

Baumfällig (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)
Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich
Stand der Bearbeitung: Juli 2014

Nach dem unmissverständlichen Hinweis im Sachverhalt ist zunächst die materielle Rechtslage zu prüfen. Insoweit ist zu differenzieren zwischen der Frage, ob der Bescheid des Bezirksamts Steglitz-Zehlendorf rechtmäßig ist (Erster Teil), und der Frage, ob die Behörde die von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Alternativlösung akzeptieren muss (Zweiter Teil). Erst anschließend ist zu untersuchen, mit welchen Mitteln Frau *Hubbard-Siontologis* verhindern kann, dass ihr Baum durch das Bezirksamt nach Ablauf der gesetzten Frist abgesägt wird (Dritter Teil).

Erster Teil: Rechtmäßigkeit des Bescheides des Bezirksamts

Nach dem Sachverhalt stützt sich das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf bei der Anordnung in **Nr. 1** des Bescheides, den Baum absägen zu lassen, auf seine ordnungsbehördliche Zuständigkeit, es wollte also eine auf § 1 Abs. 1 S. 1 und § 17 Abs. 1 ASOG gestützte **Gefahrenabwehrmaßnahme** treffen (A). **Nr. 2** des Bescheides enthält demgegenüber eine **Anordnung der sofortigen Vollziehung** der sich aus Nr. 1 des Bescheides ergebenden Verpflichtung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO (B). Bei **Nr. 3 des Bescheides** handelt es sich schließlich um die **Androhung eines Zwangsmittels**, deren Zulässigkeit sich nach § 12 VwVG i.V.m. § 5a S. 1 VwVfG Bln¹ (*Anmerkung*: Seit April April 2016 § 8 Abs. 1 S. 1 VwVfG Bln) richtet (C).

Da sich die Rechtmäßigkeit dieser Anordnungen nach unterschiedlichen Voraussetzungen richtet, sind sie getrennt voneinander zu untersuchen.

Anmerkung: Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#), zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung [diesen Hinweis](#).

A. Rechtmäßigkeit der in Nr. 1 des Bescheides getroffenen Anordnung

Die auf § 1 Abs. 1 S. 1 und § 17 Abs. 1 ASOG gestützte Anordnung der Nr. 1 des Bescheides ist rechtmäßig, wenn das Bezirksamt formell und materiell ordnungsgemäß gehandelt hat.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Die **sachliche** Zuständigkeit der Berliner Ordnungsbehörden ergibt sich aus § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i.V.m. ZustKat ASOG. Da die Maßnahme laut Sachverhalt nicht dem Naturschutz dienen soll, sind die speziellen Zuständigkeiten der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umweltschutz (Nr. 10 Abs. 6) und der Bezirksämter (Nr. 18 Abs. 6) nicht eröffnet. Aus den gleichen Gründen scheidet

¹ Im Folgenden wird auf den Verweis bzgl. des VwVG in das Berliner Landesrecht verzichtet.

die spezielle Zuständigkeit des Pflanzenschutzamtes aus (Nr. 29). Damit ist die subsidiäre Zuständigkeit der Bezirksämter nach Nr. 37 Abs. 2 ZustKat ASOG a.E. gegeben. Die **örtliche** Zuständigkeit des Bezirksamts Steglitz-Zehlendorf ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln².

Da es sich bei der Anordnung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 des nach seinem § 1 Abs. 1 Nr.1 anwendbaren VwVfG handelt, waren vor ihrem Erlass die Verfahrensvoraussetzungen der §§ 9 ff. VwVfG zu beachten. Insoweit bestehen keine Bedenken: Insbesondere ist Frau *Hubbard-Siontologis* vor Erlass der Verfügung anlässlich des veranschlagten Ortstermins angehört (§ 28 Abs. 1 VwVfG) und der Bescheid mit einer Begründung (§ 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG) versehen worden. Schließlich ist der Bescheid wirksam in Form der Zustellung nach §§ 1 ff. VwZG i.V.m. § 5 VwVfG Bln (*Anmerkung*: seit April 2016 § 7 VwVfG Bln) Frau *Hubbard-Siontologis* bekanntgegeben worden (§ 41 Abs. 5 VwVfG), so dass er ihr gegenüber auch wirksam geworden ist (§ 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG).

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 17 Abs. 1 ASOG ist das Bezirksamt befugt, im Rahmen der ihm durch § 1 Abs. 1 S. 1 ASOG übertragenen Aufgabe der Gefahrenabwehr die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Einzelfall zu begegnen.

1. Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Tatbestandsvoraussetzung für eine auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützte Verfügung ist zunächst das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Unter den Begriff „öffentliche Sicherheit“ fallen sowohl der Schutz individueller Rechtsgüter (nämlich Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen des Einzelnen) als auch der des Staates und seiner Einrichtungen sowie der gesamten Rechtsordnung.³ Die „öffentliche Ordnung“ wird definiert als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird.⁴ Eine Gefahr liegt dann vor, wenn ein Verhalten bei ungehindertem Verlauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Sicherheit ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung schädigen wird.⁵

Hier bestehen am Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit nach dem Sachverhalt letztlich keine Zweifel: Auch wenn der Baum zur Zeit wieder „sicher“ steht, ist erkennbar, dass er jedenfalls beim nächsten stärkeren Regen oder bei einer Aufweichung des Bodens aus sonstigen Gründen auf die Straße fallen wird. Hierdurch können Passanten oder Kraftfahrer erkennbar verletzt werden, und zwar nicht nur in dem Moment, in dem der Baum fällt, sondern auch noch, solange er ungesichert „auf der Straße“ liegt und damit eine Gefahr für die Autofahrer darstellt. Eine Gefahr i.S.d. § 17 Abs. 1 ASOG liegt damit vor.

2. Inanspruchnahme einer nach §§ 13 ff. ASOG polizeipflichtigen Person

² Im Folgenden wird auf den Verweis bzgl. des VwVfG in das Berliner Landesrecht verzichtet.

³ Siehe *Götz*, § 4 Rn. 1 ff.

⁴ Siehe *Götz*, § 5 Rn. 1 ff.

⁵ Siehe *Götz*, § 6 Rn. 1 ff.

Tatbestandsvoraussetzung einer auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützten Maßnahme ist weiterhin, dass diese sich an den **richtigen Adressaten** richtet. Wer polizeirechtlich in Anspruch genommen werden kann, bestimmt sich nach § 13, § 14 und § 16 ASOG.

