



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Rechtsanwaltes

- Kläger -

prozeßbevollmächtigt:
Rechtsanwälte

gegen

den Freistaat Sachsen,
vertreten durch das Sächsische Staatsministerium
für Umwelt und Landesentwicklung,
Ostra-Allee 23, 01067 Dresden

- Beklagter -

wegen

atomrechtlichen Kostenbescheides

hat der 1. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts
durch die Richterinnen am Oberverwaltungsgericht Dahlke-Piel
und Müller sowie die Richterin am Verwaltungsgericht Hasske
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom

16. August 1994

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der
durch die Verweisung entstandenen Kosten, die der Beklagte
trägt.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger (ein Rechtsanwalt) ist Gesamtvollstreckungsverwalter der

, über deren Vermögen durch Beschluß des Kreisgerichts Chemnitz vom 28. 3.1991 (37 VK 7/1) das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden ist. Der vorgenannten GmbH war bereits vor dem Beitritt für ihr Werk durch die Genehmigung E 8018 der Umgang mit Kernbrennstoffen gestattet worden. In dem Betrieb wurden unter anderem zwei Neutralisatoren eingesetzt, die dem Abbau der bei der Kunststoffproduktion entstehenden elektrischen Ladung dienten. Dabei handelte es sich um Pu (Plutonium) 239 Strahlenquellen, die pro Stück ca. 2 bis 2,5 Gramm Pu 239 enthielten.

Im Mai 1991 zeigten die Geschäftsführer der GmbH dem Bundesamt für Strahlenschutz an, daß sich die Gesellschaft im Konkurs befinde, es wurden neue Strahlenschutzbeauftragte benannt, weiter hieß es: "Die Strahlenquellen ... werden zugriffssicher aufbewahrt ... sicherheitstechnisch bedeutsame Ereignisse sind nicht eingetreten, alle radioaktiven Stoffe befinden sich unter Kontrolle". Mit Schreiben vom 13.11.1991 wandte sich ein Angestellter der Firma als Beauftragter des Konkursverwalters an das Landesamt für Umwelt und Geologie und teilte unter anderem folgendes mit: "Nach Beendigung der Entsorgungsproduktion am 12.7.1991 wurden die Strahlungsquellen aus den Geräten/Anlagen ausgebaut und verschlußsicher im Strahlenschutzraum des PUK-Gebäudes eingelagert. Die Quellen wurden vom Verkauf im Rahmen der im Monat September stattgefundenen Versteigerung ausgeklammert und werden mit diesem Schreiben als radioaktiver Abfall angemeldet und baldigste Entsorgung gefordert. Es handelt sich dabei um 38 Beta-Strahlungsquellen und acht Stück Alpha-Strahler. Der Betrieb beendet die Arbeit und den Umgang mit radioaktiven Isotopen und zeigt gleichzeitig die Beendigung der Tätigkeit der bisherigen Strahlenschutzbeauftragten an." Das beigefügte Verzeichnis der Strahlenquellen enthielt unter den laufenden Nr. II, 1 und 2 die hier streitigen

Neutralisatoren mit dem Vermerk "in Betrieb seit 1975/77", die weiter unter Nr. 3 bis 8 aufgeführten Am-Radionuklide sind nach dieser Aufstellung in Betrieb seit 1986 bzw. 1989. Weiter hieß es, daß alle Quellen ausgebaut und in einem abgeschlossenen Raum unter Verschuß gelagert seien.

Mit Schreiben vom 24.3.1992 wandte sich der Kläger an das Sächsische Staatsministerium für Umwelt und Landesentwicklung - SMU - und teilte mit, daß über die

das Gesamtvollstreckungsverfahren eingeleitet worden war. Beigefügt war die oben bereits erwähnte Liste der radioaktiven Strahlenquellen, die zur Entsorgung anstanden. Der Kläger bat um Informationen über Entsorgungsmöglichkeiten und teilte mit, da im Werk das noch vorhandene Personal von zehn Personen kurzfristig weiter abgebaut werden sollte, sei die Entsorgung der radioaktiven Isotopen schnellstens zu organisieren.

