
Datum: 25.06.2015
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 13. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 13 B 452/15
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2015:0625.13B452.15.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Düsseldorf, 23 L 66/15
Normen: WEG § 1 Abs. 5, WEG § 5, WEG § 10 Abs. 6, WEG § 14 Nr. 4, WEG § 21 Abs. 1,; IfSG § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, IfSG § 16 Abs. 8, TrinkwV § 9 Abs. 8, TrinkwV; § 14 Abs. 3 Satz 4, TrinkwV § 16 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2, VwVG NRW W 63

Leitsätze:

Es ist zulässig und ermessensfehlerfrei, eine Ordnungsverfügung nach dem Infektionsschutzgesetz, mit der die Vorschriften der Trinkwasserverordnung in Bezug auf Legionellen in einer Wohnungseigentumsanlage durchgesetzt werden sollen, an die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft im Sinne von § 10 Abs. 6 WEG zu richten.

Der auf § 9 Abs. 8 Satz 2 TrinkwV gestützten Anordnung einer Gefährdungsanalyse im Sinne von § 16 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 TrinkwV durch Probenahme auf Legionellen steht nicht entgegen, dass seit mehr als zwei Jahren keine durch Legionellen verursachte Erkrankung mehr bei den Nutzern aufgetreten ist, wenn der der Pflichtige seit dem ursprünglichen Legionellenfund die ihm obliegenden Untersuchungen, die auch durch Ordnungsverfügung angeordnet worden waren, nicht ausgeführt hat.

In Bezug auf die Androhung der Festsetzung von Zwangsgeld besteht weder ein Vorrang der Ersatzvornahme noch ist die Höhe des Zwangsgeldes durch die möglichen Kosten einer Ersatzvornahme begrenzt.

Tenor:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 18. März 2015 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

G r ü n d e :

Die zulässige Beschwerde, über die der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO im Rahmen der fristgerecht dargelegten Gründe befindet, ist unbegründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO mit der Begründung abgelehnt, dass die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 10. Dezember 2014 bei summarischer Prüfung rechtmäßig sei und ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehe.

Das Beschwerdevorbringen führt zu keinem hiervon abweichenden Ergebnis. Es ist hierbei ohne Auswirkung, dass es sich insgesamt um einen Antrag auf Anordnung (und nicht teilweise auf Wiederherstellung) der aufschiebenden Wirkung der Klage handelt. Die aufschiebende Wirkung ist in Bezug auf Ziff. 1 und 2 der Ordnungsverfügung durch § 39 Abs. 2 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) i. V. m. § 16 Abs. 8 IfSG ausgeschlossen. Auch die auf § 9 Abs. 8 S. 2 TrinkwV i. V. m. § 16 Abs. 7 S. 1 TrinkwV gestützte Ziff. 2 der Ordnungsverfügung ist eine notwendige Maßnahme zur Sicherstellung der Einhaltung der Trinkwasserverordnung im Sinne von § 39 Abs. 2 IfSG, bei der durch Gesetz die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen ist, da die TrinkwV auf der Grundlage von § 38 Abs. 1 IfSG erlassen wurde und § 39 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 16 Abs. 8 IfSG für dort geregelte Eingriffsbefugnisse ebenfalls gilt.

Die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 10. Dezember 2014 erweist sich auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens als rechtmäßig.

1. Dies gilt zunächst für die in Ziff. 1 angeordnete Übersendung eines aussagekräftigen Belegs über die Installation der Probenahmestellen am Speicherbehälter. Die Einwände der Antragstellerin gegen diese auf § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG i. V. m. § 14 Abs. 3 S. 4 TrinkwV gestützte Anordnung greifen im Ergebnis nicht durch.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Ordnungsverfügung an den richtigen Adressaten gerichtet und diese Adressatenauswahl lässt keine Ermessensfehler erkennen. Bei zutreffender Auslegung des Bescheides, an die das Verwaltungsgericht auch die Bezeichnung der Antragstellerin im Rubrum seiner Entscheidung angepasst hat, ist dieser so zu verstehen, dass die Ordnungsverfügung sich an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer B. /I. in D. und damit an die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft im Sinne von § 10 Abs. 6 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) richtet. Eine Maßnahme gemäß § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 IfSG, mit der die Pflicht nach § 14 Abs. 3 S. 4 TrinkwV durchgesetzt werden soll, hat sich an den hiernach Pflichtigen zu richten. Das ist „der Unternehmer und der sonstige Inhaber“ der Wasserversorgungsanlage, um die es geht. Mit diesem Begriff bezeichnet die Trinkwasserverordnung den nach ihren Vorschriften Verantwortlichen für die dort geregelten Wasserversorgungsanlagen und damit

