

**Polizei-  
und  
Ordnungsrecht  
NRW**

von

Siegmar Kemm

Stand: Juni 2001

**Übersicht**

|  | Seite     |
|--|-----------|
| <b>A. Unterscheidung Polizeirecht – Ordnungsrecht.....</b>   | <b>4</b>  |
| <b>B. Aufgaben der Polizei- und Ordnungsbehörden/<br/>Polizei- und ordnungsrechtliche Grundbegriffe.....</b> | <b>4</b>  |
| I. Ordnungsbehörden .....  | 4         |
| II. Polizeibehörden.....   | 4         |
| III. Verhältnis der Kompetenzen der Polizei- und Ordnungsbehörden<br>für Gefahrenabwehr.....                 | 6         |
| IV. Verhältnis der Polizeibehörden zu den Gerichten bei privaten Rechten.....                                | 6         |
| V. Exkurs: Zuständigkeit der Polizeibehörden bei<br>sog. freiwilligen Selbstschädigungen.....                | 7         |
| VI. Zuständigkeit der Polizeibehörden für die<br>sog. vorbeugende Verbrechensbekämpfung .....                | 9         |
| VII. Sog. doppelfunktionales Handeln .....   | 10        |
| VIII. Polizei- und ordnungsrechtliche Schutzgüter.....   | 10        |
| 1. Öffentliche Sicherheit .....  | 10        |
| 2. Öffentliche Ordnung.....  | 15        |
| IX. Gefahrenbegriffe.....  | 17        |
| 1. Begriff der Gefahr in allg. ....  | 17        |
| 2. Maßgebliche Determinanten für die Gefahrenbeurteilung.....  | 18        |
| 3. Gefahrenarten .....   | 18        |
| 4. Sonderkostellationen.....   | 19        |
| <b>C. Befugnisse der Polizei- und Ordnungsbehörden.....</b>  | <b>21</b> |
| I. Handlungsformen.....  | 21        |
| 1. Polizei- und Ordnungsverfügung.....   | 21        |
| 2. Realakte.....   | 24        |
| 3. Ordnungsbehördliche Verordnung.....   | 26        |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| II.       | System der Ermächtigungsgrundlagen für Polizei- und Ordnungsverfügungen .....            | 27        |
| 1.        | Sonderpolizeirecht/ Sonderordnungsrecht<br>( am Beispiel des Versammlungsrechts ) .....  | 27        |
| 2.        | Allg. Polizei-/ Ordnungsrecht.....   | 28        |
| III.      | Polizeiliches-, ordnungsbehördliches Ermessen .....                                      | 32        |
| 1.        | Allgemeines / Ermessensfehlerlehre.....  | 32        |
| 2.        | Störervorschriften.....  | 36        |
| a)        | Adressaten behördlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen.....                                     | 36        |
| b)        | Verhaltensverantwortlichkeit.....  | 37        |
| c)        | Zustandsverantwortlichkeit.....  | 40        |
| d)        | Störerauswahl.....   | 43        |
| e)        | Die Rechtsnachfolge in die Polizei- und Ordnungspflicht.....                             | 44        |
| f)        | Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand.....                                       | 49        |
| IV.       | Die Vollstreckung einer Polizei- bzw. Ordnungsverfügung<br>im gestreckten Verfahren..... | 51        |
| V.        | Die Vollstreckung einer Polizei- bzw. Ordnungsverfügung bei Sofortvollzug.....           | 60        |
| <b>D.</b> | <b>Sekundärebene.....</b>  | <b>61</b> |
| I.        | Kostenersattung.....   | 61        |
| II.       | Entschädigungen / Schadensersatz .....   | 63        |

**A. Unterscheidung Polizeirecht – Ordnungsrecht**

Die Unterscheidung ist im wesentlichen eine formale. Es geht letztlich nur um die institutionelle Umsetzung der ( leidvollen ) Erfahrungen mit der ( politischen ) Polizei während der Zeit des Dritten Reichs. In den Bundesländern der ehemaligen britischen und amerikanischen Besatzungszone ( wie etwa Nordrhein-Westfalen ) favorisiert man das sog. Trennungsmo­dell, das Polizei­behörden und Ordnungs­behörden institutionell trennt ( vgl. etwa PolG, POG, OBG NW ) und für deren Handeln separate gesetzliche Grundlagen ( eben PolG einerseits, OBG andererseits) vorsieht. In anderen Bundesländern ( wie etwa Baden-Württemberg ) hat man dagegen am sog. Einheitsmodell festgehalten.

**B. Aufgaben der Polizei und Ordnungsbehörden/  
Polizei- und ordnungsrechtliche Grundbegriffe****I. Ordnungsbehörden**

1. Ordnungsverwaltung charakterisiert durch Innendienst, Sachferne, zeitlichen und örtlichen Abstand zum Geschehen, Schriftlichkeit und Förmlichkeit (Vgl. § 20 Abs. 1 S. 1; §§ 25 ff OBG).

2. Einteilung in allgemeines und besonderes Ordnungsrecht

a) Besonderes Ordnungsrecht: Gesamtheit der Fachgesetze des Bundes (z.B.: StVG, StVO) und des Landes (z.B.: BauO, MeldG); siehe unten.

-Zuständigkeit besonderer Ordnungsbehörden  
(Sonderordnungsbehörden, § 12 OGG) z.B. im Gewerbebereich  
(Gewerbeaufsichtsämter nach §§ 44 StVO, 68 StVZO) und  
Gesundheitsrecht ( Gesundheitsämter nach dem BSeuchG)

im übrigen: Zuständigkeit der allgemeinen Ordnungsbehörden im  
Bauordnungs-, Ausländer-, Ausweis-, Paß- und Melderecht

b) Allgemeines Ordnungsrecht (OBG)

3. Funktionen

a) Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1 OBG)

b) Sonstige Aufgaben (§ 1 Abs. 3 OBG)  
insb. Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach OWiG

**II. Polizei­behörden (Polzeivollzugsdienst)**

1. Polizei charakterisiert durch Außendienst, Sachnähe, sofortige Gefahrbekämpfung (vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 PolG) vor Ort, Mündlichkeit und Formlosigkeit.

2. Funktionen

a) Gefahrenabwehr (§ 1 I 1 PolG – sog. präventiv-polizeiliches Handeln ⇔ repressiv )

- b) Sonstige Aufgaben
  - aa) Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (§ 1 Abs. 4 PolG i.V.m. §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 163 Abs.1 StPO; §§ 53 Abs. 1, 46 OWiG)  
  
Beachte: Aufnahme in das Zeugenschutzprogramm ist präventiv-polizeiliches Handeln- VG Gelsenkirchen, NJW 1999 373 ff m. Anm. Soine, NJW 1999, 3688 ff.
  - bb) Vorbeugende Verbrechensbekämpfung (vgl. hierzu Gusy, StV 1993, 269 ff.; BGH NStZ 1995, 601 m. abl. Anm. Welp; vertiefend: Neumann, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, 1994)
  - cc) Volzugshilfe (vgl. §§ 1 Abs.4, 47 ff. PolG) als Spezialfall der Amtshilfe gem. § 4 f. VwVfG, Art. 35 GG
- 3. Wichtige Problemfelder des besonderen Ordnungsrechts ( exemplarisch )
  - a) Straßenverkehrsrecht
    - aa) Errichtung von Anwohnerparkzonen gem. §§ 6 Abs. 1 Nr. 14 StVG, 45 Abs. 1 b S.1 Nr.2, S.2 StVO (BverwG NJW 1998, 2840 ff.)
    - bb) (Zwangsweise) Durchsetzung von Verkehrsregelungen (BVerwG, NJW 1997, 1021 f.; dazu: Mehde: Jura 1998, 297, ff; VGH Kassel NVwZ-RR 1999, 23 ff.; OVG Münster, NJW 1999, 1275; VGH München, DÖV 1999, 306)
    - cc) Verbot von Autorennen auf öffentlichen Straßen (BverwG, NVwZ 1998, 1300 m.Anm. Brodersen, JuS 1999, 509 f.)
  - b) Tierseuchenrecht  
BSE-Schutzverordnung gem. § 79 Abs. 1a S.1 TierSeuchG (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1997, 405 ff.; OVG Lüneburg, NVwZ 1997, 407 f.; OVG Koblenz, NVwZ 1997, 408 f.) und Taubenfütterungsverbot (OVG Lüneburg, NUR 1997, 610)
  - c) Tierschutzrecht  
Vgl. § 16 a Tierschutzgesetz – Dietz, NuR 1999, 205 ff.; OVG Frankfurt/O NuR 1999, 231 f.  
  
Zur Problematik der Zulässigkeit von Tierversuchen, Schelling, NuR 2000 188 ff.  
  
Zur (Verfassungswidrigkeit) der Hennenhaltungsverordnung - (BVerG, NJW 1999, 3253 ff.)
  - d) Gewerberecht
    - aa) Zum Verhältnis Gewerberecht – allg. Ordnungsrecht vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1994, 244 f. sowie Badura, in: Schmidt-Aßmann (Hersg.), Bes. Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999 3. Abschn., Rn. 127.

-zur ordnungsrechtlichen Einordnung von Piercing / VGH Kassel GewArch 1999, 198 f. m. Anm. Jahn, GewArch 1999, 199 f.

-zu Gewerbeuntersagung zuletzt: VGH Mannheim GewArch 2000, 193 f („Dunkelkammer-Fall“)

- bb) Speziell zu sog. Betretungsrechten (Pieroth/Schlink, Grundrechte, 16. Aufl. 2000, Rn. 889 f; m.w.N.; Kempen, NVwZ 1999, 360/361 f.)

Zur Anmeldepflicht gem. § 14 GewO (auch) für Religionsgesellschaften (BVerwG, NVwZ 1999, 766 ff)

e) Verfassungsschutz

- zum Verbot verfassungsfeindlicher Organisationen, die nicht Parteien sind. (Viking-Jugend)-BVerwG, DVBl 1999, 1743 ff.
- zur Beobachtung verfassungsfeindlicher Parteien mit nachrichtendienstlichen Mitteln – BVerwG, NJW 2000, 824 ff.

III. Verhältnis der Kompetenzen der Polizei- und Ordnungsbehörden für Gefahrenabwehr

Primäre Zuständigkeit der Ordnungsbehörden und lediglich subsidiäre Zuständigkeit der Polizeibehörden in Eilfällen ( vgl. § 1 I 3 PolG )

IV. Verhältnis der Polizeibehörde zu den Gerichten bei privaten Rechten

1. Verhältnis zu anderen Hoheitsträgern

- Völkerrechtliche Exterritorialität und Immunität ( vgl. § 18 Abs. 1 S. 1 GVG)
- Im übrigen zu differenzieren:

Materielle Polizei- und Ordnungspflicht des Hoheitsträgers unstreitig (vgl. Friauf, in: Schmidt-Abmann (Hersg.),a.a.O., 2. Abschn. Rn. 103 m.w.N.; Wallerath/Strätker, JuS 1999, 127/129 f.)

Streitig dagegen, ob und inwieweit die Polizei diese Polizeipflicht (zwangsweise) gegenüber dem Hoheitsträger durchsetzen darf (vgl. Friauf, a.a.O., Rn 104 f.; Wallerath/Strätker, a.a.O, 129 ff.)

2. Verhältnis zu den Zivilgerichten (vgl. § 1 Abs.2 PolG bei sog. nur privaten Rechten)

- H.A.: Kompetenzbeschränkung (nur private Rechte als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit –s.u.)
- A.A.: Kompetenzerweiterung (nur private Rechte nicht Teil der öffentlichen Sicherheit – Gusy, Polizeirecht, 4. Aufl 2000. Rn. 92)

- Begriff des nur - privaten Rechts: Recht, das einfach-rechtlich allein im Zivilrecht verbürgt ist (vgl. Schoch, JuS 1994, 570/573; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527 ff)

3. Verhältnis zum Rechtsgüterschutz durch den Bürger selbst  
(materielle Subsidiarität)

Bei freiwilligen Selbstgefährdungen Rechtsgüterschutz nicht Sache des Staates (vgl. VGH Mannheim, NJW 1998, 2235, f.; speziell zum Recht auf Suizid siehe unten)

V. Exkurs: Zuständigkeit der Polizeibehörden bei sog. freiwilligen Selbstschädigungen

Bei freiwilligen Selbstschädigungen ist der Rechtsgüterschutz nicht Sache des Staates, sondern des privatautonom agierenden Bürgers ( vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1998, 2235 ff.)

- Neben dem für die nur privaten Rechte geltenden Subsidiaritätsprinzip des § 1 II PolG, der die vorrangige Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte für den Schutz dieser Rechtspositionen wahren soll, neben diesem objektiv-funktionellen Subsidiaritätsprinzip also, das das Verhältnis von staatlichen Institutionen zueinander beschreibt, gibt es, wenn es um den Schutz sämtlicher Individualrechtsgüter und Rechte geht, noch ein zweites Subsidiaritätsprinzip. Dieses befaßt sich mit dem Verhältnis des Bürgers zum Staat. Damit hat es folgendes auf sich: Da es im geltenden Recht grundsätzlich kein Verbot gibt, sich selbst zu gefährden, eine Selbstgefährdung vielmehr Ausübung grundrechtlicher Freiheit ist, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit (so hat etwa das BVerfG in seiner Cannabis-Entscheidung zwar kein unbeschränktes „Recht auf Rausch“ anerkannt, wohl aber die Vorschriften des BtmG, die den Umgang mit Haschisch für strafbar erklären, an Art. 2 I GG gemessen - BVerfGE 90, 145), wird allgemein angenommen, daß in Fällen ausschließlicher Selbstgefährdung das Schutzgut öffentliche Sicherheit nicht betroffen sei. Vielmehr sei es allein Sache des Trägers des Individualrechts selbst, ob und inwieweit er sich diesen Gefahren aussetze. Etwas anderes soll nach ganz h.M. aber für Selbstmord bzw. Selbstmordversuch gelten.

**Der Selbstmord bzw. der Selbstmordversuch als Gefahr für die öffentliche Sicherheit**  
(grundlegend Chr. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987)

I. Nach ganz h.M. stellt der Selbstmord bzw. der Selbstmordversuch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar (vgl. etwa Götz, Allg. PolOR, Rn. 100; Würtenberger/Heckmann/Riggert, Rn. 274; vgl. auch BayObLG, NJW 1989, S. 1815 ff.). Zur Begründung wird angeführt:

1. Art. 2 II 1 GG gibt dem einzelnen kein Verfügungsrecht über sein Leben.
2. Selbstmord ist keine Entfaltung der Persönlichkeit i.S.d. Art. 2 I GG, sondern im Gegenteil eine Zerstörung der Persönlichkeit (vgl. etwa Frotzcher, DVBl. 1976, S. 702).
3. Aus Art. 2 II 1 GG ergibt sich eine staatliche Schutzpflicht für das Rechtsgut Leben.

