

**ÖffR** Fallbearbeitung

Louis Valentino Kolkmeyer\*

# Kostenexplosion

## Referendarexamensklausur im Öffentlichen Recht

*Die Klausur behandelt schwerpunktmäßig Fragen des Verwaltungsvollstreckungsrechts und der Kostentragung. Darüber hinaus enthält sie einen kleineren baurechtlichen Einschlag. Während die Zulässigkeit keine Schwierigkeiten bereithält, ist im Rahmen der Begründetheit insbesondere ein sauberer Aufbau und eine präzise Arbeit mit dem Gesetzestext erforderlich.*

### SACHVERHALT

A ist Eigentümerin eines Grundstücks in einer dicht besiedelten Wohngegend in der niedersächsischen Stadt Göttingen. Das Grundstück, das A vor Kurzem von ihren Eltern (E) geerbt hat, liegt in einem Bereich, der im Zweiten Weltkrieg besonders frequentiert bombardiert worden ist.

Aus diesem Grund hatten die E vor zwei Jahren im Zusammenhang mit Umbaumaßnahmen von der zuständigen Behörde die Auflage erhalten, eine Kampfmittelerkundungsfirma mit einer Überprüfung des Grundstücks zu beauftragen. Die erteilte Baugenehmigung beschied das Grundstück als weitestgehend bombenfrei. In einem Teilbereich konnte aus technischen Gründen jedoch keine Oberflächensondierung auf Kampfmittel durchgeführt werden. Das Bauen im entsprechenden Teilbereich ist den E daher untersagt worden. Für zukünftige Maßnahmen sollte eine erneute Sondierung versucht werden.

A plant in dem Teilbereich, der regelmäßig der Sonnigste des Grundstücks ist, einen Pool zu errichten. Im Rahmen des dafür notwendigen Bodenaushubs stößt sie mit ihrem Bagger auf eine 500 kg schwere Sprengbombe aus dem zweiten Weltkrieg. Unsicher, ob derartige Angelegenheiten überhaupt in den Zuständigkeitsbereich der Polizei fallen, informiert A selbige über ihren Fund.

Die Polizei informiert sodann den Kampfmittelbeseitigungsdienst. Sprengmeister S attestiert der Bombe eine akute Explosionsgefahr. Wegen des Stoßes mit dem Bagger könne der Zünder der Bombe in einem Zustand sein, in dem eine Explosion auch ohne weitere Einwirkungen nicht ausgeschlossen sei.

Aufgrund der Größe der Bombe bestimmt S einen etwaigen Explosionsradius von 1000 Metern.

Innerhalb dieses Umkreises sei aufgrund eines möglichen Splitterflugs mit erheblichen Schäden zu rechnen. Ferner weist er daraufhin, dass eine Explosion während einer Entschärfung besonders wahrscheinlich sei.

Die Polizei machte sich die Einschätzung des S zu eigen und beginnt daraufhin unmittelbar mit der Evakuierung sämtlicher Anwohnerinnen und Anwohner im Radius von 1000 Metern. Die dadurch entstandenen Evakuierungskosten i.H.v. 25.000 EUR verlangt die zuständige Behörde nun per Kostenbescheid von A.

A ist über den Kostenbescheid empört. Es könne ja wohl nicht sein, dass sie die Kosten zu tragen habe. Schließlich hatten ihr sowohl Polizei als auch der Kampfmittelbeseitigungsdienst zugesichert, dass die Kosten für die Entschärfung vom Land Niedersachsen getragen werden. Außerdem stimme es zwar, dass die ursprüngliche Baugenehmigung den Hinweis auf den nicht überprüften Grundstücksbereich enthalte. Der Bescheid sei jedoch an ihre Eltern adressiert und habe »nichts mit ihr zu tun«. Des Weiteren seien die Kosten unverhältnismäßig. Ihr Stadtgrundstück habe zwar bereits einen beachtlichen Wert, der Pool müsste nun jedoch kleiner ausfallen als ursprünglich geplant.

**A möchte daher gerichtlich gegen den Bescheid vorgehen. Hat ein solches Vorgehen Aussicht auf Erfolg?**

### BEARBEITERVERMERK

Ein Gesetz oder eine Kampfmittelverordnung sind für das Land Niedersachsen nicht erlassen worden.

*Auszug zum Merkblatt Kampfmittelbeseitigung in Niedersachsen:*

4.1 Kostentragung: Das Land trägt (...) aus Billigkeitsgründen die bei der Beseitigung von Kampfmitteln anfallenden Kosten, die der Abwehr einer unmittelbaren Gefahr dienen. Es trägt daher die Kosten der tatsächlichen Bergung, der Entschärfung oder Sprengung, des Transports und der Vernichtung eines Kampfmittels. Dazu gehören jedoch nicht ggf. erforderliche Vor- und Nebenarbeiten, insbesondere nicht das Abräumen von Gegenständen oberhalb des Erdreichs.

