VG München, Beschluss v. 09.08.2022 – M 31 E 22.3815

Titel:

Veranschlagung des Kostenbetrags vor wasserrechtlicher Ersatzvornahme

Normenketten:

WHG § 40 Abs. 4
BayWG Art. 24 Abs. 2 S. 1
VwZVG Art. 36 (analog)

Leitsätze:

1. Vor der wasserrechtlichen Ersatzvornahme ist der Betroffene aus rechtsstaatlichen Gründen zu informieren, welche Maßnahmen durchgeführt werden sollen, um ihm zunächst die Durchführung mit eigenen Mitteln zu ermöglichen. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit einer wasserrechtlichen Ersatzvornahme ergeben such aus einer analogen Anwendung der Vorschriften des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
3. Insbesondere ist die Behörde nach Art. 36 Abs. 4 S. 1 VwZVG verpflichtet, den Kostenbetrag für die Ersatzvornahme vorläufig zu veranschlagen; ansonsten ist die Ersatzvornahme formell rechtswidrig. (Rn. 35 – 40) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit einer wasserrechtlichen Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m.Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG, Analoge Anwendung des Art. 36 Abs. 4 VwZVG im Rahmen einer wasserrechtlichen Ersatzvornahme, Pflicht zur vorläufigen Veranschlagung des Kostenbetrags vor Durchführung einer wasserrechtlichen Ersatzvornahme (Art. 36 Abs. 4 VwZVG analog), Bestandskräftige Übertragung der Unterhaltungspflicht durch Verwaltungsakt

Fundstelle:

BeckRS 2022, 20659

Tenor

I. Es wird vorläufig festgestellt, dass gegenüber der Antragstellerin derzeit die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG auf dem rechtsseitigen Damm des Höpflinger Wehrs auf dem Grundstück Fl.-Nr. 624, Gem. Obersiegsdorf, nicht vorliegen.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Die Antragstellerin und der Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens jeweils zur Hälfte.

III. Der Streitwert wird auf 25.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt sowohl die Anordnung der Einstellung der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme an einem Damm als auch die Einstellung der hierauf basierenden, bereits begonnenen tatsächlichen Arbeiten.

2
Die Antragstellerin betreibt ein Wasserkraftwerk. Das hierfür benötigte Wasser wird an einer Wehranlage linksseitig aus der Weißen Traun ausgeleitet und über einen Triebwerkskanal dem Wasserkraftwerk zugeführt. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 28. Januar 2019 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 21. März 2019 wurde der Antragstellerin u.a. die Bewilligung zum Weiterbetrieb des Wasserkraftwerks erteilt. Er überträgt im Rahmen einer Nebenbestimmung der Antragstellerin die Gewässerunterhaltung für „die Weiße Traun von der Wehranlage nach oberstrom auf eine Länge von 450 m, auf beiden Ufern jeweils

gemessen von der Wehrkrone, einschließlich der Hochwasserdeiche“ (Buchst. E Nr. 4.2.1 des Bescheids). Mittels des Wehres wird das Wasser der Weißen Traun in den Oberwasserkanal des Wasserkraftwerks geleitet (Höpflinger Wehr). Der orographisch rechtsseitige Damm ist vor einigen Jahrzehnten errichtet worden und befindet sich auf dem Gewässergrundstück Fl.-Nr. 6..., Gem. O., das im Eigentum des Freistaats Bayern steht. Der Damm ist nach Aktenlage nicht genehmigt.

3
Anfang des Jahres 2020 führte die Antragstellerin Unterhaltungsmaßnahmen an dem Damm durch und rodete insbesondere Bäume (sog. Gehölzfreistellung), deren Wurzelwerk aber weitgehend im Boden verblieb. Mit Schreiben vom 11. März 2020 verlangte der Antragsgegner daraufhin die Entfernung der Wurzelstöcke binnen angemessener Zeit und die Vorlage eines Sanierungskonzepts bis zum 30. April 2020.

4
Nach Ansicht der Antragstellerin ist der Damm formell illegal und ohne ingenieursmäßige Planung errichtet worden. Die Antragstellerin wies mit Schreiben vom 30. April 2020 die Forderungen vom 11. März 2020 zurück und beantragte, die Nebenbestimmung Buchst. E Nr. 4.2.1 des Bescheids vom 28. Januar 2019 insoweit zurückzunehmen, als dort der fragliche Damm in ihre Unterhaltungslast gestellt worden sei.