Hinsichtlich der hier streitigen Neutralisatoren stellte das SMU durch örtliche Kontrollen (vgl. Aktenvermerke vom 28.9. und 2.10.1992) folgendes fest: Es war kein Strahlenschutzbeauftragter bestellt, der bisherige Strahlenschutzbeauftragte war bereits vor einem Jahr entlassen worden. ABM-Kräfte demontierten den Betrieb im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsgesellschaft und bereiteten die Übergabe an neue Eigentümer vor. Im Betrieb befand sich keine Messtechnik. Das Grundstück war bereits verkauft und sollte ab Oktober von einem neuen Besitzer (einer Möbelbaufirma) genutzt werden. Die Neutralisatoren befanden sich in einem abgeschlossenen Raum. Das Gelände war nicht mehr gesichert (alle Tore standen offen). Eine gutachterliche Stellungnahme des TÜV Sachsen vom 21.10.1992 über erste Untersuchungen ergab Kontaminationen z.B. an Tischoberflächen bis in die Größenordnung von einem Bq/Kubikmeter. Aktivitäten von Wischproben an den Geräteteilen ergaben bis zu 20 Bq. Weiter hieß es in der Stellungnahme, eine Freimessung des Lagerraumes und der kontaminierten

Teile sowie Dekontaminationsbemühungen seien nach Abtransport der Strahler unerlässlich.

Durch Bescheid vom 21.10.1992 erteilte das SMU gemäß § 19 Abs. 3 des Atomgesetzes eine aufsichtliche Anordnung. Darin hieß es:

"1. Für die Neutralisatoren Typ HP-11 H, die als radioaktive Quelle Pu 239 enthalten, sind unverzüglich folgende Maßnahmen zu ihrem Schutz gegen Störungsmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter zu treffen:

a) Die Aufbewahrungsräume sind sicher zu verschließen und die Neutralisatoren sind gegen Entwendung oder Beschädigung zu sichern. Die Räume sind im Hinblick auf einen erfolgten unbefugten Zutritt zu kontrollieren.

b) Mit der Wahrnehmung der Kontrolle der Sicherungsmaßnahmen ist eine zuverlässige Person und/oder ein Wach- und Schließdienst zu beauftragen und der Behörde mitzuteilen. Die Befugnisse und Pflichten sind schriftlich festzulegen. Die Zutrittsbefugnisse sind zu regeln. Der mit der Sicherung zu Beauftragende hat ein Kontrollbuch zu führen, welches auf Verlangen der Behörde vorzulegen ist.

Die getroffenen Sicherungsmaßnahmen sowie ihr Vollzug sind der atomrechtlichen Behörde spätestens 14 Tage nach Posteingang mitzuteilen.

2. Es ist durch eine fachkundige Person (Fachkundenausweis) eine Strahlenschutzkontrollmessung (Alpha-Kontamination) der Aufbewahrungsräume und der Oberflächen der Neutralisatoren zu veranlassen. Das Meßprotokoll ist der atomrechtlichen Behörde zu übergeben. Unzulässige Kontamination ist dem SMU... unverzüglich anzuzeigen.

3. Die zwei Stück Neutralisatoren sind zur Entsorgung (Zwischenlagerung, Demontage, Endlagerung) an den ... VKTA abzuliefern. Die Kosten der Entsorgung gehen zu Lasten des Inhabers der Genehmigung E 8018, d.h. der

Beschichtungs- und Veredelungs- GmbH
Tannenbergsthal i.L.

4. Mit dem Transport der Neutralisatoren von Tannenbergsthal zum VKTA ist ein zugelassenes fachkundiges Unternehmen zu beauftragen. Dabei sind die einschlägigen Beförderungsvorschriften des Atomgesetzes und der Gefahrgutverordnung Straße, GGVS, zu beachten.

5. Die Nutzung der Räume, in denen mit radioaktiven Quellen umgegangen worden ist, durch Dritte (neuer

Besitzer der Gebäude), ist erst nach Freigabe durch die atomrechtliche Behörde gestattet. Der neue Eigentümer der Räume ist von dieser Anordnung unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Eine Kopie dieser Mitteilung ist der Behörde zu übergeben.

Zur Begründung wurde im wesentlichen auf die Gefährdung der Allgemeinheit durch die oben geschilderten Umstände Bezug genommen. Weiter hieß es, falls nicht innerhalb von 14 Tagen die Beauftragung einer Transportfirma mitgeteilt werde, werde das SMU selbst die Firma mit dem Transport der Freimessung beauftragen. Die anfallenden Kosten würden unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag dem Kläger zu Lasten gelegt. Die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheides wurde angeordnet.

Die Klage des Klägers gegen diesen Bescheid wies das Sächsische Obergerverwaltungsgericht durch inzwischen rechtskräftiges Urteil vom 21.4.1994 (1 S 12/93), auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, als unbegründet zurück.

