

Lösungsskizze zur 4. Klausur im Klausurenkurs im Öffentlichen Recht

A. Vorgehen gegen die Ordnungsverfügung vom 30.08.2010

I. Zulässigkeit des Antrags

1. Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist gem. § 40 I VwGO gegeben. Streitgegenstand im Hauptsacheverfahren ist eine Maßnahme aus dem Polizei- und Ordnungsrecht. Danach richtet sich auch der Rechtsweg im Eilverfahren. Weitere Ausführungen erübrigen sich hier.

2. Für die Bestimmung der statthaften Verfahrensart ist vom Begehren des A auszugehen. A wendet sich gegen die sofortige Vollziehbarkeit der Anordnung der Untersuchungsmaßnahmen im Bescheid vom 30.08.2010, begehrt also einstweiligen Rechtsschutz.

Als Arten des einstweiligen Rechtsschutzes kommen § 80 V VwGO oder aber § 123 I VwGO in Betracht. Die Abgrenzung beider Verfahrensarten erfolgt gem. § 123 V VwGO mit Hilfe der Bestimmung des zulässigen Hauptsacheverfahrens. § 80 V VwGO ist anwendbar, wenn in der Hauptsache die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO die richtige Klageart ist. K begehrt in der Hauptsache die Aufhebung der Anordnung der Durchführung der Untersuchungsmaßnahmen; diese Anordnung stellt einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar.

Zu untersuchen bleibt schließlich die richtige Rechtsschutzform. Da die Behörde hier im Wege des § 80 II Nr. 4 VwGO vorgegangen ist, ist die richtige Rechtsschutzform der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO (nicht § 80 V 3 VwGO: eine Aufhebung der Vollziehung ist weder beantragt noch möglich).

3. Weitere Voraussetzung ist schließlich die Zulässigkeit der Klage in der Hauptsache. Zweifelhaft ist, ob hier die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO des K gegeben ist, da die Ordnungsverfügung vom 30.08.2010 sich nicht gegen ihn, sondern gegen den A richtet. K tritt als Insolvenzverwalter entsprechend §§ 20, 80 InsO in die Verwaltungs- und Handlungsmacht und in die

Verfügungsgewalt des Gemeinschuldners ein (nicht Rechtsnachfolge). Er übernimmt damit öffentlich-rechtlich auch die Zuständigkeit für die Konkursmasse. Rechtsverletzung ist insofern möglich, Klagebefugnis ist gegeben.

4. Da der Bescheid ohne Rechtsmittelbelehrung ergangen ist, ist die Klagefrist gem. §§ 74 I, 58 II, S. 1 VwGO eingehalten.

5. Problematisch bleibt im Rahmen der Zulässigkeit danach hier nur noch das Rechtsschutzbedürfnis. Zweifel ergeben sich aus der Tatsache, dass die Anordnung der Durchführung der Untersuchungsmaßnahmen im Wege der Ersatzvornahme bereits vollzogen worden ist. Aufgrund der Vollstreckung könnte sich die Anordnung zur Grundstücksuntersuchung erledigt haben. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Vollziehungsanordnung, ebenso wie die Grundverfügung selbst, gleichzeitig Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Durchführung der Ersatzvornahme und den später zu erlassenden Leistungsbescheid ist. Solange also noch Kostenerstattung verlangt wird, hat sich die Grundverfügung nicht erledigt und ebenso muss Rechtsschutzinteresse für den Antrag nach § 80 V VwGO bestehen.

Wäre die Vollziehungsanordnung fehlerhaft, so hätte dies unmittelbare Auswirkung auf die nachfolgenden Vollstreckungsmaßnahmen.

Insgesamt ergibt sich damit die Zulässigkeit des Antrages nach § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO.

II. Begründetheit des Antrages

Der Antrag gem. § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO ist begründet, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Ordnungsverfügung bestehen. Ernstliche Zweifel sind gegeben, wenn auf der Grundlage des feststellbaren Sachverhalts eine Ermächtigungsgrundlage für den Bescheid nicht gegeben ist.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung der Untersuchungsmaßnahmen durch S kommt vorliegend allein § 11 SOG in Betracht (nicht § 26 BImSchG, keine Messungen d. Emissionen, vgl. § 3 I-III BImSchG).