Insoweit könnte zunächst eine Inanspruchnahme von Frau *Hubbard-Siontologis* nach § 13 Abs. 1 ASOG in Betracht kommen. Dann müsste Frau *Hubbard-Siontologis* die Gefahr **verursacht** haben. Dies ist eine **Kausalitätsfrage**. Nach der überwiegend vertretenen „**Theorie der unmittelbaren Verursachung**“⁶ ist nur derjenige aufgrund seines Verhaltens polizeipflichtig, der selbst die konkrete Gefahr **unmittelbar** herbeiführt, mit anderen Worten: in dessen eigener Person die Gefahrenschwelle überschritten wird. In der neueren Literatur besteht ferner weitgehend Einigkeit darüber, dass der Verursachungsbegriff **normativ** zu bestimmen ist, mithin häufig das **Ergebnis einer Wertung** darstellt. Hiernach ist Frau *Hubbard-Siontologis* nicht als Verursacherin der Gefahr anzusehen: Nicht sie, sondern *Gasolina* und wohl auch noch *Sarah Levenbrück* haben aufgrund ihrer Beteiligung an dem Unfall, auf den die „Baumfälligkeit“ des Baumes zurückzuführen ist, die Gefahr unmittelbar verursacht. Eine Inanspruchnahme von Frau *Hubbard-Siontologis* nach § 13 Abs. 1 ASOG ist demnach ausgeschlossen.

Frau *Hubbard-Siontologis* ist jedoch als Eigentümerin des Grundstückes auch Eigentümerin des Baumes (vgl. § 94 Abs. 1 BGB), von dem die Gefahr ausgeht. Zudem ist sie anscheinend auch Inhaberin der tatsächlichen Gewalt. Deshalb können Gefahrenabwehrmaßnahmen nach § 14 Abs. 1 und 3 ASOG auch an sie gerichtet werden.

Frau *Hubbard-Siontologis* ist somit nach § 14 Abs. 1 und 3 ASOG als sog. **Zustandsstörer** polizeipflichtig.

3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung (§ 40 VwVfG i.V.m. §§ 11, 12 ASOG)

Die Tatbestandsvoraussetzungen für den Erlass der auf § 17 Abs. 1 i.V. m. § 14 Abs. 1 und 3 ASOG gestützten Verfügung gegenüber Frau *Hubbard-Siontologis* liegen also vor. Die zu treffende Maßnahme steht jedoch im Ermessen des Bezirksamts, so dass diese die Grenzen des Ermessens nach §§ 11, 12 ASOG, § 40 VwVfG einhalten muss. Hierzu gehört insbesondere das Übermaßverbot des § 11 ASOG: Dementsprechend muss die Verpflichtung von Frau *Hubbard-Siontologis*, den Baum abzusägen, auch **verhältnismäßig** sein.

Anmerkung: Siehe zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips [diesen Hinweis](#).

a) Geeignetheit

Voraussetzung wäre - wovon auch § 11 Abs. 1 ASOG ausgeht - zunächst, dass die getroffene Maßnahme überhaupt zur Abwehr der Gefahr **geeignet** ist. Dies ist unproblematisch: Wird der Baum abgesägt, kann er nicht mehr auf die Straße stürzen, so dass die Gefahr gebannt wäre. Die Maßnahme ist also geeignet.

b) Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Anordnung, den Baum abzusägen, auch **erforderlich** ist, also das Mittel zur Gefahrenbeseitigung darstellt, das - wie § 11 Abs. 1 SPolG es

⁶ Dazu Götz, § 9 Rn. 10 ff.

formuliert - den Betroffenen (hier Frau *Hubbard-Siontologis*) am wenigsten beeinträchtigt. Hieran könnten Zweifel insoweit bestehen, als Frau *Hubbard-Siontologis* durch die Verfügung zur Zerstörung ihres Eigentums verpflichtet wird, während die Beseitigung der Gefahr auch durch eine „Reparatur“ des Baumes möglich wäre. Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob eine „Baum-Reparatur“ in **zeitlicher Hinsicht** ein **gleich geeignetes Mittel** gegenüber der Anordnung des Baumfällens ist, da die für die Reparatur notwendigen Fachkräfte anscheinend so schnell nicht verfügbar sind (siehe hierzu näher Zweiter Teil B).

Dies kann hier jedoch dahingestellt bleiben: Aus der Sicht des Bezirksamts stellte sich die Anordnung des Baumfällens jedenfalls als das mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr dar: Unter **wirtschaftlichen Gesichtspunkten** war im Hinblick auf die durch die in Betracht kommenden Maßnahmen entstehenden Kosten (200,- Euro gegenüber 3000,- Euro) die Anordnung des Abholzens erkennbar das mildeste Mittel. Zumal weil Frau *Hubbard-Siontologis* sich in dem Ortstermin nicht dazu geäußert hatte, dass sie bereit sei, auch die wesentlich kostspieligere Reparatur des Baumes zu bezahlen, sondern sich schlicht geweigert hatte, überhaupt etwas zu tun, brauchte das Bezirksamt nicht damit zu rechnen, dass Frau *Hubbard-Siontologis* es aus „emotionalen Gründen“ vorziehen würde, den Baum „reparieren“ zu lassen. Insoweit geht § 12 Abs. 2 ASOG erkennbar davon aus, dass es trotz der sich aus § 11 Abs. 1 ASOG ergebenden Pflicht zur Bestimmung des mildesten Mittels nicht Aufgabe der Ordnungsbehörden ist zu erforschen, welche Maßnahme den Betroffenen subjektiv am wenigsten beeinträchtigt. Vielmehr kommt sie ihrer Pflicht aus § 11 Abs. 1 ASOG schon dann nach, wenn sie das Mittel bestimmt, das sich nach objektiven Gesichtspunkten als das Mittel darstellt, das ein „Durchschnittsmensch“ als das mildeste Mittel empfinden würde.⁷

Insoweit ist nicht zu beanstanden, dass das Bezirksamt den „homo oeconomicus“ als „Leitbild“ gewählt hat. Es musste nicht damit gerechnet werden, dass jemand zu einem relativ gewöhnlichen Baum - einer Kastanie - in einer so „emotionalen“ Bindung steht, dass er bereit ist, 3000,- Euro für dessen Instandsetzung zu zahlen (anders dürfte es z. B. bei Haustieren sein). Die Anordnung, den Baum abzusägen, war demnach auch erforderlich.

c) Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i.e.S)

Zweifel könnten jedoch an der **Zumutbarkeit** oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. der Maßnahme bestehen. Es wird nämlich vielfach vertreten, dass eine Inanspruchnahme des Zustandsstörers nach § 14 ASOG für diesen unzumutbar sei, wenn die von seiner Sache ausgehende Gefahr auf das Verhalten eines Dritten zurückzuführen sei, der seinerseits als Verhaltensstörer nach § 13 ASOG zur Gefahrenabwehr herangezogen werden könne. In diesem Fall sei der Zustandsverantwortliche selbst ein „Opfer“ und werde durch die Gefahrverursachung selbst gestört. Dieser Umstand müsse bei der Ermessensentscheidung darüber, wer polizeirechtlich in Anspruch zu nehmen sei, erheblich ins Gewicht fallen. Jedenfalls soweit die Heranziehung des Verhaltensstörers gleich effektiv wie die Inanspruchnahme des Zustandsstörers sei, müsse der Verhaltensstörer in Anspruch genommen werden: Die Ordnungsbehörde sei zwar nicht zu einer gerechten

⁷ Grupp, VerwArch 69 [1978], S. 125, 140 ff.

Lastenverteilung zwischen den Polizeipflichtigen verpflichtet, dürfe sie jedoch nicht durch die willkürliche Heranziehung geradezu verhindern.⁸

Hier ist die Gefahr tatsächlich i.S.d. § 13 Abs. 1 ASOG unmittelbar von *Gasolina* verursacht worden. Unter wertenden Gesichtspunkten wird man zudem auch als eigentliche Unfallverursacherin *Sarah Levenbrück* als Verhaltensstörerin ansehen können. Wie § 13 Abs. 2 ASOG verdeutlicht, steht weder ihre Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Abs. 1 Nr. 1 BGB) noch ihre Handlungsunfähigkeit im Verwaltungsverfahren (§ 12 VwVfG) noch ihre Schuldunfähigkeit (§ 828 Abs. 1 BGB) ihrer materiellrechtlichen Polizeipflicht entgegen.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den Scheunenabbruch-Fall.

Schließlich hätten auch die Eltern *Sarahs* als „Quasi-Verhaltensstörer“ nach § 13 Abs. 2 ASOG in Anspruch genommen werden können.

Es ist jedoch bereits nicht anzunehmen, dass die Verpflichtung *Gasolinas*, *Sarah Levenbrück* oder ihrer Eltern eine im Vergleich zur Inanspruchnahme von Frau *Hubbard-Siontologis* **gleich effektive Gefahrenabwehrmaßnahme** gewesen wäre. Dies ergibt sich schon daraus, dass Frau *Hubbard-Siontologis* nur dann das Absägen des Baumes durch eine dieser Personen hätte dulden müssen, wenn die Ordnungsbehörde ihr gegenüber eine entsprechende **Duldungsverfügung** erlassen hätte. Eine Doppelverpflichtung erscheint jedoch bereits weniger effektiv als die Verpflichtung nur einer Person.

Vor allem aber sind im konkreten Fall nicht nur Frau *Hubbard-Siontologis*, sondern **alle Beteiligten gleichermaßen Opfer** der Situation. Auch unter allgemeinen „Gerechtigkeitsgesichtspunkten“ lässt sich nicht begründen, weshalb *Gasolina*, deren Verhalten von der Rechtsordnung gebilligt und wohl auch gefordert war (vgl. § 228 BGB), bzw. *Sarah*, ein in jeder Hinsicht schuldunfähiges Kind, „näher an der Gefahr“ stehen sollen als der Eigentümer der letztlich gefahrverursachenden Sache. Unter „Gerechtigkeitsgesichtspunkten“ wäre deshalb die Inanspruchnahme aller Störer gleichermaßen willkürlich. Der Fall zeigt daher deutlich, dass es einen allgemeinen Vorrang der Inanspruchnahme des Verhaltensstörers vor dem Zustandsstörer nicht gibt.

Die Heranziehung Frau *Hubbard-Siontologis* war damit trotz ihrer „Opferstellung“ für sie zumutbar. Da die Polizeipflichtigkeit verschuldensunabhängig ist, ist insoweit unerheblich, dass sie für das Entstehen der Gefahr nicht verantwortlich war.

d) Ergebnis zu 3.

Die Anordnung, den Baum abzusägen, ist demnach auch nicht ermessensfehlerhaft.

4. Ergebnis zu II.

Die Anordnung, den Baum abzusägen, ist folglich auch materiell rechtmäßig.

III. Ergebnis zu A.

Die in Nr. 1 des Bescheides enthaltene Anordnung ist insgesamt rechtmäßig.

B. Rechtmäßigkeit der in Nr. 2 des Bescheides getroffenen Anordnung

⁸ Siehe hierzu *Götz*, § 9 Rn. 86 ff.; *Schoch*, Jura, 2012, 685, 688 f.

Durch Nr. 2 des Bescheides wird die in Nr. 1 getroffene Regelung für sofort vollziehbar erklärt. Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme richtet sich nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO. Auch diese Maßnahme muss formell und materiell rechtmäßig sein.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Zuständig für die Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist die Behörde, die den Verwaltungsakt (hier die in Nr. 1 des Bescheides getroffene Anordnung) erlassen hat, im vorliegenden Fall also das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf. Nach dem Sachverhalt ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung auch entsprechend den Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 VwGO schriftlich **begründet** worden.

Welche **Verfahrensvoraussetzungen** im Übrigen bei Erlass einer Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO einzuhalten sind, ist jedoch umstritten. Insoweit wird teilweise angenommen, dass es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handele, so dass auch vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung ein Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG und damit insbesondere auch eine Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG durchzuführen sei. Unabhängig davon, ob sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO tatsächlich unter die Legaldefinition des § 35 SVwVfG subsumieren ließe - insoweit ist das Tatbestandsmerkmal „Regelung“ fraglich, da durch die Anordnung nicht selbst eine eigentliche Rechtsfolge gesetzt wird⁹ -, so weicht das Regelungsprogramm der § 80, § 80a VwGO für die Anordnung der sofortigen Vollziehung so erheblich von dem der §§ 35 ff. VwVfG ab, dass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber der VwGO auch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO **abschließend geregelt** hat, die Verwaltungsverfahrensgesetze insoweit also auch **nicht** subsidiär anwendbar sind.¹⁰ Dementsprechend war hier auch eine gesonderte Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG entbehrlich.¹¹