## II. Dazu ist folgendes zu sagen:

1. Im Ergebnis ist wohl zutreffend, daß Art. 2 II 1 GG kein Recht auf den Tod verbürgt, also keine Garantie negativer Freiheit enthält. Angesichts dessen, daß allgemein, insbesondere auch in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt ist, daß diverse Grundrechte auch negative Freiheiten garantieren (wie etwa Art. 4, 5, 8, 9 GG) müßte man aber wohl schon begründen, warum dies bei Art. 2 II 1 GG kategorisch nicht so sein soll.
2. Den Selbstmordversuch pauschal aus dem Schutzbereich des Art. 2 I GG zu eliminieren, ist doch sehr formal gedacht, ist eine rein begriffliche Entsorgung des Problems. Art. 2 I GG garantiert nach h.A. zunächst die allgemeine Handlungsfreiheit. Innerhalb dieses Schutzbereichs soll es aber einen herausgehobenen Teilbereich geben, der besonders geschützt werden soll, das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Funktion dieses Rechts ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG, im Sinne der Würde des Menschen die engere persönliche Lebenssphäre zu gewährleisten, dem einzelnen einen Bereich autonomer Lebensgestaltung zu sichern. Warum danach jedenfalls der freiverantwortliche Entschluß, Selbstmord zu begehen, nicht Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sein soll, ist m.E. schlechterdings nicht zu begründen, wenn doch dieses Recht Autonomie bei elementaren Lebensentscheidungen gewährleisten soll. Eine grundlegendere Lebensentscheidung, als sich das Leben zu nehmen, kann es aber wohl kaum geben. Jedenfalls fällt der freiverantwortliche Selbstmordversuch in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit, von der schlechterdings jedes menschliche Tun erfaßt wird. Insgesamt läßt sich daher sagen, daß der freiverantwortliche Selbstmordversuch nicht im grundrechtlichen Niemandsland stattfindet, wie überwiegend angenommen wird. Beim nicht freiverantwortlichen Selbstmordversuch, etwa im Falle einer psychischen Zwangslage oder bei Geisteskrankheit ist es schwieriger, gleichwohl ist m.E. auch hier nur schwer begründbar, warum dieses Verhalten von vornherein nicht grundrechtlich geschützt sein soll. Auch der Geisteskranke hat ein Persönlichkeitsrecht. Mit fehlender Grundrechtsmündigkeit zu operieren, ist problematisch.
3. Wie sieht es nun aus mit der Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG, der Pflicht zum Schutz des Lebens. Anerkannt ist bisher eine Schutzpflicht bei Lebensgefährdungen seitens des Staates und Dritter, nicht aber bei Eigengefährdungen. D.h. mit den bisherigen Schutzpflichtstandards läßt sich eine Schutzpflicht in Fällen von Selbstmord nicht begründen. Ich halte es auch kaum für begründbar, eine Schutzpflicht auch gegenüber dem freiverantwortlich Handelnden anzunehmen, letztlich würde dies auf eine Pflicht zum Leben hinauslaufen und würde damit das Individualrecht auf Leben in sein Gegenteil verkehren. Besser begründbar halte ich dagegen die Annahme einer Schutzpflicht beim nicht freiverantwortlichen Suizid.
4. Insgesamt läßt sich festhalten: Entgegen der h.M. besteht beim freiverantwortlichen Selbstmord keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (konsequenterweise müßte man dann § 35 I Nr. 1 PolG NW zumindest dem Wortlaut nach als Vorschrift ansehen, die sowohl Aufgabe als auch Befugnis der Polizei erweitert, denn hier ist von „Gefahr für Leib und Leben“ die Rede). Dagegen besteht wohl eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit beim nicht freiverantwortlichen Suizid. Damit hat man natürlich ein in der Praxis äußerst schwieriges Abgrenzungsproblem: Was sind die Kriterien für einen freiverantwortlichen Selbstmord (Wertungsproblem) ? Und wann liegt an diesen Kriterien gemessen ein freier Suizid vor (faktisches Problem) ? Die Lösung dieses Problems besteht wohl darin, daß die Polizei- und Ordnungsbehörden eine Offensichtlichkeitskontrolle durchführen. Nur wenn keine Zweifel an der Freiverantwortlichkeit des Selbstmords bestehen, könnte man dann eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit verneinen.



VI. Zuständigkeit der Polizeibehörden für die sog. vorbeugende Verbrechensbekämpfung

1. Begriff

- Verhütung von Straftaten und Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten (§ 1 I 2 PolG): Die Verhütung von Straftaten ist dabei traditionelle Gefahrenabwehr (vgl. 2. Teil, Rn. 122, 124). Neu ist die Verbrechensvorsorge, denn dabei geht es nicht darum, Straftaten zu verhindern, sondern darum, bereits vor deren Begehung sicherzustellen, daß diese später wirksam verfolgt werden können.
- Anders als im Rahmen der §§ 152, 161, 163 StPO sind keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine begangene Tat erforderlich. Hauptanwendungsgebiete sind der Einsatz von V-Leuten (§ 19 I Nr. 2 PolG) und verdeckten Ermittlern (§ 20 I Nr. 2 PolG) sowie von sog. agents provocateurs, aber auch die Abnahme und Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen (§ 14 I Nr. 2, II PolG), die Observation von Personen (§ 16 I Nr. 2 PolG), die Errichtung von Kontrollstellen (§ 12 I Nr. 4 PolG) und das Betreten von Wohnungen (§ 41 III Nr. 1 a PolG), um Straftaten im Vorbereitungsstadium zu verhindern. Hierunter fallen auch der sog. kleine (§ 18 I Nr. 2, II PolG) und große Lauschangriff.
- Problem: Das Gefahrenvorfeld ist zugleich eine spezifisch nachrichtendienstliche Aufgabe.

2. Gesetzgebungskompetenz des Landes für § 1 I 2 PolG und die übrigen Regelungen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung im PolG

Gesetzgebungskompetenz des Landes für Regelungen der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung

- Art. 74 I Nr. 1 GG ist der Kompetenztitel für die StPO („gerichtliches Verfahren“) und auch für die vorgelagerten Verfahren (z.B. §§ 68 ff. VwGO, §§ 150 ff. StPO). Die Gesetzgebungskompetenz des Landes (NRW) für diesen Bereich polizeilichen Handelns ist problematisch, weil die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten im bisherigen Einteilungsschema Verfolgung begangener Straftaten (= repressives Handeln nach Maßgabe der StPO) und Verhütung künftiger Straftaten (= präventives Handeln nach den Normen des PolG (NW)) eine Zwischenkategorie bildet (vgl. 2. Teil, Rn. 118), die folglich Einordnungsprobleme aufwirft. Ausgehend von der Vorschrift des Art. 70 GG, nach der die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich den Ländern zusteht, es sei denn das GG weist sie (ausnahmsweise) dem Bund zu, ist das Problem gedanklich folgendermaßen anzugehen. Gemäß Art. 74 I Nr. 1 GG ist der Bund befugt, das „gerichtliche Verfahren“ zu regeln. Dieser Kompetenztitel bezieht sich dabei nicht nur auf das (eigentliche) Verfahren vor Gericht, sondern umfaßt auch die vorgelagerten Verfahrensstufen, wovon der Bund durch die Regelung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens (§§ 151 ff. StPO; gleiches gilt - in Parallele dazu - für das Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) als Vorschaltverfahren zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren) Gebrauch gemacht hat.

Die Regelung des § 1 I 2 PolG NW ist wegen Verstoßes gegen Art. 74 I Nr. 1, 72 GG (nur) dann verfassungswidrig, wenn Regelungen über die vorbeugende Verbrechensbekämpfung das gerichtliche Verfahren betreffen und der Bund durch Erlaß der §§ 151 ff. StPO auch insoweit von seiner Kompetenz erschöpfend, d.h. abschließend Gebrauch gemacht hat. Da die

Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenz mehr als alle anderen grundgesetzlichen Vorschriften (vielleicht mit Ausnahme des Art. 33 IV, V GG) durch Tradition geprägt sind, erscheint plausibel, unter „gerichtlichen Verfahren“ nur die Gesamtheit von Regelungen zu verstehen, die sich mit Maßnahmen gegen (bereits) begangene Straftaten befassen. Danach wären Regelungen über die vorbeugende Verbrechensbekämpfung ohnehin nicht Sache des Bundes. Jedenfalls ist nicht davon auszugehen, daß die §§ 151 ff. StPO auch hinsichtlich der Befugnisse für die vorbeugende Verbrechensbekämpfung abschließend sein sollen. Denn die StPO gehört zu den sog. Reichsjustizgesetzen von 1877, die sog. organisierte Kriminalität, gegen die sich Maßnahmen der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung in erster Linie richten sollen, ist dagegen ein viel neueres Phänomen. Nach allem sind § 1 I 2 PolG NW sowie die unter Rn. 118 genannten weiteren Vorschriften jedenfalls nicht formell verfassungswidrig.

## VII. Sog. doppelfunktionales Handeln

Problematisch: sog. doppelfunktionales Handeln

- Notwendigkeit der Zuordnung zum präventiven oder repressiven Bereich wegen
- Rechtsweg (§ 40 Abs. 1, S.1 VwGO-§ 23 EGGVG-vgl. § 6 EGStPO)
- Ermächtigungsgrundlage (PolG-StPO)
- Geltung des Legalitätsprinzips (Grundsatz: § 152 Abs. 2 stop; Ausnahmen §§ 153 ff. StPO) oder des Opportunitätsprinzips (vgl. § 8 PolG)

Beachte: auch bei (repressiver) Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gilt das Opportunitätsprinzip ( § 53 OWiG)

- Unterschiedliche Kontrolldichte (vertiefend: Schoch, in FS für Stree/Wessels, 1993, 1017 ff.)
- Abgrenzungskriterium: (obj. Schwerpunkt der Maßnahme (vgl. VGH München, NJW 1984, 2235 ff.; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1989, 412 f.)

## VIII. Polizei- und Ordnungsrechtlichen Schutzgüter ( vgl. Schoch, Jus 1999, 570 ff. )

### 1. Öffentliche Sicherheit (vgl. die Legaldefinition in § 3 Nr. 1 SOG Sachsen-Anhalt)

#### a) Allgemeines

- Das Schutzgut öffentliche Sicherheit fächert sich auf in vier (Teil-) Schutzgüter: den Bestand sowie Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates, die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Rechte und Rechtsgüter des einzelnen sowie kollektive Rechtsgüter. Daraus wird zunächst dreierlei deutlich: Das Schutzgut öffentliche Sicherheit ist sowohl auf den Schutz des Gemeinwesens als auch auf den Schutz des einzelnen gerichtet. Da sämtliche Rechtsgüter letztlich durch die Rechtsordnung konstituiert werden, ist öffentliche Sicherheit die Sicherheit von Rechtsgütern, Sicherheit als

solche ist kein Schutzgut. Zwischen den einzelnen Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gibt es diverse Überschneidungen. So sind etwa die Rechtsgüter und Rechte des einzelnen allein durch die Rechtsordnung zugewiesen bzw. anerkannt; die Rechtsordnung bezweckt vielfach, z.B. im politischen Strafrecht, den Schutz des Staates und seiner Einrichtungen. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist begrifflich also sehr aufgebläht.

- b) Bestand des Staates und (die Funktionsfähigkeit) seiner Einrichtungen und Veranstaltungen
- aa) Hier geht es um den Schutz aller Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden, Hochschulen etc.), ihrer Behörden und Organe (z.B. Parlamente, Gerichte, Gemeinderäte), der ihnen zugeordneten Einrichtungen (z.B. Theater, Museen, Kasernen) und von ihnen abgehaltenen Veranstaltungen (etwa Staatsbesuche). Auf den ersten Blick könnte man meinen, angesichts dieses doch recht breiten Anwendungsbereichs sei dieses Element des Schutzgutes öffentliche Sicherheit besonders bedeutsam. Mittlerweile ist dieser Aspekt der öffentlichen Sicherheit aber relativ bedeutungslos. Aus folgenden Gründen:
- (1) Ein polizeilich relevanter Eingriff in den Bestand des Staates, der nicht zugleich tatbestandsmäßig im Sinne des Staatsschutzstrafrechts der §§ 81 ff. StGB ist, ist kaum vorstellbar, zumal diese Strafnormen auch Vorbereitungs- (§ 81 StGB) und Versuchshandlungen (§§ 83, 11 I Nr. 6 StGB) erfassen.
  - (2) Bestand und Sicherheit des Bundes oder eines Landes ist Schutzgut der Tätigkeit des Verfassungsschutzes (vgl. Art. 73 Nr. 10 b GG; vgl. zur Abgrenzung der Kompetenz zwischen Behörden des Verfassungsschutzes einerseits und Polizei- und Ordnungsbehörden andererseits Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 73 Rn. 23; vgl. i.ü. § 8 II, III BVerfSchG).
  - (3) Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates sind vielfach in speziellen Strafnormen geschützt (vgl. etwa §§ 105 ff., 113 f., 123 StGB).
  - (4) Durch Grundrechte erlaubtes Verhalten gefährdet nicht die öffentliche Sicherheit. Die unliebsame und ohne Ehrverletzung geäußerte Kritik an Repräsentanten des Staates ist durch die Meinungs- und Pressefreiheit des Art. 5 I GG geschützt. Gleiches gilt im Hinblick auf Art. 8 I GG etwa für friedliche Demonstrationen gegen ausländische Staatsgäste, d.h. polizeiliches Einschreiten wäre unzulässig, wenn es allein den Zweck hätte, das harmonische Erscheinungsbild eines Staatsbesuches zu erhalten.

(5) Schließlich kollidiert der Schutz öffentlicher Gebäude und Einrichtungen durch Polizei- und Ordnungsbehörden mit den Kompetenzen anderer Hoheitsträger (Art. 39 II 2 VerfNW, Art. 40 II 1 GG [Hausrecht, Polizei- und Ordnungsgewalt des Präsidenten des Land- bzw. Bundestages; hier dürfen Polizei- und Ordnungsbehörden nur im Wege der Amtshilfe (Art. 35 GG, § 4 VwVfG) bzw. Vollzugshilfe (§§ 1 III, 47-49 PolG NW) tätig werden.]; § 176 GVG; § 51 I GO NW; § 62 I 3 HRG).

=> Dieses Schutzgut hat also nur insoweit praktische Bedeutung, als keine Normverstöße vorliegen oder der unmittelbar räumlich-gegenständliche Bereich des einzelnen Hoheitsträgers verlassen ist, so daß Hausrecht, Ordnungs- und Polizeigewalt nicht mehr greifen.

bb) Problem: Die Warnung vor einer sog. Radarfalle als Gefahr für bzw. Störung der öffentlichen Sicherheit

#### **Die Warnung vor einer sog. Radarfalle als Gefahr für bzw. Störung der öffentlichen Sicherheit**

Nach herrschender Auffassung stellt die Warnung vor einer sog. Radarfalle eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Repräsentativ für diesen Standpunkt ist der Beschluß des OVG Münster, NJW 1997, S. 1596. Nach Ansicht des OVG Münster geht es um das (Teil-) Schutzgut „Funktionstüchtigkeit staatlicher Einrichtungen“: „Die Polizei ist dazu berufen, den ordnungsgemäßen Betrieb der staatlichen Einrichtungen vor Störungen von außen zu sichern, unabhängig davon, ob diese einen Straf- oder Bußgeldtatbestand erfüllen. Es ist daher unerheblich, ob Warnungen vor Verkehrskontrollen von der Rechtsprechung als strafbare oder bußgeldbewehrte Handlungen beurteilt werden. Die zahlreichen Aktionen des Ast. mit dem Ziel, Autofahrer vor Radarkontrollen zu warnen, beeinträchtigen die ordnungsgemäße Durchführung präventiv-polizeilicher Aufgaben auf dem Gebiet der Verkehrsüberwachung und stellen eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar. Die Auffassung des Ast., seine Warnungen förderten die Einhaltung der vorgeschriebenen Höchstgeschwindigkeit und liefen der Aufgabenerfüllung polizeilicher Verkehrsüberwachung nicht zuwider, verkennt die Zielsetzung von verdeckten Geschwindigkeitskontrollen. Nicht angekündigte, verdeckt durchgeführte Geschwindigkeitsmessungen sind nicht dazu bestimmt, die Einhaltung der Verkehrsvorschriften während der Dauer der Messungen auf der Überwachungsstrecke sicherzustellen; sie sollen vielmehr der Feststellung und künftigen Abschreckung derjenigen Kraftfahrer dienen, die Geschwindigkeitsbeschränkungen nicht hinreichend beachten, wenn sie sich unkontrolliert glauben, und auf diese Weise über den örtlichen und zeitlichen Bereich der Kontrolle hinauswirken. Die jederzeitige Möglichkeit von verdeckten Geschwindigkeitskontrollen und etwaigen Sanktionen soll Kraftfahrer anhalten, sich nicht nur an ihnen bekannten Kontrollpunkten, sondern überall und jederzeit an die vorgeschriebenen Geschwindigkeitsbegrenzungen zu halten. Diese Wirkung verdeckter Geschwindigkeitsmessungen wird beeinträchtigt, wenn auf sie hingewiesen und vor ihnen gewarnt wird. Dem steht nicht entgegen, daß die zuständigen Behörden teilweise durch Schilder oder über Rundfunk auf Radarkontrollen hinweisen, um gezielt bestimmte Unfallschwerpunkte zu bekämpfen oder allgemein die Existenz mobiler Radarkontrollen in Erinnerung zu rufen. Derartige Hinweise ersetzen nicht, sondern ergänzen verdeckte Geschwindigkeitsmessungen. Welche Zielsetzung oder Kombination von Zielsetzungen die zuständigen Behörden jeweils verfolgen und welche Art der Verkehrsüberwachung sie

dementsprechend im Einzelfall anwenden, steht in ihrem Ermessen und unterliegt nicht der Dispositionsbefugnis des Ast.“