Bereits mit Schreiben vom 27.11.1992 mahnte das SMU die Erfüllung der Verfügung vom 21.10.1992 an und fügte ein Schreiben des zur Information des Klägers bei. In diesem Schreiben wurde bestätigt, daß der die Neutralisatoren einlagern konnte; zugleich wurden die entstehenden Kosten vom auf etwa 20.000,- DM pro Neutralisator geschätzt. Mit Schreiben vom 17.12.1992 stellte der Kläger dem SMU anheim, die Neutralisatoren selbst im Wege der Ersatzvornahme zu entsorgen. Durch Bescheid vom 11.2.1993 (zugestellt am 12.2.1993) drohte das SMU dem Kläger die Durchführung der Ersatzvornahme an. Im Tenor des Bescheides wurde der Kostenbetrag der Ersatzvornahme vorläufig auf 4.000,- DM veranschlagt. Am Ende des Bescheides hieß es, in der Androhung sei der Kostenbetrag der Ersatzvornahme vorläufig zu veranschlagen. Das SMU rechne für den Transport zum mit einem Betrag von voraussichtlich 4.000,- DM. Weiter hieß es, "die sich durch die Ersatzvornahme anschließenden Kosten zur Zwischenlagerung, Demontage und Abgabe an ein Endlager in Höhe von ca. 40.000,- DM werden Ihnen durch

den e.V. direkt in Rechnung gestellt." Dem Kläger wurde eine Frist zur Erfüllung der aufsichtlichen Anordnung bis zum 19.2.1993 gesetzt.

Am 24.2.1993 ließ das SMU den Transport der Neutralisatoren zum durchführen. In der Folgezeit erließ das SMU hinsichtlich der Transportkosten einen Leistungsbescheid gegenüber dem Kläger in Höhe von 1.955,- DM, der wohl bestandskräftig geworden ist. Wegen weiterer Kosten für die Entgegennahme und Verwahrung der Neutralisatoren in Höhe von 46.000,- DM sandte der VKTA zunächst eine Rechnung direkt an den Kläger. Dieser teilte daraufhin mit, der habe von ihm niemals einen Auftrag erhalten, die Entgegennahme und Verwahrung zu übernehmen. Wie der Rechnung zu entnehmen sei, sei die vielmehr aufgrund einer aufsichtlichen Anordnung des SMU geschehen. Der stellte daraufhin den Betrag dem SMU in Rechnung. Durch Leistungsbescheid vom 1.11.1993 (zugestellt am 24.11.1993) forderte das SMU den Kläger auf, die weiteren Kosten der Ersatzvornahme in Höhe von 46.000,- DM zu zahlen.

Gegen diesen Leistungsbescheid hat der Kläger der Rechtsbehelfsbelehrung entsprechend am 21.12.1993 Klage beim Verwaltungsgericht Chemnitz erhoben. Durch Beschluß vom 2.3.1994 ist der Rechtsstreit unter Bezugnahme auf § 48 Abs. 1 Nr. 2 VwGO an das erkennende Gericht verwiesen worden.

Der Kläger ist der Auffassung, nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens hätten die Gläubiger nur noch einen Anspruch auf Feststellung ihrer Forderung zur Tabelle. Es handele sich vorliegend weder um Massekosten noch um Masse-schulden. Die zu beseitigende Gefahr sei nämlich schon vor Konkurseröffnung entstanden. Die fraglichen Neutralisatoren seien schon 1989 ausgebaut und eingelagert worden. Ursprünglich sei das Werk nur mit Pu-Neutralisatoren ausgestattet gewesen, die in den 70er Jahren hergestellt worden seien. In den Jahren 1986 bis 89 seien die veralteten

Pu-Quellen durch modernere Am-Quellen ersetzt worden. Grundsätzlich habe die polnische Liefer- und Wartungsfirma die ausrangierten Neutralisatoren zurückgenommen. Bei den hier streitigen Neutralisatoren (den letzten beiden) sei dies nicht mehr erfolgt, da der Wartungsvertrag mit der polnischen Firma gekündigt worden sei.