\* Louis Valentino Kolkmeyer ist Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen.

## GLIEDERUNG

- A. Zulässigkeit
  - I. Eröffnung des Verwaltungsrechts
  - II. Statthafte Klageart
  - III. Klagebefugnis
  - IV. Vorverfahren
  - V. Klagefrist
  - VI. Klagegegner
  - VII. Beteiligten-/ Prozessfähigkeit
  - VIII. Ergebnis Zulässigkeit
- B. Begründetheit
  - I. Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid
  - II. Formelle Rechtmäßigkeit
    - 1. Zuständigkeit
    - 2. Verfahren
    - 3. Form
    - 4. Zwischenergebnis
  - III. Materielle Rechtmäßigkeit
    - 1. Kostengrund: Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
      - a) Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme
      - b) Formelle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
      - c) Materielle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme
        - aa) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
          - (1) Erforderlich zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr
          - (2) Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grundverwaltungsaktes
            - (a) Rechtsgrundlage des hypothetischen Grund VA
            - (b) Materielle Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund VA
            - (c) Zwischenergebnis
          - (3) Zwischenergebnis
        - bb) ordnungsgemäße Zwangsvollstreckung
          - (1) Androhung
          - (2) Zwischenergebnis
      - d) ordnungsgemäßes Ermessen
      - e) Zwischenergebnis
    - 2. Ordnungsgemäße Kostenhöhe
    - 3. Heranziehung des Pflichtigen
      - a) Kostenschuldnerin
      - b) Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit
  - IV. Zwischenergebnis
- C. Ergebnis

## LÖSUNG

Die Fallbearbeitung ist angelehnt an OVG Lüneburg 28.11.2019 - 11 LC 606/18, NJW 2020, 1313 und wurde i.R.d. Examenkurs im Öffentlichen Recht (ÖR II Verwaltungsrecht) an der Georg-August-Universität Göttingen im WiSe 23/24 besprochen.

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

## A. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn alle nachfolgenden Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Eine aufdrängende Sonderzuweisung, wodurch die Streitigkeit unabhängig von ihrer Rechtsnatur dem Verwaltungsgericht zugewiesen wäre,<sup>1</sup> ist nicht ersichtlich. Stattdessen könnte der Verwaltungsrechtsweg nach der Generalklausel des § 40 I VwGO eröffnet sein. Dafür müsste es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handeln, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die den Streit entscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Dies ist der Fall, wenn sie einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigen oder verpflichten (sog. modifizierte Subjektstheorie<sup>2</sup>). Streitentscheidende Normen sind vorliegend solche des NPOG sowie des NVwKostG, insbesondere § 66 I NPOG sowie § 13 I NVwKostG. Die genannten Vorschriften ermächtigen ausschließlich die entsprechende Behörde zur Kostenerhebung, es handelt sich mithin um öffentlich-rechtliche Vorschriften. Da mit A als Bürgerin und der Behörde auch nicht zwei unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um ihre sich aus der Verfassung ergebenden Rechte und Pflichten streiten (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit<sup>3</sup>), ist der Streit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Mangels abdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I VwGO eröffnet.

### II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, vgl. § 88 VwGO. A wendet sich vorliegend gegen den Kostenbescheid. Der Kostenbescheid stellt einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 I NVwVfG<sup>4</sup> dar. Für die Aufhebung eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO statthaft.

### III. Klagebefugnis

A müsste zur Klage befugt sein. Dies setzt voraus, dass sie geltend macht, durch den Kostenbescheid in eigenen

<sup>1</sup> Vgl. Eyer mann/Schübel-Pfister/Wöckel, VwGO, 16. Auflage (2022), § 40 Rn. 163.

<sup>2</sup> S. vertieft zur modifizierten Subjektstheorie NK-VwGO/Sodan, 5. Auflage (2018), VwGO § 40 Rn. 302-305.

<sup>3</sup> Vgl. ebd., Rn. 189; Kritik an der Formel der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit u.a. bei Bethge, Das Phantom der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit, JuS 2001, 1100.

<sup>4</sup> Die Vorschriften des VwVfG gelten im Folgenden als i.V.m. § 1 I NVwVfG zitiert.

Rechten verletzt worden zu sein, vgl. § 42 II VwGO. A müsste substantiiert darlegen, dass durch den Kostenbescheid eine Verletzung ihrer subjektiv-öffentlichen Rechte möglich erscheint. Es ist nicht von vornherein auszuschließen und mithin möglich, dass A für die Heranziehung der Kosten, die im Zusammenhang mit ihrem Grundstück entstanden sind, in ihrer Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG verletzt ist. Darüber hinaus ist A als Adressatin des belastenden Kostenbescheids wenigstens<sup>5</sup> möglicherweise in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. A ist mithin klagebefugt.