Diese Auffassung ist bemerkenswert, denn sie überschreitet (bewußt oder unbewußt) den der Konkretisierung einfachrechtlicher Normen durch das Grundgesetz gezogenen Rahmen. Bekanntlich liegt die verfassungsgebende Gewalt beim Volk (vgl. die allerdings deklaratorische Vorschrift des Art. 20 II 1 GG). Kraft dieser verfassungsgebenden Gewalt hat sich das Volk (vgl. Präambel) das GG gegeben und den Staat „Bundesrepublik Deutschland“, d.h. die Staatsgewalt und deren Ausübung (vgl. Art. 20 II 2 GG) konstituiert. Die Ausübung von Staatsgewalt ist daher nur insoweit legitim als sich diese auf dem Boden des Grundgesetzes befindet. Alle Ausübungsformen von Staatsgewalt beziehen ihre Rechtfertigung ausschließlich aus ihrer Rechtsgebundenheit (vgl. Art. 20 III GG), d.h. Sinn und Zweck der Ausübung von Staatsgewalt ist Schutz der Rechtsordnung. [Hierin zeigt sich ein fundamentaler Unterschied zur Rechtsgebundenheit des Bürgers. Auch dieser muß sich legal verhalten, d.h. darf nicht gegen die Gesetze verstoßen. In den Grenzen des Rechts ist er aber frei, d.h. autonom in Zwecksetzung und Zweckverwirklichung. Der Mensch ist so (aus der Perspektive des Rechts betrachtet) Selbstzweck, seine Rechtsunterworfenheit ist bloße Limitierung. Die Funktion von Gesetz und Recht für die Ausübung von Staatsgewalt ist dagegen eine ganz andere. Denn Ausübung von Staatsgewalt wie die Existenz des Staates ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Aufrechterhaltung der rechtlichen Friedensordnung, Rechtsunterworfenheit der Staatsgewalt ist so Ausweis von Daseinsberechtigung.] Nun ist es so, daß - vereinfacht gesprochen - der repressive Schutz der Rechtsordnung in den Händen der Gerichte liegt, m.a.W. die Gerichte haben die Aufgabe und zugleich die Befugnis, die Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Normen durchzusetzen. Die Kompetenzbestimmungen (etwa des § 40 I 1 VwGO) verweisen in das materielle Recht, knüpfen daran an und sind in diesem Sinne sog. Blankettnormen, d.h. die Kompetenzbestimmungen schaffen selbst kein darüberhinausgehendes und wiederum durch die Gerichte zu schützendes materielles Recht. Da die Kompetenz der Polizei, deren Aufgabe in zeitlich vorgelagertem, d.h. präventivem Schutz besteht, nicht weiter gehen kann als diejenige der Gerichte, muß für die Polizei gleiches gelten. So gesehen ist die polizeiliche Generalklausel des § 8 PolG NW ebenfalls eine Blankettnorm, die die gesamte Rechtsordnung begrifflich auf einen gemeinsamen Nenner bringt: den der öffentlichen Sicherheit. Also kann nur das Bestandteil der öffentlichen Sicherheit sein, was Bestandteil anderer Normen ist, also kann die Funktionstüchtigkeit von staatlichen Einrichtungen nur insoweit polizeirechtlich geschützt sein als diese Funktionstüchtigkeit thematisiert ist in Normen. Die h.M. verfehlt diesen Kernpunkt vollständig. Geradezu paradigmatisch ist insoweit der o.g. Beschluß des OVG Münster, der die Funktionstüchtigkeit staatlicher Einrichtungen ohne jede normative Rückbindung zum Gegenstand polizeilicher Schutzbestimmungen macht, so den zwingenden demokratischen Ableitungszusammenhang hinsichtlich der Ausübung von Polizeigewalt übersieht und das Problem letztlich unter Zuhilfenahme eines Begriffes der öffentlichen Sicherheit glaubt lösen zu können, der insoweit Produkt der Polizeirechtsdogmatik des nicht demokratisch legitimierten Kaiserreichs ist.

c) Unversehrtheit der Rechtsordnung

- Die Unversehrtheit der Rechtsordnung ist zunächst dann gefährdet, wenn es um die Verletzung von Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts geht. Problematisch ist, wann von einer Verletzung der entsprechenden Norm in diesem Sinne gesprochen werden kann. Überwiegend (etwa vom BVerwG) wird angenommen, daß die Erfüllung des objektiven Tatbestandes genüge, nicht erforderlich sei demgegenüber die Erfüllung des subjektiven Tatbestands und insbesondere schuldhaftes Verhalten. Da die Rechtsordnung dann verletzt ist, wenn ein Verhalten rechtswidrig ist, kann es in der Tat auf die Frage der Schuld oder sonstiger Voraussetzungen der Strafbarkeit (wie etwa Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe, objektive Bedingungen der

Strafbarkeit, Strafantrag) nicht ankommen. Da ein Verhalten aber nur dann rechtswidrig ist, wenn es den gesamten Tatbestand, also auch den subjektiven Tatbestand erfüllt und Rechtfertigungsgründe fehlen, müßte man auch die Erfüllung dieser Voraussetzungen verlangen. Nun mag man einwenden, daß der Polizeibeamte vor Ort, insbesondere wenn es schnell gehen müsse, unmöglich innere Sachverhaltselemente, subjektive Momente überprüfen könne. Das trifft zu. Diese Ungewißheiten sind dogmatisch aber kein Problem des Schutzguts, sondern ein Problem der Gefahr für dieses Schutzgut. Institute zur dogmatischen Bewältigung dieser Ungewißheiten sind deshalb insbesondere die Figur der Anscheinsgefahr und des Gefahrenverdachts.

- Die Unversehrtheit der Rechtsordnung ist weiter dann gefährdet, wenn es um Verstöße gegen Normen des öffentlichen Rechts geht, die Gebote und Verbote enthalten, aber selbst keine Berechtigung zur Sanktionierung dieser Normverstöße beinhalten. So verbietet etwa das nordrhein-westfälische Sonn- und Feiertagsgesetz, am Sonntag Autos zu waschen, enthält aber keine Befugnis, auf entsprechende Verstöße zu reagieren. Hier greift die ordnungsbehördliche Generalklausel.
  - Um die Unversehrtheit der Rechtsordnung geht es schließlich auch bei Verstößen gegen Vorschriften des Privatrechts. Zu beachten ist dabei die sog. Subsidiaritätsklausel des § 1 II PolG, nach der der Schutz privater Rechte der Polizei nur dann obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.
- d) Rechte und Rechtsgüter des einzelnen wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Vermögen
- Unstreitig Bestandteil der öffentlichen Sicherheit sind diese Rechtspositionen, soweit sie durch öffentlich-rechtliche Vorschriften (beispielsweise durch grundrechtliche Vorschriften, Vorschriften des Immissionsschutzrechts, Strafrechts) geschützt sind (Individualrechtsgütern mit sog. Öffentlichkeitsbezug).
  - Streitig ist, ob dazu auch subjektive Rechte gehören, die ausschließlich in Privatrechtsnormen enthalten sind (private Rechte i.S.d. § 1 II PolG). Dies ist wohlgemerkt kein Problem der polizeilichen Aufgabe, denn der Schutz dieser Rechtspositionen ist jedenfalls polizeiliche Aufgabe, gleichgültig, ob man § 1 II PolG als Aufgabenbeschränkung (h.M.) oder Aufgabenerweiterung sieht (wie etwa Gusy). Es ist hingegen ein Problem der Befugnis. Nur wenn diese ausschließlich privaten Rechte Bestandteil der öffentlichen Sicherheit sind, können Maßnahmen zu deren Schutz auf die Generalklauseln gestützt werden. Da das System der Standardmaßnahmen, d.h. der Spezialermächtigungen, lückenhaft ist, wäre der Schutz nur privater Rechte nur

bruchstückhaft sichergestellt, verkürzt könnte man sagen: Den Polizei- und Ordnungsbehörden wäre insoweit eine Aufgabe zugewiesen, die sie mangels Befugnis nicht erfüllen könnten. M.E. sprechen daher die besseren Argumente dafür, auch die nur privaten Rechte ebenfalls in das Schutzgut öffentliche Sicherheit einzubeziehen.

- e) Kollektive Rechtsgüter
  - Das sind Rechtsgüter der Allgemeinheit, die aus einer Zusammenschau verschiedener Vorschriften eines Gesetzes gewonnen werden.
  - Beispiele: Öffentliche Wasserversorgung, Natur und Landschaft, Volksgesundheit
  
- 2. Öffentliche Ordnung (vgl. § 14 I OBG; Legaldefinition in § 3 Nr. 2 SOG Sachsen-Anhalt)
  - a) Begriff
    - Unter öffentlicher Ordnung wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerläßliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird (vgl. OVG Münster, NJW 1997, 1180).
  
  - b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ordnungsklausel
    - Während es bei der öffentlichen Sicherheit also um den Schutz von Rechtsnormen geht, geht es hier um außerrechtliche Normen, um Sozialnormen oder sozialetische Wertungen. Der polizeiliche Schutz der öffentlichen Ordnung birgt damit ein Grundproblem. Es ist grundsätzlich problematisch, daß der Staat seine Zwangsgewalt für die Einhaltung von nicht zu Rechtssätzen verfestigten Wertvorstellungen soll einsetzen können, m.a.W. soll es wirklich legitime, zwangsweise durchsetzungswürdige Ordnungsnormen geben, die keine Rechtsnormen sind ? Zudem ergeben sich Folgeprobleme: Wie sollen denn die Sozialnormen verbindlich festgestellt werden ? Polizeibeamte und Richter erheben die Wertvorstellungen der jeweils überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung nicht statistisch, nicht im Wege der Demoskopie; sie können wohl kaum anders, als sich einzufühlen und ihre eigenen Wertvorstellungen ins Spiel zu bringen. Deswegen werden gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ordnungsklausel prinzipielle Bedenken erhoben:
  
    - Der Begriff sei zu unbestimmt und verstoße damit gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.

Minderheitenschutz.

- Es sei nicht Aufgabe der Polizei- und Ordnungsverwaltung, sondern der Parlamente (durch Gesetze) für das Zusammenleben unverzichtbare Regeln aufzustellen (Gewaltenteilung).
  - Die Heranziehung ungeschriebener Wertvorstellungen einer Mehrheit mißachte den grundgesetzlichen
- Minderheitenschutz.
- Vgl. zur Kritik an der Ordnungsklausel: Hill, DVBl 1985, 85/88 ff.; Waechter, NVwZ 1997, 729 ff.)
  - Dies sind im wesentlichen auch die Argumente, die diverse Bundesländer ausweislich der jeweiligen Gesetzgebungsmaterialien veranlaßt haben, den Begriff der öffentlichen Ordnung aus ihren Polizei- und Ordnungsgesetzen zu verabschieden. Warum NRW dabei allerdings auf halbem Weg stehengeblieben ist und nur die polizeiliche Generalklausel verändert hat, ist nicht nachvollziehbar.
- c) Praktische Bedeutung
- aa) In krassem Mißverhältnis zur Vehemenz dieser prinzipiellen Kritik steht die relative Bedeutungslosigkeit des Schutzguts der öffentlichen Ordnung. Dies hat zwei Gründe:
- (1) Die rechtliche Ordnung des sozialen Lebens hat mittlerweile einen Perfektionsgrad erreicht, daß eine Lücke, die zu schließen früher Aufgabe der öffentlichen Ordnung war, kaum noch besteht.
  - (2) Im übrigen gibt es im pluralistischen Staat kaum noch mehrheitliche, ja nicht einmal regional weitgehend konzentrierte Vorstellungen von Sitte und Moral. Hinzu kommt, daß sich die Toleranzgrenze vor allem im Bereich der Sexualmoral nach oben bewegt hat. So kann man etwa heute kaum noch nachvollziehen, daß früher, d.h. in den 50er Jahren, das Zusammenziehen unverheirateter Personen oder das Tragen von Bikinis und Miniröcken moralisch mißbilligt wurde. In den 60er Jahren war es in der sog. Sponti-Szene populär, zu „flitzen“, d.h. nackt durch belebte städtische Fußgängerzonen zu rennen. Heute würde man in Geschmacklosigkeiten dieser Art keine Störung der öffentlichen Ordnung sehen (a.A. OVG Münster, NJW 1997, 1180 f.).
  - (3) Problematisch: Betteln als Gefahr für die öffentliche Ordnung (vgl. VGH Mannheim, DÖV 1998, 1015 ff.; Betrieb von „Swinger-Clubs“ –vgl. VG-Dresden, GewArch, 2000, 125 f. mit krit. Anm. Pauly, GewArch 2000, 203 f.)



- bb) Insgesamt läßt sich daher sagen, daß das Schutzgut der öffentlichen Ordnung weitgehend obsolet ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man, was die Generalklausel zwingend vorgibt, die Grenzziehung zwischen öffentlicher Sicherheit einerseits und öffentlicher Ordnung andererseits beachtet. Insbesondere in der neueren Rechtsprechung und einem Teil der Literatur gibt es jedoch eine Tendenz, diese Grenze einzuebnen. Der Begriff der öffentlichen Ordnung soll gewissermaßen verfassungskonform ausgelegt werden. Die herrschenden Anschauungen über die unerläßlichen Voraussetzungen eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens werden als durch die Wertmaßstäbe des GG geprägt angesehen. Wertordnung und Menschenbild des GG, insbesondere die Menschenwürde werden als Ausdruck der Wertvorstellung der Bevölkerung betrachtet (so das OVG Münster, NWVBl. 1995, 473 (474) in seiner Laserdrom-Entscheidung; vgl. auch OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, 30; dagegen: VGH München, NVwZ-RR 1995, 32 f.). Diese Gleichsetzung von gesellschaftlichen Mehrheitsanschauungen und Wertvorstellungen des GG ist abzulehnen. Zwar trifft zu, daß eine Sozialnorm, mag sie auch noch so herrschend sein, nicht von Polizei- und Ordnungsbehörden durchgesetzt werden dürfte, wenn sie nicht in Einklang ist mit Vorschriften des GG. Die Verfassung bietet also den Rahmen auch für Sozialnormen. Das heißt aber nicht, daß der Inhalt der Sozialnorm direkt aus der Verfassung abgeleitet werden könnte. Über die völlig vagen Begriffe des Menschenbildes bzw. Wertungen der Verfassung können im übrigen die persönlichen ethisch-moralischen Vorstellungen des einzelnen Gesetzesinterpreten einfließen. Wo Sozialnormen nicht feststellbar sind, lassen sie sich - um das gewünschte Ergebnis zu erzielen - unter Berufung auf Wertungen der Verfassung fingieren. Mit rechtsstaatlich disziplinierter Interpretation von Gesetzen und Anwendung im Einzelfall hat das nichts zu tun.

## IX. Gefahrbegriffe

### 1. Begriff der Gefahr in allg.

Unter Gefahr i.S. des Polizei- und Ordnungsrechts ist eine Sachlage zu verstehen, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Schaden für eines der Schutzgüter (öffentliche Sicherheit und/oder öffentliche Ordnung) eintreten wird.

### 2. Maßgebliche Determinanten für die Gefahrenbeurteilung

- Grundlage der Prognose ist die auf Fakten, Erfahrungswissen sowie wissenschaftlichen und technischen Erkenntnissen aufbauende allgemeine Lebenserfahrung.
- Maßgeblich für die Beurteilung ist die ex-ante-Sicht, d.h. der Zeitpunkt des polizeilichen Handelns. Die damalige berechnete

Annahme einer Gefahr ist de iure nicht zu korrigieren, wenn sich aufgrund des weiteren Verlaufs der Dinge die Prognose ex post als unrichtig erweisen sollte.

- Hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt nicht, daß der Schaden mit Gewißheit eintritt; andererseits genügt die entfernte Möglichkeit des Schadenseintritts nicht zur Annahme einer Gefahr.
- Die an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellenden Anforderungen sind um so geringer, je bedeutsamer und höherwertiger das gefährdete Schutzgut ist.
- Für die Gefahrenbeurteilung gilt ein objektiver Maßstab (Einschätzung eines objektiven Beobachters).

### 3. Gefahrenarten

#### a) Konkrete Gefahr

- Eine konkrete Gefahr ist die in einem einzelnen Falle bestehende Gefahr. Sie ist Voraussetzung für eine auf die Generalklauseln gestützte Einzelfallmaßnahme zur Gefahrenabwehr (vgl. § 25 S.1 OBG).

#### b) Abstrakte Gefahr

- Die abstrakte Gefahr ist eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Falle ihres Eintritts eine konkrete Gefahr darstellt. Die abstrakte Gefahr genügt für den Erlass von ordnungsbehördlichen Verordnungen (vgl. § 25 S. 1 OBG).

#### c) Gegenwärtige / unmittelbare Gefahr

- Sachlage, bei der das schädigende Ereignis bereits begonnen hat oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht

#### d) Dringende Gefahr (vgl. z.B. Art. 13 IV GG)

- Sachlage, in der mit großer Wahrscheinlichkeit einem besonders wichtigen Rechtsgut ein Schaden droht.

#### e) Gefahr im Verzug (vgl. z.B. Art. 13 II GG)

- Sachlage, bei der ein Schaden eintreten würde, wenn nicht an Stelle der an sich zuständigen Instanz eine andere Behörde oder Person tätig wird (vgl. § 1 I 3 PolG).

