

Hanggrundstück Lösungsvorschlag

© Markus Heintzen (Freie Universität Berlin) und Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich
Stand der Bearbeitung: November 2013

Erster Teil: Klage des Saumann gegen den Widerspruchsbescheid

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Da keine aufdrängende oder abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Der Widerspruchsbescheid gegen Herrn Saumann erging als Maßnahme der Eingriffsverwaltung im Über-/ Unterordnungsverhältnis. Die Streitigkeit ist mithin öffentlich-rechtlicher Natur. Sie ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, da es nicht um Verfassungsorgane und deren Rechte und Pflichten aus der Verfassung geht.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

II. Statthafte Klageart

Der Widerspruchsbescheid stellt einen Verwaltungsakt im Sinne von § 35 S. 1 VwVfG dar.¹ Mit der Durchführung der Sanierung könnte sich dieser i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO erledigt haben. Erledigung tritt ein, wenn der Verwaltungsakt keine rechtliche Wirkung mehr entfaltet und seine Aufhebung sinnlos wäre.²

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass das Land Berlin hier Kosten für die Durchsetzung der Verfügung im Wege der Verwaltungsvollstreckung geltend gemacht hat. Die Rechtmäßigkeit dieses Kostenbescheides hängt von dem Bestand der Grundverfügung, hier das Grundstück zu sanieren, ab.³ Wird die Grundverfügung also aufgehoben, wird hiermit dem Kostenbescheid die rechtliche Grundlage entzogen. Wird die Grundverfügung bestandskräftig, kann umgekehrt auch gegenüber dem Kostenbescheid nicht mehr geltend gemacht werden, dass die Verfügung, für die Kosten erhoben wurden, rechtswidrig war. Gerade dieser rechtliche Zusammenhang zwischen Kostenbescheide und Grundverfügung bedeutet, dass dieser auch weiterhin trotz

¹ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

² Vgl. Kopp/Schenke, § 113 Rn. 101 f.

³ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 227.



ihres Vollzuges noch Regelungswirkung zukommt.⁴

Anmerkung: Teilweise wurde auch dann, wenn der Bescheid noch causa für einen Kostenbescheid bildet, Erledigung angenommen, weil der Umstand, dass der Bestand des Bescheides Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Kostenentscheidung sei, nicht Teil seiner Regelung sei (so etwa [noch] VGH Mannheim NVwZ 1989, 163; OVG Schleswig NJW 1993, 2004; *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 113 Rn. 88). Dann wäre näher auf den Streit über die Zulässigkeit des Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs einzugehen. Hält man ihn für nicht statthaft, wäre zu fragen, inwieweit hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog in Betracht käme (siehe zu einer solchen Konstellation den Nächtliche-Schlagfertigkeit-Fall), jedoch wäre eine solche Klage wegen fehlenden Fortsetzungsfeststellungsinteresses unzulässig: Weder besteht eine Wiederholungsgefahr noch ein Rehabilitationsinteresse. Auch das Interesse, nicht mit den Kosten der Vollziehung eines rechtswidrigen Bescheides belastet zu werden, vermag ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse dann nicht zu begründen: Ist die Grundverfügung erledigt, kann sie nicht bestandskräftig werden, so dass deren Rechtmäßigkeit inzident im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den Kostenbescheid geprüft werden kann (siehe hierzu VGH Mannheim NVwZ 1985, 202, 205). Siehe zu diesem Problem auch *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 40 f.

Da Herr *Gasolina* 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 ist. 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.

III. 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 *Gasolina* 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 kann.

IV. Klagebefugnis

Herr *Gasolina* müsste geltend machen können, durch den Widerspruchsbescheid in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein, vgl. § 42 Abs. 2 VwGO. Dies ist deshalb problematisch, weil Adressatin des Bescheides die ursprüngliche Eigentümerin *Schönfelder* ist. Eine Rechtsverletzung ist nur möglich, wenn der Bescheid

⁴ So jetzt auch [BVerwG, 7 C 5.08 v. 25.9.2008, Abs. 12 f.](#) = NVwZ 2009, 122; ferner: OVG Münster NWVBl. 1997, 218, 219; vgl. auch VGH Mannheim VBIBW 1996, 302; [VGH Mannheim, 10 S 2350/07 v. 8.1.2008, Abs. 32](#) = VBIBW 2008, 305; OVG Schleswig NordÖR 2006, 204, 205 f.)