#### IV. Vorverfahren

Das grundsätzlich nach § 68 I 1 VwGO durchzuführende Vorverfahren ist vorliegend nach § 68 I 2 i.V.m. § 80 I NJG entbehrlich. Eine der in § 80 II NJG genannten Rücknahmen ist nicht einschlägig.

#### V. Klagefrist

Gemäß § 74 I 2 VwGO ist die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben. Mangels entgegenstehender Angaben ist davon auszugehen, dass die Monatsfrist noch eingehalten werden kann.

#### VI. Klagegegner

A müsste ihre Klage außerdem gegen den richtigen Beklagten erheben. Klagegegner ist gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 79 II NJG, § 87 I Nr. 3 NPOG die Polizeidirektion Göttingen als die den Kostenbescheid erlassende Behörde.

#### VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO als Geschäftsfähige prozessfähig. Für die Polizeibehörde ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 79 I NJG, § 87 I Nr. 3 NPOG. Gemäß § 62 III VwGO wird sie durch den Polizeipräsidenten oder die Polizeipräsidentin vertreten.

#### VIII. Ergebnis Zulässigkeit

Alle Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Die Klage der A ist zulässig.

#### B. Begründetheit

Die Klage der A müsste außerdem begründet sein. Dies ist der Fall, soweit der Kostenbescheid rechtswidrig und die A dadurch in ihren Rechten verletzt worden ist, vgl. § 113 I 1 VwGO. Der Kostenbescheid ist rechtswidrig, wenn es an einer tauglichen Rechtsgrundlage fehlt oder der Bescheid formell oder materiell rechtswidrig ist.

<sup>5</sup> NK-VwGO/Sodan (Fn. 2), § 42 Rn. 383 mit Verweis darauf, dass die weite Interpretation des Art. 2 I GG den Begründungsaufwand für das Vorliegen der Klagebefugnis minimiert.

#### I. Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 III GG) bedarf exekutives Tätigwerden einer gesetzlichen

Grundlage.<sup>6</sup> Als Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid kommt vorliegend § 66 I NPOG in Betracht. Nach S. 1 kann die Verwaltungsbehörde, sofern die Verpflichtung, eine vertretbare Handlung vorzunehmen, nicht erfüllt wird, auf Kosten der Person, die die Handlung vorzunehmen hätte, die Handlung selbst ausführen oder eine andere Person mit der Ausführung beauftragen (Ersatzvornahme). Gemäß S. 2 besteht die Möglichkeit, für die zusätzlich zur Ausführung der Handlung erforderlichen Amtshandlungen Gebühren und Auslagen nach dem NVwKostG zu erheben. Fraglich ist, wonach die Heranziehung zu den Evakuierungskosten erfolgen konnte.

Die Ersatzmaßnahme i.S.v. § 66 I 1 NPOG stellt vorliegend die Beseitigung der Bombe dar. Die in diesem Zusammenhang entstandenen Kosten trägt jedoch aus Billigkeitsgründen das Land Niedersachsen.<sup>7</sup> Da die streitigen Evakuierungskosten mithin nicht als unmittelbar für die Beseitigung der Bombe angefallene Kosten der Ersatzvornahme zu qualifizieren sind, scheidet § 66 I 1 NPOG als Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid aus. Sofern die Evakuierung eine zusätzlich zur Ausführung der Bombenbeseitigung erforderliche Amtshandlung darstellt, kommt § 66 I 2 NPOG als taugliche Rechtsgrundlage in Betracht. Der Wortlaut des § 66 I NPOG legt dabei einen finalen Zusammenhang zwischen Ausführung der Ersatzvornahme und der weiteren Amtshandlung nahe und begrenzt diese inhaltlich auf solche Handlungen, die notwendig für die Ersatzvornahme sind.<sup>8</sup> Dies müsste verneint werden, wenn die Evakuierung als zusätzliche Amtshandlung gegenüber Dritten anzusehen wäre und kein Zusammenhang zur Ersatzvornahme bestünde.<sup>9</sup> Im Falle einer Explosion, die aufgrund der Einwirkung auf die Bombe während einer Entschärfung besonders wahrscheinlich ist, war ein Splitterflug in einem Umkreis von 1000 Metern zu erwarten. Ohne die Evakuierung hätte diese vom Grundstück der A ausgehende Gefahr nicht beseitigt werden können. Die erfolgte Evakuierung war mithin zwingend erforderlich, um die vom Grundstück der A ausgehende Gefahr beseitigen zu können. Es bestand daher ein enger Zusammenhang zwischen der im Wege der Ersatzvornahme erfolgten Bombenentschärfung und der Evakuierung. Aufgrund dieses Konnexes stellen die § 66 I 2 NPOG i.V.m. § 13 I NVwKostG eine taugliche Rechtsgrundlage für den Kostenbescheid zur Heranziehung der Evakuierungskosten an die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung dar.