5
Mit Schreiben vom 1. April 2022 teilte der Antragsgegner zunächst mit, den Bescheid nicht ändern zu wollen. Sodann forderte er mit Blick auf eine befürchtete Gefährdung der Standsicherheit des Damms durch das verrottende Wurzelwerk die Antragstellerin auf, bis spätestens 15. Mai 2022 u.a. sämtliche Wurzelstöcke auf dem Damm zu entnehmen sowie Dammkörper und Böschungsoberfläche fachgerecht wiederherzustellen. Außerdem fordert er sie auf, bis spätestens Jahresende 2022 ein Sanierungskonzept vorzulegen. Für den Fall der Nichtbeachtung wurde die Festsetzung eines Zwangsgelds in Aussicht gestellt. Insoweit solle das Schreiben als Anhörung dazu nach Art. 28 BayVwVfG betrachtet werden. Weiter wurde mitgeteilt, dass auch eine Ersatzvornahme nach Art. 24 Abs. 2 BayWG zu prüfen sei.

6
Gegen die Ablehnung des Wiederaufgreifens des Verfahrens erhob die Antragstellerin am 5. August 2022 Klage (M 31 K 22.3853). Die gesetzte Frist bis zum 15. Mai 2022 ließ sie verstreichen.

7
Mit Schreiben vom 27. Mai 2022 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass das Wasserwirtschaftsamt nun mit der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 BayWG beauftragt werde. Mit E-Mail vom 22. Juli 2022 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass „in diesen Tagen“ eine Gehölzfreistellung, für Mitte September bis Mitte Oktober das Entfernen der Wurzelstöcke und der Wiederaufbau des Damms beabsichtigt sei. Mit E-Mail vom 28. Juli 2022 wurde mitgeteilt, dass die angekündigte Entnahme von Wurzelstöcken auf August 2022 vorgezogen werde.

8
Die Antragstellerin begehrt mit Schriftsatz vom 5. August 2022 Eilrechtsschutz und beantragt zuletzt,

9
durch einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegenüber dem Antragsgegner die Einstellung der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 BayWG für die Unterhaltung des rechtsseitigen Deiches oberhalb des Höpflinger Wehrs an der Weißen Traun und die Einstellung der im Zuge der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme dort begonnenen Arbeiten anzuordnen,

10
bzw. hilfsweise dies anzuordnen, soweit die Arbeiten nicht zur Gefahrenabwehr notwendig sind.

11
Zur Begründung des Anordnungsanspruchs wurde mit Schriftsätzen vom 5., 8. und 9. August 2022 insbesondere vorgetragen, dass in Art. 12 Abs. 1 GG der Anspruch gründe, von einer rechtswidrigen Vollstreckungsmaßnahme und den dadurch ausgelösten Kosten verschont zu werden. Mit der ins Werk gesetzten Ersatzvornahme schiebe der Antragsgegner die Antragstellerin, der die Unterhaltungslast übertragen worden sei, beiseite und löse Kosten zu ihren Lasten aus. Dies sei rechtswidrig, weil zum einen der betreffende Damm als formell und materiell rechtswidrige Aufschüttung schon gar nicht

unterhaltungsfähig sei und zum anderen der Antragsgegner nach Maßgabe von Nr. 2.2.21 VVWas im Regelfall zunächst eine Anordnung nach § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BayWG erlassen müsse, die anschließend nach Art. 29 ff. VwZVG vollstreckt werden könne. Nur in unaufschiebbaren Fällen dürfe unmittelbar von der Möglichkeit der Ersatzvornahme gemäß Art. 24 Abs. 2 BayWG Gebrauch gemacht werden. Ein solcher liege hier nicht vor. Zum einen habe der Antragsgegner sich jahrzehntelang nicht um den in Rede stehenden Damm gekümmert, zum anderen biete er nach seiner Situierung keinen Hochwasserschutz.

12
Da die wasserwirtschaftliche Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 BayVwVfG ein Mittel zur Vollstreckung der Unterhaltungspflicht sei, ergebe sich ihre Rechtswidrigkeit zudem daraus, dass der Antragsgegner die für die Vollstreckung geltenden rechtsstaatlichen Voraussetzungen nicht beachtet habe. So müsse die Ersatzvornahme förmlich angedroht und mit einem Kostenvoranschlag versehen werden; beides sei nicht geschehen.

13
Der Antragsgegner beantragt,

14
den Antrag abzuweisen.