auch gegen *Gasolina* Wirkungen entfaltet. Es müsste eine Rechtsnachfolge hinsichtlich der durch den Bescheid konkretisierten Ordnungspflicht eingetreten sein, so dass nun *Gasolina* der Adressat des Bescheides wäre. Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Rechts- und Pflichtenpositionen setzt nach h.M. die Nachfolgefähigkeit der Rechtsposition und einen Übergangstatbestand voraus.

1. Nachfolgefähigkeit der Pflichtenposition

Die Pflichtenposition ist nachfolgefähig, wenn sie nicht höchstpersönlichen Charakters ist. Höchstpersönlich ist eine solche Position, wenn sich mit dem Wechsel des pflichtigen Zuordnungsobjekts der Gesetzeszweck nicht mehr erreichen lässt.⁵ Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine auf Handlungshaftung nach § 13 ASOG beruhende Pflicht übergangsfähig ist. Eine auf Zustandshaftung nach § 14 ASOG beruhende Ordnungsverfügung ist wegen ihrer dinglichen Bindung hingegen stets übergangsfähig. Die Sanierungspflicht hinsichtlich des Hanges beruht allein auf der Eigentümerstellung von Frau *Schönfelder* und damit auf Zustandshaftung im Sinne von § 14 Abs. 1 ASOG. Sie ist daher in jedem Falle übergangsfähig.

2. Übergangstatbestand

Fraglich ist weiterhin, ob ein Übergangstatbestand besteht. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass eine auf Zustandshaftung beruhende Ordnungsverfügung eine öffentliche dingliche Last und damit einen ungeschriebenen Übergangstatbestand darstelle.⁶ Diese Auffassung wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass die Rechtsfigur des dinglichen Verwaltungsakts keine verlässliche Abgrenzung des Übergangstatbestandes erlaube. Außerdem enthalten auch die aufgrund der Zustandshaftung ergehende Anordnungen Ermessenserwägungen, die sich auf die Person des Adressaten beziehen.⁷

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. Die bei einer objektsbezogenen Verfügung nur zweitrangigen personale Elemente können im Verwaltungsvollstreckungsverfahren ausreichend berücksichtigt werden.⁸ Überdies wird durch den Übergang dinglicher Verwaltungsakte den Erfordernissen der Verwaltungseffektivität Rechnung getragen. Ein Übergangstatbestand liegt mithin vor.

3. Ergebnis

Mithin ist Herr *Saumann* neuer Adressat des Sanierungsbescheides. Es ist nicht auszuschließen, dass er durch diesen zumindest in seinen Rechten aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 14 GG verletzt ist. Herr *Saumann* ist somit klagebefugt.

Anmerkung: Die Rechtsnachfolge in öffentlich-rechtliche Pflichten ist kompliziert und auch in den Einzelheiten umstritten. Die von der Literatur zutreffend bemerkte dogmatische Schwäche bei der Begründung eines Übergangstatbestandes kann letztlich nur mit dem Hinweis auf die Verwaltungseffektivität entschuldigt werden. Zum Gan-

⁵ *Zacharias*, JA 2001, 720, 724.

⁶ BVerwG, DÖV 1971, 640, Rn. 18; OVG Berlin-Brandenburg, 10 S 25.05, Beschl. v. 13.01.2006, Rn. 9.

⁷ Dazu und zu weiteren Argumenten *Rau*, JURA 2000, 37, 41f.

⁸ *Pewestorf*, *Pewestorf/Söller/Tölle*, S. 183.

zen: *Zacharias*, JA 2001, 720; *Rau*, JURA 2000, 37.

V. Vorverfahren

Herr *Saumann* 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 Beschwerde enthält (sog. *reformatio in peius*). Da sich Herr *Saumann* gegen die Sanierungspflicht bezüglich des Hangteils wendet, der noch nicht Gegenstand des Ausgangsbescheids war, liegt eine erstmalige Beschwerde vor. Ein erneutes Vorverfahren muss also nicht durchgeführt werden.