<sup>6</sup> S. vertieft zur Begrifflichkeit, insbesondere in Abgrenzung zum »Gesetzesvorbehalt«, Sachs/Sachs, GG Art. 20 Rn. 113-117.

<sup>7</sup> S. Bearbeitervermerk.

<sup>8</sup> BeckOK PolR Nds/Waechter, 1.5.2023, § 66 Rn. 63.

<sup>9</sup> So die Vorinstanz in der dem Fall zugrunde liegenden Entscheidung, VG Braunschweig, Urt. v. 5.9.2018 – 5 A 49/17, BeckRS 2018, 49495, Rn. 25.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Der Kostenbescheid müsste außerdem formell rechtmäßig sein.

### 1. Zuständigkeit

Ausweislich des Sachverhalts hat die zuständige Behörde den Kostenbescheid erlassen.

### 2. Verfahren

Erforderliche Verfahrenshandlung vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes ist die Anhörung der Beteiligten nach § 28 I VwVfG. Eine solche Anhörung ist vorliegend nicht erfolgt. Gründe für eine etwaige Entbehrlichkeit der Anhörung nach § 28 II VwVfG sind nicht ersichtlich. Insbesondere bestand trotz der Dringlichkeit der Bombenentschärfung keine Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 II Nr. 1 Alt. 1 VwVfG. Zeitlicher Anknüpfungspunkt für Gefahr im Verzug ist der Erlass des Verwaltungsaktes, sodass in jenem Moment durch eine etwaige Anhörung ein Zeitverlust eintreten müsste, mit dem die durch den VA zu treffende Regelung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät zur beabsichtigten Zweckerreichung käme.<sup>10</sup> Bei dem Erlass eines Kostenbescheids besteht eine solche Gefahr grundsätzlich nicht, selbst wenn das zugrundeliegende Verwaltungshandeln als eilbedürftig zu qualifizieren ist.

Der Verfahrensfehler könnte jedoch durch Nachholung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG noch geheilt werden. In Betracht kommt gemäß § 45 II VwVfG eine Nachholung der Anhörung noch im gerichtlichen Verfahren. Eine derartige Heilung im Gerichtsverfahren ist dann möglich, wenn ihre Funktion für den Entscheidungsprozess noch erreicht werden kann und die Behörde den Vortrag nicht nur zur Kenntnis, sondern erkennbar zum Anlass nimmt, die Entscheidung kritisch zu überdenken.<sup>11</sup> Sofern A ihre Einwendungen in dem Gerichtsverfahren vorträgt und die Polizeibehörde diesen Vortrag zum Anlass nimmt, die Kostenerhebung unter den vortragenen Aspekten neu zu bewerten, ist von einer Heilung des Verfahrensfehlers auszugehen.

### 3. Form

Mangels entgegenstehender Angaben ist ein Verstoß gegen § 37 VwVfG nicht ersichtlich.

### 4. Zwischenergebnis

Sofern die Anhörung unter den beschriebenen Anforderungen im Gerichtsverfahren nachgeholt wird, ist der Kostenbescheid formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheids

Der Kostenbescheid müsste ferner materiell rechtmäßig sein. Da die Heranziehung zu den Evakuierungskosten an die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung anknüpft, ist Voraussetzung für eine Kostengeltendmachung nach § 66 I 1 u. 2 NPOG, dass die Ersatzvornahme als Kostengrund ihrerseits rechtmäßig war.<sup>12</sup> Darüber hinaus müsste die Kostenhöhe ordnungsgemäß und A Kostenpflichtige sein.

### 1. Kostengrund: Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme ist dann zu bejahen, wenn die Ersatzvornahme auf einer tauglichen Rechtsgrundlage beruht und formell sowie materiell rechtmäßig ist.

#### a) Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme

Rechtsgrundlage für die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführte Bombenbeseitigung ist § 66 I NPOG.