15
Er trug mit Schreiben vom 5. und 8. August 2022 vor, es fehle an einem Anordnungsanspruch, da die Ersatzvornahme rechtmäßig sei. Es genüge, dass die Antragstellerin die ihr obliegenden Arbeiten nicht durchgeführt habe, auf die Unaufschiebbarkeit käme es nicht an. Die Gewässeraufsichtsbehörde habe ein Wahlrecht, ob sie über die allgemeinen Befugnisse des Verwaltungszwangs vorgehe oder die Ersatzvornahme nach dem Wasserrecht veranlasse. Im Fall der wasserrechtlichen Ersatzvornahme sei der Erlass eines Verwaltungsakts nicht erforderlich, die Befugnis bestehe vielmehr kraft Gesetzes. Die Übertragung der Unterhaltungslast auf die Antragstellerin sei bestandskräftig und müsse der Entscheidung des Gerichts zugrunde gelegt werden. Im Übrigen bestünden keine Gründe für ein Wiederaufgreifen nach Art. 51 BayVwVfG hinsichtlich des bestandskräftigen Bescheids. Im Übrigen fehle auch der Anordnungsgrund, da die begonnenen Arbeiten zum jetzigen Zeitpunkt weitestgehend abgeschlossen seien. Es müssten nur noch Restarbeiten bei der Entfernung der Wurzelstöcke erbracht und anschließend das Bauwerk wieder stabilisiert werden. Würden die Arbeiten unterbrochen, müsste das Dammbauwerk im geöffneten Zustand belassen werden, was aber im Falle von Unwettern mit seiner weiteren Beschädigung verbunden sein könnte.

16
Der Antragsgegner gab auf Nachfrage des Gerichts zunächst an, dass sich die Kosten der Maßnahmen voraussichtlich auf rund 15.000 EUR belaufen würden. Mit Schriftsatz vom 8. August 2022 teilte er mit, dass mit Blick auf eine nun doch notwendig gewordene Anmietung eines Spezialbaggers von einem mittleren fünfstelligen Kostenbetrag auszugehen sei.

17
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgelegten Behördenakten sowie die Gerichtsakte verwiesen.

II.

18
Die Antragstellerin hat zwei Anträge gestellt (A). Der auf vorläufige Feststellung gerichtete Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO, dass die Arbeiten gerade nicht als Ersatzvornahme ausgeführt werden dürfen, ist zulässig und begründet (B). Der gestellte (Haupt-)Antrag auf die tatsächliche Einstellung der Maßnahmen des Antragsgegners ist unzulässig (C).

19
A. Die Antragstellerin wendet sich gegen Arbeiten an einem Damm, die der Antragsgegner gegenwärtig vornimmt. Der Antragsschrift lässt sich eine doppelte Zielrichtung entnehmen. Sie richtet sich zum einen auf die Einstellung der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG als eine Form der Zwangsvollstreckung. In der Sache zielt damit ein (erster) Antrag auf die

gerichtliche Feststellung, dass die Arbeiten nicht als Ersatzvornahme ausgeführt werden dürfen, weil die Antragstellerin schon keine Unterhaltungsmaßnahme schulde oder jedenfalls, weil die formellen Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nicht beachtet sind. Zum anderen zielt ein (zweiter) Antrag auf die tatsächliche Beendigung der Arbeiten vor Ort durch gerichtliche Anordnung.

20
B. I. Der Antrag auf Feststellung, dass die Arbeiten nicht als Ersatzvornahme ausgeführt werden dürfen, ist zulässig. Die Antragstellerin verfügt insbesondere über ein entsprechendes Feststellungsinteresse und ist auch im Übrigen antragsbefugt.

21
1. Ein zulässiger Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO setzt voraus, dass die Antragstellerin geltend macht, durch ein behördliches Handeln in eigenen Rechten verletzt oder gefährdet zu sein. Eine solche Rechtsbeeinträchtigung ist geltend gemacht, wenn sie nach dem Vortrag möglich erscheint (vgl. Kuhla in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Ed., Stand: 1.7.2022, § 123 Rn. 35 m.w.N.). Ferner bedarf es der Geldendmachung eines Anordnungsgrundes.

22
Ein Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann auf eine vorläufige Feststellung gerichtet sein (vgl. OVG NW, B.v. 15.5.2018 - 1 B 263/18 - juris Rn. 13; BayVGH, B.v. 30.9.2013 - 10 CE 13.1802 - juris Rn. 11; Schoch in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 42. EL, Februar 2022, § 123 VwGO Rn. 35). In diesem Fall muss zwischen den Beteiligten ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis bestehen und die Antragstellerin über ein Feststellungsinteresse verfügen (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 123 Rn. 36).

