

**Titel:**

**Zulässigkeit einer dienstlichen Erklärung im gerichtlichen Verfahren**

**Normenketten:**

VwZVG Art. 29 ff.

VwGO § 43, § 86 Abs. 1, § 87 Abs. 1, § 108 Abs. 1

BayVwZVG Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1, Art. 29 Abs. 1, Abs. 2, Art. 36

**Leitsätze:**

**1. Die dienstliche Erklärung ist - wie die amtliche Auskunft auch (vgl. insoweit § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VwGO) - zulässiges und geeignetes Beweismittel für klärungsbedürftige Tatsachen und kann etwa anstelle eines Zeugenbeweises treten. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)**

**2. Eine dienstliche Erklärung kann aber nicht immer statt eines Zeugenbeweises herangezogen werden; insbesondere darf ein Behördenmitarbeiter, der am vorangegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat, über darauf beziehende Vorgänge keine amtliche Auskunft abgeben, sondern ist vom Gericht als Zeuge zu hören. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Fälligkeit eines Zwangsgelds, Zulässigkeit einer dienstlichen Erklärung im gerichtlichen Verfahren;, Androhung eines erneuten Zwangsgelds, Feststellungsklage, Zwangsgeld, Fälligkeit, Beweiswürdigung, dienstliche Erklärung, gerichtliches Verfahren, erneute Zwangsgeldandrohung, unzulässige Erdbewegungen, Rekultivierung

**Fundstelle:**

BeckRS 2021, 43249

**Tenor**

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger wendet sich gegen die Mitteilung der Fälligkeit eines Zwangsgeldes sowie eine erneute Zwangsgeldandrohung durch das Landratsamt ...

**2**

Der Kläger und sein Sohn haben in einem aus mehreren Grundstücken bestehenden Gebiet in der Gemeinde ... Kies abgebaut. Soweit der Kiesabbau beendet ist, besteht hinsichtlich der betroffenen Grundstücke eine bislang nicht vollständig erfüllte Verpflichtung zur Rekultivierung. Im Rahmen einer Vorortkontrolle am 3. März 2020, zu der ein Hinweis des Sohnes des Klägers Anlass gegeben hat, hatte der Beklagte festgestellt, dass dort über einen längeren Zeitraum mittels schwerem Gerät Abbau- und Verfüllarbeiten vorgenommen worden waren. Das Landratsamt untersagte daher mit Bescheid vom 9. März 2020 dem Kläger die Vornahme von solchen Arbeiten auf den betroffenen Grundstücken (Nr. 1) und drohte bei Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € an (Nr. 3). Die sofortige Vollziehung von Nummer 1 des Bescheides wurde angeordnet (Nr. 2). Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Maßnahmen des Klägers auf den Grundstücken des ehemaligen Kiesabbaugebiets einen wasserrechtlichen Benutzungstatbestand nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG darstellten und erlaubnis- bzw. bewilligungspflichtig seien. Eine Erlaubnis oder eine Bewilligung lägen aber nicht vor. Die vom Kläger vorgenommenen Arbeiten stellten auch keine zulässigen Rekultivierungsmaßnahmen dar. Zur Vermeidung von Beeinträchtigungen

des Wasserhaushalts sei daher auf Grundlage von § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG i.V.m. Art. 58 BayWG nach pflichtgemäßem Ermessen die weitere Vornahme von Abbau- und Verfüllarbeiten zu untersagen gewesen.

### **3**

Gegen den Bescheid vom 9. März 2020 erhob der Kläger am 31. März 2020 Klage, die mit Urteil des VG München vom 11. Mai 2021 abgewiesen wurde (M 2 K 20.1398). Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.

### **4**

Am 10. September 2021 führte das Landratsamt in dem Gebiet erneut einen Ortstermin durch. Dabei traf es eine Person an, die mit einem Radlader umfangreiche Erdarbeiten durchführte. Es wurden teilweise Sträucher und kleinere Bäume beseitigt und das abgeschobene Erdreich in größeren Haufen gelagert. Nach Ansicht der Mitarbeiter vor Ort handelte es sich bei dieser Person um den Kläger.