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist demnach formell ordnungsgemäß ergangen.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Materielle Voraussetzung einer Anordnung der sofortigen Vollziehung ist nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, dass sie im **öffentlichen Interesse** erfolgt. Insoweit verdeutlicht § 80 Abs. 3 S. 2 VwGO, dass in den vagen Begriff des öffentlichen Interesses insbesondere auch die Vermeidung **drohender Nachteile für Leben, Gesundheit oder Eigentum** fällt. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung steht dementsprechend schon dann im öffentlichen Interesse, wenn die Verwirklichung der Regelung des Verwaltungsaktes zur Abwehr von Gefahren für Leib, Leben und Eigentum besonders dringlich ist.¹²

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben: Zwar war ein Sofortvollzug nach § 6 Abs. 2 VwVG hier wohl (noch) nicht möglich, da die Gefahr auch zum Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes noch **nicht gegenwärtig** war: Der Baum drohte erst in absehbarer Zeit umzustürzen, ohne dass schon **jederzeit** mit einem Umstürzen

⁹ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 164 m. w. N.

¹⁰ Vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 9 Rn. 218 f.

¹¹ Vgl. Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 28 Rn. 11.

¹² Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 80 Rn. 144 f.

gerechnet werden musste. Angesichts der konkreten Umstände war aber erkennbar, dass mit der Vollstreckung der Anordnung, den Baum abzusägen, bis zum Abschluss eines u. U. mehrinstanzlichen Gerichtsverfahrens nicht gewartet werden konnte, eben weil in absehbarer Zeit - nämlich schon bei Eintritt erneuter stärkerer Regenfälle - die Gefahr gegenwärtig werden würde.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung lag daher auch im öffentlichen Interesse und ist damit auch materiell rechtmäßig.

III. Ergebnis zu B.

Auch die in Nr. 2 des Bescheides enthaltene Anordnung der sofortigen Vollziehung ist damit insgesamt rechtmäßig.

C. Rechtmäßigkeit der in Nr. 3 des Bescheides getroffenen Anordnung

Bei Nr. 3 des Bescheides handelt es sich schließlich um die Androhung eines Zwangsmittels für eine Ordnungsverfügung, deren Zulässigkeit sich nach § 13 VwVG bestimmt.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf als Ordnungsbehörde ist zunächst nach § 7 Abs. 1 VwVG als die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, dessen Vollstreckung nach § 13 VwVG angedroht werden sollte, für die Anwendung von Zwangsmitteln und damit auch für deren Androhung **zuständig** gewesen.

Auch die **speziellen Verfahrens- und Formanforderungen** des § 13 VwVG wurden eingehalten: Die Androhung wurde nach § 13 Abs. 2 S. 2 VwVG mit dem Verwaltungsakt verbunden, dessen Vollstreckung angedroht wurde (nämlich der Nr. 1 des Bescheides). Dies war geboten, da wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung in Nr. 2 des Bescheides nach § 80 Abs. 2 S. 1 VwGO ein Rechtsbehelf gegen den in Nr. 1 des Bescheides enthaltenen Verwaltungsakt keine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO hat. Die Androhung bezog sich nach § 13 Abs. 3 VwVG auf bestimmte Zwangsmittel, nämlich die Androhung der Ersatzvornahme nach § 10 VwVG, und enthielt auch die nach § 13 Abs. 4 VwVG notwendige Angabe der hierdurch voraussichtlich entstehenden Kosten. Schließlich ist die Androhung Frau *Hubbard-Sionologis* auch förmlich **zugestellt** worden, wie § 13 Abs. 7 VwVG i.V.m. § 5 VwVfG Bln i.V.m. § 1 Abs. 2 VwZG dies verlangt.

Da es sich bei der Androhung nach § 13 VwVG um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt (vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 VwVG)¹³, waren zudem die **allgemeinen Verfahrensanforderungen** der §§ 9 ff. VwVfG einzuhalten. Einer gesonderten Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG bedurfte es jedoch nach § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nicht, weil es sich auch bei der Androhung von Verwaltungszwang nach Maßgabe der Verwaltungsvollstreckungsgesetze um eine Maßnahme „in der Verwaltungsvollstreckung“ i.S. dieser Vorschrift handelt. Nach dem Sachverhalt enthält der Bescheid jedoch auch insoweit eine den Anforderungen des § 39 Abs. 1 VwVfG gerecht werdende Begründung.

Die Zwangsmittelandrohung ist damit formell rechtmäßig.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

¹³ Vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 165.

Fraglich ist jedoch, ob die Zwangsmittelandrohung nach § 13 VwVG auch materiell rechtmäßig war.

Hier liegen zunächst die **allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des Verwaltungszwangs** nach § 6 Abs. 1 Alt. 2 VwVG vor: Rechtsbehelfe gegen den in Nr. 1 des Bescheides enthaltenen Verwaltungsakt haben aufgrund der in Nr. 2 des Bescheides enthaltenen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO. Zudem ist der Verwaltungsakt auch auf die Vornahme einer Handlung - nämlich das Absägen des Baumes - gerichtet.

Ferner konnte auch die Ersatzvornahme nach § 10 VwVG als Zwangsmittel angedroht werden, da die durchzusetzende Verpflichtung auf eine vertretbare Handlung gerichtet ist.

Schließlich setzt die Androhung Frau *Hubbard-Siontologis*' als Betroffene auch nach § 13 Abs. 1 S. 2 VwVG eine Frist zur Erfüllung der Verpflichtung. Die Frist von 10 Tagen ab Zustellung des Bescheides erscheint insbesondere angesichts der von dem Baum ausgehenden Gefahren auch als angemessen. Wegen der Unsicherheiten der Wetterverhältnisse erschien es jedenfalls bei Erlass des Verwaltungsaktes nicht als geboten, Frau *Hubbard-Siontologis* für das Absägen des Baumes eine noch längere Frist zu setzen.

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist zudem davon auszugehen, dass die - im Ermessen stehende - Zwangsmittelandrohung auch ermessensgerecht i.S.d. § 40 VwVfG erfolgte.

Die Zwangsmittelandrohung war damit auch materiell rechtmäßig.

III. Ergebnis zu C

Auch die in Nr. 3 des Bescheides enthaltene Zwangsmittelandrohung ist damit rechtmäßig.

D. Ergebnis des Ersten Teils

Die in dem Bescheid des Bezirksamts getroffenen Maßnahmen sind damit insgesamt rechtmäßig.