zugleich den auch ordnungsrechtlich Verantwortlichen. Es geht darum, den verantwortlichen Betreiber der Anlage zu bestimmen und effektive Gefahrenabwehr i. S. d. Trinkwasserverordnung zu ermöglichen. Zugleich verdeutlicht der Wortlaut mit der Nennung des „sonstigen Inhabers“, dass es neben dem Unternehmer sowohl auf das Eigentum an der Anlage als auch auf die tatsächliche Sachherrschaft ankommen kann,

vgl. VG Saarlouis, Urteil vom 23. Februar 2010 – 3 K 552/09 –, juris Rn. 33.

8

Bei der hier in den Gebäuden B. /I. vorhandenen ständigen Wasserverteilung im Sinne von § 3 Ziff. 1 lit. e) TrinkwV, die sowohl eine Trinkwasserinstallation im Sinne von § 3 Ziff. 3 TrinkwV als auch eine Großanlage zur Trinkwassererwärmung im Sinne von § 3 Ziff. 12 TrinkwV umfasst, ist es zulässig, die Antragstellerin als „sonstige Inhaberin“ in Anspruch zu nehmen.

9

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nach § 10 Abs. 6 S. 2 WEG Inhaberin der als Gemeinschaft gesetzlich begründeten Rechte und Pflichten, also auch derjenigen nach der Trinkwasserverordnung bzw. dem Infektionsschutzgesetz. Zugleich nimmt sie nach § 10 Abs. 6 S. 3 WEG die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Dies bezieht sich auch auf die nach § 21 Abs. 1 WEG den Wohnungseigentümern „gemeinschaftlich“ zugewiesene Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Die ständige Wasserverteilung in den Gebäuden der Antragstellerin im Sinne von § 3 Nr. 1 lit. e) TrinkwV steht ganz überwiegend im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer. Da die Antragstellerin als Wohnungseigentümergeinschaft dieses gemäß § 21 Abs. 1 WEG verwaltet und die hieran anknüpfenden Pflichten gemäß § 10 Abs. 6 WEG wahrnimmt, ist sie sonstige Inhaberin der Wasserversorgungsanlage. Das ergibt sich aus Folgendem:

10

Die Zuordnung der ständigen Wasserverteilung in den Gebäuden B. /I. zum Gemeinschaftseigentum ergibt sich aus § 1 Abs. 5 WEG und den Verhältnissen vor Ort unter Berücksichtigung der Begriffsbestimmungen in § 3 TrinkwV. Die ständige Wasserverteilung gemäß § 3 Nr. 1 lit. e) TrinkwV ist eine Anlage der Trinkwasser-Installation. Trinkwasser-Installation ist gemäß § 3 Ziff. 3 TrinkwV die Gesamtheit der Rohrleitungen, Armaturen und Apparate, die sich zwischen dem Punkt des Überganges von Trinkwasser aus einer Wasserversorgungsanlage an den Nutzer und dem Punkt der Entnahme von Wasser befinden. Aus den Vorschriften der TrinkwV ergibt sich, dass in den Gebäuden B. /I. das gesamte Trinkwasser-Netz einschließlich der Apparate zur Wassererwärmung sowie der Speicherung und die Rohrleitungen bis zu den Entnahmepunkten in den einzelnen Wohnungen zu der Wasserversorgungsanlage in Gestalt einer ständigen Wasserverteilung gehört. Dies ist fast alles gemeinschaftliches Eigentum, weil es der Gesamtheit der Gemeinschaft der Eigentümer und nicht dem Sondereigentum an den einzelnen Eigentumswohnungen im Sinne von § 5 WEG dient und entsprechend zugeordnet ist. Der innerhalb der Eigentumswohnungen als Sondereigentum liegende Teil der Rohrleitungen, welcher vom sonstigen Leitungsnetz abgrenzbar ist und nicht der Wasserversorgungsanlage insgesamt zu dienen bestimmt ist, ist als Sondereigentum dem jeweils einzelnen Wohnungseigentümer zugeordnet. Abgrenzungspunkt zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum ist die innerhalb des Sondereigentums liegende, zur Handhabung durch Sondereigentümer vorgesehene erste Absperrmöglichkeit.