#### f) Erhebliche Gefahr

- Eine solche für ein bedeutsames Rechtsgut (Leib, Leben, Freiheit, wesentliche Vermögenswerte, Bestand des Staates)

#### g) Gefahr für Leib oder Leben

- Wenn eine nicht nur leichte Körperverletzung oder der Tod einzutreten drohen
  - h) Gemeine Gefahr
    - Besteht für eine unbestimmte Vielzahl von Personen
  - i) Latente Gefahr (potentielle Gefahr)
    - Fallgestaltungen, in denen die Beschaffenheit einer Sache oder ihre Lage im Raum erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände (vor allem durch eine Veränderung der Umwelt) zur Gefahrenquelle wird => keine Gefahr im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne
4. Sonderkonstellationen  
( Vertiefend: Bauer, in: GS für W. Martens 1987,317 ff. )
- a) Anscheinsgefahr (vgl. OVG Münster, NJW 1980, 138)
    - Eine Anscheinsgefahr liegt vor, wenn die Gefahrenabwehrbehörde im Zeitpunkt ihres Handelns bei verständiger Würdigung der objektiven Anhaltspunkte eine Gefahrenlage annehmen durfte, obgleich sich nachträglich herausstellt, daß eine Gefahr in Wirklichkeit nicht vorlag. Die Anscheinsgefahr hat die sachgerechte und sorgfältige Sachverhaltswürdigung eines idealtypischen Durchschnittsbeamten zur Grundlage.
    - Gefahrenabwehrrechtlich - nicht aber notwendigerweise auch entschädigungsrechtlich - ist die Anscheinsgefahr der objektiven Gefahrenlage gleichgestellt. Der maßgebliche Rechtsgrund für die Gleichstellung der Anscheinsgefahr mit der objektiven Gefahrenlage liegt in der ex-ante-Sicht der Gefahrenbeurteilung und in der Funktion des Gefahrenabwehrrechts, das eine wirksame Unterbindung des Geschehensablaufs verlangt.
  - b) Scheingefahr (Putativgefahr) ( VGH München, BayVBl. 1993, 429 (431); VGH Mannheim, NVwZ 1991, 493)
    - Eine bloße Putativgefahr d.h. keine Gefahr im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne liegt vor, wenn der handelnde Beamte eine Gefahrensituation annimmt, ohne daß dafür hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind. Die Putativgefahr beruht anders als die Anscheinsgefahr auf einer irrigen, nicht vertretbaren und damit pflichtwidrigen Einschätzung der Situation.
  - c) Gefahrenverdacht (vgl. Classen, JA 1995, 608 ff.)
    - aa) Begriff
      - In den Fällen des Gefahrenverdachts verfügt die Verwaltung über tatsächliche Anhaltspunkte, die den Verdacht einer Gefahr begründen; der Verwaltung ist

aber bewußt, daß ihre Erkenntnisse unvollständig sind, so daß eine Gefahr u.U. gar nicht vorliegt. Im maßgeblichen Beurteilungszeitraum stellt sich der Behörde also eine Sachlage dar, die ebensogut gefährlich wie ungefährlich sein kann. Beim Gefahrenverdacht wird eine Gefahr nur für möglich gehalten, während man bei der Anscheinse Gefahr diese für sicher hält.

- bb) Gefahrerforschungseingriffe (vgl. Friauf, a.a.O., Rn.. 52 ff. m.w.N.)
- (1) Beim Vorliegen eines Gefahrenverdachts sind sog. Gefahrerforschungseingriffe zulässig. Das sind vorläufige Maßnahmen zur näheren Erforschung des Gefahrenverdachts. Sie zielen nicht auf die Beseitigung des potentiellen Gefahrenzustands, sondern dienen der Ermittlung von Existenz und Umfang einer Gefahr und der Vorbereitung endgültiger Gefahrenabwehrmaßnahmen. Ausnahmsweise sind endgültig wirkende Eingriffe erlaubt, wenn anders ein zu befürchtender schwerer Schaden für die Allgemeinheit oder für hochrangige Individualrechtsgüter nicht abgewendet werden kann.
  - (2) Umstritten ist der von der Generalemächtigung noch gedeckte Inhalt von Gefahrerforschungseingriffen.
    - 1.A.: Nach h.M. sind Gefahrerforschungsmaßnahmen wegen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG (NW)) von der Verwaltung selbst durchzuführen. Der potentiell Verantwortliche ist lediglich zur Duldung der behördlichen Untersuchungen verpflichtet; in der Auferlegung der Duldungspflicht liegt der sog. Gefahrerforschungseingriff. (vgl. VGH Kassel NVwZ 1993, 1009).
    - 2.A.: Nach der Gegenauffassung kann die Durchführung von Aufklärungsmaßnahmen (z.B. Probebohrungen, Messungen) auch dem (vermeintlich) Verantwortlichen aufgegeben werden. Dafür spricht, daß die Verwaltung gemäß § 24 I 2 VwVfG (NW) befugt ist, Art und Umfang ihrer Ermittlungen selbst zu bestimmen. (vgl. VGH Mannheim VBIBW 1995, 64/66; OVG Münster DVBl. 1996, 1444).
    - 3.A.: Nach einer dritten Ansicht sollte die Frage nicht im Sinne eines starren entweder - oder auf der Tatbestandsseite der Generalklauseln, sondern fallbezogen auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen des

pflichtgemäßen Ermessens entschieden werden.

## C. Befugnisse der Polizei- und Ordnungsbehörden

### I. Handlungsformen

#### 1. Polizei- und Ordnungsverfügungen

- a) Ermächtigungsgrundlage (notwendig wegen des Vorbehalts des Gesetzes)
  - aa) Trennung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen ( vgl. § 1 I PolG; Art. 30 GG ): Aufgabennormen sind keine Grundlage für Grundrechtseingriffe ( vgl. Schoch, DVBl. 1991, 661 ff.; Gusy, aaO, Rn. 164 ff; a. A. BVerwGE 82, 76 ff.; 87, 33 ff.; 90, 112 ff. )
  - bb) Ermittlung der Ermächtigungsgrundlage
    - (1) Spezialgesetzliche Befugnisnormen außerhalb des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts
    - (2) Spezielle Rechtsgrundlage im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht (Standardbefugnis, u.U. Gefahrenabwehrverordnung)
    - (3) Generalklauseln (§§ 8 I PolG NW, 14 I OBG NW)
  - cc) Ggfls. Prüfung der Rechtswirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage
    - Aufbauhinweis: Um zu vermeiden, daß das Gutachten „kopflastig“ eingebürgert, die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage erst im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zu erörtern. Ein solcher Aufbau ist zumindest dann sehr fraglich, wenn sich bei unterstellter Verfassungswidrigkeit Änderungen im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit (z.B. Zuständigkeit) ergeben.
    - Problem: Verfassungsmäßigkeit des § 34 S. 1 PolG NW

**Verfassungsmäßigkeit des § 34 S. 1 PolG****I. Verstoß gegen Art. 11 GG**

## 1. Schutzbereich

## a. Freizügigkeit

- Möglichkeit, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen (BVerfGE 80, 137 (150))

## aa. Wohnsitz

- Ständige Niederlassung an einem Ort (vgl. § 7 I BGB)

## bb. Aufenthalt

## (1) Vorübergehendes Verweilen an einem Ort

## (2) Anforderungen streitig:

1.A.: Bestreben, zu einem neuen dauernden Lebensmittelpunkt zu kommen (BVerwG E 3, 308 (312))

2.A.: Mindestens eine Übernachtung erforderlich (Merten, Der Inhalt der Freizügigkeit, 1970, S. 43 f.)

3.A.: Mehr als flüchtiger Aufenthalt (AK-Rittstieg, Bd. 1, Art. 11 Rn. 32)

4.A.: Mindestmaß an Bedeutung und Dauer (Pieroth/Schlink, 13. Aufl., Rn. 791: Entscheidend für die Abgrenzung ist, daß nicht der Aufenthalt um der Fortbewegung willen geschieht (dann Art. 2 II 2 GG), sondern die Fortbewegung um des Aufenthalts willen. Vgl. Kunig, in: von Münch/Kunig, Art. 11 Rn. 13 f.: Gesamtbetrachtung unter zeitlichen, räumlichen und finalen Gesichtspunkten).

## b. Einschlägigkeit von Art. 11 GG im Hinblick auf den Platzverweis

1.A.: Art. 11 GG nicht einschlägig (h.M., vgl. v. Münch/Kunig, a.a.O., Rn. 20; Rasch, DVBl. 1987, S. 194 (196); in der dogmatischen Zuordnung unklar Schenke, in: Steiner, BesVwR, 2. Abschnitt, Rn. 435)

=> Art. 2 II 2 GG (körperliche Bewegungsfreiheit) ist zu prüfen. Insoweit bestehen (insbesondere im Hinblick auf Art. 19 I 2 GG (vgl. § 7 PolG NW)) keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

2.A.: Art. 11 GG ist einschlägig (Pieroth, JuS 1985, S. 81 (85 mit Fn. 66))

## 2. Eingriff

- Soweit man der Ansicht von Pieroth, a.a.O., folgt, liegt im Platzverweis ein Eingriff im klassischen Sinne vor.

**3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung****a. Gesetzgebungskompetenz des Landes NRW ?**

- Art. 73 Nr. 3, 71 GG sieht eine ausschließliche Bundeskompetenz für Regelungen der "Freizügigkeit" vor.
- Aber: Art. 11 II GG enthält einen Kriminalvorbehalt ("Vorbeugung strafbarer Handlungen"). Da dies unzweifelhaft in die Kompetenz der Länder fällt, sind landesrechtliche Regelungen des Polizei- und Ordnungsrechts zulässig (vgl. BayVerfGH, NVwZ 1991, S. 664 (666)).

**b. Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 11 II GG**

- Verfassungskonforme (restriktive) Interpretation des § 34 S. 1 PolG NW ("Gefahr") erforderlich: Die Vorschrift stellt nur dann eine Ermächtigungsgrundlage für polizeiliche Maßnahmen dar, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 11 II GG gegeben sind.

**c. Verstoß gegen Art. 19 I 2 GG (vgl. § 7 PolG NW)**

1.A.: Art. 19 I 2 GG ist anwendbar (Hailbronner, in: Isensee/Kirchhof, HbStR, Bd. VI, S. 168).

=> Verstoß

2.A.: Art. 19 I 2 GG ist unanwendbar (v. Münch/Kunig, a.a.O., Rn. 20).

- Die Eingriffsmöglichkeiten bestanden bereits nach vorkonstitutionellem Recht, Art. 19 I 2 GG ist in restriktiver Interpretation nicht anzuwenden.

**II. Ergebnis**

- § 34 S. 1 PolG NW ist mithin - folgt man der Ansicht Pieroths, a.a.O. - verfassungswidrig.

**b) Rechtsfehlerfreie Anwendung der Ermächtigungsgrundlage****aa) Formelle Rechtmäßigkeit**

(1) Zuständigkeit der Behörde (vgl. §§ 1 I 3 PolG, 5 I OBG)

(2) Verfahren

- Insbesondere § 28 VwVfG

(3) Form

- Grundsätzlich § 37 II VwVfG NW, aber Schriftform gem. § 20 I OBG NW, wenn nicht Gefahr im Verzug gegeben ist

- bb) Materielle Rechtmäßigkeit
  - (1) Tatbestandserfüllung
    - Problem: Erfüllung des Tatbestandes der §§ 35 I Nr. 1, 41 I Nr. 1, 4 PolG NW („Gefahr für Leib und Leben“) im Falle des (freiverantwortlichen) Suizids. Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung wegen eines Rechts auf Suizid aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ? (s.o.)
  - (2) Rechtsfolge bei Ermessen
    - (a) Entschließungsermessen
    - (b) Auswahlermessen
  - (3) Beachtung sonstigen höherrangigen Rechts (Vorrang des Gesetzes)
    - Bestimmtheitsgebot (§ 37 I VwVfG)

## 2. Realakte

- a) Einsatz unmittelbaren Zwangs als tatsächliches Verwaltungshandeln
  - Die Androhung und die Festsetzung des Zwangsmittels ist jeweils ein VA (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, 381 (382))

### Rechtliche Qualifikation der Anwendung unmittelbaren Zwanges

1. A.: Die Anwendung unmittelbaren Zwanges (vgl. z.B. §§ 51 I Nr. 3, 55, 57, 58 PolG NW) stellt einen konkludenten Gebots-VA (so BVerwGE 26, 161 (164 f.)) bzw. einen konkludenten Duldungs-VA dar (VGH München, NVwZ 1988, S. 1055; vgl. Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, 10. Aufl. 1973, S. 199).

- Der Begriff der „Regelung“ ist vor dem Hintergrund der rechtlichen Wirkung zu sehen. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs führt zu einem unmittelbaren Grundrechtseingriff, z.B. in Art. 2 II GG.
- Wenn die Anordnung, eine polizeiliche Zwangsmaßnahme zu dulden, wegen der darin ausgesprochenen Regelung eines Grundrechtseingriffs zweifelsfrei ein VA ist, kann die unter Verzicht auf eine solche Duldungsanordnung unmittelbar durchgeführte Zwangsmaßnahme, die direkt in ein Grundrecht eingreift, rechtlich nicht anders beurteilt werden.
- § 8 AG VwGO NW (i.V.m. § 80 II 1 Nr. 3 VwGO (früher: § 187 III VwGO)) geht anscheinend von der VA-Qualität polizeilicher bzw. ordnungsbehördlicher Zwangsmaßnahmen aus, da eine „aufschiebende Wirkung“ nur bei Verwaltungsakten Sinn macht.

2. A.: Die Anwendung unmittelbaren Zwanges stellt einen bloßen Realakt dar (ausführlich Pietzner, VerwArch 84 (1992), 261 (271 ff.) m.w.N.).



Die 1. Ansicht ist dogmatisch unter keinem Gesichtspunkt haltbar. Der (zwingende) Schluß vom Grundrechtseingriff auf den VA-Charakter einer Maßnahme ist (zumindest heute) nicht mehr haltbar, da er steht und fällt mit dem klassischen Eingriffsbegriff, der heute überwunden ist. Das zweite o.g. Argument ist widersprüchlich und widerlegt sich damit selbst. Schließlich hat auch das gerne genannte Argument aus § 8 S. 1 AGVwGO NW (und vergleichbaren Bestimmungen anderer Bundesländer) nichts für sich. Zwar mag zutreffen, daß die genannte Vorschrift mit „Maßnahmen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden“ nur (belastende) Verwaltungsakte meinen kann, denn nur für Verwaltungsakte stellt sich die Frage der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs (vgl. § 80 I VwGO). Daraus läßt sich aber nicht (im Rückschluß) ableiten, daß *alle* Vollstreckungs- und Vollzugsmaßnahmen Verwaltungsakte seien. Dies läßt sich insbesondere nicht mit der Erwägung begründen, daß die Vorschrift leerliefe, wenn man die Anwendung von Zwang nicht als VA qualifizierte; denn anerkanntermaßen haben sowohl die Androhung als auch die Festsetzung des Zwangsmittels VA-Charakter. Gegen den o.g. Rückschluß spricht aber hauptsächlich, daß die Vorschrift des § 8 S. 1 AGVwGO NW aufbaut auf jener des § 80 II 1 Nr. 3, 2 VwGO (früher: § 187 III VwGO) und diese wieder auf den Vorschriften der §§ 80 I, 68 I VwGO, die einen VA voraussetzen. Was ein VA ist, ist schließlich einzig der Vorschrift des § 35 VwVfG (NW) zu entnehmen. M.a.W.: Aus der Prozeßrechtsnorm des § 8 S. 1 AGVwGO NW kann sich nicht ergeben, was ein VA ist, denn dies ist eine Frage (nicht des Prozeßrechts, sondern) des materiellen (allgemeinen) Verwaltungsrechts.

Die Konstruktion eines nochmaligen Gebots-VA gleichen Inhalts ist überflüssig, denn der Verwaltungsakt als Handlungsform in Gestalt eines Gebots-VA macht nur Sinn, wenn dieser die Rechtslage (im Einzelfall) konstitutiv verändert. Geradezu aberwitzig ist die Forthoff'sche Vorstellung eines (konkludenten) Duldungs-VA. Dieser soll den Betroffenen verpflichten, die Zwangsmaßnahme hinzunehmen, d.h. etwa den Schlag des Polizeibeamten buchstäblich schmerzlich zu erdulden. Dieses Gebot verlangt vom Betroffenen damit die physische Präsenz, d.h. fordert von ihm ein (passives) Verbleiben am Ort. Damit wird von dem Betroffenen aber in den praktisch häufigsten und bedeutsamsten Fällen das glatte Gegenteil von dem verlangt, was ihm zuvor mit dem Platzverweis abverlangt wurde (vgl. § 34 S. 1 PolG NW). Soll das heißen, daß der Duldungs-VA (wieder einmal konkludent) den Gebots-VA aufgehoben hat? Das wäre kaum plausibel. Also stehen wohl beide VAe diametralen Inhalts nebeneinander. Die Rechtsgebote wären perplex und würden den armen Betroffenen in einem Dilemma zurücklassen. Es fällt schwer, darüber keine Glosse zu schreiben... Nach allem ist die Figur des dem Zwang zugrundeliegenden konkludenten VA als juristische Absurdität einzuordnen.