Der Kläger beantragt,

den Leistungsbescheid des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landesentwicklung vom 1. November 1993 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er meint, die Verpflichtung zur Beseitigung der Neutralisatoren sei nicht bereits vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstanden. § 9a Atomgesetz enthalte nicht eine sofort zu erfüllende Verpflichtung zur schadlosen Verwertung, sondern räume zu der Frage, ob diese möglich und mit den Zwecken des Atomgesetzes vereinbar sei, einen Beurteilungsspielraum ein. Zum Zeitpunkt der Einleitung des Gesamtvollstreckungsverfahrens sei nicht geklärt gewesen, ob und inwieweit eine Verwertung oder geordnete Beseitigung in Betracht komme. Die Pflicht zur Beseitigung sei daher erstmals für den Kläger im Rahmen der Gesamtvollstreckung entstanden. Im übrigen komme es aber auch nicht darauf an, wann dies der Fall gewesen sei. Auf jeden Fall stellten die Kosten der Ersatzvornahme bevorrechtigte Masseschulden oder -kosten dar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten (einschließlich der Verfahren 1 S 12/93 und 1 S 83/93) sowie auf die Verwaltungsvorgänge des SMU ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Anfechtungsklage ist nicht begründet. Der angefochtene Leistungsbescheid ist rechtmäßig (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Er beruht auf § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Buchstabe a), § 10, § 13 VwVG.

Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VwVG liegen vor. Bei der Anordnung vom 21.10.1992 handelt es sich um einen Verwaltungsakt, der auf Vornahme einer vertretbaren Handlung gerichtet war und der für sofort vollziehbar erklärt wurde. Die Rechtmäßigkeit dieser Grundverfügung steht nach dem inzwischen rechtskräftigen Urteil gleichen Rubrums des ererkennenden Senats vom 21.4.1994 (1 S 12/93) fest.

Die Durchführung der Ersatzvornahme ist dem Kläger auch in einer Weise angekündigt worden, die § 13 VwVG (noch) genügt.

Insofern bestehen indes in mehrfacher Hinsicht Bedenken. So heißt es am Ende der förmlichen Androhung vom 11.2.1993, hinsichtlich der Einlagerung der Stäbe, die sich der Ersatzvornahme anschließen, gehe dem Kläger eine Rechnung des

direkt zu. Diese Formulierung legt den Schluß nahe, daß ausgerechnet diese Einlagerung - die die hier streitigen Kosten verursacht hat - nicht im Wege der Ersatzvornahme vorgenommen werden sollte. Dieser Eindruck wird dadurch erhärtet, daß in der Grundverfügung zunächst ganz allgemein von einer Durchführung der Entsorgung im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag die Rede war. Weiter sind die Kosten der Ersatzvornahme im Tenor des Androhungsbescheides mit nur 4.000,- DM angegeben worden, dabei fehlen die Kosten für die Einlagerung. Die Androhung ist indes aus der Sicht eines verständigen Empfängers, auf den es entsprechend § 133 BGB bei der Auslegung von Verwaltungsakten ankommt, als Androhung der Ersatzvornahme auch hinsichtlich der Einlagerung der Stäbe beim auszulegen. Bei oben

aufgezeigten Formulierungen des Bescheides handelt es sich um bloße unschädliche Falschbezeichnungen. Obgleich gerade im formalisierten Vollstreckungsverfahren strenge Maßstäbe anzulegen sind, ist die Auslegung hier möglich und geboten, weil die Warnfunktion der Androhung trotz der Falschbezeichnung erreicht wurde. Der Auftrag des SMU an den die Stäbe einzulagern, stellt der Sache nach ohne weiteres eine Ersatzvornahme im Sinne des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes dar. Zwischen den Beteiligten war aufgrund der Vorkorrespondenz klar, daß auch die Einlagerung von der Behörde veranlaßt werden würde und daß - aus der Sicht des SMU - auch diese Kosten dem Kläger zur Last fallen sollten. Dementsprechend hat sich der Kläger auch nie darauf berufen, daß ihm die Durchführung der Ersatzvornahme nicht ordnungsgemäß angekündigt worden sei.

Auslegungsfähig im oben dargelegten Sinn ist auch die Veranschlagung der voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme gemäß § 13 Abs. 4 VwVG. Zwar ist - wie bereits dargelegt - im Tenor des Bescheides nur von 4.000,- DM die Rede. Aus den Gründen wird indes deutlich, daß etwa weitere 40.000,- DM Kosten anfallen würden. Dies war dem Kläger auch früher mit dem Schreiben vom 27.11.1992, dem ein entsprechender Kostenvoranschlag des beigefügt war, mitgeteilt worden.