11

Vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2012 ? V ZR 57/12 ?, NJW 2013, 1154 ff. = juris Rn. 21; Böck/Pause, ZWE 2013, 346 (347); allgemein: Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., 2010, § 5 Rn. 12.

12

13

Steht die Wasserversorgungsanlage in den Gebäuden B. /I. damit ganz überwiegend im gemeinschaftlichen Eigentum, sind zum einen die Wohnungseigentümer als Miteigentümer sonstiger Inhaber dieser Wasserversorgung, zum anderen nach dem oben Gesagten auch die zur Verwaltung befugte Wohnungseigentümergeinschaft. Die Auswahl zwischen diesen steht im Ermessen der zuständigen Behörde und hat nach den für die Gefahrenabwehr im konkreten Fall geltenden Maßstäben zu erfolgen. Nach diesen ist die Auswahl der Wohnungseigentümergeinschaft zur Durchsetzung von Pflichten nach der TrinkwV regelmäßig ermessensgerecht.

Vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 29. September 2013 – 20 CS 14.1663 –, NJW-RR 2015, 331 ff. = juris Rn. 16 ff.; Böck/Pause, a. a. O., S. 348 ff. 14

Es ist kein Grund ersichtlich, davon hier abzuweichen. Es hat Sinn, ordnungsrechtliche Maßnahmen an die Wohnungseigentümergeinschaft zu richten, weil ansonsten alle – hier bis zu 65 – Eigentümer namentlich und mit gegebenenfalls abweichenden Wohn-Adressen als Adressaten aufzunehmen wären; sind – wie hier – Zwangsmittel beabsichtigt, wäre eine Ordnungsverfügung jedem Adressaten zuzustellen. 15

Auch die sonstigen Einwände der Antragstellerin zu Ziff. 1 der Ordnungsverfügung greifen nicht durch. Die Antragsgegnerin hat sich ihrer Befugnis zur Anforderung eines Nachweises für die Einrichtung der Probenahmestellen im Sinne von § 14 Abs. 3 S. 4 TrinkwV nicht durch ihr vorheriges Verhalten begeben. Zuvor hatte sie der Antragstellerin mit vorangegangenen Ordnungsverfügungen aufgegeben, die Probenahmestellen einzurichten. Nachdem der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin schriftlich mitgeteilt hatte, die Probenahmestellen seien zwischenzeitlich eingerichtet worden, hat die Antragsgegnerin vor dem Verwaltungsgericht erklärt, die Vollstreckung aus erfolgten Zwangsgeldfestsetzungen einzustellen, und Erledigungserklärungen abgegeben. Dem ist schon kein Rechtsbindungswillen dahingehend zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin zukünftig auf die zulässige Forderung eines Nachweises über die fachgerechte Einrichtung von Probenahmestellen verzichtet. 16

Es ist für die Rechtmäßigkeit von Ziff. 1 auch nicht erheblich, ob die Antragstellerin über einen Beleg über die Probenahmestellen verfügt. Es ist ihr zumutbar, sich einen solchen Nachweis gegebenenfalls zu beschaffen. Zugleich stehen ihr andere Möglichkeiten als Austauschmittel offen, um gegenüber der Antragsgegnerin den entsprechenden Nachweis zu erbringen, wie schon die Möglichkeit eines Ortstermins zeigt, die die Antragsgegnerin selbst in der Ordnungsverfügung einräumt. Wenn der Installateur statt eines Beleges als Zeuge vor der Antragsgegnerin erscheinen möchte, dürfte diese, z. B. in einem Ortstermin, keine Einwände haben. 17