Festzuhalten gilt es schließlich, daß nach allgemeiner Auffassung diejenigen Fälle nicht über die Konstruktion des konkludenten VA zu lösen sind, in denen der von der Maßnahme Betroffene nicht (einmal) anwesend ist. Ein konkludenter VA unterscheidet sich von ausdrücklichen Verwaltungsakten lediglich darin, daß er durch schlüssiges Handeln und nicht durch ausdrückliche Erklärung erlassen wurde und demgemäß nicht formgebunden sein kann (, denn Formbindung kann es nur bei ausdrücklichen Erklärungen geben). Die beim VA zu erfüllenden Wirksamkeitsvoraussetzungen müssen dagegen im übrigen auch beim konkludenten VA erfüllt sein. Daher muß auch ein konkludenter VA, soll er wirksam werden, bekanntgegeben werden (§§ 43, 41 VwVfG (NW)). Bekanntgabe heißt nun zwar nicht, daß der Betroffene vom Inhalt des VA (= einer einseitigen öffentlich-rechtlichen Willenserklärung) Kenntnis nehmen muß. Wie beim Zugang privatrechtlicher Willenserklärungen genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Daher muß auch eine Bekanntgabe gegenüber Abwesenden möglich sein. Dies kann es (wiederum in Parallele zum Zivilrecht) allerdings nur bei schriftlichen, d.h. ausdrücklichen Erklärungen geben. Nach allem kann es keine wirksame Bekanntgabe eines konkludenten VA unter Abwesenden geben.

b) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

- Solange die Realakte nicht in Rechte einzelner eingreifen, sind sie durch die Aufgabenzuweisungsnorm und das kompetenzgemäße behördliche Handeln gedeckt. Haben

Verwaltungsrealakte hingegen „Eingriffsqualität“, unterliegen sie - abgesehen von der fehlenden Anwendbarkeit des VwVfG NW (vgl. § 9 VwVfG NW) - ähnlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen wie Eingriffsakte in Form des VA.

3. Ordnungsbehördliche Verordnung

a) Ermächtigungsgrundlage

- Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung bestimmt (vgl. Art. 80 I 2 GG, Art. 70 Verf NW)
- Sondergesetzliche Grundlage (vgl. z.B. §§ 12 a BseuchG, §§ 5 LImSchG NW, 14 LWG NW, Art. 297 EGStGB (für sog. Sperrbezirksverordnungen))
- §§ 26, 27 OBG als Generalermächtigung

b) Formelle Rechtmäßigkeit

- aa) Sachliche, örtliche und instantielle Zuständigkeit (§§ 26 I, II, 27 OBG NW)
- bb) Verfahren
  - Mitwirkungsrechte des Landtags gem. § 26 III OBG NW
- cc) Form (§ 30 OBG NW)

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Tatbestandsvoraussetzungen

- Abstrakte Gefahr  
Beachte: Sich auf öffentlichen Straßen und Gehwegen und in Grün- und Erholungsanlagen außerhalb von Freiausschankflächen ausschließlich oder überwiegend zum Zwecke des Alkoholgenusses niederzulassen, ist nicht abstrakt gefährlich (für öffentliche Sicherheit oder Ordnung) – VGH Mannheim, NuR 1999, 221 ff.

bb) Rechtsfolge

- Entschließungs- und Auswahlermassen

cc) Vorrang des Gesetzes (Art. 20 III GG)

dd) Bestimmtheitsgebot (§ 29 I OBG)

d) Gesamtnichtigkeit der Rechtsverordnung bei Nichtigkeit eines Teils  
?

- Im Unterschied zu §§ 139 BGB (für privatrechtliche Rechtsgeschäfte), 59 III VwVfG (NW) (öffentlich-rechtliche Verträge) und 44 IV VwVfG (NW) (VAe) gibt es - wie auch für Satzungen und Parlamentsgesetze - keine gesetzliche Regelung, so daß die Rechtsprechung eine Lösung entwickelt hat.
  - Danach keine Gesamtnichtigkeit, wenn die (wirksame) Restbestimmung sinnvoll bleibt und anzunehmen ist, daß die Bestimmung auch ohne den nichtigen Teil der VO erlassen worden wäre (für die Rechtsprechung repräsentativ etwa VGH Mannheim, NVwZ 1992, S. 1105 (1110)).
- e) Durchsetzung von Gefahrenabwehrverordnungen (§ 31 OBG NW)
- In der Verletzung des in der Verordnung enthaltenen Ge- oder Verbots liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit. Ermächtigungsgrundlage für ein polizeiliches bzw. ordnungsbehördliches Einschreiten ist - vorbehaltlich sog. Standardmaßnahmen - die Generalklausel i.V.m. der verletzten Verordnung.
- f) Bsp: Kampfhunde-VO  
vgl. dazu VGH Mannheim, NVwZ 1999, 1016 ff mit Bespr. Hamm, NVwZ 1999, 964 f; zum Verhältnis der ordnungsbehördlichen VO über die Zucht, die Ausbildung, das Abrichten, das Halten gefährlicher Hunde (GefHuVO) NW zum OBG (OVG Münster, NVWBl. 2000, 307)

## II. System der Ermächtigungsgrundlage für Polizei- und Ordnungsverfügungen

### 1. Sonderpolizeirecht / Sonderordnungsrecht ( am Beispiel des Versammlungsrechts)

#### Ermächtigungsgrundlage für ordnungsbehördliche Maßnahmen gegen Versammlungen

- a) § 15 VersG
- Voraussetzung: Versammlung gem. § 1 Abs. 1 VersG
  - Beachte: Begriff der Versammlung identisch mit jenem des Art. 8 GG, aber: keine personelle Beschränkung auf Deutsche und keine sachliche Begrenzung auf friedliche Versammlungen; andererseits Beschränkung auf öffentliche Versammlungen
  - Bei Entschließungs- und Auswahlermessen besondere Bedeutung des Versammlungsgrundrechts für den demokratischen Willensbildungsprozeß beachten (vgl. BVerfGE 69, 315, ff)
  - vgl. neuestens BVerwG, NVwZ 1999, 991 ff m. Bespr. In Life & Law, 2000, S. 51 ff

- b) § 61 Abs. 1 S. 2 BauO
    - bei nichtversammlungsspezifischen, sondern vom Zustand der baulichen
    - Anlagen ausgehenden Gefahren
  - c) Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht
    - aa) Bei öffentlichen und freidlichen Versammlungen unter freiem Himmel hinsichtlich Verbot und Auflösung kein Rückgriff möglich (sog. Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts)  
Problematisch: sog. Vorfeldmaßnahmen, z.B. Errichtung einer Kontrollstelle gem. § 12 Abs. 1 Nr. 4 PolG
    - bb) Streitig: Maßnahmen gegen nicht-öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel sowie Versammlungen in geschlossenen Räumen
      - 1. Ansicht: Analoge Anwendung des VersG (vg. Rühl, NVwZ 1998, 577/581)
      - 2. Ansicht: Anwendung des allgemeinen POR (vgl. OVG Lüneburg NVwZ 1988, 638)
2. Allgemeines Polizei-/ Ordnungsrecht
- a) Handeln aufgrund spezieller Norm  
Sinn und Zweck der Normierung von Spezialbefugnissen:
    - Bessere Aufgabenerfüllung durch präzise Handlungsanweisungen in typischen Situationen
    - Gegenüber der polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklausel erhöhte Rechtfertigungsanforderungen bei besonders intensiven Grundrechtseingriffen

Folge: Im Anwendungsbereich einer speziellen Befugnisnorm ist Handeln der Polizei- oder Ordnungsbehörde rechtswidrig, das deren formellen oder materiellen Voraussetzungen nicht wahrt. Ein Rückgriff auf die (weniger strengen) Voraussetzungen der Generalklausel ist unzulässig.
  - aa) Einzelne Standardmaßnahmen  
Beachte: Gem. § 24 OBG sind die meisten Vorschriften über Standardmaßnahmen auch auf Maßnahmen der Ordnungsbehörden anwendbar.
    - (1) Identitätsfeststellungen gem. § 12 PolG  
Problematisch, ob auch die sog. Razzia, d.h. die organisierte, überraschende Identitätsüberprüfung eines größeren Personenkreises, davon erfaßt ist. (Vgl. Gusy, Rn 206) Vertiefend zur „Razzia“-Rachor, in: Lisken/Denninger, HdB. des Polizeirechts, 2. Aufl., F Rn. 213 ff.

- (2) Platzverweisung gem. § 34 PolG (Vgl. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 225 ff)

Abzugrenzen von: -Hausverbot

-Auflösung einer  
Versammlung gem. §§ 13, 15  
VersG

-dauerhaftem  
Aufenthaltsverbot (OVG  
Bremen, NVwZ 1999, 315 ff  
mit Bespr. Brodersen JuS  
1999, 1027 f.)

Beachte: Aufenthalt von Nichtseßhaften in  
städtischen Fußgängerzonen allein keine Gefahr  
i.S.d. § 34 PolG (vgl. Mußmann, VBIBW 1986, 52  
f.)

- (3) Sicherstellung gem. § 43 PolG

(a) Begriff: Aufhebung des Gewahrsams  
des bisherigen  
Gewahrsamsinhabers und Begründung neuen,  
staatlichen Gewahrsams

(b) Problematisch, ob darüberhinaus zu fordern  
ist, daß die Maßnahme (zum Zwecke der  
Gefahrenabwehr) gerade darauf gerichtet sein  
muß, staatlichen Gewahrsam zu begründen.  
Praktischer Anwendungsfall: sog.  
Abschlepp-Fälle:

- 1. Ansicht: Für die Annahme einer  
Sicherstellung ist ausreichend, daß staatlicher  
Gewahrsam begründet wird. (vgl. VGH  
München, NVwZ 1990, 180 f.)

-2. Ansicht: Sicherstellung nur dann,  
wenn die Begründung staatlichen  
Gewahrsams für die Gefahrenabwehr  
notwendig ist.

(vgl. VGH Kassel, NVwZ 1987, 904, 909)

Arg. Für 2. Ansicht:  
Obligatorische Verwahrung gem. § 44 Abs.  
1, S. 1 PolG

- (4) Gewahrsam gem. § 35 PolG

(a) Begriff: Ein mit hoheitlicher Gewalt  
hergestelltes Rechtsverhältnis,  
kraft dessen einer Person die  
Freiheit in der Weise entzogen wird, daß sie  
von der Polizei in einer dem polizeilichen  
Zweck entsprechenden Weise verwahrt und

daran gehindert wird, sich fortzubewegen  
(vgl. OVG Münster, NJW 1980, 138f.)

Beachte: Nicht erforderlich ist nach h.A. daß der Betroffene in einer besonders dafür bestimmten Einrichtung eingeschlossen ist (vgl. OVG Münster, DVBl. 1979, 733; a.A. Maaß, NVwZ 1985, 151/156). Auch die Einschließung von Demonstranten in Form eines sog. Polizeikessels kann Ingewahrsamsnahme sein (vgl. VG Hamburg, NVwZ 1987, 829/832).

(b) Arten:

-§ 35 Abs. 1 Nr. 1 Pol (sog. Schutzgewahrsam)

-§ 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG (sog. Sicherheitsgewahrsam)

Problematisch wegen Art. 5 Abs. 1, s.2 EMRK, wonach die Freiheitsentziehung nur zur Verhinderung einer „strafbaren Handlung“ zulässig ist; streitig daher, ob die Vorschrift wegen des Verstoßes gegen die im Rang eines einfachen Bundesgesetzes stehenden EMRK (vgl. Art. 59 Abs. 2, S.1 GG; BverfGE 82, 106/114) gem. Art. 31 GG nichtig ist (so etwa: Jahn DVBl. 1989, 1038/1039; a.A. VGH München, BayVBl 1990, 658 f. zur gleichlautenden Vorschrift des § 17 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG; VG Schleswig zu §§ 204, 249 SchlHLVwG, NJW 2000 970 f.)

-§ 35 Abs. 1, Nr. 3 PolG  
(Gewahrsam zur Durchsetzung eines Platzverweises)

Beachte: Dogmatische Einordnung streitig:

-1. Ansicht:  
Vollstreckungsmaßnahme (vgl. Rachor, in: Lisken/Denninger, a.a.O. Rn. 310)

- 2. Ansicht: Standardmaßnahme (vgl. VG Bremen, NVwZ 1986, 862/863) vgl., jüngst BVerfG, NJW 1999, 3773

-Problematisch: sog. Verbringungs-gewahrsam

- Begriff: Entfernung einer Person von einem bestimmten Ort

und deren Verbringung an einem anderen, meist abgelegenen Ort, um ihre baldige Rückkehr zu verhindern. (vgl. Mußmann, Polizeirecht Baden-Württemberg, 3.Aufl., Rn. 202)

-Streitig, ob überhaupt Gewahrsam (vgl. Mußmann, VBIBW 1986, 52, 54 f) -Gegen Gewahrsam:

- keine Gewahrsamseinrichtung (Maaß, a.a.O)

- Streitig, ob dann, wenn kein Gewahrsam vorliegt, Rückgriff auf die Generalklausel zulässig (dagegen: Friauf.a.a.O., da Normen über Gewahrsam bzgl. Freiheitsentzug zur Gefahrenabwehr abschließend, Rn. 134; LG Hamburg, NVwZ-RR 1997, 537/538)

-vertiefend: Kappeler, DÖV 2000, 227 ff

-Problematisch: sog. Polizeikessel bei Versammlungen

- Konstellation 1:

„Einkesselung“ einer friedlichen Versammlung ohne deren Auflösung gem. § 15 Abs. 2 VersG unzulässig, weil Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht nicht möglich (vgl. Gusy, JuS 1993, 555/556; Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 11. Aufl. § 1 Rn. 188) und Kessel auch keine sog. Minusmaßnahme gegenüber Auslösung.

- Konstellation 2: „Einkesselung“ nach Auflösung; das allgemeine Polizeirecht zwar prinzipiell einschlägig, aber Kessel wegen § 13 Abs. 2 VersG unzulässig (VG Hamburg, NVwZ 1987, 829/832).

b) Handeln aufgrund der Generalklausel

III. Polizeiliches-, ordnungsbehördliches Ermessen

1. Allgemeines / Ermessensfehlerlehre

- a) Es gilt im Polizei- und Ordnungsrecht das Opportunitätsprinzip und nicht wie grundsätzlich bei der Strafverfolgung (§§ 163, 152 II StPO) das Legalitätsprinzip. Rechtsdogmatisch bedeutet dies, daß Gefahrenabwehrmaßnahmen in das behördliche Ermessen gestellt sind (vgl. §§ 8 I PolG, 14 I OBG). Die Ermessensbetätigung wird rechtlich gesteuert, das stellt der gesetzliche Hinweis (§§ 3 I PolG, 16 OBG) auf das „pflichtgemäße Ermessen“ ausdrücklich klar. Daraus ergeben sich strukturelle und inhaltliche Rechtsbindungen für die Ermessensausübung. Die strukturellen Vorgaben setzt das allgemeine Verwaltungsrecht (vgl. § 40 VwVfG). Danach muß die Behörde, um pflichtgemäß zu handeln, das Ermessen überhaupt ausüben, von zutreffenden tatsächlichen Umständen ausgehen (vgl. §§ 24, 26 VwVfG) und die inneren und äußeren Ermessensgrenzen beachten. Innerhalb dieses Rahmens rechtlicher Bindungen dürfen die Gefahrenabwehrbehörden Opportunitätsüberlegungen anstellen.
- b) Ermessensfehler (vgl. § 40 LVwVfG)
- aa) Ermessensnichtgebrauch
- bb) Ermessens Fehlgebrauch (Verletzung der inneren Ermessensgrenzen)
- Die Behörde muß das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausüben (§ 40 VwVfG NW). Die Verwaltung darf im vorliegenden Zusammenhang also nur zur Gefahrenabwehr tätig werden. Ein Einschreiten aus persönlichen Gründen wäre dem handelnden Beamten nicht gestattet. Auch die dauernde Tolerierung von Rechtsbrüchen aus politischer Opportunität wäre mit dem Zweck des Gefahrenabwehrrechts nicht vereinbar.
- cc) Ermessensüberschreitung (Verletzung der äußeren Ermessensgrenzen)
- Insbesondere: das Übermaßverbot (vgl. auch §§ 2 PolG, 15 OBG)

### Das Übermaßverbot im Polizei- und Ordnungsrecht

#### I. Geeignetheit

- Eine Maßnahme ist im Sinne des Übermaßverbots geeignet, wenn sie zur Gefahrenabwehr objektiv zwecktauglich ist und nicht etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt. Maßgeblich für die Beurteilung ist die ex-ante-Sicht der handelnden Behörde. Zwecktauglichkeit liegt bereits vor, wenn die Maßnahme zur Gefahrenbekämpfung bzw. Störungsbeseitigung beiträgt. Nicht erforderlich ist die vollständige Bannung der Gefahr; es genügt, daß der Zweck wenigstens gefördert wird.