23
2. Da zwischen den Beteiligten in Ansehung des konkreten Damms streitig ist, ob die Antragstellerin zur Vornahme von bestimmten Unterhaltungsmaßnahmen verpflichtet ist bzw. sich der Antragsgegner der Befugnis zur Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG berühmt (vgl. Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 43 Rn. 46), liegt ein ausreichend verdichtetes und damit feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor (vgl. nur BVerwG, U.v. 28.1.2010 - 8 C 19/09 - juris Rn. 24).

24
3. Die Antragstellerin verfügt über ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, ob die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG vorliegen. Dieses ergibt sich daraus, dass sich der Antragsgegner darauf beruft, der Antragstellerin obliege eine Unterhaltungspflicht hinsichtlich des streitgegenständlichen Damms, die nicht erfüllt werde. Die Antragstellerin bestreitet dies. Sie hat daher ein berechtigtes Interesse an einer Klärung ihres Rechten- und Pflichtenkreises. Dieses wurzelt vorliegend wegen des berufsmäßigen Betriebs des Wasserkraftwerks in Art. 12 Abs. 1 GG, ist damit subjektiv-rechtlicher Art und genügt deshalb auch für die Annahme der neben dem Feststellungsinteresse erforderlichen Antragsbefugnis (vgl. Möstl in Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Ed., Stand: 1.7.2022, § 43 Rn. 20).

25
Der Bejahung von Feststellungsinteresse und Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass in materieller Hinsicht das Interesse der Antragstellerin in seinem Kern auf der Kostenebene zu verorten ist, weil sie sich nicht per se an den Arbeiten vor Ort (auf fremdem Grund) stört, sondern sich vor einer finanziellen Inanspruchnahme für die dadurch anfallenden Kosten schützen möchte. Sie ist jedoch nicht darauf beschränkt, (nur) gegen einen späteren Kostenbescheid vorzugehen. Vielmehr muss es ihr mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG möglich sein, bereits gegen die Ersatzvornahme selbst vorzugehen, wenn diese auf Basis des § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG ohne vorherigen (Grund-)Verwaltungsakt durchgeführt werden darf. Denn nur so kann die Antragstellerin als Betroffene - sollte das Gericht die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme bejahen - doch noch ihre Handlungspflicht erfüllen oder jedenfalls an deren Erfüllung mitwirken und damit auch die Kostenlast prospektiv steuern und nicht nur reaktiv angreifen. Diese Rechtsposition muss sie auf der „Primärebene“ verfolgen (können).

26
II. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, da der im - noch nicht anhängigen - Hauptsacheverfahren geltend zu machende materielle Feststellungsanspruch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit begründet ist. Die wasserrechtliche

Ersatzvornahme erweist sich jedenfalls in formeller Hinsicht als rechtswidrig. Auch ein Anordnungsgrund ist gegeben. Ein Fall einer unzulässigen endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache liegt nicht vor.

27
1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Vorausgesetzt wird hierfür gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Zivilprozessordnung (ZPO), dass der jeweilige Antragsteller sowohl einen Anspruch, der durch die begehrte Anordnung vorläufig gesichert werden soll (Anordnungsanspruch), als auch Gründe glaubhaft macht, die eine gerichtliche Eilentscheidung erforderlich machen (Anordnungsgrund). Grundsätzlich ist es dem Gericht untersagt, im Rahmen des einstweiligen Anordnungsverfahrens das erst im Hauptsacheverfahren zu erstreitende Recht (endgültig) vorwegzunehmen.

28
2. Die wasserrechtliche Ersatzvornahme (§ 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG) durch den Antragsgegner genügt nicht den formellen Anforderungen; insbesondere hat er es versäumt, gegenüber der Antragstellerin in der Androhung der Ersatzvornahme den Kostenbetrag vorläufig zu veranschlagen.

29
a) Das Wasserhaushaltsgesetz und das Bayerische Wassergesetz enthalten - jenseits der Zuständigkeitsordnung, an deren Beachtung mit Blick auf die Einordnung des Gewässers als Wildbach hier keine Zweifel bestehen (vgl. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BayWG i.V.m. lfd. Nr. 205, Kenn-Nr. 414026 der Anlage 2 zum Verzeichnis der Gewässer zweiter Ordnung und der Wildbäche, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz vom 12.2.2016, AllMBl. 2/2016) - keine Vorgaben zum Verfahren. Im Wasserrecht fehlt selbst eine dem Art. 45 Satz 2 BayStrWG vergleichbare Verständigungspflicht (vgl. Wiget in Zeitler, BayStrWG, 26. EL, Stand: Oktober 2015, Art. 45 Rn. 5).