VI. Klagegegner

Klagegegner ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. VwGO das Land Berlin. Maßgeblich ist insoweit der Träger der Widerspruchsbehörde (§ 78 Abs. 2 VwGO), da der Widerspruchsbescheid erstmalig eine Beschwerde enthält. Wegen §§ 1, 2 Abs. 1 AZG ist egal, ob die Widerspruchsbehörde auf Bezirksebene oder Senatsebene anzusiedeln ist.

VIII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Herr *Saumann* ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligten- und nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Partei- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

VIII. Frist

Die Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO von einem Monat hat *Saumann* vorliegend gewahrt.

IX. Ergebnis

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

B. 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). Bei Rechtswidrigkeit der Anordnung würde der *Saumann* in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 14 GG verletzt.

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

I. Rechtmäßigkeit des Bescheides

1. 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 führen, nicht bei naturgegebenen Bodenveränderungen anzunehmen. 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 aus.

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

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) 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 Frau *Schönfelder* und Herrn *Saumann* 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.

aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Verböserung

Teilweise wird diese Möglichkeit mit der Erwägung abgelehnt, das Risiko der Verböserung könne den Bürger von der Einlegung von Rechtsbehelfen abhalten. Die *reformatio in peius* sei eine Belastung der verfahrensrechtlichen Stellung des Bürgers, für die der Gesetzgeber eine besondere Rechtsgrundlage schaffen müsse, die aber in den §§ 68 ff. VwGO nicht enthalten sei.⁹

Die herrschende Meinung hält die *reformatio in peius* grundsätzlich für zulässig.¹⁰ 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. Teilweise wird zur Begründung auch auf § 79 Abs. 2 S. 1 VwGO verwiesen, der zeige, dass der Gesetzgeber eine zusätzliche Beschwer für den Widerspruchsführer durch den Widerspruchsbescheid für möglich halte.

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 Widerspruchsbe-

⁹ *Hufen*, § 9 Rn. 15 ff. mit schöner Übersicht über alle Argumente auch der h.M.

¹⁰ Vgl. *Schenke*, VerwProzR, Rn. 691.

hörde. Stellt sie einen Fehler fest, so muss dieser auch in vollem Umfang behoben werden können. Mithin ist die *reformatio in peius* grundsätzlich zulässig.

bb) Zuständigkeit im konkreten Fall

Fraglich ist weiterhin, ob die Widerspruchsbehörde auch für die Erweiterung der Sanierungspflicht zuständig war. Nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO, § 67 S. 2 ASOG sind hier Ausgangs- und Widerspruchsbehörde das Bezirksamt Marzahn-Hellersdorf.

Anmerkung: Im vorliegenden Fall handelt es sich somit um den unproblematischen Fall, dass Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind. Wäre dies nicht der Fall wäre der Verweis auf §§ 68, 73 VwGO nicht ausreichend, da diese nicht zuständigkeitsbegründend sind. Vielmehr muss es sich bei der Widerspruchsbehörde gleichzeitig um die weisungsbefugte Fachaufsichtsbehörde handeln. Nur dann besitzt sie die umfassende sachliche Entscheidungskompetenz.

Auch die zuständige Widerspruchsbehörde darf nicht ohne Weiteres den ursprünglichen Verwaltungsakt verbösern. Insbesondere darf sie keine qualitativen Veränderungen, etwa durch Erlass eines selbständigen neuen Verwaltungsakts vornehmen.¹¹ 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 auszugehen.

Anmerkung: Eine qualitative Änderung, d.h. der Erlass eines neuen Verwaltungsakts, wäre für eine übergeordnete Behörde nur möglich, wenn ihr ein Selbsteintrittsrecht zukommt, z.B. nach §§ 8 Abs. 3 c), 13 AZG. Vgl. OVG Berlin, NJW 1977, 1166, 1167.

Im Ergebnis ist damit die Widerspruchsbehörde für die Verböserung zuständig.

b) Verfahren, Form

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

3. Materielle Rechtmäßigkeit

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

¹¹ Vgl. *Schenke*, VerwProzR, Rn. 688.

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* enthalten.