#### II. Erforderlichkeit

- Eine Gefahrenabwehrmaßnahme ist nur dann erforderlich, wenn sie von mehreren möglichen und gleich geeigneten Mitteln dasjenige ist, das den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt (Prinzip des Interventionsminimums).



**III. Verhältnismäßigkeit i.e.S. (Angemessenheit)**

- Die Gefahrenabwehrmaßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Die Verhältnismäßigkeit ist nicht schon bei einem geringen Übergewicht des Nachteils gegenüber dem Erfolg der Maßnahme verletzt; beachtlich ist nur ein erkennbares Mißverhältnis von einigem Gewicht. Die Abwägung hat einerseits die Bedeutung des bedrohten Schutzgutes, andererseits die Schwere des drohenden Schadens (Umfang, Gewicht, Ausmaß des Nachteils für den Betroffenen, finanzielle Folgen) und die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts in Rechnung zu stellen.

**IV. Austauschmittel**

- Wenn zur Gefahrenabwehr mehrere Mittel in Betracht kommen, genügt es, daß eines davon bestimmt wird. Dem Betroffenen ist es jedoch auf Antrag zu gestatten, ein anderes, ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird (vgl. §§ 3 II PolG, 21 OBG).

## b) Entschließungsermessen - Auswahlermessen

## aa) Entschließungsermessen („ob“)

- Ein Absehen von Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung ist ermessensfehlerhaft, wenn die Grenze der noch tolerierbaren Schädlichkeit, die von der Bedeutung des bedrohten Rechtsgutes, der Intensität der Gefährdung bzw. Störung und den eventuell mit einem Eingreifen verbundenen Risiken abhängt, überschritten ist.
- Ermessensfehlerhaft ist ein Nichteinschreiten der Behörde auch dann, wenn Gründe politischer Opportunität dermaßen dominieren, daß erhebliche bzw. systematische Rechtsbrüche fortwährend hingenommen werden und der gesetzestreue Bürger das Nachsehen hat.

## bb) Auswahlermessen („wie“)

- (1) Wahl des Mittels
- (2) Störerauswahl (vgl. unten 2. Teil, Rn. 142 f.)

## d) Ermessensreduktion auf Null am Beispiel des Anspruchs auf ordnungsbehördliches Einschreiten (vgl. Dietlein, DVBl 1991, 658, ff.; BerwGE 31, 95; OVG Münster, NVwZ 1982, 574)

**Ermessensreduktion auf Null am Beispiel des Anspruchs auf ordnungsbehördliches Einschreiten**

- Aus der objektivrechtlichen behördlichen Pflicht zum Einschreiten (wegen Ermessensreduzierung auf Null) folgt nicht schon ein - notfalls verwaltungsgerichtlich durchsetzbarer - Anspruch des Bürgers auf Tätigwerden der Polizei bzw. der Ordnungsbehörde. Denn im Verwaltungsrecht korrespondiert nicht mit jeder Pflicht der Verwaltung ein Anspruch des tatsächlich dadurch Begünstigten. Das Verwaltungshandeln kann sich juristisch auch als bloßer Rechtsreflex darstellen. Als Anspruchsgrundlage kommt die pflichtbegründende Rechtsnorm nur in Betracht, wenn sie nicht nur öffentliche Interessen schützt, sondern auch Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Notwendig ist ein subjektives öffentliches Recht. Auszugehen ist von der Befugnisnorm der Behörde. Ob das Polizei- und Ordnungsrecht neben dem Allgemeininteresse ausnahmsweise auch Individualinteressen schützt, ist eine Frage der Auslegung. Dabei ist nach dem Rechtsgut, welches vor der Gefahr geschützt werden soll, zu differenzieren.

a. Entschließungsermessen

- aa. Eine Schrumpfung des Entschließungsermessens auf Null setzt voraus, daß bei pflichtgemäßer Ermessensausübung keine andere Verwaltungsentscheidung als diejenige, überhaupt tätig zu werden und einzuschreiten, rechtmäßig ist.
- bb. Damit eine Ermessensreduzierung überhaupt in Betracht kommen kann, müßte ein verwaltungsbehördliches Einschreiten zunächst einmal zulässig sein (Übermaßverbot als Maßstab).
- cc. Das behördliche Tätigwerden müßte jedoch nicht nur zulässig, sondern darüber hinaus müßte ein Absehen vom Einschreiten ermessensfehlerhaft sein. Nur dann besteht die behördliche Pflicht, gegenüber dem bestehenden Gefahrenzustand einzugreifen. Eine Pflicht zum Einschreiten könnte aufgrund einer Schrumpfung der inneren und äußeren Ermessensgrenzen in Betracht kommen.

(1) Innere Ermessensgrenzen

- Die sog. inneren Ermessensgrenzen werden durch den Zweck der Ermächtigung determiniert. Der Zweck der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel wird entscheidend von der gesetzlichen Aufgabenstellung, also der Gefahrenabwehr, bestimmt. Zum Zweck der Gefahrenabwehr sind Gefahrenabwehrbehörden geschaffen, so daß bei einem Gefahrenzustand im Regelfall ein Tätigwerden erwartet werden darf. Mit einer derartigen Interpretation wird auch nicht das gesetzlich normierte Opportunitätsprinzip unterlaufen.
- Das Opportunitätsprinzip soll den Gefahrenabwehrbehörden insbesondere den möglichst effektiven Einsatz ihrer Mittel ermöglichen. Deshalb muß auch der Aufwand, der mit der Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung verbunden ist, im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden dürfen.

(2) Äußere Ermessensgrenzen

- Die sog. äußeren Grenzen des Ermessens werden insbesondere durch das Verfassungsrecht und vor allem durch die Grundrechte gezogen. Für die Ermittlung eines Anspruchs auf behördliches Einschreiten kommt es v.a. auf folgende Gesichtspunkte an:
  - (a) Die Bedeutung des gefährdeten bzw. gestörten Rechtsgutes
    - Z.T. wird eine Ermessensreduktion auf Null nur in extrem gelagerten Situationen, nämlich bei der Beeinträchtigung höchster Rechtsgüter wie Leben und körperliche Unversehrtheit angenommen, nicht dagegen bei der Störung von Sacheigentum (VG Berlin, DVBl. 1981, S. 785). Gegen eine derart enge Begrenzung der Rechtsgüter spricht jedoch der Verfassungsrang des Eigentums.
  - (b) Intensität der Gefährdung bzw. Störung
    - Angesichts des grundsätzlich anzuerkennenden Entschließungsermessens der Verwaltung genügt nicht schon jede Gefahr für das Eigentum bzw. dessen Störung, um eine Ermessensreduktion auf Null annehmen zu können. Das Opportunitätsprinzip soll es den Gefahrenabwehrbehörden gerade erlauben, bei bestimmten Rechtsgutverletzungen von einem Einschreiten abzusehen. Von entscheidendem Gewicht für die Beurteilung des verbleibenden behördlichen Ermessensspielraums ist demzufolge die Intensität der Gefahr bzw. Störung in bezug auf das Schutzgut (BVerwGE 11, 95 (97)).
  - (c) Risiken, die mit dem Einschreiten verbunden sind

## 2. Auswahlermessen

- Ein Anspruch auf polizei- und ordnungsbehördliches Einschreiten in einer bestimmten Weise setzt voraus, daß das Auswahlermessen auf Null reduziert ist. Das Auswahlermessen bezieht sich auf die Wahl des Verantwortlichen und auf die Wahl des Mittels. Die begehrte Maßnahme muß zulässig sein und es darf kein sonstiges Mittel zur Gefahrenabwehr zur Verfügung stehen.

## 2. Störervorschriften

(vgl. von Mutius, Jura 1983, 298, ff.; Schoch, JuS 1994, 849, ff.)

### a) Adressaten behördlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen

- aa) Natürliche Personen; auf Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit bzw. auf Verschulden bzw. Verschuldensfähigkeit kommt es entsprechend der auf objektive Gefahrenabwehr bzw. Störungsbeseitigung zielenden Funktion des Polizei- und Ordnungsrechts nicht an.

bb) Juristische Personen des Privatrechts sowie teilrechtsfähige Vereinigungen (§ 11 VwVfG NW).

cc) Polizeipflicht von Hoheitsträgern (vgl. Schoch, JuS 1994, S. 849 (852 f.))

### Polizeipflicht von Hoheitsträgern

**I. Bindung von Hoheitsträgern (Bund, Länder, Gemeinden etc.) an das Polizei- und Ordnungsrecht wegen Art. 20 III GG (vgl. VGH Kassel, NVwZ 1997, S. 304)**

**II. Dürfen die zuständigen Behörden gegen das zum Störer gewordene Hoheitssubjekt zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorgehen ?**

1. A.: Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen, wenn und soweit dadurch in deren Kompetenzbereich eingegriffen würde. Ausnahmen sind bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und bei fiskalischen Hilfsgeschäften sowie bei eilbedürftigen Gefahrenabwehrmaßnahmen anerkannt.

- Aus der gesetzlichen Kompetenzordnung ergibt sich, daß jeder Hoheitsträger in seinem Aufgabenbereich Gefahren für die öffentliche Sicherheit selbst zu bekämpfen hat. Notfalls muß die Aufsichtsbehörde eingeschaltet werden. Für einen Übergriff in den fremden Hoheitsbereich mangelt es den Polizei- und Ordnungsbehörden an der sachlichen Zuständigkeit.

2. A.: Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen. Aus Kompetenzgründen sind nur solche Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen den Hoheitsträger untersagt, die die Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen (Fach-) Aufgaben ernstlich beeinträchtigt.

- Der Hinweis auf die fehlende sachliche Zuständigkeit geht fehl. Die Gefahrenabwehrbehörde macht der Fachbehörde ja nicht die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Fachaufgabe streitig, sondern vollzieht das Polizei- und Ordnungsrecht; dafür ist sie, und zwar allein, sachlich zuständig.

b) Verhaltensverantwortlichkeit (§§ 4 PolG NW, 17 OBG NW)

aa) Positives Tun / Unterlassen

- Ein Unterlassen ist gefahrenabwehrrechtlich nur erheblich, wenn eine (verwaltungsrechtliche) Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr besteht. (sog. passiver Störer – VGH Mannheim, VBIBW. 1996, 302 f.)

bb) Zusatzverantwortlichkeit (§§ 4 II, III PolG, 17 II, III OBG)

- Zurechnung fremden Verhaltens bei Aufsichtspflichtigen und Geschäftsherrn

cc) Der Begriff der „Verursachung“

Beachte: Mitverursachung genügt (vgl. OVG Lüneburg, NJW 1998, 97/98)

(1) Äquivalenztheorie

- Mangels eines Korrektivs (wie z.B. Verschulden) zu weit
- (2) Adäquanztheorie
- Zu eng, da das Gefahrenabwehrrecht auch atypischen Geschehensabläufen begegnen können muß
  - Zu weit, da sie auch Verhaltensweisen erfaßt, die im Einklang mit der Rechtsordnung stehen
- (3) Theorie der rechtswidrigen Verursachung (vgl. Herrmann, DÖV 1987, 666/670 ff.)
- (4) Theorie der unmittelbaren Verursachung (h.M.; vgl. OVG Münster, NVwZ 1997, 804 f.)
- (a) Begriff
- Nach der Lehre von der unmittelbaren Verursachung ist bei der Ermittlung der für den Eintritt der Gefahr wesentlichen Ursachen darauf abzustellen, wer bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die Gefahrengrenze überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat.
  - Bei mehreren zusammenwirkenden Faktoren ist dies i.d.R. das zeitlich letzte Glied in der Kausalkette. Aber das muß nicht so sein. Ein zeitlich davor liegendes Element kann eine erhöhte Gefahrentendenz in sich tragen, hinter der Elemente im späteren Kausalverlauf bei wertender Betrachtungsweise als unbeachtlich erscheinen (vgl. die Figur des Zweckveranlassers). „Unmittelbarkeit“ ist also i.S. eines engen Wirkungs- und Verantwortungszusammenhangs zwischen Verhalten (bzw. Sachzustand) einerseits und Gefahr andererseits zu verstehen. Bei der Wertung der Bedingungen kommt der Rechtsordnung - und damit Gesichtspunkten der Pflichtwidrigkeit sowie der Risikozurechnung - eine maßgebliche Bedeutung zu. Wer sich im Einklang mit der übrigen Rechtsordnung verhält, ist polizei- und ordnungsrechtlich grundsätzlich nicht „Störer“. Als polizei- und ordnungsrechtlich relevant außer Betracht bleiben mittelbare Ursachen, d.h. der Gefahr oder Störung

entfernt liegende Verhaltensweisen, die lediglich einen Anlaß für den Gefahrenzustand darstellen.

- (b) Die Figur des Zweckveranlassers (krit. Erbel, JuS 1985, 257 ff.; Muckel, DÖV 1998, 18 ff.)

## Die Figur des Zweckveranlassers

### I. Prinzipielle Anerkennung

1. A.: Die Figur des Zweckveranlassers ist anzuerkennen. Sie ist nicht eine eigene "Störerkategorie", sondern vielmehr ein besonderer Anwendungsfall der Theorie der unmittelbaren Verursachung. Es entspricht der jener Lehre immanenten wertenden Betrachtungsweise, daß man nicht bei der vordergründigen Beurteilung des äußeren Geschehensablaufs stehen bleibt, sondern das Bestehen eines engen inneren Zusammenhangs zwischen Veranlassung und Erfolg berücksichtigt („natürliche Einheit“ von Veranlassung und Erfolg rechtfertigen die Zurechnung der Gefahr gegenüber dem Veranlasser) (ganz h.M.).
2. A.: Die Figur des Zweckveranlassers ist abzulehnen. Der "Hintermann" bewegt sich im Rahmen seines Rechtskreises. Als selbstverantwortliche Persönlichkeit ist allein derjenige, der letztlich die Gefahrenschwelle überschreitet, Störer. Für dessen Verhalten dürfen nicht andere verantwortlich gemacht werden. Notfalls muß eine rechtliche Bewältigung der Gefahrenlage über die sog. Notstandspflicht erfolgen.

### II. Subjektive und objektive Ansatzpunkte

1. Subjektiver Ansatz: Für die Zurechnung des Verhaltens von Handlungsstörern ist auf den Willen des "Hintermannes", seine Intentionen abzustellen (VGH Mannheim, NVwZ 1987, S. 237 (238)).
- Die objektive Theorie führt zu einer extensiven Interpretation der Störervorschriften.
2. Objektiver Ansatz: Für die Zurechnung ist maßgeblich, ob die eingetretene Gefahrenlage die typische Folge des Handelns des Veranlassers ist, d.h. ob die Handlung des "Hintermannes" gerade die Gefahr heraufbeschwört, die sich im Verhalten des Vordermannes realisiert. Dies ist dann der Fall, wenn "es im unmittelbaren Zusammenhang mit der Veranstaltung zu Störungen kommt, die nach den Sätzen der Erfahrung eine naheliegende Folge und nicht lediglich eine atypische Konsequenz sind", wenn "zwischen der Veranstaltung und den durch dieser heraufbeschworenen Gefahren ein enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang besteht" (Götz, Allg. PolOR, Rn. 202, 207). Bsp.: Provokation der Öffentlichkeit durch die Wahl des Versammlungsortes oder die Art und Weise der Durchführung der geplanten Veranstaltung.
- Die Polizei vermag innere Tatsachen i.d.R. nicht bzw. zumindest nicht hinreichend schnell und sicher zu erforschen.
  - Die subjektive Theorie paßt nicht in das auf objektive Umstände abstellende Polizei- und Ordnungsrecht.

### III. Grenzen

- Soweit das Handeln des "Hintermannes" grundrechtlich, insbesondere durch Art. 5 I, 8 I, 21 I GG geschützt ist, ist eine restriktive Auslegung dieser Zurechnungskriterien geboten.
- Um eine Ausuferung der Störereigenschaft zu verhindern, sollte rechtmäßiges Verhalten des "Hintermannes" grundsätzlich nicht zur Zweckveranlassung führen.