#### b) Formelle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Gemäß § 64 III NPOG ist die Verwaltungs- oder Polizeibehörde zuständig, die für den Erlass des Verwaltungsaktes zuständig ist. Der infrage stehende Verwaltungsakt, mit dem das zur Bombenentschärfung notwendige Verhalten verlangt werden kann, müsste zunächst in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungs- und Polizeibehörden fallen. Mangels eines niedersächsischen Gesetzes oder einer Kampfmittelverordnung richtet sich die Kampfmittelbeseitigung nach dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht (NPOG). Zuständig für die Gefahrenabwehr sind nach §§ 97 I, 1 I NPOG grundsätzlich die Gemeinden. Eine Zuständigkeit der Polizei ist in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit gegeben, vgl. § 1 II 1 NPOG. Vorliegend bestand wegen der akuten Explosionsgefahr eine besondere Dringlichkeit, die insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Gefahrenabwehr eine Zuständigkeit der anwesenden Polizei begründet.

#### c) Materielle Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme ist materiell rechtmäßig, wenn die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen und die Ersatzvornahme als solche auch ordnungsgemäß vollzogen wurde.

#### aa) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzung ist nach § 64 I NPOG grundsätzlich das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, der als Vollstreckungsgrundlage dient. A hat jedoch keinen solchen Verwaltungsakt, mit dem ihr die Bombenbeseitigung aufgegeben worden wäre, erhalten. In Betracht kommt jedoch eine rechtmäßige Vollstreckung in Form der Ersatzvornahme im Wege des Sofortvollzugs nach § 64 II Nr. 1 NPOG. Dafür müsste der Sofortvollzug zur Abwehr

<sup>10</sup> BeckOK VwVfG/Herrmann, 1.4.2023, § 28 Rn. 24.

<sup>11</sup> BVerwG NVwZ-RR 2016, 449 (449).

<sup>12</sup> OVG Lüneburg NJW 2020, 1313 (1314, Rn. 20).

einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich gewesen sein und die Polizei innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt haben.<sup>13</sup>

(1) Erforderlich zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr

Gemäß der Legaldefinition in § 2 Nr. 2 NPOG ist eine gegenwärtige Gefahr eine Gefahr, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Die gegenwärtige Gefahr basiert folglich auf der »Gefahr« i.S.d. § 2 Nr. 1 NPOG. Sie stellt im Vergleich zu dieser erhöhte Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, setzt aber ebenfalls voraus, dass ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betroffen ist. Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen.<sup>14</sup> Als betroffene Schutzgüter kommen vorliegend insbesondere das Leben und die Gesundheit aller sich im Umkreis der Bombe befindlichen Personen in Betracht. Ein taugliches Schutzgut liegt damit vor. Die Gefahrenprognose ist aus ex-ante Sicht eines durchschnittlich besonnen und gewissenhaften Amtsträgers zu beurteilen.<sup>15</sup> Sprengmeister S attestierte der Bombe vorliegend eine akute Explosionsgefahr. Wegen des Baggerstoßes konnte die Bombe nach seiner Einschätzung jederzeit auch ohne weitere Einwirkungen explodieren. Angesichts der durch S dargelegten Explosionsgefahr bestand sowohl eine zeitliche Nähe als auch eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer Lebens- und Gesundheitsgefahr für Menschen innerhalb des Explosionsradius, sodass eine gegenwärtige Gefahr gegeben war.

Ein Sofortvollzug ist gemäß § 64 II Nr. 1 NPOG insbesondere erforderlich, wenn Maßnahmen gegen Personen nach den §§ 6-8 NPOG nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind. In Betracht kommt wegen der Missachtung der Baugenehmigung durch den Bodenaushub im nichtsondierten Teilbereich und in der Folge dem Baggerstoß gegen die Bombe eine Inanspruchnahme der A als Verhaltensstörerin i.S.v. § 6 I NPOG. Als Grundstückserbin und damit Eigentümerin des Grundstücks ist A ferner als Zustandsstörerin i.S.d. § 7 II NPOG zu qualifizieren.<sup>16</sup> Jedoch wäre eine Inanspruchnahme der A zur rechtzeitigen Bombenentschärfung nicht möglich gewesen. A verfügt nicht über die erforderlichen Kenntnisse zur Bombenentschärfung, sodass sie der von ihrem Grundstück ausgehenden Gefahr nicht rechtzeitig hätte begegnen können.

<sup>13</sup> Hinweis: Viele der Evakuierungsmaßnahmen wie beispielsweise Platzverweise, Straßensperrungen oder Wohnungswegweisungen stellen Verwaltungsakte dar. Diese sind jedoch weder gegenüber A ergangen noch sind sie Teil der hier geprüften Ersatzvornahme in Form der Bombenentschärfung.

<sup>14</sup> Wehr, BPolG, 3. Auflage (2021), § 14 Rn. 15.

<sup>15</sup> Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2023, § 3 Rn. 114 f.

<sup>16</sup> Vgl. OVG Lüneburg 28.11.2019 – 11 LC 606/18, NJW 2020, 1313 (1314, Rn 23).