Teilweise wird vertreten, in der Verböserung liege eine Aufhebung des ursprünglichen Verwaltungsakts, weswegen Rechtsgrundlage die §§ 48, 49 VwVfG seien.¹² 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 entschiede. Zudem müsste man sonst in jeden Verwaltungsakt die konkludente Feststellung hineinlesen, dass keine belastendere Regelung erlassen wird.¹³ Mithin bleibt als Rechtsgrundlage nur die materiellrechtliche Vorschrift, die bereits die Ausgangsbehörde zu ihrem Handeln ermächtigte. Dies ist vorliegend § 17 Abs. 1 ASOG.

b) Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, § 17 ASOG

Zunächst müsste also eine Gefahr für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben sein. Zur „öffentlichen Sicherheit“ gehören 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.¹⁴ Eine Gefahr liegt bei Bestehen einer Sachlage vor, die in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die von der öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Ordnung geschützten Rechtsgüter führen wird.¹⁵

Aufgrund der Tatsache, dass durch herabstürzende Felsbrocken sowohl das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Menschen als auch das Eigentum der Familie *Gasolina* 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 ausgeht.

Als Verantwortlicher kommt vorliegend nur der Eigentümer des Oberliegergrundstücks in Betracht, da die Steinschlaggefahr nicht durch menschliches Handeln ausgelöst wurde. Zuerst Frau *Schönfelder* und nun Herr *Saumann* sind somit gem. § 14 Abs. 1, 3 ASOG verantwortlich.

c) Rechtsfolge: Ermessen, § 12 ASOG, § 40 VwVfG

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.

II. Ergebnis zu B.

Im Ergebnis stellt sich damit die Ausweitung der Sanierungspflicht im Widerspruchsbescheid als formell und materiell rechtmäßig dar. Auf die Frage der Rechtsverlet-

¹² *Schenke*, VerwProzR, Rn. 694.

¹³ So aber *Kopp/Schenk*, § 68 Rn. 10c.

¹⁴ *Götz*, § 4 Rn. 3 ff.

¹⁵ *Götz*, § 6 Rn. 1 ff.

zung kommt es nicht mehr an. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

Zweiter Teil: Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

A. Differenzierung innerhalb des Kostenbescheids

Als Rechtsgrundlage des Kostenbescheids kommen §§ 19 Abs. 1 S. 1, 10 VwVG i.V.m. § 5a S. 1 VwVfGBln¹⁶ 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 *Saumann* einen Teil des Widerspruchsbescheids angefochten hat. Dies hat nämlich Auswirkungen auf dessen Vollziehbarkeit. Voraussetzung einer Ersatzvornahme ist nach § 6 Abs. 1 VwVG 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 *Saumann* 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).

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

B. Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids im Umfang von 15.000 Euro

I. Rechtsgrundlage

1. Selbstvornahme und Fremdvorname

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 enthalten. Nimmt die Behörde die Handlung selbst vor, ist vielmehr unmittelbarer Zwang gemäß § 12 VwVG gegeben. Dieser Unterschied ist deshalb bedeutsam, weil die Behörde bei unmittelbarem Zwang die Kosten selbst zu tragen hat. Der Kostenbescheid wäre dann vorliegend bereits aus diesem Grunde rechtswidrig.

2. Amtshilfe als Fremdvorname 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 heranzieht. 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

¹⁶ Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht wird im Folgenden verzichtet.

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 unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Tätigkeit steht auch der Einsatz bei *Gasolina*, 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 *Gasolina* 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 Münster aus,¹⁷ entscheidend für die Differenzierung zwischen Selbst- und Fremdvorname 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 Selbstvorname vor. Anders liege es bei einem selbständigen Unternehmer. Im Rahmen der Amtshilfe ist gem. § 7 Abs. 2 S. 2 VwVG die ersuchte Behörde für die Durchführung der Amtshilfe verantwortlich. Damit kommt der Bundeswehr vorliegend eine Selbständigkeit bei der Ausführung zu, die die Annahme einer Fremdvorname 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 nach § 19 Abs. 1 S. 1 VwVG i.V.m. § 346 Abs. 1 AbgabenO¹⁸ die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme sowie ein ordnungsgemäßer Kostenansatz.

1. Rechtmäßigkeit der Ersatzvorname

a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Ersatzvorname ist § 10 VwVG.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht bestehen gegen die Ersatzvorname keine Bedenken.