- (c) Die Theorie der unmittelbaren Verursachung und die Altlastenfälle

#### **Die Theorie der unmittelbaren Verursachung und die Altlastenfälle**

- OVG Münster, DVBl. 1997, S. 570 (571): „Der Ursachenzusammenhang ist anerkanntermaßen wertend nach ordnungsrechtlich geprägten Maßstäben zu ermitteln. Taugliches Zurechnungskriterium ist dabei im allgemeinen die Feststellung, daß durch ein bestimmtes Verhalten nach den Umständen des Einzelfalles die Gefahrenschwelle überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt worden ist. Das schließt aber die ergänzende Heranziehung weiterer Kriterien, die - wie vor allem Gesichtspunkte der Rechtswidrigkeit oder des Pflichtenverstößes - dazu bestimmt und geeignet sind, bei Vorliegen besonderer Umstände eine angemessene Risikoverteilung sicherzustellen, nicht aus. Ein solches Korrektiv ist gerade bei der Beurteilung von Altlastenfällen deshalb unerlässlich, weil die Frage der Verursachung i.S.d. § 17 OBG NW im Ansatz unabhängig davon zu beurteilen ist, ob das Tun oder Unterlassen subjektiv vorwerfbar und die Gefahr vorhersehbar war. Hieraus eine letztlich konturenlose Gefährdungshaftung für jegliche Folgen gewerblicher Tätigkeit wegen objektiv gefahrenträchtigen Verhaltens zu entwickeln, verfehlt den Zweck der Verhaltensverantwortlichkeit, eine der verfassungsrechtlich verbürgten Verhältnismäßigkeit gerecht werdende Zurechnung gegenwärtiger Gefahren anhand der Risikosphären einerseits des Handelnden und andererseits der Allgemeinheit herbeizuführen.“

dd) Der Anscheinstörer

- Wenn objektiv gar keine Gefahr besteht, kann objektiv auch kein Störer vorhanden sein. Allerdings entsteht die Anscheinsgefahr nicht ohne jede Verursachung; wer eine Anscheinsgefahr hervorruft, ist - gefahrenabwehrrechtlich dem Störer gleichgestellt - Anscheinstörer und darf als solcher in Anspruch genommen werden.
- Angesichts unterschiedlicher Funktionen müssen Gefahrenabwehrrecht und Entschädigungsrecht nicht gleichermaßen die ex-ante-Perspektive einnehmen, und die Entschädigungsvorschriften für den Nichtstörer stehen für eine analoge Anwendung zur Verfügung.

ee) Zur Störereigenschaft von Personenvereinigung (vgl. VGH Mannheim, VBl.BW 1996, 221/222 f.)

- c) Die Zustandsverantwortlichkeit
- aa) Anknüpfungspunkte für die Begründung der Zustandsverantwortlichkeit
- (1) Tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache (§ 5 I PolG, § 18 II OBG)
- Haftung richtet sich im Polizeirecht (anders als im Ordnungsrecht) in erster Linie gegen den Inhaber der tatsächlichen Sachgewalt, damit die Polizei, die ja nur eine Eilfallkompetenz hat (§ 1 I 3 PolG NW), nicht langwierig die Eigentumsverhältnisse klären muß.
- (2) Eigentum an einer Sache (§ 5 II PolG, § 18 I OBG)
- Die Verantwortlichkeit des Eigentümers entfällt, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese ohne den Willen des Eigentümers oder Berechtigten ausübt (§ 5 II 2 PolG). Sie lebt in diesen Fällen sofort wieder auf, wenn der Dritte die Sachherrschaft verliert oder aufgibt. Einer Willensbetätigung des Eigentümers bedarf es nicht. Diese Konsequenz ergibt sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus dem Zweck der an das Eigentum anknüpfenden Zustandshaftung.
- (3) Die Zustandsverantwortlichkeit im Falle des Konkurses bzw. der Gesamtvollstreckung (vgl. OVG Mecklenburg-Vorpommern, DVBl. 1998, S. 98; K. Schmidt, NJW 1993, S. 2833; vertiefend: Trute, Die Verwaltung 1999, 73/82 ff.)
- Die ordnungsrechtliche Pflicht, eine Störung zu beseitigen, und die behördliche Befugnis, den Bürger durch Ordnungsverfügung zur Erfüllung dieser Pflicht anzuhalten, bestehen im Konkurs und in der Gesamtvollstreckung ohne Abstriche fort (a.A. Petersen, NJW 1992, S. 1202). Das Konkursrecht und das Ordnungsrecht sind zwei gesonderte Rechtsbereiche mit gleichem Geltungsrang, die einander nicht verdrängen. Die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (Art. 74 I Nr. 1 GG) reicht nicht so weit, daß er befugt wäre, durch Regelungen des Konkursrechts oder des Gesamtvollstreckungsrechts das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu verdrängen oder inhaltlich zu verändern.



- Der Konkursverwalter ist nach Ansicht des OVG Mecklenburg-Vorpommern, a.a.O., S. 99 als Eigentümer i.S.d. der Normen über die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit, jedenfalls aber als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft anzusehen.
  - Der als Zustandsverantwortlicher in Anspruch genommene Konkursverwalter oder Gesamtvollstreckungsverwalter hat ordnungsrechtliche Pflichten wie Masseverbindlichkeiten zu erfüllen.
- bb) Gründe für die Zustandsverantwortlichkeit
- (1) Sozialpflichtigkeit (Verknüpfung von Vorteilen und Lasten)
  - (2) Rechtliche und tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit
- cc) Maßgeblicher Zeitpunkt für den Eintritt der Polizei- und Ordnungspflicht
- Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Gefahr, sondern des behördlichen Einschreitens, denn es geht darum, daß der Inhaber der tatsächlichen Gewalt durch die Gefahrenabwehrmaßnahme veranlaßt wird, auf die Sache schadensabwendend einzuwirken. Infolgedessen endet die Zustandsverantwortlichkeit mit der Aufgabe der tatsächlichen Gewalt. Soweit die Zustandsverantwortlichkeit den Eigentümer trifft, wird an den zivilrechtlichen Eigentumsbegriff angeknüpft. Entscheidend sind die Eigentumsverhältnisse im Zeitpunkt der behördlichen Gefahrenabwehrmaßnahme. Mit der Beendigung des Eigentums endet die Zustandshaftung des bisherigen Eigentümers.
- dd) Voraussetzungen der Zustandshaftung
- (1) Gefahrverursachung
    - Gefahr aufgrund der Beschaffenheit der Sache selbst (z.B. kontaminiertes Grundstück)
    - Gefahr wegen der Lage der (an sich ungefährlichen) Sache im Raum (z.B. verkehrswidrig abgestelltes Fahrzeug)
    - Theorie der unmittelbaren Verursachung findet Anwendung. Es muß deshalb gefragt werden, ob die Befindlichkeit einer Sache die Gefahrenschwelle überschreitet.

- (2) Rechtswidrigkeit / Verschulden
- Die Zustandsverantwortlichkeit tritt nach den gesetzlichen Regelungen unabhängig von Rechtswidrigkeit und Verschulden ein, und es ist rechtlich ohne Bedeutung, wie die Sache in den Gefahrenzustand geraten ist.
  - Daher haftet der Zustandsverantwortliche auch für Gefahren, die auf Naturereignissen beruhen. Korrektiv ist lediglich das Übermaßverbot, das allerdings nur dann verletzt ist, wenn die „Opfergrenze“ überschritten ist (vgl. OVG Koblenz, NJW 1998, S. 625 f.).
- (3) Erfordernis einer verfassungskonformen restriktiven Interpretation der Vorschriften über die Zustandshaftung (vgl. Friauf, a.a.O., Rn 91, ff, m.w.N.)

**Erfordernis einer verfassungskonformen restriktiven Interpretation der Vorschriften über die Zustandshaftung**

- Die Zustandshaftung umfaßt nach h.M. auch Gefahrenlagen, die durch Naturkatastrophen, höhere Gewalt, ungewöhnliche Ereignisse oder das Verhalten Dritter entstanden sind. Besonderen Härten ist nicht durch Mißachtung der gesetzlichen Begründung der Zustandshaftung, sondern dadurch Rechnung zu tragen, daß auf der Rechtsfolgenseite bei der Betätigung des pflichtgemäßen Ermessens hinsichtlich der Störerauswahl die Zumutbarkeitsgrenze im Rahmen des Übermaßverbots gewahrt wird (vgl. OVG Koblenz, NJW 1998, S. 625 f.; BVerwG, NJW 1999, 2331 f. (Steinschlag) mit Bespr. Von Brodersen, JuS 1999, 924). Ferner wird z.T. eine ausnahmsweise Begrenzung der Kostentragungspflicht des Zustandsstörers unter dem Gesichtspunkt des Übermaßverbots in Betracht gezogen.
- In Teilen des Schrifttums wird eine so weitreichende Zustandsverantwortlichkeit mit der Begründung, sie verstoße gegen Art. 14 I 1 GG und das Risiko müsse dem Vorteil aus der Sachherrschaft entsprechen, dann abgelehnt, wenn die Sache durch Umstände in den gefährlichen Zustand versetzt worden ist, die außerhalb der Risikosphäre des Eigentümers liegen und die Allgemeinheit betreffen (z.B. Naturkatastrophen, z.T. auch Tankwagenunfall). Zum Teil wird die Reduktion der Zustandsverantwortlichkeit auch darauf beschränkt, daß der Eigentümer Zustandsstörer bleibt, allerdings nur einer Duldungspflicht in bezug auf die behördliche Gefahrenbeseitigung unterliegt (Entlastung von den Gefahrenabwehrkosten auf der „Sekundärebene“). In den Altlasten-Fällen hat das BVerwG (NVwZ 1991, S. 475) die Überlegung aufgeworfen, ob eine Eingrenzung der Zustandsverantwortlichkeit in Betracht kommen könnte, wenn eine Heranziehung zur Gefahrenbeseitigung, insbesondere die Belastung mit deren Kosten, den privatnützigen Gebrauch der Sache ausschalten würde (vertiefend zum Problemkreis der Limitierung der Zustandsverantwortlichkeit Sparwasser/Geißler, DVBl. 1995, S. 1317 ff.).
- vgl. zu Verzicht, Wirkung und Verjährung polizeilicher Verantwortlichkeit – Ossenbühl, NVwZ 1995, 547 ff.

- d) Störerauswahl (als Teil des Auswahlmessens)
- aa) Effektivität der Gefahrenabwehr als leitender Gesichtspunkt
- Die Behörde hat gegenüber demjenigen Störer einzuschreiten, der die Gefahrenlage am schnellsten und wirksamsten beseitigen kann. Erst wenn danach mehrere Störer zur Auswahl stehen, sind Überlegungen zum Übermaßverbot anzustellen. Hierbei ist dann der Gesichtspunkt der gerechten Lastenverteilung heranzuziehen (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1996, S. 351 (353 f.). Ein Rangverhältnis (Verhaltensstörer vor Zustandsstörer, Doppelstörer vor „einfachem“ Störer, Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Eigentümer) kann dem Gesetz nicht entnommen werden.
  - Eine Ermessensreduktion auf Null wird bei der Störerauswahl nur selten vorliegen. An der Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung ändert sich nichts dadurch, daß auch die Heranziehung eines anderen Störers rechtmäßig gewesen wäre.
- bb) Störerinterner finanzieller Lastenausgleich
- (1) Vertragliche oder deliktische Ansprüche
  - (2) Spezialgesetzliche Normierungen: § 24 BbodschG (Knoche, NVwZ 1999, 1198 ff.; Wagner, BB (Betriebsberater) 2000, 417 ff.)
  - (3) Anwendung des § 426 BGB analog in den übrigen Fällen?
    - (a) § 426 BGB wird unstreitig analog angewandt, wenn die Behörde mehrere Störer jeweils durch Verfügung in Anspruch genommen hat.
    - (b) Nimmt die Behörde nur einen Störer durch Verfügung in Anspruch, herrscht Streit:
      - 1.A.: Kein Gesamtschuldnerausgleich (BGHZ 98, 235 (240))
        - Die Rechtsbeziehungen mehrerer Störer zur Polizei- bzw. Ordnungsbehörde gleichen nicht einem Gesamtschuldverhältnis, weil die Behörde nicht nach Belieben den einen oder anderen Teil auf Erfüllung seiner Pflichten in Anspruch nehmen darf.
      - 2.A.: Gesamtschuldnerausgleich (+) (h.L., vgl. Friauf, a.a.O. Rn. 100a
- Gesamtschuld und Auswahlmessens bilden rechtlich keine Gegensätze; die „beliebige“ Auswahl

des Schuldners ist (vgl. § 421 BGB) nicht Voraussetzung, sondern Rechtsfolge der Gesamtschuld.

- Die ggfls. vorrangige Inanspruchnahme eines der Verantwortlichen beruht auf Gründen einer wirksamen Gefahrenabwehr, ist jedoch nicht mit einer Alleinhaftung gleichzusetzen. Unter den Vorzeichen der Lastenverteilung muß - bliebe es bei der BGH-Rechtsprechung - die anhand ganz anderer Kriterien erfolgende behördliche Störerauswahl zufällig und ungerecht, da willkürlich, erscheinen und ist daher im Hinblick auf Art. 3 I GG nicht unbedenklich.

- e) Die Rechtsnachfolge in die Polizei- und Ordnungspflicht (vertiefend: Ossenbühl, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1995, 49 ff.)

**Die Rechtsnachfolge in die Polizei- und Ordnungspflicht  
(vgl. Rau, Jura 2000, 37 ff)**

**I. Zivilrechtliche Rechtsnachfolge**

1. Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) gemäß §§ 1922, 1967 BGB
2. Einzelrechtsnachfolge, z.B.
  - § 25 HGB
  - §§ 414, 415, 419 BGB
  - §§ 1 ff. UmwG

**II. Übergangsfähigkeit der Polizei- bzw. Ordnungspflicht**

1. Voraussetzung: keine höchstpersönliche Pflicht
  - a. Argumente für die Annahme höchstpersönlicher Pflichten
    - Polizeiverfügungen sind Ermessensentscheidungen. Dabei fließen immer auch personale Elemente mit ein.
    - Die Polizeipflicht ist "ihrem Wesen nach" höchstpersönlich (so die früher h.M.).
    - Öffentliche Berechtigungen und Verpflichtungen sind generell rechtsgeschäftlich nicht übertragbar.
  - b. Argumente gegen die Annahme höchstpersönlicher Pflichten
    - Gündstücksbezogenheit und "Dinglichkeit" des VA
    - Regelungen über die Vollstreckung von Polizeiverfügungen zeigen, daß i.d.R. gerade vertretbare, d.h. nicht höchstpersönliche Leistungen geschuldet werden (vgl. §§ 52 PolG, 59 VwVG).

- Vielfach werden sich die anzustellenden Ermessenserwägungen ausschließlich auf die objektiven Gegebenheiten ohne Rücksicht auf die Person des Betroffenen beziehen. Sollten dagegen gerade persönliche Umstände des Polizeipflichtigen die Behörde maßgeblich zu einer Verfügung veranlaßt haben, so wird es sich in aller Regel um eine höchstpersönliche Haftung handeln, die aus diesem Grund im konkreten Fall nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. OVG Koblenz, DÖV 1980, S. 654 f.).

Heute wird deshalb wie folgt differenziert:

## 2. Abstrakte Polizeipflicht

### a. Verhaltensverantwortlichkeit

- aa. Bei Einzelrechtsnachfolge kein Übergang möglich, weil die ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit im öffentlichen Interesse nicht zur rechtsgeschäftlichen Disposition steht (vgl. OVG Münster, DVBl. 1997, S. 570).

- bb. Bei Gesamtrechtsnachfolge streitig

1. A.: Gesamtrechtsnachfolge ist nicht möglich (vgl. BayVGH, ZfW 1989, S. 147).

- Die abstrakte Polizeipflichtigkeit stellt keine nachfolgefähige Rechtspflicht dar, sondern eine nicht übergangsfähige Eingriffsbefugnis der Behörde. Der Betreffende hat i.S. der Eingriffsermächtigung die Eigenschaft eines potentiellen Adressaten einer noch ausstehenden ordnungsbehördlichen Inanspruchnahme inne, auf deren Grundlage eine Rechtspflicht künftig erst begründet werden kann (vgl. Papier, DVBl. 1996, S. 125 (127 f.))
- Die abstrakte Verhaltensverantwortlichkeit ist wegen ihrer Besonderheiten an die Person des Rechtsvorgängers gebunden (Ossenbühl, Zur Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers für Altlasten, 1993, 65 ff.)

2. A.: Gesamtrechtsnachfolge ist grundsätzlich möglich. Nicht schon der bloße Verpflichtungsgrund einer noch „unfertigen“ und damit inhaltlich nicht hinreichend konkreten Verpflichtung kann aber auf einen Rechtsnachfolger übergehen, sondern allenfalls eine materiell schon entstandene Pflicht. Diese materielle Pflichtigkeit kann aber nur bestehen, wenn und soweit die polizeirechtlichen Eingriffsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Rechtsnachfolge erfüllt sind (vgl. OVG Münster, DVBl. 1997, S. 570 (572)).