(2) Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund-Verwaltungsaktes

Der Sofortvollzug war ferner nur dann rechtmäßig, wenn die Polizei »innerhalb ihrer Befugnisse« gehandelt hat. Das ist dann zu bejahen, wenn eine gedachte Grundverfügung hypothetisch rechtmäßig gewesen wäre.<sup>17</sup>

(a) Rechtsgrundlage des hypothetischen Grund-VA

Für die Prüfung eines hypothetischen Grund-Verwaltungsaktes bedarf es zunächst einer Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Polizei die theoretische Grundverfügung hätte erlassen können. Ausweislich des Bearbeitervermerks sind für das Land Niedersachsen kein Gesetz respektive keine Kampfmittelverordnung, die als etwaige spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen infrage kämen, erlassen worden. Mangels einschlägiger Standardmaßnahmen kam die Generalklausel des § 11 NPOG als Rechtsgrundlage für den hypothetischen Grund-VA in Betracht.

(b) Materielle Rechtmäßigkeit des hypothetischen Grund-VA

Hinweis: Verlangt ist grundsätzlich nur die Prüfung der materiellen Voraussetzungen des hypothetischen Grund-VA. Fragen der formellen Rechtmäßigkeit, beispielsweise einer ordnungsgemäßen Anhörung oder bestimmter Formvorschriften, sind bereits aus praktischen Gründen nicht zu problematisieren. Fragen zur Zuständigkeit sind bereits geprüft worden (s.o.).

Voraussetzung für ein polizeiliches Tätigwerden nach § 11 NPOG ist neben der dargestellten Subsidiarität das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie den Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates.<sup>18</sup> Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit könnte in der Nichtbeachtung der in der Baugenehmigung der A enthaltenen Auflage gelegen haben. Dafür müsste in der Nichtbeachtung einerseits eine Verletzung der Rechtsordnung gelegen haben. Andererseits müsste die an die E adressierte Baugenehmigung der A gegenüber Wirkung entfaltet haben.

Die Rechtsordnung beinhaltet alle verbindlichen und unmittelbar anwendbaren Normen jeder Ebene, darunter auch Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts.<sup>19</sup> Die Baugenehmigung hat als Verwaltungsakt jedoch gerade keine Rechtsnormqualität. Gemäß § 80 I Nr. 12 Alt. 2 NBauO handelt jedoch ordnungswidrig, wer eine Baumaßnahme abweichend von der Baugenehmigung durchführt. Sofern die in der den E erteilten Baugenehmigung festgelegte Bestimmung, nicht in dem Teilbereich zu bauen, auch gegenüber A galt, wäre in ihrer Missachtung eine Ordnungswidrig-

<sup>17</sup> BeckOK PolR Nds/Waechter (Fn. 8), § 64 Rn. 54.

<sup>18</sup> Wehr, BPolG, 3. Auflage (2021), § 14 Rn. 15.

<sup>19</sup> Hartmann/Mann/Mehde/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 4. Auflage (2023), § 4 Rn. 22.

keit und mithin eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu sehen. Fraglich ist daher, wie A als Rechtsnachfolgerin einer ihren Eltern gegenüber konkretisierten Pflicht zu behandeln ist.

Einerseits könnte die Pflicht, in dem Teilbereich nicht zu bauen und, wenn möglich, eine erneute Sondierung zu veranlassen, als personenbezogen gegenüber den E betrachtet werden. Demnach wäre bei A keine Verantwortlichkeit eingetreten. Andererseits könnte die Baugenehmigung auch grundstücksbezogen sein (»VA ad rem«) und demnach genauso für A wie für die E gelten. Ein Streitentscheid kann ausbleiben, wenn eine Übergangsnorm die Rechtsnachfolge konkret regelt. Gemäß § 70 VI NBauO gilt die Baugenehmigung auch für und gegen die Rechtsnachfolger der Bauherrin oder des Bauherrn. A hatte daher die Auflagen der Baugenehmigung zu beachten. In der Missachtung dieser Auflage lag daher eine Ordnungswidrigkeit, wodurch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründet wurde.

Darüber hinaus waren durch den möglichen Explosionsradius von 1000 Metern eine Vielzahl subjektiver Rechte und Rechtsgüter der sich in diesem Radius befindlichen Personen gefährdet. Diese Gefahrenprognose hatte sich die Polizei zu eigen gemacht.

(c) *Zwischenergebnis*

Der hypothetische Grund-VA wäre rechtmäßig gewesen.