Zweiter Teil: Verpflichtung des Bezirksamts, die von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Alternative zu akzeptieren

Eine Verpflichtung des Bezirksamts, die von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Alternativlösung zu akzeptieren, könnte sich aus § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG ergeben. Hiernach ist dem Betroffenen auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.

A. Formelle Voraussetzungen

Frau *Hubbard-Siontologis* müsste die Gestattung der Alternativlösung also zunächst bei dem Bezirksamt nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG beantragen. Das Bezirksamt ist nicht von Amts wegen verpflichtet, die in Nr. 1 des Bescheides getroffene Anordnung aufzuheben, wenn es erkennt, dass das von ihm zunächst festgesetzte und für den Betroffenen bei objektiver Beurteilung mildeste Mittel nicht das Mittel ist, das von dem Betroffenen selbst als mildestes Mittel angesehen wird (s. o. Erster Teil A II 3 b).

Besondere Anforderungen stellt das Gesetz für diesen Antrag nicht auf, so dass er insbesondere auch formlos, d. h. mündlich oder fernmündlich erfolgen kann. Jedoch erscheint schon aus Beweisgründen ein schriftlicher Antrag sinnvoll.

B. Materielle Voraussetzungen

Materielle Voraussetzung für die Zulassung des anderen Mittels ist nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG weiterhin, dass das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Mittel gleich wirksam ist und die Allgemeinheit nicht stärker beeinträchtigt. Dass das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Mittel im Ergebnis gleich geeignet ist, die von dem Baum ausgehende Gefahr zu beseitigen, ist nach dem Sachverhalt zu unterstellen. Jedoch bestehen hier Zweifel an der gleichen Eignung in **zeitlicher Hinsicht**: Erst in einem Monat kann die „Baumreparatur“ überhaupt beginnen. Dementsprechend wird auch die Allgemeinheit der von dem Baum ausgehenden Gefahr länger ausgesetzt, als wenn der Baum jetzt sofort (oder jedenfalls innerhalb der von der Behörde in der Zwangsmittelandrohung festgesetzten Frist von 10 Tagen) abgesägt wird.

Jedoch ist fraglich, ob diese Zeitkomponente im vorliegenden Fall die Verpflichtung des Bezirksamts, das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Mittel zu akzeptieren, wirklich ausschließt. Jedenfalls wenn die Verwirklichung einer Gefahr - wie im vorliegenden Fall - nur absehbar, jedoch noch **nicht gegenwärtig** ist, räumt das ASOG den Ordnungsbehörden auch einen **Ermessensspielraum in zeitlicher Hinsicht** ein. Dies verdeutlicht insbesondere § 13 Abs. 1 VwVG, der verlangt, dass auch für die Vollstreckung von Gefahrenabwehrmaßnahmen trotz Vorliegens ihrer materiellen Voraussetzungen insbes. nach § 17 Abs. 1 ASOG dem Betroffenen eine **angemessene Frist** zu setzen ist. Wie lange diese Frist im einzelnen Fall sein muss, bestimmt sich dementsprechend im Wesentlichen allein nach **Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten**. Dies rechtfertigt aber im Fall des § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG, eine Verpflichtung der Ordnungsbehörde zur Gestattung eines anderen Mittels auch dann für geboten zu erachten, wenn sich der Zeitrahmen für die Gefahrenabwehrmaßnahme hierdurch nach hinten verschiebt, solange nur sichergestellt ist, dass die Maßnahme noch **rechtzeitig vor Verwirklichung der Gefahr** durchgeführt wird.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass Frau *Hubbard-Siontologis'* Alternativlösung zu akzeptieren ist: Bei Erlass der Verfügung bestand aus der Sicht der Behörde kein Anlass, die Durchsetzung der Gefahrenabwehrmaßnahme nach hinten zu verschieben, da die Anordnung, den Baum abzusägen, aus ihrer Sicht das mildeste Mittel war, auf jeden Fall etwas getan werden musste und keine Interessen Frau *Hubbard-Siontologis'* erkennbar waren, weshalb dies nicht sofort, sondern erst später geschehen sollte. Umgekehrt zeigt die relativ großzügige Bemessung der Frist im Rahmen der Zwangsmittelandrohung nach § 13 VwVG, dass auch aus Sicht der Behörde **kein sofortiger Handlungsbedarf** bestand. Diese Frist ist zwar nicht unangemessen kurz (s. o. Erster Teil A II), jedoch folgt hieraus nicht, dass sie nicht auch verlängert werden könnte, solange sich die Umstände (trockenes Wetter) nicht ändern. Die Besonderheit des Falles liegt somit darin, dass sofortiges Handeln letztlich nur bei Aufweichung des Bodens durch Dauerregen oder sonstige Gründe notwendig ist, während bei Sonnenschein letztlich beliebig lange zugewartet werden kann.

Angesichts dessen ist das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Mittel jedenfalls dann als gegenüber der in Nr. 1 des Bescheides getroffenen Anordnung als gleich wirksam anzusehen, wenn während der einmonatigen Wartezeit sichergestellt ist, dass bei beginnender Aufweichung des Bodens der Baum notfalls **sofort**, ohne weitere Verfahrensschritte und auf Kosten von Frau *Hubbard-Siontologis* (sachkundig) abgesägt wird. Insbesondere muss letztlich „Tag und Nacht“ so etwas wie eine „Bereitschaft“ gewährleistet sein, damit notfalls externe Hilfe durch die Feuerwehr angefordert werden kann. Es müsste daher noch näher geklärt werden, welche Sicherungen dem Bezirksamt hier als ausreichend erscheinen. Da es das Bezirksamt jedoch immerhin für möglich hielt, innerhalb von 10 Tagen ohne einen solchen „Bereitschaftsdienst“ auszukommen, spricht einiges dafür, dass die Anforderungen über diesen Zeitraum hinaus nicht wesentlich höher sein können.

Das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Mittel ist somit gleich wirksam und belastet die Allgemeinheit auch nicht stärker als das von dem Bezirksamt festgesetzte Mittel, wenn für die „Wartezeit“ hinreichende Vorkehrungen für eine „Alarmbereitschaft“ auf Kosten Frau *Hubbard-Siontologis* getroffen werden.

C. Ergebnis des Zweiten Teils

Wenn Frau *Hubbard-Siontologis* eine „Alarmbereitschaft“ für die Wartezeit sicherstellt, ist ihr vom Bezirksamt zu gestatten, die von dem Baum ausgehende Gefahr durch eine „Reparatur“ zu beseitigen.