Ist die Androhung der Ersatzvornahme mit der Veranschlagung der Kosten im oben beschriebenen Sinne auslegungsfähig, bestehen gegen sie im übrigen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das ergibt sich schon daraus, daß die Androhung unanfechtbar geworden ist (BVerwG, Urt.v. 15.2.1990, BVerwGE 84, 354 [359f]). Im übrigen sei angemerkt, daß zwar die gesetzte Frist zur Vornahme der Handlung an sich (zu) knapp bemessen war. Sie betrug nämlich von der Zustellung der Androhung bis zum Fristablauf nur sieben Tage. Indes besteht im vorliegenden Fall die Besonderheit, daß beim Kläger schon mit dem Schreiben vom 27.11.1992 die Erfüllung der Verfügung angemahnt wurde und dieser daraufhin selbst

mitteilte, die Behörde möge die Ersatzvornahme durchführen. Damit hat der Kläger deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er es (eben wegen der konkursrechtlichen Besonderheiten und Risiken im vorliegenden Fall) auf jeden Fall auf die Ersatzvornahme ankommen lassen wollte.

Die Art und Weise der Durchführung der Ersatzvornahme sowie die Höhe der entstandenen Kosten sind nicht zu beanstanden. Dafür hat der Kläger nichts vorgetragen und von Amts wegen sind Zweifel nicht ersichtlich geworden.

Dem Erlaß des Leistungsbescheides steht weiter zur Überzeugung des Senats nicht entgegen, daß über das Vermögen der
bereits das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet war.

Allerdings wird teilweise vertreten, das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung im Konkurs/Gesamtvollstreckungsverfahren (§ 2 Abs. 4 GesO/§ 14 KonkursO) stehe der Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheides entgegen, wenn der ordnungswidrige Zustand schon vor Eröffnung des Verfahrens entstanden und die Zustandshaftung nur auf den Verwalter übergegangen sei. Die Kosten der Ersatzvornahme seien weder Massekosten noch Masseschulden. Vielmehr handele es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch, der schon vor Konkurseröffnung begründet gewesen sei. Die Behörde sei deshalb auf die Anmeldung ihrer Forderung zur Tabelle und damit auf die Konkursquote zu verweisen (VGH Bad.-Württ., Urt.v. 11.12.1990, NJW 1992, 64 = BB 1991, 237; Kilger, Rechtsanwendung im Konkurs, FS Merz 1992, 253 [272 ff]; Petersen, Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit und Insolvenz, NJW 1992, 1202; Stoll, Altlasten im Konkurs, ZIP 1992, 1437). Dem Verwalter stehe es praktisch frei, ob er zu Lasten der Masse tätig werden wolle oder ob er es auf die Zwangsvollstreckung ankommen lasse (VGH Bad.-Württ. aaO). Das OVG Schleswig (Urt.v. 20.10.1992, NJW 1993, 2004 mit zustimmender Anmerkung von Pape, EWiR 1993, 167) meint, schon die Androhung der Ersatzvornahme sei rechtswidrig. Die Ausweitung des Kreises der

bevorrechtigten Forderungen führe immer mehr dazu, daß zahlreiche Konkurse schon mangels Masse nicht mehr eröffnet werden könnten. Dagegen müßte es hingenommen werden, wenn die Beseitigung der Altlasten der Allgemeinheit anheimfiele (Pape aaO). Die Gegenauffassung privilegiere diejenigen Behörden, die angesichts von Altlasten vor der Konkursöffnung zugewartet hätten (Smid, Der "Wert des Umweltschutzes" als Ursache des Konkurses eines jeden Insolvenzrechts?, WiR 1993, 1990).

Der Senat folgt diesen Auffassungen nicht. Die Kosten der Ersatzvornahme können im Gesamtvollstreckungsverfahren als vorab zu begleicher Anspruch im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO geltend gemacht werden. Das ist zur Überzeugung des Senats schon die Konsequenz daraus, daß an der Zustandshaftung des Konkursverwalters unabhängig davon festzuhalten ist, wann die zu beseitigende Gefahrenlage entstanden ist (BayVGH Urt.v. 11.12.1979, KTS 1983, 462 [464] m.w.N.; Drews u.a., Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 327 f). An dieser Zustandshaftung ist festzuhalten. Die Inanspruchnahme als Zustandsstörer knüpft nämlich gerade nicht an vorangegangenes gefährdendes Tun an, vielmehr wird derjenige in Anspruch genommen, der aktuell rechtlich in der Lage ist, den störenden Zustand zu beseitigen. Sähe man dies anders, entstünde nach Eröffnung des Konkurs- bzw. Gefahrenvollstreckungsverfahrens ein ordnungsrechtliches Vakuum, das nicht hingenommen werden kann. Schon unter normalen Umständen geht es nicht an, daß in einem Unternehmen, das mit für die Allgemeinheit und die Umwelt gefährlichen Stoffen arbeitet (und gerade in solchen Firmen ist das hier vorliegende Problem regelmäßig von praktischer Bedeutung), niemand für den ordnungsgemäßen Umgang mit gefährlichen Stoffen oder für deren gefahrlose Beseitigung verantwortlich ist. Das gilt um so mehr im Konkurs. Schon die drohende Zahlungsunfähigkeit und noch mehr die nachfolgende Abwicklung eines Unternehmens bringt ohnehin die Gefahr mit sich, daß sich niemand mehr für "Altlasten" verantwortlich fühlt, daß notwendige Entsorgungen aus Geldmangel unterbleiben und Gefahrstoffe einfach zurückgelassen