(3) *Zwischenergebnis*

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen lagen vor.

bb) *Ordnungsgemäße Zwangsvollstreckung*

(1) *Androhung, § 70 I NPOG<sup>20</sup>*

Grundsätzlich ist die Anwendung von Zwangsmitteln der betroffenen Person gegenüber anzudrohen, § 70 I NPOG. Gemäß S. 3 der Vorschrift kann von einer Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Die Entschärfung ist vorliegend zur Abwehr der von der Bombe ausgehenden akuten Explosionsgefahr, die eine gegenwärtige Gefahr darstellt (s.o.), notwendig gewesen. Die Polizei durfte mithin auf die vorherige Androhung des Zwangsmittels verzichten.

(2) *Zwischenergebnis*

Die Zwangsvollstreckung verlief ordnungsgemäß.

<sup>20</sup> Hinweis: Es ist gut vertretbar, die Androhung als Verfahrenskomponente zu qualifizieren und sie demnach i.R.d. formellen Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme zu prüfen. Vorliegend hätte das jedoch zu einer Inzidentprüfung des Vorliegens einer gegenwärtigen Gefahr geführt, sodass davon abgesehen wurde.

d) *Ordnungsgemäßes Ermessen*

§ 64 II NPOG räumt der zuständigen Behörde ein Ermessen ein. Gemäß § 114 1 VwGO ist die gerichtliche Überprüfung auf die Feststellung etwaiger Ermessensfehler beschränkt. Die Polizei hätte i.R.d. Bombenentschärfung mithin ermessensfehlerfrei handeln müssen.

In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung. Eine solche wäre anzunehmen, wenn die Bombenentschärfung auch ohne Evakuierung möglich, sprich die Evakuierung unverhältnismäßig gewesen wäre und sich so außerhalb des durch § 64 II NPOG gesetzten Ermessensspielraums bewegt hätte.

Legitimer Zweck der Evakuierung war die möglichst gefahrlose Entschärfung der Bombe. Zur Erreichung dieses Zwecks war die Evakuierung auch geeignet. Des Weiteren müsste die Evakuierung auch erforderlich gewesen sein, das heißt, es hätten keine gleich geeigneten aber mildereren Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung stehen dürfen. Denkbar wäre ein kleinerer Evakuierungsradius oder gegebenenfalls der gänzliche Verzicht auf eine Evakuierung. Die Wahrscheinlichkeit einer Explosion war während der Entschärfung am größten, insbesondere weil die Bombe bereits ohne weitere Einwirkungen hätte explodieren können. Darüber hinaus hatte S aufgrund seiner Expertise den Radius, innerhalb dessen aufgrund des Splitterflugs mit erheblichen Schäden zu rechnen war, auf 1000 Meter bestimmt. Ein kleinerer Radius oder ein gänzlicher Verzicht wären für den Zweck der gefahrlosen Entschärfung mithin nicht gleich geeignet gewesen. Die angeordnete Evakuierung war daher auch erforderlich, um die vom Grundstück der A ausgehende Gefahr beseitigen können.

Außerdem hätte die Evakuierung auch angemessen sein müssen. Das wäre dann der Fall, wenn der beabsichtigte Zweck der gefahrlosen Bombenentschärfung nicht außer Verhältnis zur Beeinträchtigung der A in ihrer grundrechtlich geschützten Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG stand.

Die Größe der Bombe und der damit einhergehende Explosionsradius hätten eine erhebliche Lebens- und Gesundheitsgefahr für die Vielzahl der Anwohnerinnen und Anwohner in dem dicht besiedelten Wohngebiet bedeutet. Die von der Bombe ausgehende Gefahr konnte nur durch ihre Entschärfung aufgelöst werden, für die wiederum aufgrund des sensiblen Zustands des Zünders eine Evakuierung zwingend vonnöten war. Zudem ist A aufgrund ihrer rechtswidrigen Baumaßnahmen und den damit einhergehenden Baggerstoß gegen die Bombe unmittelbar verantwortlich für die akute Explosionsgefahr. Das gewählte polizeiliche Mittel der Evakuierung stand daher nicht außer Verhältnis zum Eingriff in die Eigentumsfreiheit.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Hinweis: Zu prüfen war hier nur die Verhältnismäßigkeit der Entscheidung über die Vollstreckung.

## e) Zwischenergebnis

Die Ersatzvornahme war rechtmäßig.

## 2. Ordnungsgemäße Kostenhöhe

Des Weiteren müssten die als Auslagen geltend gemachten Evakuierungskosten in Höhe von 25.000 EUR ordnungsgemäß gewesen sein. Die von A zu zahlenden Kosten müssten tatsächlich angefallenen sein.<sup>22</sup> Mangels entgegenstehender Angaben ist von einer ordnungsgemäßen Kostenhöhe auszugehen.

