsbehörden und die Polizei des Landes Berlin berechtigt und verpflichtet. Mithin ist dieses Gesetz auf die Bundeswehr als Bundesorgan nicht anwendbar.

IV. Enteignungsgleicher Eingriff

In Betracht kommt jedoch ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff. Während dieses Rechtsinstitut früher unmittelbar aus Art. 14 GG hergeleitet wurde, besteht es nach der Naßauskiesungs-Entscheidung⁵⁰ des BVerfG lediglich als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Institut des einfachen Rechts fort⁵¹.

1. Verhältnis zur Amtshaftung

Zunächst ist fraglich, ob ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff neben der Amtshaftung bestehen kann. Dies wird allgemein mit Blick auf die völlig unterschiedliche Zielrichtung beider Anspruchsgrundlagen bejaht⁵².

2. Die Bundesrepublik Deutschland als Anspruchsgegner

Fraglich ist zunächst, ob sich der Anspruch überhaupt gegen die Bundesrepublik Deutschland richtet. In Rechtsprechung und Literatur wird nämlich vertreten, in Anlehnung an die Situation bei der Enteignung sei derjenige Verwaltungsträger entschädigungspflichtig, der durch die Maßnahme begünstigt wurde oder dessen Aufgaben wahrgenommen wurden. Dies wäre vorliegend die Stadt L. Hiergegen spricht jedoch, dass die Parallele zur Enteignung mittlerweile durch die Lösung von Art. 14

⁵⁰ BVerfGE 58, 300.

⁵¹ Vgl. ausführlich *Maurer*, a.a.O., § 26 Rz. 87.

⁵² BGHZ 13, 88, 93 ff.; *Maurer*, a.a.O., Rz. 104.

GG entbehrlich geworden ist. Sachgerechter erscheint eine Entschädigungspflicht desjenigen Verwaltungsträgers, dessen Behörde den Eingriff vorgenommen hat⁵³. Dies ist hier die Bundesrepublik Deutschland.

3. Eingriff in das Eigentum

Vorliegend wurde das Eigentum der Familie Y an ihrem Garten und an dem Dach ihres Hauses verletzt.

4. Hoheitliche Maßnahme

Wie im Rahmen der Amtshaftung ausgeführt, ist eine hoheitliche, also öffentlich-rechtliche Maßnahme zu bejahen.

5. Unmittelbarkeit des Eingriffs

Die Unmittelbarkeit des Eingriffs ist zu bejahen, da die Schäden unmittelbar auf schädigenden Handlungen der Soldaten beruhten.

6. Sonderopfer – Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob der Eingriff rechtswidrig war. Dies könnte deshalb zu verneinen sein, weil die von der Bundeswehr durchgeführte Ersatzvornahme an sich rechtmäßig war (s.o.). Jedoch ist im Rahmen des enteignungsgleichen Eingriffs für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit auf den Erfolg abzustellen⁵⁴. Die Schäden bei Y sind von der Familie nicht hinzunehmen gewesen, da sie auf der unsachgemäßen Verwendung von Räumgerät beruhten. Der Erfolg war somit rechtswidrig. Ob auch die Handlungen, die zu den Schäden geführt haben, rechtswidrig waren, kann demgegenüber offenbleiben.

7. Vorrang des Primärrechtsschutzes

Wie bei der Amtshaftung ist der Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht einschlägig.

8. Ergebnis

Die Familie Y hat auch aufgrund von enteignungsgleichem Eingriff einen Anspruch auf Entschädigung gegen die Bundesrepublik Deutschland. Dieser Anspruch ist auf vollständigen Ausgleich der Vermögenseinbuße gerichtet, besteht also in Höhe von

⁵³ Ebenso *Maurer*, a.a.O., Rz. 101.

⁵⁴ *Maurer*, a.a.O., Rz. 94.

5.000 Euro. Hinzu tritt der oben festgestellte Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB/Art. 34 GG.

B Ansprüche gegen die Stadt L

Es wurde bereits ausgeführt, dass im Rahmen von Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff die Bundesrepublik Deutschland Anspruchsgegnerin ist. Eine eigenständige Amtspflichtverletzung der zuständigen Behörde der Stadt L ist nicht ersichtlich. Auch eine Haftung wegen Mitverursachung kommt nach dem Sachverhalt nicht in Betracht, da zumindest kein Verschulden vorlag. Es findet schließlich keine Haftungsüberleitung nach § 831 BGB statt, da die Bundeswehr nicht Verrichtungsgehilfin ist. Mithin bestehen keine Ansprüche gegen die Stadt L.