30
Da allerdings die wasserrechtliche Ersatzvornahmeberechtigung wie jede andere Ausübung in Rechte eingreifender Befugnisse auch die Beachtung von Verfahrensgrundsätzen voraussetzt, herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum Einigkeit über die Notwendigkeit, den Betroffenen vor dieser Ersatzvornahme aus rechtsstaatlichen Gründen darüber zu informieren, welche Maßnahmen zu welchem Zeitpunkt durchgeführt werden sollen, um ihm zunächst die Durchführung mit eigenen Mitteln zu ermöglichen (vgl. OVG RhPf, U.v. 19.4.1990 - 1 A 80/88 - Leitsatz = ZfW Sh 1992 Nr. 116; Spieth in Giesberts/Reinhardt, BeckOK UmweltR, 62. Ed., Stand: 1.4.2022, § 40 WHG Rn. 15; Schwendner/Rossi in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, 56. EL, Stand: Juli 2021, § 40 Rn. 35; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 40 Rn. 46; Niesen in Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 40 Rn. 46; Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn. 36; ähnlich Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 16). Konkrete Ausführungen zu den inhaltlichen Anforderungen an eine solche Information finden sich, soweit ersichtlich, weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum.

31
b) Mangels ausdrücklicher Regelung ergeben sich die Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit einer wasserrechtlichen Ersatzvornahme aus einer analogen Anwendung derjenigen Vorschriften des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes (ähnlich Schwendner/Rossi in Sieder/Zeitler, BayWG, 38. EL, Stand: April 2021, Art. 24 Rn. 11), die mit dem Zweck der wasserwirtschaftlichen Ersatzvornahme vereinbar sind (vgl. zur Zulässigkeit von Analogien im Verwaltungsrecht Reimer in Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 30 f.).

32
aa) Angesichts fehlender spezieller gesetzlicher Verfahrensvorschriften liegt eine planwidrige Regelungslücke (wegen Art. 84 Abs. 1 GG auf der Ebene des Landesrechts; insoweit in der Begründung, nicht aber im Ergebnis anders wohl Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn. 36) vor. Es ist nicht ersichtlich, dass der Landesgesetzgeber insoweit einen wasserrechtlichen Befugnisgebrauch ohne verfahrensrechtliche Begleitung hat normieren wollen; die Gesetzesmaterialien treffen insoweit keine Aussagen (vgl. LT-Drs. 16/2868, S. 43). Auch Art. 24 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BayWG (i.V.m. Art. 27 BayWG) kann nicht als bewusst abschließende verfahrensrechtliche Normierung verstanden werden.

33
bb) Diese Regelungslücke ist durch eine analoge Anwendung des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes - und nicht etwa des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes - zu schließen. Die dort enthaltenen Vorschriften zur Ersatzvornahme einerseits und die Vorschrift des Art. 24 BayWG andererseits sind vergleichbar und können sich sachgerecht ergänzen. Zwar ist die wasserrechtliche Ersatzvornahme als Instrument der Gewässersicherung außerhalb des Verwaltungsvollstreckungsrechts konzipiert, weil sie keine Ersatzvornahme im Vollzug eines wasserrechtlichen (Grund-)Verwaltungsakts (vgl. Art. 29 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 VwZVG), sondern eine Ersatzvornahme kraft Gesetzes darstellt (vgl. VG Augsburg, B.v. 21.10.2013 - Au 3 S 13.1477 - juris Rn. 38; Schwendner/Rossi in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, 56. EL, Stand: Juli 2021, § 40 Rn. 35). Außerdem beinhaltet Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG eine Aufgabenzuweisungsnorm hinsichtlich einer subsidiären Unterhaltungs- bzw. Ausführungspflicht (Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 5) und dient damit aus Sicht der zuständigen Behörde nicht nur der Verwirklichung einer fremden Pflicht. Gleichwohl bestehen Ähnlichkeiten zum Vollstreckungsrecht, weil in beiden Fällen - insbesondere anders als im Bereich der sicherheitsrechtlichen Tatmaßnahmen nach Art. 7 Abs. 3 LStVG - ein Streit über die Erfüllung (und Durchsetzung) hinsichtlich einer bereits zuvor begründeten Gewässerunterhaltungspflicht inmitten steht. Auch und gerade die Kostentragungs- und Vorschusspflichten des Art. 24 Abs. 2 Satz 2 BayWG belegen den Zwangscharakter der wasserrechtlichen Ersatzvornahme (vgl. Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 5). Insgesamt stellt sich daher die wasserrechtliche Ersatzvornahme in einem weiteren Sinn als ein Mittel des Verwaltungszwangs dar (Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 16).