werden. Der vorliegende Fall bietet dafür ein bereitetes Beispiel. An der Zustandshaftung des Konkursverwalters unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Gefahr ist daher festzuhalten (das vertreten überwiegend auch diejenigen, die hinsichtlich der Kosten der Ersatzvornahme eine andere Auffassung haben, vgl. z.B. Stoll, aaO, 1437; VGH Bad.-Württ., Urt.v. 11.12.1990, aaO).

Dann ist es aber konsequent, die Kosten der Ersatzvornahme als bevorrechtigte Forderung anzusehen. Der Erlaß einer Grundverfügung ist nämlich letztlich sinnlos, wenn von vornherein feststeht, daß eine Vollstreckung aus konkursrechtlichen Gründen nicht erfolgen kann. Zu bedenken ist dabei, daß der Verwalter zu Lasten der Masse nur solche Handlungen vornehmen darf, zu denen er von Gesetzes wegen verpflichtet ist. Erfüllt er eine Ordnungsverfügung mehr oder weniger freiwillig, so läuft er Gefahr, sich gegenüber den Gläubigern schadensersatzpflichtig zu machen. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß eine entsprechende Grundverfügung in der Regel nicht befolgt werden wird. Ein vernünftiger Konkursverwalter muß es zur Abwendung eines Regresses auf die Ersatzvornahme ankommen lassen (K. Schmidt, BB 1991, 1273 [1275]). Damit wird die Zustandshaftung des Konkursverwalters ausgehöhlt und letztlich entsteht, obgleich theoretisch an der Zustandshaftung festgehalten wird, gleichwohl ein ordnungsrechtliches Vakuum. Das Bewußtsein, daß letztlich die Behörde für die Kosten der Beseitigung ordnungswidriger Zustände aufkommen muß, dürfte weiter für diejenigen, die angesichts des drohenden Konkurses mit gefahrträchtigten Stoffen umgehen, nicht unbedingt ein Anreiz zum verantwortungsbewußten Umgang mit diesen Stoffen sein. Auch unter einem weiteren Gesichtspunkt führt die Gegenauffassung zu nur schwer erträglichen Ergebnissen. Sieht man den Konkursverwalter als ordnungspflichtig an, so kann er sich durch Untätigbleiben - worauf der Beklagte zu Recht hingewiesen hat - nach den §§ 326 ff StGB strafbar machen (vgl. dazu OLG Celle, Urt.v. 9.12.1986, NJW 1987, 1281). Der Verwalter steht damit angesichts einer Grundverfügung vor der "Wahl",

entweder den Regreß der Gläubiger oder aber die Erfüllung von Straftatbeständen zu riskieren.

Es geht daher nicht an, daß die Ordnungsbehörde, statt die Beseitigung einer Gefahr durchsetzen zu können, sich mit einem der Konkursquote entsprechenden Teil der Ersatzvornahmekosten begnügen muß. Diese Auffassung beruht noch aus einem weiteren Grund auf einer unzutreffenden Sicht ordnungsrechtlicher Pflichten. Diese ergeben sich nämlich nicht aus einem zweiseitigen Rechtsverhältnis, als dessen Gläubiger der Staat zu betrachten ist. Die Verpflichtung zur Beseitigung eines ordnungswidrigen Zustandes besteht unabhängig von einem sie konkretisierenden Verwaltungsakt, sie ist schon aufgrund Gesetzes zu erfüllen. Die nur im Fall der Nichterfüllung der Pflicht ergehende Ordnungsverfügung dient nicht ihrer Begründung, sondern schon ihrer Durchsetzung. Die ordnungsrechtliche Pflicht besteht nicht einem bestimmten Rechtssubjekt gegenüber, sondern ist vielmehr absolut (vgl. in diesem Sinne OVG Lüneburg, Beschl.v. 7.1.1993, NJW 1993, 1671; ähnlich auch NiedersächsOVG, Beschl.v. 7.5.1991, BB 1992, 1091 mit zustimmender Anmerkung K. Schmidt; ders., Altlasten, Ordnungspflicht und Beseitigungskosten im Konkurs, NJW 1993, 2833; ders., Bodensanierung, Ordnungspflicht und Ersatzvornahme im Konkurs einer Handelsgesellschaft, BB 1991, 1273; ders. in: Kilger/K. Schmidt, Konkursordnung, 16. Aufl., § 59 Anm. 1) a)).