1. Die Zuständigkeit des S ergibt sich aus §§ 1 I, 97 I, 100 I SOG i.V.m. § 85 I Nr. 7 NKomVG.

2. Voraussetzung ist daher, ob vorliegend eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung festgestellt werden kann.

a) Der Schutz der öffentlichen Sicherheit umfasst unproblematisch auch die Gesundheit der Anlieger und die Reinheit von Boden und Wasser.

b) Fraglich ist allerdings, ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im polizeirechtlichen Sinne festgestellt werden kann. Gefahr ist nach allgemeiner Auffassung eine Lage, bei der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden am Schutzgut führt.

Ausweislich des Sachverhalts weiß der S nicht, ob eine Gefahr in dem beschriebenen Sinne vorliegt, seine Anordnung richtet sich vielmehr darauf, die Tatsachengrundlage zu schaffen, die eine Gefahr begründen könnte. Es liegt hier mithin ein bloßer Gefahrenverdacht vor (im Unterschied zur Scheingefahr, Anscheinseingefahr).

Nach wohl ganz h.M. erfüllt auch der Gefahrenverdacht den Tatbestand des § 11 SOG, umstritten ist nur, welche Maßnahmen aufgrund eines Gefahrenverdacht angeordnet werden dürfen. Dabei kommt es dann nicht darauf an, ob eine Gefahr sich später als gegeben herausstellt oder nicht, da es Spezifikum des auf dem Gefahrenverdacht beruhenden Gefahrerforschungseingriffs eben ist, dass dieser erst einmal die Tatsachengrundlage für die Beurteilung des Vorliegens einer Gefahr schaffen soll. Danach kann es nicht darauf ankommen, ob eine Gefahr tatsächlich vorliegt. Ein Gefahrenverdacht ist hier aufgrund der Parallelfälle und der Vorkommnisse der Vergangenheit gerechtfertigt. Der Tatbestand des § 11 SOG ist somit erfüllt.

3. Desweiteren müsste A bzw. K Störer im Sinne des Ordnungsrechtes sein. In Betracht kommt hier eine Zustandshaftung gem. § 7 SOG, da, wenn eine Gefahr besteht, diese vom Zustand des Grundstückes ausgeht.

a) Für die Ordnungspflichtigkeit stellt sich die Frage, ob die Ordnungsverfügung nicht deshalb rechtswidrig geworden ist, da sie sich gegen A richtet, der aber gem. §§ 22, 80 InsO nicht mehr über die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis verfügt. Diese ist vielmehr auf K als Konkursverwalter übergegangen.

Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass die Verfügung sich nicht mehr gegen A sondern gegen K richtet. Wenn schon bei tatsächlicher Rechtsnachfolge die einmal begründete Zustandshaftung übergeht und der ursprüngliche Bescheid auch gegen den Rechtsnachfolger gilt, so muss dies auch gelten, wenn der Eigentümer zwar nicht sein Eigentum aber seine Verfügungs- und Handlungsbefugnis verliert.

b) Schließlich wird die Verantwortlichkeit auch nicht dadurch berührt, dass der in Anspruch genommene Störer wirtschaftlich nicht in der Lage ist, mit eigenen Mitteln die Störung zu verhindern oder zu beseitigen. Wirtschaftliches Unvermögen hat nach heute allgemeiner Auffassung keinerlei Einfluss auf die Ordnungspflichtigkeit.

4. Schließlich ist im Rahmen des Übermaßverbotes insbesondere zu untersuchen, ob S das richtige und zulässige Mittel zum Eingriff gewählt hat (s. §§ 4, 5 SOG (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit)).