2. Die von der Antragstellerin gegen die Bewertung des Verwaltungsgerichts zu Ziff. 2 der Ordnungsverfügung vorgebrachten Rügen greifen ebenfalls nicht durch. Damit hat die Antragsgegnerin die Beauftragung eines gemäß § 15 TrinkwV akkreditierten Labors mit der Probenahme und Untersuchung von Warmwasserproben auf Legionellen an 24 Entnahmestellen sowie die Vorlage der Untersuchungsergebnisse angeordnet. 18

In Bezug auf die Auswahl der Antragstellerin als Adressatin dieser Anordnungen gilt im Grundsatz das zu Ziff. 1 Ausgeführte. Es ist zulässig und ermessensfehlerfrei, die Antragstellerin als Wohnungseigentümergeinschaft heranzuziehen, weil diese das Gemeinschaftseigentum verwaltet und die Wasserversorgungsanlage fast ausschließlich im Gemeinschaftseigentum steht. Zur Ausführung von Ziff. 2 sind auch keine Einwirkungen auf Teile der Wasserversorgung, die eventuell zum Sondereigentum gehören, erforderlich. 19

Lediglich ist es notwendig, in die im Sondereigentum stehenden Wohnungen zu gelangen, um dort die Proben zu entnehmen. Die Erfüllung der in Ziff. 2 enthaltenen Anordnungen ist der Antragstellerin trotz der aus dem Sondereigentum folgenden Rechte der jeweiligen Wohnungseigentümer möglich. Die Wohnungseigentümer sind nach § 14 Ziff. 4 WEG dazu verpflichtet, das Betreten ihrer Wohnungen zu gestatten, soweit dies zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlich ist. Damit ist die Probenahme vergleichbar. Soweit Nutzer vorhanden sind, die nicht Wohnungseigentümer sind, sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, die ihnen zustehenden Rechte aus dem Nutzungsverhältnis zur Betretung geltend zu machen und so dem beauftragten Labor die Probenahme zu ermöglichen.

Die von der Antragstellerin für vorrangig gehaltene Inanspruchnahme einzelner Wohnungseigentümer der konkret von Legionellen betroffenen Wohnungen ist nicht vorrangig. Dies könnte den Zweck der in Ziff. 2 geregelten Maßnahmen, nämlich die Erstellung einer Gefährdungsanalyse im Sinne von § 16 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 TrinkwV, nicht erfüllen, da hierzu nicht einzelne Eigentümer in der Lage sind, sondern die Gefährdungsanalyse vom Inhaber der Wasserversorgungsanlage insgesamt vorzunehmen ist. Hierzu ist es sinnvoll und ermessensfehlerfrei, den Inhaber der Gesamt-Anlage in Anspruch zu nehmen, was auch gegenüber der Antragstellerin erfolgen kann.

20

Die Antragstellerin kann nicht mit Erfolg gegen die in Ziff. 2 der Ordnungsverfügung angeordnete Beprobung auf Legionellen einwenden, dass schon im Jahr 2012 die zweite Probe in der betroffenen Wohnung des erkrankten Mieters deutlich geringere Werte in Bezug auf Legionellen ergeben habe und seitdem ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren verstrichen sei. Zum einen ist durch die zweite Probe das Erfordernis einer die gesamte Wasserversorgungsanlage betreffenden Gefährdungsanalyse nicht entfallen. Die Frage nach eventuellen anderen Ursachen im Gesamtsystem der ständigen Wasserverteilung – neben dem von der Antragstellerin in den Vordergrund gestellten Umstand, dass die betroffene Wohnung länger unbewohnt gewesen war – lässt sich nur durch eine die gesamte Anlage betreffende Gefährdungsanalyse, d. h. durch nicht nur punktuelle, sondern systemische Probenahmen abklären. Zum anderen steht der reine Zeitablauf ohne weitere aufgetretene Erkrankungen an Legionellose bzw. Pontiac-Fieber oder entsprechende positive Proben (die überhaupt nicht vorgenommen worden sind) nicht entgegen. Die Antragsgegnerin war befugt, die Gefährdungsanalyse aufgrund der Legionellenbefunde im Jahr 2012 anzuordnen und durchzusetzen. Dass die Antragstellerin die ihr nach § 16 Abs. 7 S. 1 Ziff. 2 TrinkwV gesetzlich obliegende Pflicht, die die Antragsgegnerin durch die Anordnung nach § 9 Abs. 8 S. 2 TrinkwV lediglich aktualisiert hat, bis heute nicht erfüllt hat, beseitigt diese Pflicht nicht. Unabhängig von der festgestellten Legionellenkontamination ist die Antragstellerin auch nach § 14 Abs. 3 i. V. m. Anl. 4 Teil II lit. b) Satz 2 TrinkwV zu einer Legionellenuntersuchung in dreijährlichem Abstand verpflichtet; die erste Untersuchung musste bis zum 31. Dezember 2013 abgeschlossen sein.