Durchgreifende konkursrechtliche Bedenken gegen diese Auffassung bestehen nicht. Versucht man, die Kosten der Ersatzvornahme in das - auf das Zivilrecht zugeschnittene - System von Forderungen nach der Konkurs- bzw. Gesamtvollstreckungsordnung einzufügen, gleicht die Zustandshaftung am ehesten dem absoluten Anspruch aus § 1004 BGB. Anders als Schadensersatzansprüche sind zivilrechtliche Ansprüche auf Beseitigung einer fortdauernden Gefahr aus § 1004 BGB im Konkurs bevorrechtigt. Überträgt man dies auf die hier fragliche öffentlich-rechtliche Situation, so ergibt sich eine entsprechende Bevorrechtigung für die Grundverfügung, die der

Beseitigung einer fortdauernden Gefahr für absolute Rechtsgüter der Allgemeinheit dient. Bei dieser Einordnung steht weiter fest, daß auch der Sekundäranspruch - nämlich die Kosten der Ersatzvornahme - zu den bevorrechtigten Forderungen gezählt werden muß. Grundsätzlich ist nämlich anerkannt, daß der Sekundäranspruch im Konkurs das Schicksal des Hauptanspruches teilt. Jede andere Lösung würde dazu führen, daß die Mißachtung einer privilegierten Pflicht die Masse enthaften könnte, so daß die Privilegierung der Primärpflicht wertlos würde. Dabei macht es bei vertretbaren Handlungen keinen Unterschied, ob die privilegierte Primärpflicht im Wege der Ersatzvornahme nach § 887 ZPO vollstreckt und durchgesetzt oder ob sogleich Schadensersatz nach § 893 ZPO verlangt wird (vgl. zum vorstehenden Stürner, Umwelthaftung und Insolvenz, FS Merz 1992, 563 [569 ff; 577]). Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch aus der Sicht des Konkursrechtes konsequent, aus der Zustandshaftung des Konkursverwalters auf die Bevorrechtigung der Kosten der Ersatzvornahme zu schließen.

Daß auf diese Art und Weise eine Behörde, die mit dem Erlaß der Ordnungsverfügung bis nach Konkurseröffnung wartet gegenüber derjenigen, die die Ersatzvornahme bereits zuvor durchgeführt und den Leistungsbescheid erlassen hat, privilegiert wird, steht der hier vertretenen Lösung nicht entgegen. Auch derjenige, der vor Konkurseröffnung eine Eigentumsgefährdung selbst beseitigt und die Kosten aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherung liquidieren will, steht schlechter als der zuwartende Eigentümer, der einen noch aussonderungsfähigen Beseitigungsanspruch nach Konkurseröffnung geltend machen kann (Stürner aaO, 578).

Hinzuweisen bleibt schließlich darauf, daß die Beseitigung von Altlasten der Masse regelmäßig auch zugute kommt. Die Verwertung von Betriebsgrundstücken und Betriebsgebäuden ist - wie auch im vorliegenden Fall - regelmäßig davon abhängig, daß entsprechende Gefahren zuvor beseitigt werden. Auf die weitere streitige Frage, ob der Konkursverwalter seine

Zustandshaftung durch Freigabe der gefährdenden Gegenstände beenden kann (so BVerwG, Urt.v. 20.1.1984, NJW 1984, 2427), kommt es im vorliegenden Fall nicht an, weil eine solche Freigabe unstreitig nicht erfolgt ist.