34
Eine analoge Anwendung bestehender (Verfahrens-)Vorschriften hat gegenüber der im Schrifttum verbreiteten Heranziehung allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze (vgl. die Nachweise in Rn. 30) den Vorzug der größeren Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für alle Beteiligten und beugt im Übrigen einer richterrechtlichen Überkonstitutionalisierung des Verfahrensrechts im Vollzug von § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG vor.

35
cc) Analogiefähig ist insbesondere Art. 36 VwZVG. Denn die das allgemeine Verwaltungsvollstreckungsrecht kennzeichnende strenge Förmlichkeit ist Folge des Rechts zur Selbsttitulierung (vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 20 Rn. 3; Pietzner/Möller in Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 33. EL, Stand: Juni 2017, Vorb. § 167 VwGO Rn. 6 f.) und mithin gleichermaßen für die wasserrechtliche Ersatzvornahme sachgerecht, auch wenn diese gerade ohne das Erfordernis eines vollstreckbaren Grundverwaltungsakts auskommt.

36
Außerdem dient auch die im Wasserrecht notwendige Information des Betroffenen den gleichen Zwecken wie Art. 36 VwZVG. In beiden Fällen soll sie dem Betroffenen die Durchführung mit eigenen Mitteln ermöglichen und, nicht zuletzt zur Schonung öffentlicher (Haushalts-)Mittel, einen „Selbst-Erfüllungsdruck“ erzeugen (vgl. für das Wasserrecht die Nachweise in Rn. 30 und für Art. 36 VwZVG vgl. nur Wernsmann in Wernsmann, VwZVG, 2020, Art. 36 Rn. 2; Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, 32. AL, November 2011, Art. 36 VwZVG Anm. I; ebenso für das Bundesrecht Deusch/Burr in Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 56. Ed., Stand: 1.4.2022, § 13 VwVG Rn. 23).

37
Vor diesem Hintergrund ist für eine wasserrechtliche Ersatzvornahme verfahrensrechtlich Art. 36 Abs. 4 Satz 1 VwZVG zu beachten, der den Hoheitsträger verpflichtet, den Kostenbetrag vorläufig zu veranschlagen, solange nicht ein Fall des (analogen) Art. 35 VwZVG (Gefahr in Verzug) vorliegt (in diesem Sinne auch Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 16 zum Entfallen der Androhung bei akuter Gefahr). Ein Grund, gerade diesen Gehalt des Art. 36 VwZVG nicht analog anzuwenden, ist nicht ersichtlich. Die Kostenveranschlagung soll nicht nur den Erfüllungsdruck verstärken, sondern auch die Obliegenheit des Betroffenen begründen, gegebenenfalls kostensparende Alternativvorschläge zu unterbreiten (vgl. BayVGH, U.v. 16.7.1997 - 22 B 97.153 - BeckRS 1997, 24828); eine Missachtung der Obliegenheit hindert gegebenenfalls die Erhebung von Einwänden gegen die Kostenforderung. Hierzu benötigt der Betroffene nicht nur eine Vorstellung von Art und Umfang der beabsichtigen Maßnahmen, sondern auch gerade von deren Kosten.

38
Verdeutlicht wird die Sachgerechtigkeit einer analogen Anwendung des Art. 36 Abs. 4 Satz 1 VwZVG im Übrigen auch dadurch, dass selbst das auf erheblich zeitnäheres und regelhaft weniger kostenintensives Handeln ausgerichtete Polizeirecht zumindest eine entsprechende Soll-Vorschrift kennt (vgl. Art. 76 Abs. 4 PAG).

39
Ob darüber hinaus auch die Vorgaben des Art. 36, 38 VwZVG zur Handlungsform und zur Zustellung auf die wasserrechtliche Ersatzvornahme zu übertragen sind oder ob mit Blick darauf, dass Art. 24 Abs. 2 BayWG keinen vollstreckbaren Grundverwaltungsakt verlangt, insoweit keine Analogie angezeigt ist, kann offen bleiben.