### **5**

Mit Bescheid vom 10. September 2021, zugestellt am 16. September 2021, teilte das Landratsamt mit, dass das im Bescheid vom 9. März 2020 angedrohte Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € fällig geworden ist. Es erließ darüber hinaus eine erneute Zwangsgeldandrohung i.H.v. 20.000 €, falls der Verpflichtung aus dem Bescheid vom 9. März 2020 nicht nachgekommen werde. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass das Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € fällig geworden sei, weil - wie bei der erneuten Vorortkontrolle festgestellt worden sei - im näher beschriebenen Bereich umfangreiche Abgrabungen durchgeführt worden seien, obwohl dies durch sofort vollziehbaren Bescheid vom 9. März 2020 untersagt gewesen sei. Die erneute Zwangsgeldandrohung sei gemäß Art. 36 Abs. 6 Satz 2 VwZVG zulässig und aufgrund der drohenden Gefahr einer Umweltgefährdung erforderlich. Die bisherige Erfahrung lasse annehmen, dass der Kläger nicht ohne weiteres gewillt sei, die Anordnung aus Nummer 1 des Bescheids vom 9. März 2020 zu befolgen.

### **6**

Der Bevollmächtigte des Klägers erhob mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2021 Klage und beantragte,

### **7**

den Bescheid vom 10. September 2021 aufzuheben.

### **8**

Zur Begründung wurde vorgetragen, dass der Kläger am 10. September 2021 keine Erdbewegung auf dem betroffenen Grundstück vorgenommen habe; möglicherweise habe sein Sohn solche Arbeiten durchgeführt.

### **9**

Der Beklagte beantragte mit Schreiben vom 1. Dezember 2021,

### **10**

die Klage abzuweisen.

### **11**

Das Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € sei fällig geworden und die Androhung eines weiteren und erhöhten Zwangsgeldes i.H.v. 20.000 € nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 VwZVG zulässig und rechtmäßig.

### **12**

Mit Beschluss vom 11. November 2021 wurde der Rechtsstreit zur Entscheidung auf den Einzelrichter übertragen.

### **13**

Zur mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2021 erschien der Bevollmächtigte des Klägers, nicht aber der Kläger persönlich. In der Verhandlung wurde insbesondere erörtert, ob es sich bei der Person, die am 10. September 2021 bei der Vornahme der Arbeiten angetroffen worden war und die auf den durch den Beklagten gefertigten Lichtbildern abgebildet ist, um den Kläger handelt. Auf Nachfrage des Gerichts identifizierte der Bevollmächtigte des Klägers diesen auf den Lichtbildern. Außerdem legte der Beklagte eine dienstliche Erklärung eines Mitarbeiters vor, in der dieser mitteilt, dass es sich bei der abgebildeten Person um den Kläger handle, der ihm von einem früheren Termin persönlich bekannt sei.

### **14**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung, die vorgelegte Behördenakte und die Gerichtsakte Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **15**

I. Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Der Bescheid vom 10. September 2021 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO).

### **16**

1. Das durch Bescheid vom 9. März 2020 angedrohte Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € ist fällig geworden.

### **17**

a) Die gegen die Fälligkeitsmitteilung erhobene Klage ist als Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere steht das Erfordernis der Subsidiarität nach § 43 Abs. 2 VwGO der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Die Fälligkeitsmitteilung stellt mangels (neuer) Regelungswirkung keinen eigenständigen Verwaltungsakt im Sinne von Art. 35 Satz 1 BayVwVfG dar, so dass eine grundsätzlich vorrangig zu erhebende Anfechtungsklage nicht statthaft ist (vgl. BayVGh, U.v. 24.11.2011 - 2 ZB 10.2365 - juris Rn. 3; s.a. BayVGh, U.v. 17.12.2019 - 10 B 19.1297 - juris Rn. 22; Engelbrecht in Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 67). Das erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, weil der Kläger eine Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung aus der Grundverfügung bestreitet und das Fehlen eines Pflichtverstoßes der Fälligkeit eines Zwangsgeldes entgegensteht (vgl. BayVGh, U.v. 17.12.2019 - 10 B 19.1297 - juris Rn. 22; VG München, U.v. 24.2.2016 - M 9 K 15.3083 - juris Rn. 16).

### **18**

b) Die Feststellungsklage ist unbegründet. Das mit Nummer 3 des Bescheids vom 9. März 2020 angedrohte Zwangsgeld i.H.v. 10.000 € ist gemäß Art. 31 Abs. 3 Satz 3 VwZVG fällig geworden. Das Gericht ist davon überzeugt, dass der Kläger gegen seine durch diesen Bescheid auferlegte (Unterlassungs-)Verpflichtung verstoßen hat.

### **19**

aa) Nach Art. 31 Abs. 3 Satz 3 VwZVG wird ein Zwangsgeld fällig, wenn die der Zwangsgeldandrohung zugrundeliegende Pflicht nicht bis zum Ablauf der gesetzten Frist erfüllt wird. Da vorliegend eine Unterlassung von Abbau- und Verfüllarbeiten auf den bezeichneten Grundstücken angeordnet war, kommt es allein auf eine Zuwiderhandlung des Klägers gegen die Unterlassungsverpflichtung an.