Frage in diesem Zusammenhang ist, ob der potentielle Störer – da die Gefahr nicht festgestellt ist, steht auch der Störer nicht fest – bei den grundsätzlichen zulässigen Gefahrerforschungseingriffen in Anspruch genommen werden kann. Unstreitig dürfte heute sein, dass der potentielle Störer insoweit in Anspruch genommen werden darf, als ihm Duldungspflichten auferlegt werden. Die Frage ist allerdings, ob er auch zu aktiver Mitwirkung verpflichtet werden kann. Zweifel hieran ergeben sich unter dem Gesichtspunkt, dass die Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich Sache der Verwaltungsbehörden ist und von diesen auch vorgenommen werden muss. (s. § 24 VwVfG)

Nach dieser Auffassung ist die ordnungsrechtliche Haftung damit auf eine Duldungshaftung reduziert. Maßnahmen dürfen hingegen nicht verlangt werden, sondern müssen von der Ordnungsbehörde selbst durchgeführt werden.

Demgegenüber hat das BVerwG anklingen lassen, dass auch die Ermittlungsarbeit dem Sachherrn auferlegt werden kann. Danach kann derjenige, der einen Gefahrenverdacht begründet, auch im Rahmen der Ermittlung in Anspruch genommen werden, solange nur vorläufige Maßnahmen verhängt werden.

Hinweis: Die letztere Auffassung ist die herrschende und wohl auch zutreffende. Wie sich die Bearbeiter allerdings entscheiden, bleibt ihnen überlassen. Noch darauf hingewiesen sei, dass die vorstehenden Probleme teilweise schon bei der Beschränkung der polizeilichen Haftung erörtert werden. Zutreffend gehört es aber wohl in den Zusammenhang des Übermaßverbots. Weitere Anhaltspunkte für eine gutachterliche Prüfung gibt der Sachverhalt nicht. Je nachdem welcher Auffassung der Bearbeiter in Bezug auf die Möglichkeiten eines Gefahrerforschungseingriffs zuneigen, kommen sie zu dem Ergebnis, dass der Antrag begründet oder unbegründet ist, da der Bescheid entweder offensichtlich rechtmäßig oder offensichtlich rechtswidrig ist.

B. Erfolgsaussichten des Antrags gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit des Kostenbescheids vom 26.09.2010

I. Zulässigkeit des Antrags

Problematisch ist im Rahmen des Antrags gegen die Vollziehbarkeit des Kostenbescheids allein die richtige Rechtsschutzform. Es kommt sowohl ein Antrag gem. § 80 V S. 1, 1. Alt. VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung als auch im Antrag gem § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Betracht.

§ 80 V S. 1, 1. Alt. VwGO ist anzuwenden, wenn dem eingelegte Widerspruch gem § 80 II Nr. 1-3 VwGO keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Bei den eingeforderten Kosten der Ersatzvornahme könnte es sich um Kosten i.S. des § 80 II Nr. 1 VwGO handeln. Nach allgemeiner Auffassung aber fallen Kosten der Ersatzvornahme nicht unter diese Vorschrift. Dies ergibt sich aus dem Sinn des § 80 II Nr. 1 VwGO, der eine ordnungsgemäße Haushaltsplanung ermöglichen soll. Damit umfasst die genannte Regelung nur solche Geldleistungspflichten, bei denen aus Gründen ordnungsgemäßer Haushaltsplanung ein nicht unerhebliches öffentliches Interesse besteht.

Die Kosten der Ersatzvornahme gehören nicht in die Haushaltsplanung, sind daher auch nicht unter diese Norm zu subsumieren.

Richtige Rechtsschutzform ist damit § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO, da die sofortige Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet worden ist.

Im Übrigen bestehen im Rahmen der Zulässigkeit keine Probleme.

II. Der Antrag gem. § 80 V S. 1, 2. Alt. VwGO ist begründet, wenn der Kostenbescheid vom 26.9.2010 offensichtlich rechtswidrig ist.

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Kostenbescheides ist schon allein deshalb rechtswidrig, da sie gegen § 89 InsO verstößt. Gem. § 89 InsO ist die Einzelzwangsvollstreckung während der Dauer des Insolvenzverfahrens unzulässig. Die Verwaltungsbehörde ist deshalb gehalten, ihre Forderung gegen den Gemeinschuldner gem. §§ 174 ff. InsO anzumelden. Eine sofortige Vollziehung als Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung ist unzulässig.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung steht insoweit dem Antrag und der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Titels gleich.