40
c) Ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 4 Satz 1 VwZVG führt im Verwaltungsvollstreckungsrecht zumindest zur Rechtswidrigkeit der Androhung (vgl. Giehl/Adolph/Käß, Verwaltungsverfahrensrecht in Bayern, 32. AL, November 2011, Art. 36 VwZVG Anm. VI; für Nichtigkeit Wernsmann in Wernsmann, VwZVG, 2020, Art. 36 Rn. 26) bzw. Festsetzung (vgl. für das Bundesrecht Troidl in Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG/VwZG, 12. Aufl. 2021, § 13 Rn. 6; Lemke in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 13 VwVG Rn. 23) und mithin im Fall der wasserrechtlichen Ersatzvornahme zu deren Rechtswidrigkeit.

41
d) Vorliegend hat der Antragsgegner mit Schreiben vom 1. April 2022 zwar der Antragstellerin die aus seiner Sicht gebotenen Maßnahmen hinreichend bestimmt benannt und unter Fristsetzung zur Erfüllung ausgefordert. Allerdings hat er es unterlassen, den Kostenbetrag vorläufig zu veranschlagen. Für das Vorliegen eines Ausnahmefalls, der eine Abweichung nach Art. 35 VwZVG rechtfertigen könnte, ist jedenfalls derzeit nichts ersichtlich. Der Vortrag des Antragsgegners insbesondere im Schriftsatz vom 8. August 2022 ist insoweit weder ausreichend substantiiert noch dokumentiert und vor dem Hintergrund der mehrjährigen Entwicklung und der damit verbundenen Erkenntnisprozesse nicht überzeugend. Dass möglicherweise infolge der bereits begonnenen Arbeiten des Antragsgegners diese zeitnah abgeschlossen werden müssen - wobei insoweit allerdings die im gerichtlichen Verfahren abgegebenen Einschätzungen des Antragsgegners nicht unerheblich schwanken -, um Schäden am Damm vorzubeugen, begründet nicht rückwirkend einen Ausnahmefall.

42
Der Zweck der Mitteilung einer kostenmäßigen Veranschlagung zeigt sich gerade im vorliegenden Fall, in dem wohl die Kosten der gebotenen Maßnahmen (im Rahmen der im Vorfeld erfolgten Kommunikation zwischen den Beteiligten) zunächst mit einem hohen fünf- bis sechsstelligen Betrag veranschlagt wurden, sodann zunächst auf die deutlich geringere Summe von rund 15.000 €, sich nunmehr aber doch auf einen mittleren fünfstelligen Kostenbetrag belaufen sollen. Gerade derartige Unsicherheiten sollen im Vorfeld durch eine ausreichend belastbare Information nach Art. 36 Abs. 4 Satz 1 VwZVG - ggf. auf Basis einer gründliche(re) n Voruntersuchung, auch unter Mitwirkung des Pflichtigen - vermieden werden und können für das Ergreifen oder Unterlassen von kostensparenden Alternativmaßnahmen, insbesondere durch den Einsatz eigener Mittel, sowie von Rechtsschutzmaßnahmen maßgeblich sein.

43
Vor diesem Hintergrund ist die Vornahme der Arbeiten als Ersatzvornahme formell rechtswidrig. Der Antrag hat Erfolg, der Hilfsantrag bedarf daher keiner Entscheidung.

44
3. In materieller Hinsicht bestehen indes jedenfalls insoweit keine Bedenken gegen die Ersatzvornahme, als der Antragsgegner davon ausgeht, dass die Antragstellerin hinsichtlich des fraglichen Damms unterhaltungspflichtig ist und die gegenwärtig vorgenommenen Arbeiten auch der Verwirklichung dieser Unterhaltungspflicht dienen, also erforderlich sind, um die Funktionsfähigkeit des Damms zu erhalten. Die Unterhaltungspflicht steht wegen der Bestandskraft des Bescheids vom 28. Januar 2019 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 21. März 2019 fest. Allein ein (nun auch klagemäßig - M 31 K 22.3853 - geltend gemachter) Antrag auf Änderung des Bescheids im Wege des Wiederaufgreifens des Verfahrens ändert an der Bestandskraftwirkung nichts.