Dritter Teil: Von Frau *Hubbard-Siontologis* einzuleitende Verfahrensschritte, um die Vollstreckung der Nr. 1 des Bescheides zu verhindern

Frau *Hubbard-Siontologis* will verhindern, dass nach Ablauf der in der Zwangsmittelandrohung festgesetzten 10-Tages-Frist die in Nr. 1 des Bescheides festgesetzte Anordnung, den Baum abzusägen, im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt wird. Die hierdurch entstehenden Kosten scheinen ihr angesichts ihrer Bereitschaft, ihren Baum „um jeden Preis“ zu retten, jedoch weniger wichtig zu sein.

A. Antrag nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG

Bevor Frau *Hubbard-Siontologis* irgendwelche förmlichen Verfahren einleitet, ist dennoch zu berücksichtigen, dass die Behörde noch gar nichts davon weiß, dass sie bereit ist, dem Bezirksamt ein gleich wirksames Mittel anzubieten. Insoweit muss Frau *Hubbard-Siontologis* dies erst nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG beim Bezirksamt beantragen (s. o. Zweiter Teil A).

Da nach dem bisher Gesagten die Behörde auch materiellrechtlich verpflichtet ist, Frau *Hubbard-Siontologis* das andere Mittel zu gestatten (s. o. Zweiter Teil B), erwächst aus diesem Antrag bereits ein **materiellrechtlicher Anspruch** auf **Abänderung** der bereits getroffenen Verfügung¹⁴: Das Bezirksamt muss auf Antrag von Frau *Hubbard-Siontologis* das von ihr angebotene Mittel zulassen und dementsprechend auch die in der Zwangsmittelandrohung festgesetzte Frist verlängern. Jedoch muss sie nicht die bereits getroffene Anordnung im Ganzen aufheben, vielmehr kann sie an der bereits getroffenen Anordnung als dem objektiv mildesten Mittel festhalten, damit sie diese notfalls erzwingen kann, wenn das

¹⁴ Vgl. *Grupp*, *VerwArch* 69 [1978], S. 125, 144 f.

Austauschmittel nicht durchgeführt wird.¹⁵ Zudem wird sie in dem vorliegenden Fall auch die Befugnis haben, für die „Wartezeit“ ergänzende Verpflichtungen für Frau *Hubbard-Siontologis* zur Sicherung der Gefahr aufzunehmen, was in Form von Nebenbestimmungen nach § 36 VwVfG zu der Gestattung nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG geschehen kann.¹⁶

Wenn die Behörde sich also auf Antrag von Frau *Hubbard-Siontologis* nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG bereit erklärt, den von ihr getroffenen Bescheid entsprechend zu ändern, besteht gar kein Anlass für weitergehende Rechtsbehelfsmaßnahmen mehr. Deshalb sollte Frau *Hubbard-Siontologis* die Gestattung des von ihr angebotenen Mittels **möglichst sofort** beantragen und auf eine möglichst sofortige Entscheidung drängen, damit die Behörde vor Ablauf der 10-Tages Frist noch eine Entscheidung treffen kann. Zudem empfiehlt es sich, ausdrücklich auch auf eine Verlängerung der in Nr. 3 des Bescheides festgesetzten Frist zu drängen.

B. Einstweiliger Rechtsschutz

Erst wenn erkennbar wird, dass das Bezirksamt das von Frau *Hubbard-Siontologis* angebotene Austauschmittel nicht akzeptieren wird, besteht die Notwendigkeit förmlicher Rechtsbehelfe. Angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit kommt insoweit nur **gerichtlicher Eilrechtsschutz** in Betracht. Ein entsprechender Antrag hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

Ein Antrag auf Gewährung gerichtlichen Eilrechtsschutzes ist zulässig, wenn die hierfür vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Verwaltungsrechtsweg

Auf welchem Rechtsweg Eilrechtsschutz erlangt werden kann, richtet sich nach den hierfür geltenden allgemeinen Bestimmungen, insbes. § 13 GVG und § 40 VwGO. Hier liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor, da das Bezirksamt ordnungsrechtliche Befugnisse in Anspruch nimmt, so dass die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist somit gegeben.

Anmerkung: Eine abdrängende Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte nach § 40 Abs. 1 Satz 1 a.E. VwGO i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG kommt hier von vornherein nicht in Betracht, weil die Ordnungsbehörden nach § 2 Abs. 2 ASOG (Senatsverwaltung und Bezirksämter) keine Befugnisse im Bereich der Strafrechtspflege haben, ihre Bediensteten vor allem keine Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft i.S.d. § 152 StPO sind. Die Ordnungsbehörden i.S.d. § 2 Abs. 2 ASOG können also nur präventiv und nicht repressiv handeln. Auf § 23 EGGVG wäre allenfalls einzugehen, wenn es um eine Maßnahme der Polizei (§ 5 ASOG) ginge.

2. Statthafte Form des einstweiligen Rechtsschutzes

Als Formen des einstweiligen Rechtsschutzes kommt sowohl ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO als auch ein Antrag nach § 123 VwGO in Betracht. Welche

¹⁵ Vgl. OVG Greifswald, 3 M 98/13 u. a. v. 8.7.2013, Abs. 22 f.

¹⁶ Vgl. *Grupp*, *VerwArch* 69 [1978], S. 125, 140.

Rechtsschutzform hier statthaft ist, richtet sich danach, mit welcher Rechtsschutzform der Antragsteller sein Begehren in der Hauptsache verfolgen könnte:

Der Antrag nach **§ 80 Abs. 5 VwGO** ist nur statthaft, wenn die Klage in der Hauptsache eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) wäre, wenn sich der Antragsteller also gegen den Vollzug eines Verwaltungsakts wendet.¹⁷ Dies ist hier auf den ersten Blick gegeben: Frau *Hubbard-Siontologis* geht es darum, die Vollstreckung der sich aus Nr. 1 des Bescheides ergebenden Verpflichtung auszusetzen. Bei dieser Verpflichtung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. Legaldefinition der § 35 VwVfG.¹⁸