Darüberhinaus ist im vorliegenden Fall die Gefahr, die letztlich durch die Ersatzvornahme beseitigt wurde, nicht schon im vollem Umfang vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstanden. Zwar mag sie latent bereits vorhanden gewesen sei, wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, daß die fraglichen Neutralisatoren bereits früher ausgebaut und eingelagert wurden. Es mag dahinstehen, ob deren Beseitigung als radioaktive Reststoffe bereits vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens hätte verlangt werden können. Jedenfalls war die Gefahr, deren Beseitigung die atomrechtliche Anordnung diene, von ganz anderer, neuer Qualität (vgl. dazu Petersen, NJW 1992, 1202 [1206]). Die GmbH hatte nämlich inzwischen ihren Betrieb eingestellt, das Gelände war nicht abgesichert, es arbeitete niemand mehr an Ort und Stelle, insbesondere war ein Strahlenschutzbeauftragter nicht mehr vorhanden und - nicht zuletzt - stand ein neuer Nutzer, der von den radioaktiven Stoffen nicht wußte, praktisch vor der Tür. Mit anderen Worten: Der Betrieb hatte sich aufgelöst und die radioaktiven Reststoffe waren im wesentlichen ungesichert zurückgeblieben. Dieser Sachverhalt wird nicht zuletzt durch die Schreiben des Klägers selbst vom 24.3.1992 an das SMU deutlich. Darin heißt es, "Da das noch vorhandene Personal kurzfristig weiter abgebaut werden solle, sei die Entsorgung schnellstens zu organisieren." Es bestand folglich - wie der Senat bereits im Urteil vom 21.4.1994 festgestellt hat - akute Gefahr für Leib und Leben Dritter. Eine Gefahr in dieser Form und in diesem Umfang hat vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens gerade noch nicht vorgelegen. Zu diesem Zeitpunkt arbeiteten auf dem Gelände noch Personen, die um die radioaktiven Stoffe wußten, namentlich gab es einen Strahlenschutzbeauftragten. Das Gelände stand auch nicht für jederman offen. Mag also auch schon vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens ein

atomrechtswidriger Zustand und eine latente Gefahr bestanden haben, so ist diese nach und gerade durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens und die darauf folgende Betriebsstillegung akut geworden. Folglich läßt sich im vorliegenden Fall nicht sagen, daß die Zustandshaftung unverändert auf den Kläger als Gesamtvollstreckungsverwalter überkommen ist. Vielmehr ist die akute Gefahr, die letztlich beseitigt werden sollte, erst nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstanden, so daß sie auch deshalb als bevorrechtigte Forderung durch Leistungsbescheid geltend gemacht werden kann.

Die Kostenentscheidung der nach alledem abzuweisenden Klage beruht auf §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 5 VwGO. Sofern durch die Verweisung Kosten entstanden sein sollten, hat diese der Beklagte zu tragen. Das SMU hat sie nämlich durch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verschuldet (Kopp, VwGO, 9. Aufl., § 155 RdNr. 19). Die Rechtsmittelbelehrung zu dem hier angefochtenen Leistungsbescheid ist - ebenso wie bei der Grundverfügung - unrichtig, weil das Oberverwaltungsgericht gemäß § 48 Abs. 1 Nr. 2 VwGO erstinstanzlich zuständig ist. Die Vorschrift gilt ohne weiteres auch für Anordnungen nach § 19 Abs. 3 Atomgesetz (Kopp aaO, § 48 RdNr. 3; Redeker/von Oertzen, 11. Aufl., § 48 RdNr. 16). Sie erstreckt sich auch auf alle damit verbundenen Nebenverfahren. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann es nicht darauf ankommen, ob und inwieweit die Grundverfügung bereit bestandskräftig geworden ist. Vielmehr muß von vornherein (abstrakt) feststehen, wer für Verfahren der vorliegenden Art zuständig ist (a.A. offenbar HessVGH, Beschl.v. 5.8.1987, NVwZ 1988, 75 für einen isolierten Kostenbescheid). Der Senat sieht weiter gemäß § 167 Abs. 2 VwGO davon ab, daß Urteil im Kostenpunkt für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die Revision ist gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Dr.-Peter-Jordan-Straße 19, Postfach 1728, 02627 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Frist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist beim Bundesverwaltungsgericht, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, eingelegt wird.

Die Revision muß das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen.

Die Begründung muß einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Revision und für die Revisionsbegründung. Danach muß sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

gez.:

Dahlke-Piel

Hasske

Müller

B E S C H L U ß

Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß § 13 Abs. 2 GKG auf 46.000,- DM festgesetzt.

Dieser Beschluß ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.

gez.:

Dahlke-Piel

Hasske

Müller