### **20**

bb) Eine solche Zuwiderhandlung liegt nach Überzeugung des Gerichts vor.

### **21**

(1) Die Grundlage der freien richterlichen Überzeugungsbildung bildet das im Einklang mit § 86 Abs. 1 VwGO und § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO zustande gekommene Gesamtergebnis des Verfahrens. Das Gericht ist verpflichtet, sich eine Überzeugung zu bilden, ob bestimmte, nach dem Gesamtergebnis erhebliche Tatsachen oder Geschehensabläufe der Wahrheit entsprechen oder nicht. Es hat die Aufgabe, sich im Wege der freien Sachverhalts- und Beweiswürdigung unter Abwägung verschiedener Möglichkeiten seine Überzeugung über den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu bilden. Das Gericht muss sich die für seine Entscheidung gebotene Überzeugungsgewissheit verschaffen, die in dem Sinne bestehen muss, dass das Gericht die volle Überzeugung von der Wahrheit - und nicht etwa nur von der Wahrscheinlichkeit - der anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hat, sofern nicht ein (gesetzliches) abgesenktes Beweismaß Anwendung findet (vgl. BVerwG, B.v. 10.12.2003 - 8 B 154/03 - NVwZ 2004, 627/628).

### **22**

(2) Das Gericht ist vorliegend davon überzeugt, dass unzulässige Erdbewegungen vorgenommen worden sind und der Kläger diese zu verantworten hat.

### **23**

Auf den in der Behördenakte befindlichen Lichtbildern des Ortstermins vom 10. September 2021 ist eine durch gravierende Erdbewegungen - in Form von Abbau- und Verfüllarbeiten - veränderte Erdoberfläche abgebildet. Zu sehen ist ebenfalls ein Radlader, der ersichtlich für die Vornahme dieser Arbeiten eingesetzt

wurde. Ferner ist auf einem der Fotos ein älterer Mann abgebildet, der ein weißes Unterhemd, eine blaue Hose sowie eine blaue Schirmmütze trägt und offenbar in das Fahrzeug der Behördenmitarbeiter hineinschaut; auf einem weiteren Foto führt dieser Mann den Radlader. Aus diesem Bildmaterial, insbesondere aus der (Arbeits-)Kleidung des Abgebildeten, ergibt sich ferner, dass die abgebildete Person für die konkreten Arbeiten verantwortlich ist und sie selbst vorgenommen hat.

#### **24**

Das Gericht ist überzeugt, dass die abgebildete Person auch der Kläger ist. Das Gericht konnte sich zwar wegen der Abwesenheit des Klägers in der mündlichen Verhandlung nicht durch eigene Betrachtung die Überzeugung bilden, dass der Kläger und die abgebildete Person identisch sind.

#### **25**

Das Gericht konnte jedoch die entsprechende Überzeugung durch andere Umstände gewinnen. Zum einen hat der Bevollmächtigte des Klägers auf Nachfrage des Gerichts bestätigt, dass die abgebildete Person der Kläger ist. Zum anderen ergibt sich dies auch aus der vorgelegten dienstlichen Erklärung des Sachbearbeiters. Die dienstliche Erklärung ist - wie die amtliche Auskunft auch (vgl. insoweit § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwGO) - zulässiges und geeignetes Beweismittel für klärungsbedürftige Tatsachen und kann etwa anstelle eines Zeugenbeweises treten (vgl. Rudisile in: Schoch/Schneider, VwGO, 21. EL Juli 2011, § 98 Rn. 294 f.; W.-R. Schenke in: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 98 Rn. 3). Zwar kann eine dienstliche Erklärung nicht immer statt eines Zeugenbeweises herangezogen werden; insbesondere darf ein Behördenmitarbeiter, der am vorangegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat, über darauf beziehende Vorgänge keine amtliche Auskunft abgeben, sondern ist vom Gericht als Zeuge zu hören (vgl. Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 98 Rn. 65; Rudisile in: Schoch/Schneider, VwGO, 21. EL Juli 2011, § 98 Rn. 298).

#### **26**

Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die vorliegende Erklärung ersetzt nicht die Zeugeneinvernahme des Behördenmitarbeiters hinsichtlich seiner Beobachtungen bei dem Vororttermin als Teil des dem Gerichtsverfahren vorgelagerten Verwaltungsverfahrens, sondern bezieht sich lediglich auf die Identifizierung der Person, die auf Lichtbildern abgebildet ist, die bei diesem Termin gefertigt wurden. Es geht damit nicht um Wahrnehmungen tatsächlicher Art aus dem Verwaltungsverfahren, sondern (nur) um die zulässige Einführung von Tatsachenkenntnissen in das gerichtliche Verfahren, über die eine Amtsperson unabhängig von dem konkreten Verwaltungsverfahren verfügt. Der Mitarbeiter kennt den Kläger aus anderen dienstlichen Zusammenhängen persönlich und kann ihn auf dem Foto identifizieren, unabhängig davon, ob der Mitarbeiter auch im Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat oder nicht.