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Vollziehbarer Grundverwaltungsakt

In materieller Hinsicht setzt eine Ersatzvorname einen vollziehbaren Grundverwal-

¹⁷ OVG Münster, OVGE 7, 27.

¹⁸ Wortlaut des § 346 Abs. 1 AO: „Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, sind nicht zu erheben.“

tungsakt als Titel voraus, § 6 Abs. 1 VwVG. Es lag ein Sanierungsbescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids vor. Hinsichtlich der Sanierungspflicht im ursprünglichen Umfang war der Sanierungsbescheid auch bereits unanfechtbar i.S.d. § 6 Abs. 1 VwVG 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 können. Hierfür spricht im Übrigen auch die Formulierung in § 13 Abs. 1 S. 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 werden.¹⁹ Vorliegend bestand aufgrund der Erkenntnisse des Gutachtens zwar eine latente, nicht aber eine akute Gefährdung des unteren Grundstücks. Fraglich ist, ob diese zu einer drohenden Gefahr wurde, als Steine auf das Hausdach der Familie *Gasolina* 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 herausstellt.²⁰ Eine Putativgefahr ist demgegenüber gegeben, wenn sich der handelnde Amtswalter eine Gefahr nur vorgestellt hat oder aufgrund unzureichender Sachverhaltswürdigung zu ihrer Bejahung gelangt ist.²¹ Während eine Anscheinsgefahr zumindest auf der Primärebene als vollwertige Gefahr im Sinne des Polizei- und

¹⁹ Engelhardt/App, § 10 Rn. 26

²⁰ Götz, § 7 Rn. 38 ff.

²¹ Götz, § 7 Rn. 37.

Ordnungsrechts anzusehen ist, 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.

cc) Art und Weise: Schäden bei Gasolina

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

dd) Kein Vollstreckungshindernis

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

ee) Rechtsfolge: Ermessen

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

d) Ergebnis zu 1.

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“.²² In diesem Kontext kann es im Einzelfall gerechtfertigt erscheinen, die entstandenen Kosten dem Verantwortlichen nicht aufzuerlegen. Diesen Spielraum schafft eine Interpretation als Ermessensnorm.

Fraglich ist jedoch, ob die Behörde ihr Ermessen hinsichtlich der Kostentragungspflicht richtig ausgeübt hat. Im Rahmen der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme der Gefahrenabwehr ist es aus den oben genannten Gründen unabdingbar, auf die ex-ante-Sicht abzustellen. Auf der Primärebene gelangt man so zur Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen. Fraglich ist aber, ob es auch auf der

²² *Pewestorf, Pewestorf/Söllner/Tölle*, S. 786.

Sekundärebene, also bei der Beurteilung der Folgen der Maßnahme, hierbei bleiben kann. Überwiegend wird mittlerweile vertreten, für die Frage der Kostentragungspflicht müsse auf die wahren Verhältnisse, wie sie sich im Nachhinein herausgestellt haben, abgestellt werden.²³ 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 hat.²⁴ Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Mithin erscheint es gerechtfertigt, Herrn *Saumann* 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 2.12.2009 angedroht war. Mithin ist Herr *Saumann* so zu stellen, wie er im Falle der Ersatzvornahme am 2.12.2009 stünde. Der für die Sanierung im Umfang des ursprünglichen Bescheids erforderliche Betrag in Höhe von 15.000 Euro ist ihm bis zum 2.12.2009 zu stunden.

Anmerkung: Nach anderer Auffassung ist entsprechend des Wortlautes von § 19 Abs. 1 VwVG grundsätzlich von einer gebundenen Entscheidung auszugehen, vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 334 und Lösung zum Abgeschleppt-und-abgezockt-Fall. Über § 59 Abs. 1 Nr. 3 LHO und die Annahme einer besonderen Härte in Fällen der Anscheinsgefahr würde man hier aber zum gleichen Ergebnis kommen

IV. Zwischenergebnis

Der Kostenbescheid ist in Höhe von 15.000 Euro mit der Maßgabe rechtmäßig, dass Herrn *Saumann* dieser Betrag bis zum 2.12.2009 gestundet wird.