## 3. Heranziehung des Pflichtigen

A müsste außerdem als Pflichtige in die Verantwortung genommen werden können. Grundsätzlich ergibt sich die Kostentragungspflicht für A als Störerin aus § 66 I 1 NPOG. Da die Evakuierung wie erläutert jedoch eine zusätzlich zur Ausführung der Ersatzvornahme erforderliche Handlung darstellt, konkretisiert das NVwKostG die Anforderungen zur Geltendmachung entsprechender Gebühren und Auslagen, vgl. § 66 I 2 NPOG.

## a) Kostenschuldnerin

A müsste demnach Kostenschuldnerin i.S.d. NVwKostG sein. Gemäß § 5 I NVwKostG ist derjenige Kostenschuldner, der zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat. Fraglich ist mithin, ob A als Verantwortliche zur Evakuierung Anlass gegeben hat oder ob weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Der Wortlaut »Anlass geben« legt zunächst das Setzen eines Tatbestandes im Sinne einer Verursachung voraus, wodurch die Behörde zur Vornahme einer Amtshandlung veranlasst wird. Problematisch ist insofern, welche Anforderungen an das Setzen eines solchen Tatbestandes zu stellen sind. Denkbar wäre das Erfordernis einer willentlich individuellen Zurechenbarkeit.<sup>23</sup> Demnach hätte A das Erfordernis der Evakuierung selbst schaffen müssen. Demgegenüber kommt ein weiter Zurechnungszusammenhang in Frage. Anlass würde danach bereits derjenige geben, der eine bloße Ursache für die Amtstätigkeit setzt.<sup>24</sup> A hat aufgrund ihrer Eigenschaft als Zustandsstörerin objektiv den Tatbestand für die polizeilichen Evakuierungsmaßnahmen gesetzt und demnach auch für die Kostenerhebung Anlass gegeben. Sie wäre mithin als Kostenschuldnerin zu qualifizieren.

Der zweite Ansatz scheint vorzugswürdig. Der Wortlaut enthält gerade kein Erfordernis einer willentlichen Herbeiführung der Amtshandlung. Des Weiteren ist auch unter dem der Kostentragung zugrunde liegenden Gesichtspunkt der gerechten Lastenverteilung eine Inanspruchnahme der A gerechtfertigt: A hat sich willentlich über die Baugenehmigung

hinweggesetzt und in dem nichtsondierten Teilbereich mit dem Bau begonnen. Damit hat sie eine ihr individuell zu-rechenbare Gefahr geschaffen und so zur Evakuierung Anlass gegeben. A ist mithin nach beiden Ansichten Kostenschuldnerin nach § 5 I NVwKostG.

## b) Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit

Grundsätzlich ist A als Eigentümerin Zustandsstörerin nach § 7 II NPOG und für die Beseitigung von der auf ihrem Grundstück gefundenen Bombe und damit für die Beseitigung der Gefahr verantwortlich. Damit wird der Schutzbereich ihres Grundrechts aus Art. 14 I 1 GG berührt. Dieser Eingriff müsste verhältnismäßig sein. A führt an, dass die Kosten unverhältnismäßig seien und sie deshalb Abstriche bei ihrem Poolbau machen müsse. Zur Bestimmung der Grenze dessen, was einem Eigentümer unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch zumutbar ist, sind im Rahmen der sogenannten Altlasten-Rechtsprechung Maßstäbe aufgestellt worden.<sup>25</sup> Gegenüberzustellen sind demnach der finanzielle Aufwand für die Maßnahme einerseits und der Verkehrswert des Grundstücks nach der entsprechenden Maßnahme andererseits.<sup>26</sup> Übertragen auf den vorliegenden Fall könnte auch die Belastung der A mit der Kampfmittelbeseitigung unverhältnismäßig sein, wenn der Verkehrswert unter den geltend gemachten Kosten liegt. Ihr Stadtgrundstück hat jedoch bereits einen beachtlichen Wert. Ohne den genauen Verkehrswert zu kennen, ist davon auszugehen, dass dieser die Evakuierungskosten in Höhe von 25.000 EUR (weit) übersteigt. Die Kosten sind daher nicht unverhältnismäßig.

## IV. Zwischenergebnis

Der Kostenbescheid ist auch materiell rechtmäßig.

## C. Ergebnis

Der Kostenbescheid ist formell und materiell rechtmäßig. Die zulässige Klage der A ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

<sup>22</sup> Vgl. Hartmann/Mann/Mehde/Mehde, (Fn. 19), § 4 Rn. 201.

<sup>23</sup> So VG Braunschweig, Urt. v. 5.9.2018 – 5 A 49/17, BeckRS 2018, 49495, Rn. 30 ff.

<sup>24</sup> So OVG Lüneburg, NJW 2020, 1313 (1314, Rn. 34) m.w.N.

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2000, 2573.

<sup>26</sup> Vgl. ebd., (2575).