45

Die Ersatzvornahme nach § 40 Abs. 4 WHG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG setzt auch nicht den Erlass eines die Gewässerunterhaltungspflicht konkretisierenden Verwaltungsakts auf Grundlage des § 100 WHG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BayWG voraus (vgl. oben Rn. 33), wenngleich sie einen solchen nicht hindert (vgl. Spieth in Giesberts/Reinhardt, BeckOK UmweltR, 62. Ed., Stand: 1.4.2022, § 40 WHG Rn. 15; Czychowski/ Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 40 Rn. 43 u. 47). Es bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, wenn der Antragsgegner - wie hier im Schreiben vom 1. April 2022 - die Anwendung beider Regelungsregime in den Raum stellt. Bis wann ein „Spurwechsel“ möglich ist und unter welchen Umständen sich die Wahlfreiheit auf den einmal eingeschlagenen Weg verengt, muss im vorliegenden Eilverfahren nicht entschieden werden.

46
Ebenso wenig ist hier zu entscheiden, ob Art. 24 Abs. 2 Satz 1 BayWG in materieller Hinsicht verlangt, dass die Unterhaltungsmaßnahme unaufschiebbar ist (vgl. in diese Richtung Zimniok, BayWG, 2. Aufl. 1971, Art. 45 Anm. 3 zur Vorgängerregelung; Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand: Juli 2018, Art. 24 Rn. 16) oder - wofür einiges spricht - nicht (in diese Richtung Nr. 2.2.21 der Verwaltungsvorschrift zum Vollzug des Wasserrechts; Schwendner/Rossi in Sieder/Zeitler, BayWG, 38. EL, Stand: April 2021, Art. 24 Rn. 18).

47
5. Da die Arbeiten derzeit noch andauern, mögen sie auch weit fortgeschritten sein, ist eine vorläufige gerichtliche Regelung für die Antragstellerin erforderlich, um die notwendige Rechtssicherheit über die Qualifizierung der Maßnahmen zu erhalten.

48
6. Dem Erfolg des Feststellungsantrags steht nicht das Verbot der endgültigen Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Zwar besteht aus Gründen des Sachzwangs für den Antragsgegner wohl nicht mehr die Möglichkeit, vor Beendigung der Arbeiten noch ein rechtmäßiges Ersatzvornahmeverfahren durchzuführen, weil die hierfür notwendige Unterbrechung der Arbeiten die Stabilität des Damms gefährden dürfte. Damit dürfte dem Antragsgegner faktisch die Möglichkeit genommen sein, zumindest die Kosten der noch ausstehenden Arbeiten der Antragstellerin aufzuerlegen. Diese Folge rechtfertigt aber nicht, der Antragstellerin einstweiligen Rechtsschutz zu verwehren.

49
C. Hinsichtlich des auf die tatsächliche Beendigung der Arbeiten gerichteten Begehrens (sowohl im Hauptwie im Hilfsantrag) fehlt es der Antragstellerin - anders als im Regelfall erhobener Einwände gegen eine Ersatzvornahme - an einem auch nur möglichen Anspruch. Eine Beendigung liegt nicht im rechtlich geschützten Interesse der Antragstellerin, weil sie zwar die der Ersatzvornahme zugrunde liegende Handlungspflicht oder jedenfalls (mit Erfolg) die Beachtung notwendiger Förmlichkeiten bei deren Durchsetzung bestreitet, gleichzeitig aber gegen die faktische Durchführung der Unterhaltungsmaßnahme als solche aus ihrer Rechtsposition heraus keine Einwände geltend machen kann. Die derzeit vorgenommenen Gehölzfreistellungen finden nicht auf dem Grundstück der Antragstellerin statt und haben auch im Übrigen keine unmittelbaren Auswirkungen auf eine eigene Rechtsposition, gleich ob sie in Art. 14 Abs. 1 GG oder in Art. 12 Abs. 1 GG wurzeln. Berührt wird ihre Rechtsstellung nur mittelbar; soweit eine unmittelbare Betroffenheit der Antragstellerin inmitten steht, wird einstweiliger Rechtsschutz nach dem Vorstehenden gewährt.

50
Es ist auch nicht ersichtlich, dass die vorgenommenen Arbeiten in dem Sinne dysfunktional wären, dass die vom Gericht zu Lasten der Antragstellerin angenommene Unterhaltungspflicht konterkarieren oder erhöhen würde. Mit der Übertragung der Unterhaltungspflicht mag ein Abwehranspruch gegen solche Handlungen verbunden sein, die die Unterhaltungspflicht (negativ) tangieren; dies ist vorliegend nicht ersichtlich.

51
D. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG i. V. m. Nr. 1.7.1 und Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 und beträgt daher mit Blick auf die aktualisierten Angaben des Antragstellers zur voraussichtlichen Kostenhöhe die Hälfte des vorgetragenen mittleren fünfstelligen Betrags, den das Gericht entsprechend mit 50.000 € beziffert.