#### **27**

Schließlich gerät die Überzeugungskraft der Aussagen und Äußerungen auch nicht dadurch in Abrede, dass der Kläger vorgetragen hat, dass möglicherweise sein Sohn die Arbeiten vorgenommen habe. Dies ist schon mit Blick auf das Alter der abgebildeten Person auszuschließen. Außerdem ist es angesichts der seit vielen Jahren bestehenden Kontakte und Auseinandersetzungen zwischen dem Beklagten und dem Kläger, nicht zuletzt auch wegen der noch nicht abgeschlossenen Rekultivierung des früheren Abbaugebiets, ohne weiteres plausibel, dass die Beteiligten sich kennen und auch, dass es der Kläger ist, der - trotz wohl bestehender Differenzen mit seinem Sohn über den Betrieb - auf den (früheren) Betriebsgrundstücken noch Arbeiten, auch ungeachtet der zivilrechtlichen Eigentumslage, vornimmt.

#### **28**

2. Die zulässige Anfechtungsklage gegen die erneute (und erhöhte) Zwangsgeldandrohung in Nummer 1 des Bescheids vom 10. September 2021 ist ebenfalls unbegründet. Die Zwangsgeldandrohung ist rechtmäßig; sie verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

#### **29**

a) Die Grundverfügung im Bescheid vom 9. März 2020 ist wirksam und vollziehbar gemäß Art. 19 Abs. 1 Nr. 3 VwZVG, da in Nummer 2 dieses Bescheids die sofortige Vollziehung der Unterlassungsverpflichtung angeordnet und ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht gestellt wurde.

#### **30**

Der Bescheid hat ferner einen vollstreckungsfähigen Inhalt in Gestalt einer Unterlassungspflicht des Klägers, die im Wege des Verwaltungszwangs vollstreckungsfähig ist (vgl. Art. 18 Abs. 1, Art. 29 Abs. 1

VwZVG). Diese (Unterlassungs-)Verpflichtung ist auch inhaltlich hinreichend bestimmt i.S.d. Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG; ein inhaltlich nicht hinreichend bestimmter Verwaltungsakt wäre auch bei Unanfechtbarkeit nicht vollstreckungsfähig (vgl. VG München U.v. 14.7.2020 - M 1 K 20.164 - juris Rn. 28; VG Ansbach, B.v. 8.5.2020 - AN 4 E 20.313 - BeckRS 2020, 10426 Rn. 26).

### **31**

Eine erneute Androhung ist zulässig, weil die erste Zwangsgeldandrohung in Nummer 3 des Bescheids vom 9. März 2020 erfolglos im Sinne des Art. 36 Abs. 6 Satz 2 VwZVG blieb; das Zwangsgeld wurde fällig, weil der Kläger, wie oben festgestellt, der ihm auferlegten Unterlassungsverpflichtung zuwidergehandelt hat.

### **32**

b) Gegen die Androhung gerade von Zwangsgeld als einem der Zwangsmittel nach Art. 29 Abs. 2 VwZVG bestehen keine Bedenken. Ein Zwangsgeld ist geeignet, eine Unterlassungspflicht durchzusetzen; eine Uneinbringlichkeit des Zwangsgelds i.S.v. Art. 33 VwZVG ist nicht ersichtlich. Das Zwangsgeld ist vorliegend auch in bestimmter Höhe angedroht (Art. 36 Abs. 3 S. 1 VwZVG). Auch im Übrigen ist die Androhung von Zwangsgeld nicht unverhältnismäßig, insbesondere ist es angemessen, den Kläger zu einer Erfüllung seiner Unterlassungsverpflichtung (weiter) anzuhalten. Gegen die Erhöhung und die gewählte Höhe des angedrohten Zwangsgeldbetrags bestehen insbesondere wegen Art. 31 Abs. 2 Satz 2 VwZVG keine Bedenken (vgl. allgemein hierzu Engelbrecht in Huber/Wollenschläger, Landesrecht Bayern, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 62). Insoweit hat der Beklagte sein Ermessen zwar knapp, aber (noch) fehlerfrei ausgeübt.

### **33**

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

### **34**

III. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1, 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 Satz 1 ZPO.