Allerdings ist fraglich, ob im Hauptsacheverfahren tatsächlich die Anfechtungsklage die statthafte Klageart wäre. Frau *Hubbard-Siontologis* kann nicht geltend machen, dass die in Nr. 1 festgesetzte Verpflichtung schon bei deren Erlass rechtswidrig war. Vielmehr war sie rechtlich nicht zu beanstanden (s. o. Erster Teil A). Sie könnte allenfalls **rechtswidrig geworden** sein, nämlich dann, wenn das Bezirksamt spätere Umstände, nämlich den Antrag nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG nicht zum Anlass nimmt, den Verwaltungsakt abzuändern (s. o. Zweiter Teil). Die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO wird demnach nur dann dem Begehren von Frau *Hubbard-Siontologis* im Hauptsacheverfahren gerecht, wenn als „rechtswidrig“ i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO auch der rechtswidrig gewordene Verwaltungsakt anzusehen wäre. Dies führt zu der Frage, auf welchen Zeitpunkt es bei der Rechtskontrolle eines Verwaltungsaktes nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ankommt. Als „Faustformel“ hat sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt, dass bei der Anfechtungsklage im Zweifel der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung der für die Rechtmäßigkeitsprüfung maßgebliche Zeitpunkt sei. Anders sei dies jedoch bei **nicht vollzogenen Maßnahmen**, die von dem Verpflichteten ein bestimmtes Tun verlangen. Insoweit müsse die Behörde die Rechtmäßigkeit der Maßnahme bis zu ihrem Vollzug „unter Kontrolle“ halten, so dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Kontrolle nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO in einem solchen Fall ausnahmsweise der Zeitpunkt der letzten gerichtlichen mündlichen Verhandlung sei. Hierfür könnte insbesondere sprechen, dass auf diese Weise in einem einheitlichen Rechtsbehelfsverfahren sowohl über die Frage der ursprünglichen Rechtswidrigkeit als auch über die Frage späterer Rechts- und Tatsachenänderungen entschieden werden könnte und berücksichtigt würde, dass die Behörde auch an der Aufrechterhaltung eines rechtswidrig gewordenen Bescheides kein Interesse haben kann, solange die Angelegenheit noch nicht erledigt ist.

Ob dem im Allgemeinen gefolgt werden kann, ist fraglich¹⁹: Jedenfalls für den Fall des Angebots des anderen Mittels in § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG geht das ASOG jedoch **materiellrechtlich** deutlich von einer **gestuften Verfahrensweise** aus: Das Bezirksamt hat zunächst ein (rechtmäßiges) Mittel festzusetzen. Erst in einem besonderen Antragsverfahren ist eine Entscheidung über die **Abänderung des ursprünglichen Bescheides** zu treffen. Das Gesetz verpflichtet insoweit gerade nicht die Behörde selbst, die Ordnungsverfügung „von Amts wegen“ unter Kontrolle zu halten, sondern gewährt lediglich einen Abänderungsanspruch. Ein Anspruch auf

¹⁷ *Hufen*, § 32 Rn. 33

¹⁸ *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 12 und 15.

¹⁹ Siehe hierzu *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 44 Rn. 18 ff.; *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 225

Abänderung eines Verwaltungsaktes ist jedoch auf Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet und dementsprechend im Wege der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO zu verfolgen.

Folgt man dem, richtet sich der einstweilige Rechtsschutz im vorliegenden Fall nach **§ 123 VwGO**, da im Hauptsacheverfahren eine Verpflichtungsklage statthaft wäre.

Anmerkung: Mit entsprechender Begründung wäre hier auch die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Form des **§ 80 Abs. 5 VwGO vertretbar**. Dann müsste aber das Problem des rechtswidrig gewordenen Verwaltungsaktes und des für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunktes näher erörtert werden. Wird § 80 Abs. 5 VwGO für die statthafte Verfahrensart gehalten, ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass vielfach als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO auch angesehen wird, dass der Antragsteller bereits einen Rechtsbehelf eingelegt hat, der die aufschiebende Wirkung auszulösen in der Lage ist und dessen aufschiebende Wirkung angeordnet oder wiederhergestellt werden soll (*Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, § 80 Rn. 416 f.). Dies ist im Hinblick auf § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO zwar nicht unumstritten (ablehnend z. B. *Kopp/Schenke*, § 80 Rn. 139). Für den Anwalt, der im Interesse seines Mandanten immer den sichersten Weg zu wählen hat, bedeutet dies aber, dass er vorsorglich auch Widerspruch einlegen muss und nicht darauf vertrauen darf, das Gericht werde der ihm günstigen Ansicht folgen. Um sicher zu verhindern, dass die Nr. 1 des Bescheides nach Ablauf von 10 Tagen vollstreckt wird, muss Frau *Hubbard-Siontologis* dementsprechend sowohl Widerspruch nach § 68 VwGO einlegen als auch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO stellen. Allgemein zur Zulässigkeit und Begründetheit eines Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO siehe den Keinen-Platz-den-Drogen-Fall.

Inhalt des Rechtsschutzes könnte hier nur eine **Sicherungsanordnung** nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO dahingehend sein, dass die Behörde verpflichtet wird, bis zum Ablauf eines Monats die Vollstreckung aus der Nr. 1 des Bescheides (vorläufig) auszusetzen.

3. Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Da vorläufiger Rechtsschutz sinnvollerweise nur zu gewähren ist, wo auch ein Hauptsacheverfahren zulässig wäre, ist § 42 Abs. 2 VwGO auf das Verfahren nach § 123 VwGO analog anzuwenden. Da Frau *Hubbard-Siontologis* einen Anspruch auf Gestattung des Austauschmittels aus § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG herleiten kann, **sofern sie dies zuvor bei der Behörde beantragt hat**, kann auch diese Voraussetzung erfüllt werden.

4. Vorverfahren

Da - wie bereits erwähnt - vorläufiger Rechtsschutz sinnvollerweise nur zu gewähren ist, wenn auch ein Hauptsacheverfahren zulässig wäre, ist in den Fällen, in denen im Hauptsacheverfahren eine Verpflichtungsklage zu erheben wäre, der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO nur dann zulässig, wenn ein Vorverfahren nach § 68 Abs. 2 VwGO durchgeführt wurde bzw. seine Durchführung noch nicht wegen Fristablaufs nach § 70 VwGO ausgeschlossen ist. Solange noch keine Ablehnung der Gestattung erfolgt ist, ist im vorliegenden Fall jedoch noch kein

Widerspruch nach § 68 Abs. 2 VwGO zulässig, so dass ein Vorverfahren noch gar nicht eingeleitet werden kann.

5. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO analog)

Da es sich bei dem Antrag nach § 123 VwGO um ein „Nebenverfahren“ handelt, ist § 78 VwGO auf das Verfahren nach § 123 VwGO analog anzuwenden, wenn in der Hauptsache - wie hier - eine Verpflichtungsklage statthaft wäre, um ein Auseinanderfallen der Prozessführungsbefugnis im Hauptsacheverfahren und im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu vermeiden. Dementsprechend ist im vorliegenden Fall gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog das Land Berlin passiv prozessführungsbefugt.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#).

6. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

Frau *Hubbard-Siontologis* ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 und § 62 Abs. 3 VwGO.

Anmerkung: Siehe zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO [diesen Hinweis](#).

7. Zuständiges Gericht

Für den Erlass der einstweiligen Anordnung wäre nach § 123 Abs. 2 i.V.m. § 45, § 52 Nr. 5 VwGO sachlich und örtlich das Gericht der Hauptsache zuständig, also das Verwaltungsgericht Berlin.

8 Ergebnis zu I.

Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO wäre somit zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass der begehrten Sicherungsanordnung ist nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn Frau *Hubbard-Siontologis* gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO **glaubhaft** machen kann, dass der zu sichernde Anspruch auf Gestattung des Austauschmittels nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG nach materiellem Recht überhaupt besteht (sog. **Anordnungsanspruch**) und wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung dieses Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte (sog. **Anordnungsgrund**).

Dass nach materiellem Recht Frau *Hubbard-Siontologis* einen Anspruch auf Gestattung des von ihr angebotenen Austauschmittels hat, ist bereits dargelegt worden (s.o. Zweiter Teil) und sie wird diesen Anspruch - da der Sachverhalt unstreitig sein dürfte - auch glaubhaft machen können.

Anmerkung: Oft findet sich bei der Prüfung des § 123 VwGO die Formel, dass das Bestehen des Anordnungsanspruchs aufgrund einer **summarischen Prüfung** festgestellt werden muss. Diese Formel bedeutet - wie das „Glaubhaftmachen“ des Anordnungsanspruchs - im vorliegenden Zusammenhang meist nur, dass bezüglich

der Tatsachengrundlage kein Beweis erhoben werden muss, der Sachverhalt also nicht zur vollständigen Überzeugung des Gerichts (§ 107 Abs. 1 S. 1 VwGO) feststehen muss, sondern das Gericht sich mit Wahrscheinlichkeiten begnügen kann. Rechtsfragen werden dagegen in der Regel nicht summarisch, sondern vollständig durchgeprüft (vgl. hierzu *Happ*, in: Eyermann, § 123 Rn. 48; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, § 123 Rn. 62, 69), und genau das wird jedenfalls auch im Examen erwartet. Vgl. hierzu auch den Obdachlos Fall (zum Prüfungsmaßstab nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO) und den Keinen-Platz-den-Drogen-Fall (zum Prüfungsmaßstab bei einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO).

Fraglich ist demnach nur, ob auch ein **Anordnungsgrund** vorliegt, ob es also als **nötig** erscheint, das Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf zu verpflichten, die Vollstreckung der in Nr. 1 ihres Bescheides vorhandenen Verpflichtung vorläufig auszusetzen. Insoweit besteht die Gefahr, dass das Recht von Frau *Hubbard-Siontologis* aus § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG, ein gleich wirksames Austauschmittel zur Gefahrenbeseitigung einzusetzen, das sie subjektiv weniger beeinträchtigt, vereitelt wird, wenn die Behörde ihre bereits erlassene Ordnungsverfügung vollstreckt und den Baum im Wege der Ersatzvornahme nach § 6, § 10 VwVG abholzen lässt. Ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung, würde dementsprechend der Anspruch von Frau *Hubbard-Siontologis* gegenstandslos werden. Insoweit scheint eine Sicherung des status quo durch Erlass einer entsprechenden Anordnung geboten.

Anmerkung: Das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache (siehe hierzu den Presseflug-Fall), stellt sich hier nicht: Zwar bekommt Frau *Hubbard-Siontologis* genau das, was sie will, nämlich eine zeitweilige Aussetzung der Vollstreckung der Verfügung. Jedoch ist Gegenstand des Hauptsacheverfahrens der sich aus § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG ergebende Anspruch auf Änderung der Verfügung. Stellt sich aufgrund veränderter Umstände heraus, dass dieser Anspruch nicht mehr besteht (etwa weil Frau *Hubbard-Siontologis* ihren Antrag zurückzieht, nach Ablauf eines Monats nicht tätig wird oder weil sich die Witterungsverhältnisse ändern und deshalb ein sofortiges Einschreiten notwendig wird), kann die Anordnung deshalb ohne weiteres aufgehoben werden, ohne dass sich die Rechtsposition der Behörde durch die Anordnung selbst (endgültig) verschlechtert hätte.

Ein Antrag, die Behörde zur zeitweiligen Aussetzung der Vollstreckung der in Nr. 1 ihres Bescheides enthaltenen Anordnung zu verpflichten, erscheint demnach auch als begründet.

III. Ergebnis zu B.

Sartorius wird dementsprechend Frau *Hubbard-Siontologis* für den Fall, dass die Behörde seinem Antrag auf Zulassung des Austauschmittels nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG nicht nachkommt, auf die Möglichkeit der Beantragung einer Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO hinweisen, die gute Aussicht auf Erfolg hat.

C. Ergebnis des Dritten Teils

Sartorius wird Frau *Hubbard-Siontologis* folglich raten, zunächst einen Antrag nach § 12 Abs. 2 S. 2 ASOG auf Zulassung des Austauschmittels zu stellen und zugleich



deutlich zu machen, dass sie während der Wartezeit bereit sei, einen „Bereitschaftsdienst“ sicherzustellen, um bei Änderung der Witterungsverhältnisse sofort den Baum beseitigen zu können. Dementsprechend sollte er auch eine Verlängerung der in Nr. 3 des Bescheides festgesetzten Frist beantragen. Nur wenn die Behörde dem nicht folgt, besteht Anlass, eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO zu beantragen, die hinreichend Aussicht auf Erfolg hat.

Zur Vertiefung:

- zum Problem der Ermessensausübung bei Störermehrheit: Schoch, Jura 2012, 685 ff.
- zum Institut des Angebots des anderen Mittels ("Austauschmittels"): OVG Greifswald, 3 M 98/13 u. a. v. 8.7.2013; Grupp, VerwArch 69 (1978), S. 127 ff.