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 *Saumann* 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.

²³ Götz, § 14 Rn. 11.

²⁴ Götz, § 14 Rn. 13.

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 könne.²⁵ Teilweise wird diese Differenzierung auch abgelehnt. 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 *Saumann* 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 geäußelter Wille gebrochen werden muss oder ob ein mutmaßlicher Wille ausreicht.

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 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 oben (Erster Teil B. I. 3. b)) 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 Sven und Ronny 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 entge-

²⁵ *Pewestorf*, *Pewestorf/Söllner/Tölle*, S. 185f.

gen, 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 stunden.

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.

Dritter Teil: Ansprüche des Gasolina

A. Ansprüche gegen die Bundesrepublik Deutschland

I. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis

Zunächst könnte ein Anspruch des Herrn *Gasolina* auf Schadensersatz aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis bestehen. Jedoch darf ein solches nicht vor schnell angenommen werden. Erforderlich ist vielmehr, dass zwischen Bürger und Verwaltung ein Verhältnis besteht, das besonders enge Rechte und Pflichten begründet.²⁶ Hier hat Herr *Gasolina* 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 sein. Wie bereits erwähnt, wurde die Bundeswehr hier aber nicht im Wege privatrechtlicher Beauftragung, 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 *Gasolina* entstandenen Schäden haftet. Bei der Beauftragung Privater ist dies die beauftragende Behörde. Nun bestimmt aber § 7 Abs. 2 S. 2 VwVfG, 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 *Gasolina* allein haftet. 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 ver-

²⁶ Vgl. Maurer, § 29 Rn. 3.

letzt 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 *Gasolina* entstandenen Schäden auf der fehlerhaften Sanierung durch die Bundeswehr beruhen.

5. Schaden

Der Schaden bei *Gasolina* 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 Ersatzmöglichkeit ersichtlich ist. § 839 Abs. 3 BGB greift mangels Primärrechtsschutzes gegen die Verletzung nicht ein.

7. Ergebnis

Die Familie *Gasolina* 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-Entscheidung des BVerfG²⁷ lediglich als gewohnheitsrechtlich anerkanntes Institut des einfachen Rechts fort.

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 bejaht.²⁸

2. Die Bundesrepublik Deutschland als Anspruchsgegner

Fraglich ist zunächst, ob sich der Anspruch überhaupt gegen die Bundesrepublik

²⁷ BVerfGE 58, 300

²⁸ Maurer, § 27 Rn. 104.

Deutschland richtet. In Rechtsprechung²⁹ 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 das Land Berlin. Hiergegen spricht jedoch, dass die Parallele zur Enteignung mittlerweile durch die Lösung von Art. 14 GG entbehrlich geworden ist. Sachgerechter erscheint eine Entschädigungspflicht desjenigen Verwaltungsträgers, dessen Behörde den Eingriff vorgenommen hat.³⁰ Dies ist hier die Bundesrepublik Deutschland.

3. Eingriff in das Eigentum

Vorliegend wurde das Eigentum der Familie *Gasolina* 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 (Zweiter Teil B. III. 1. und C. III.). Jedoch ist im Rahmen des enteignungsgleichen Eingriffs für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit auf den Erfolg abzustellen.³¹ Die Schäden bei *Gasolina* 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 *Gasolina* 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 5.000 Euro. Hinzu tritt der oben festgestellte Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB/Art. 34 GG.

B. Ansprüche gegen das Land Berlin

Es wurde bereits ausgeführt, dass im Rahmen von Amtshaftung und enteignungsgleichem Eingriff die Bundesrepublik Deutschland Anspruchsgegnerin ist. Eine eigenständige Amtspflichtverletzung der zuständigen Behörde des Landes Berlin ist nicht ersichtlich. Auch eine Haftung wegen Mitverursachung kommt nach dem Sach-

²⁹ BGHZ 134, 316, 231.

³⁰ Maurer, § 27 Rn. 101.

³¹ Maurer, § 27 Rn. 94.

verhalt 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 das Land Berlin.

© [Markus Heintzen \(Freie Universität Berlin\)](#) und [Heike Krieger \(Freie Universität Berlin\)](#)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich

Stand der Bearbeitung: November 2009