21

Ferner führt der Einwand der Antragstellerin, die Beschränkung auf die Beprobung von 22 von 65 Wohneinheiten mache die Maßnahme ungeeignet und damit rechtswidrig, nicht weiter. Diese Anordnung setzt vielmehr das Übermaßverbot um und beschränkt die Maßnahme auf den notwendigen Umfang. Nach den technischen Regelwerken, auf die das Verwaltungsgericht hingewiesen und anhand deren es die Maßnahme erläutert hat, sind nicht alle Wohneinheiten zu untersuchen, die durch die ständige Wasserverteilung versorgt werden. Vielmehr ist nach Möglichkeit jeder Steigstrang zu untersuchen und es ist auf peripher gelegene Entnahmestellen abzustellen, weil dort das Risiko für die Entstehung von Legionellen höher ist. Das hat die Antragsgegnerin umgesetzt, in dem sie in den jeweiligen

22

Gebäuden weitgehend die Wohnungen in den obersten bewohnten Stockwerken in die Anordnung der Probenahme einbezogen hat. Für den Fall, dass im Einzelfall dort Probenahmen nicht möglich sind, hat sie sich mit der Beprobung von darunter gelegenen – also zum selben Steigstrang gehörenden – Wohnungen einverstanden erklärt.

3. Das Vorbringen der Antragstellerin zu der Androhung von Zwangsgeld führt ebenfalls nicht zum Erfolg der Beschwerde. 23

Einerseits ist die Androhung von Zwangsgeld nicht deshalb ermessensfehlerhaft, weil die Antragsgegnerin im Wege der Ersatzvornahme vorgehen müsste. Ein Vorrang der Ersatzvornahme vor der Festsetzung von Zwangsgeld ist dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW nicht zu entnehmen. Ein Vorrang der Ersatzvornahme ergibt sich hier auch nicht daraus, dass die Antragstellerin aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage wäre, die Anordnung der Beprobung zu erfüllen, weil sie kein Betretungsrecht für die Wohnungen hätte. Die Wohnungseigentümer sind, wie ausgeführt, verpflichtet, den Zutritt zu ermöglichen. 24

Andererseits ist die Androhung von Zwangsgeld in Bezug auf die Nichtbefolgung von Ziff. 2 der Ordnungsverfügung i. H. v. 4.000,00 Euro nicht deshalb rechtswidrig, weil dies die Kosten einer Ersatzvornahme übersteigen könnte. Abgesehen davon, dass die Kosten einer Ersatzvornahme in Bezug auf die Beprobung der gesamten Wasserversorgung nicht bekannt sind, stellen mögliche Kosten einer Ersatzvornahme keine Begrenzung für die Höhe eines Zwangsgeldes dar und stehen auch im Grundsatz der Androhung von Zwangsgeld nicht entgegen. Schon wegen der Verschiedenheit der Zwecke von Zwangsgeld und Erstattung von Kosten einer Ersatzvornahme besteht dieser Zusammenhang nicht. Es steht allein im pflichtgemäßen Ermessen der über den Einsatz von Zwangsmitteln entscheidenden Behörde, ob sie statt der Willensbeugung durch Zwangsgeld die Maßnahme im Wege der Ersatzvornahme selbst durchführt. 25

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. 26

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG. 27

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). 28