Schon aus diesem Grunde liegt die sofortige Vollziehung nicht im öffentlichen Interesse, der Antrag des K ist insoweit begründet.

2. Der Kostenbescheid vom 26.9.2010 könnte auch deshalb rechtswidrig sein, weil er nicht auf einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage beruht. Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier § 73 NVwG iVm § 66 I SOG oder § 66 I SOG allein in Betracht (beides vertretbar).

Voraussetzung ist danach neben der unproblematisch gegebenen formellen Rechtmäßigkeit das Entstehen der eingeforderten Kosten und die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme. Problematisch ist allerdings die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme.

- a) Voraussetzung der Vollstreckung ist ein vollstreckbarer Verwaltungsakt gem. § 64 I SOG. Ein solcher ist hier gegeben. Zwar ist die Ordnungsverfügung vom 30.8.2010 nicht bestandskräftig, aber für sofort vollziehbar erklärt gem. § 80 II Nr. 4 VwGO.

Die Anordnung vom 30.8.2010 hat auch einen vollstreckungsfähigen Inhalt, und A ist dem ausgesprochenen Gebot, welches eine vertretbare Handlung fordert, nicht gefolgt.

- b) Desweiteren muss die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ordnungsgemäß sein

aa) Eine Androhung i.S. des § 70 I SOG liegt vor. Dieses dürfte gem. § 70 II SOG auch mit der Ordnungsverfügung verbunden werden, da diese für sofort vollziehbar erklärt war.

Gem. § 70 IV SOG sollen in der Androhung die voraussichtlichen Kosten angegeben werden. Fraglich ist, ob die erfolgte Angabe rechtmäßig ist, da die veranschlagten Kosten um 200 % überschritten worden sind. Angesichts dieser Überschreitung ist zu fragen, ob die erfolgte Kostenabgabe ihren Zweck verfehlt hat und die Androhung aus diesem Grunde rechtswidrig ist.

Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Mitteilung über die Kosten im Wesentlichen den Zweck verfolgt, den Pflichtigen auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme für die Kosten hinzuweisen.

Schließlich ist auch die mit der Androhung gesetzte Frist gem. § 70 I SOG rechtmäßig. Angesichts der vermuteten Gefährdungen ist die gesetzte 2-Wochen-Frist verhältnismäßig

Ordnungsgemäße Festsetzung der Ersatzvornahme liegt vor.

Die Anwendung der Zwangsvollstreckung ist im Übrigen angesichts der befürchteten Gefahren auch verhältnismäßig.

- c) Schließlich müsste K der richtige Kostenschuldner im Sinne des Ordnungsrechtes sein. Grundsätzlich hat der Ordnungspflichtige auch die Kosten der vorgenommenen Vollstreckungsmaßnahme zu tragen. Die Problematik ist dieselbe, wie bereits oben bei der Frage der Ordnungspflicht angesprochen. Teilweise wird in der Literatur und Rechtsprechung bestritten, dass der möglicherweise Ordnungspflichtige im Rahmen von Gefahrerforschungseingriffen zu den Vollstreckungskosten herangezogen werden kann. Das OVG Koblenz begründet das mit der Erwägung, dass hierfür eine Ermächtigungsgrundlage fehle, da das Gesetz diese Kostentragung nicht ausdrücklich regele.

Außerdem erweist sich der Adressat der Ordnungsverfügung im Nachhinein als Nichtstörer.

Hinweis: Wie sich die Bearbeiter hier entscheiden, bleibt ihnen überlassen.

- d) Schließlich müsste der Erlass des Leistungsbescheides auch verhältnismäßig sein. Zweifel ergeben sich einerseits aus der Tatsache, dass überhaupt nur ein Gefahrerforschungseingriff vorlag und zum zweiten daraus, dass sich nachträglich dann herausstellte, dass eine Gefahr nicht vorlag. Nach wohl h.M. ist der Leistungsbescheid daher auch materiell rechtswidrig.

Im Ergebnis ergibt sich, dass der Kostenbescheid auf jeden Fall wegen Verstoßen gegen § 89 InsO offensichtlich rechtswidrig ist. Der Antrag des Konkursverwalters hat daher unabhängig von der weiteren Beurteilung Erfolg.