- Die ordnungsbehördliche Verfügung ist die bloße Konkretisierung einer ohnehin kraft Gesetzes bestehenden materiellen Polizeipflicht (Schink, Gewerbearchiv 1996, S. 50 (60 f.)).
- Es wäre ein untragbares Ergebnis, wenn einem Handlungsstörer (z.B. einer Kapitalgesellschaft) die Möglichkeit eröffnet würde, sich (z.B. durch Fusion mit einer

anderen Kapitalgesellschaft) von seiner Störereigenschaft zu befreien und auf diese Weise Folgeschäden der Allgemeinheit aufzubürden (OVG NW, UPR 1984, S. 279 (280)).

b. Zustandsverantwortlichkeit

- Nach allgemeiner Ansicht kein Übergang, da die Zustandsverantwortlichkeit mit dem Erwerb originär und unmittelbar kraft Gesetzes (durch die Bestimmungen über den Zustandsstörer) neu begründet wird.

3. Durch Polizei- bzw. Ordnungsverfügung konkretisierte Polizei- bzw. Ordnungspflicht

a. Verhaltensverantwortlichkeit

- aa. Bei Einzelrechtsnachfolge nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, vgl. OVG Hamburg, NVwZ-RR 1997, S. 11 - Einzelrechtsnachfolge bei Nutzungsverbot:

- „Es fehlt an einer Rechtsnachfolgenorm, d.h. an einer gesetzlichen Grundlage, die den Übergang der aus einer die Nutzung regelnden Bauaufsichtsverfügung resultierenden Verpflichtung auf den Rechtsnachfolger regelt. Die Hamburgische BauO enthält ausdrückliche Regelungen zur Rechtsnachfolge in § 69 II 2 HbgBauO für die Baugenehmigung [vgl. § 75 II BauO NW] und in § 79 I HbgBauO für Baulasten [vgl. § 83 I 3 BauO NW]. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Rechtsnachfolge in Bauaufsichtsverfügungen findet sich nicht. Aus dem § 1922 BGB für den Erbfall zugrundeliegenden Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge läßt sich für die hier zu beurteilende Einzelrechtsnachfolge nichts herleiten. Für die vorliegende die Nutzung einer baulichen Anlage regelnde Bauaufsichtsverfügung kann auch nicht auf eine analoge Anwendung des § 69 II 2 HbgBauO [§ 75 II BauO NW] zurückgegriffen werden. Allerdings hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit einem Teil der Rechtsprechung und Literatur auch für Fälle der Einzelrechtsnachfolge für baurechtliche Abbruch- bzw. Beseitigungsverfügungen, die einen Eingriff in die gegenständliche Beschaffenheit baulicher Anlagen bewirken sollen, eine analoge Anwendung der § 69 II HbgBauO entsprechenden Vorschrift der jeweiligen Landesbauordnung bejaht und diesen Verfügungen so eine dingliche Wirkung beigemessen. Eine solche entsprechende Anwendung ist jedoch nicht zu erstrecken auf Bauaufsichtsverfügungen, die die Nutzung oder Benutzungsweise einer baulichen Anlage regeln. Ihnen fehlen die Besonderheiten, die es bei den erwähnten Beseitigungsverfügungen rechtfertigen konnten, die bestehenden Vorschriften der Bauordnungen über Rechtsnachfolgewirkungen entsprechend anzuwenden und damit vom allgemeinen Ordnungsrecht abzuweichen, das eine solche Verbindlichkeit von Ordnungsverfügungen gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger auch dann nicht kennt, wenn sich diese an einen Zustandsstörer wenden (vgl. Götz, PolR, Rn. 247). Beseitigungsverfügungen, die auf Eingriffe in bauliche Substanz gerichtet sind, müssen in besonderem Maße dem Grundrecht des Art. 14 I GG Rechnung tragen. Ihre Durchsetzung erfordert in der Regel nicht nur einmal eine abschließende Klärung der Genehmigungsfähigkeit der bereits bestehenden Anlage, sondern - falls diese verneint wird - eine abschließende Entscheidung über die Duldung dieser Anlage. Vor Bestandskraft einer Beseitigungsverfügung ist deren sofortige Vollziehung häufig nicht zu rechtfertigen. In Fällen der Weitergabe des betr. Grundstücks im Wege der *Einzelrechtsnachfolge*

würde es ohne dingliche Wirkung einer Beseitigungsverfügung dazu kommen, daß sich voraussichtlich langandauernde Verwaltungs- und Gerichtsverfahren wiederholen müßten, bevor ordnungsgemäße Zustände geschaffen werden könnten. Dies legt es nahe, für die Beseitigungsverfügung anzunehmen, daß die jeweiligen Landesbauordnungen lückenhaft sind, wenn sie zwar die Verbindlichkeit für den Rechtsnachfolger bei Baugenehmigungen, nicht aber für Beseitigungsverfügungen regeln, und daß diese Lücke durch eine entsprechende Anwendung der getroffenen Regelungen zu schließen ist, obwohl damit zu Lasten des Rechtsnachfolgers diesem damit die Möglichkeit eines eigenen Rechtsbehelfsverfahrens genommen wird. Diese Erwägungen sind jedoch auf die hier zu beurteilende Verfügung nicht übertragbar. Im Gegensatz zu einer Beseitigungsverfügung gehen die Beeinträchtigungen bei einer Bauaufsichtsverfügung, die ein *Nutzungsfehlverhalten* betreffen, *nicht von der gegenständlichen Beschaffenheit der Sache* aus, sondern von eben diesem Fehlverhalten aus, das auch in dem Unterlassen rechtmäßigen Handelns bestehen kann. Sie regeln mithin nicht in erster Linie den Zustand einer Sache, sondern den Umgang mit ihr, d.h. das Verhalten des pflichtigen Eigentümers. Zu dem für eine Beseitigungsverfügung typischen Eingriff in geschaffene Bausubstanz führt eine solche Bauaufsichtsverfügung jedoch nicht. Es ist daher nicht vom Wesen des Eingriffs her damit zu rechnen, daß lange Verwaltungs- und Gerichtsverfahren aufeinander folgen werden, bevor schließlich die Verfügung durchgesetzt werden darf. Vielmehr kann ggfls. die sofortige Vollziehung angeordnet werden, wenn durch einen Eigentümerwechsel und die deswegen notwendige Wiederholung einer Grundverfügung deren Verwirklichung verzögert wird. Dies trägt dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Durchsetzung solcher Verfügungen hinreichend Rechnung, ohne das angesichts Art. 19 IV GG gleichfalls zu beachtende Interesse des betr. Rechtsnachfolgers an effektivem Rechtsschutz gegen eine von ihm für rechtswidrig gehaltene Verfügung zu beeinträchtigen.“

- bb. Bei Gesamtrechtsnachfolge gegeben (h.M.; vgl. etwa VGH München, ZfW 1989, S. 147 (150))
- b. Zustandsverantwortlichkeit (vgl. OVG Bautzen, LKV 1998, 62/64)
  - aa. Bei Einzelrechtsnachfolge gegeben (h.M.; vgl. etwa BVerwG, NJW 1971, S. 1624; VGH Mannheim, NVwZ 1992, S. 392)
  - bb. Bei Gesamtrechtsnachfolge gegeben (h.M. VGH Kassel, NJW 1976, S. 1910; OVG Koblenz, DÖV 1980, S. 654 (655); OVG NW, NJW 1980, S. 415)

### III. Rechtsgrund für den Übergang der öffentlich-rechtlichen Pflicht

1. Die ganz h.M. sieht diesen Grund in den zivilrechtlichen Vorschriften über die Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge bzw. problematisiert diese Frage nicht weiter. Vgl. OVG Münster, DVBl. 1997, S. 570 (571): „Die zivilrechtlichen Nachfolgetatbestände für Verbindlichkeiten sind im öffentlichen Recht grundsätzlich einer zumindest entsprechenden Anwendung zugänglich.“
2. Nach a.A. (z.B. Schoch, JuS 1994, S. 1029 ff.) bedarf es für die Fortwirkung der Pflicht wegen des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 14 I 1 GG des Rechtsnachfolgers, dessen Rechtsbehelfsfristen unzumutbar verkürzt werden und der sich der Gefahr ausgesetzt sieht, die Durchsetzung eines bestandskräftigen VA dulden

zu müssen, einer entsprechenden Rechtsgrundlage. Als solche sollen zwar die §§ 1922, 1967 BGB analog, nicht aber die Vorschriften über die Einzelrechtsnachfolge in Betracht kommen (Differenzierung fragwürdig).

#### **IV. Einordnung des Problems in der Falllösung**

- Soweit sich jemand gegen einen dem Rechtsvorgänger gegenüber erlassenen VA wendet, ist das Problem der Rechtsnachfolge im Rahmen der Zulässigkeit unter dem Prüfungspunkt "Statthafte Klageart" zu prüfen. Denn wenn keine Rechtsnachfolge in die Polizei- bzw. Ordnungspflicht stattgefunden hat, hat sich der VA erledigt (§ 43 II VwVfG NW). Richtige Klageart wäre dann ggfls. die Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO analog) bzw. die allgemeine Feststellungsklage (§ 43 II VwGO).

f) Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand (§§ 6 PolG, 19 OBG)

aa) (Kumulative) tatbestandliche Voraussetzungen

(1) Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr (§§ 6 I Nr. 1 PolG, 19 I Nr. 1 OBG)

- In den Obdachlosenfällen ist zwischen freiwilliger Obdachlosigkeit - geschützt durch Art. 2 I GG, daher keine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit bzw. Ordnung - und unfreiwilliger Obdachlosigkeit zu unterscheiden. Letztere stellt wegen der Gefährdung grundrechtlich geschützter Lebensgüter des Obdachlosen (Gesundheit und Leben, Art. 2 II 1 GG) sowie Verletzung seiner Menschenwürde (Art. 1 I GG) eine Gefahr bzw. Störung der öffentlichen Sicherheit dar.

(2) Unmöglichkeit von Maßnahmen gegen Verhaltens- / Zustandsstörer (§§ 6 I Nr. 2 PolG NW, 19 I Nr. 2 PolG NW)

(a) Faktische Unmöglichkeit

- Wegen tatsächlicher Unmöglichkeit kommt eine Maßnahme gegen den Störer zur Gefahrenabwehr nicht in Betracht, wenn ein Verantwortlicher nicht vorhanden ist, nicht (rechtzeitig) ermittelt oder erreicht werden kann oder selbst nicht in der Lage ist, die von ihm verursachte Gefahrensituation zu beseitigen.

- Maßnahmen versprechen u.a. dann keinen Erfolg, wenn der Störer - wie in den Obdachlosenfällen - mit eigenen Mitteln zur Gefahrenabwehr nicht in der Lage ist oder wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden muß, daß der Störer - wie bei den zur Gewaltausübung entschlossenen Gegendemonstranten - den behördlichen



Anordnungen nicht nachkommt (es droht eine Eskalation der Gewalt in einem Ausmaß, in dem die Polizei nicht mehr „Herr der Lage“ ist).

(b) Rechtliche Unmöglichkeit

- Gefahrenabwehrende Maßnahmen sind aus Rechtsgründen insbesondere ausgeschlossen, wenn andernfalls gegen das *Übermaßverbot* verstoßen würde. Unter dem Aspekt der Erforderlichkeit ist unter mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen diejenige zu treffen, die den einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Fraglich ist jedoch, unter welchen Voraussetzungen die Inanspruchnahme des sog. Nichtstörers aus Gründen des *Interventionsminimums* gegenüber der Heranziehung des an sich Verantwortlichen in Betracht kommt. Bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit durch das Verhalten von Personen sind die Maßnahmen grundsätzlich gegen die Störer zu richten. Die Nachrangigkeit des Notstandseingriffs bedeutet nach geltendem Recht, daß Verfügungen an den sog. Nichtstörer nur als *ultima ratio* in Betracht kommen. Das ist der Fall, wenn die dem Nichtstörer und der Allgemeinheit aus der Heranziehung des Notstandspflichtigen drohenden Nachteile so gering sind, daß sie in einem krassen Mißverhältnis zu jenen Schäden stehen, die der Allgemeinheit oder dem Störer durch ein Vorgehen ihm gegenüber zugefügt würden.

(3) Vorrangigkeit des Einsatzes behördeneigener Mittel (§§ 6 I Nr. 3 PolG NW, 19 I Nr. 3 OBG NW)

- An dieses Merkmal werden strenge Anforderungen gestellt. Die Verwaltung muß sich trotz Einsatzes aller verfügbaren eigenen und durch Amts- bzw. Vollzugshilfe erreichbaren fremden Kräfte außerstande sehen, die Gefahr zu beseitigen. Finanzielle Erwägungen (hoher Kostenaufwand) müssen nach h.M. unberücksichtigt bleiben.

- In den Obdachlosenfällen müssen die öffentlichen Obdachlosenunterkünfte überfüllt und der Wohnungsmarkt unergiebig sein. Die Verwaltung ist zur vorrangigen Anmietung von Zimmern bei Privaten (Hotels, Pensionen) verpflichtet. Ferner verweist die Judikatur auf die Bereitstellung verfügbarer Räume in öffentlichen Gebäuden. Als Zwischenlösung wird die Aufstellung von gekauften oder gemieteten Wohncontainern oder Wohnwagen in Betracht gezogen.

- In den Versammlungsfällen müssen schwerste Auseinandersetzungen (z.B. Straßenschlachten) mit unübersehbar großen Personen- und Sachschäden drohen. Diese strengen Grenzen werden deshalb postuliert, weil es potentielle Rechtsbrecher anderenfalls in der Hand hätten, nach ihrem Belieben die Durchführung grundrechtlich geschützter Versammlungen faktisch zu unterbinden oder zu erlauben.
- (4) Inanspruchnahme des Nichtstörers ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten möglich (sog. Opfergrenze; §§ 6 I Nr. 4 PolG, 19 I Nr. 4 OBG)
- Schranke für die Inanspruchnahme des Nichtstörers ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§§ 2 PolG, 15 II OBG)
- bb) Rechtsfolgen der Notstandspflicht und Folgen einer Inanspruchnahme des Nichtstörers
- Die Obdachlosenunterbringung beim Notstandspflichtigen erfolgt juristisch durch zwei Maßnahmen: Gegenüber dem Wohnungseigentümer ergeht eine Beschlagnahmeverfügung, an den Obdachlosen wird eine Einweisungsverfügung gerichtet.
  - Wenn die Voraussetzungen der Notstandspflicht nicht mehr gegeben sind, muß die Behörde die Inanspruchnahme des Nichtstörers beenden. Dazu ist die Verwaltung aufgrund des einschlägigen Gesetzesrechts (§§ 6 II PolG NW, 19 II OBG NW) objektiv-rechtlich verpflichtet. Die Behörde hat also in den Fällen der Obdachloseneinweisung dafür zu sorgen, daß der tatsächlich (aber rechtsgrundlos) weiter in der Wohnung verweilende Obdachlose diese verläßt (vgl. zum FBA in den Fällen der Obdachloseneinweisung oben 1. Teil, E. I. 2. c)).
  - Der im Wege der Notstandspflicht in Anspruch genommene Nichtstörer hat einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich derjenigen Schäden, die er infolge der Notstandsmaßnahme erlitten hat (z.B. Nutzungsentschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete, vgl. § 39 I lit. a OBG NW (i.V.m. § 67 PolG NW)).

IV. Die Vollstreckung einer Polizei- bzw. Ordnungsverfügung im gestreckten Verfahren

1. Übersicht über die Zwangsmittel

a) Ersatzvornahme (§§ 51 I Nr. 1, 52 PolG, §§ 57 I Nr. 1, 59 VwVG)

- Ersatzvornahme ist die Ausführung einer vertretbaren Handlung, zu der der VA verpflichtet, durch die Verwaltung selbst oder durch einen von ihr beauftragten Dritten (Selbst- oder Fremdvorname). In beiden Fällen erfolgt die Ersatzvornahme auf Kosten des an sich Pflichtigen (vgl. § 52 I 2 PolG).

b) Zwangsgeld (§§ 51 I Nr. 2, 53 PolG, §§ 57 I Nr. 2, 60 VwVG)

- Beugemittel zur Durchsetzung eines VA, keine Kriminal- oder Verwaltungsstrafe für die Unbotmäßigkeit des Pflichtigen (vgl. §§ 53 III 2 PolG, 60 III 2 VwVG)
- Die Ersatzzwangshaft (§§ 54 PolG, 61 VwVG NW stellt quasi die Fortsetzung des Zwangsgeldes dar, ist also Beugehaft.

c) Unmittelbarer Zwang (§§ 51 I Nr. 3, 55, 57 ff. PolG, §§ 57 I Nr. 3, 62, 66 ff. VwVG)

- Unter unmittelbarem Zwang versteht das Gefahrenabwehrrecht die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt oder durch Waffen. Die Einwirkung auf die Person des Pflichtigen ist immer unmittelbarer Zwang. Bei der Einwirkung auf Sachen ist nach h.M. Ersatzvornahme gegeben, wenn die dem Pflichtigen gebotene Handlung unmittelbar ausgeführt und damit die Gefahrenbeseitigung herbeigeführt wird, während der unmittelbare Zwang als Beugemittel den Erfolg nur mittelbar bewirkt, indem der Pflichtige letztlich unter dem Eindruck des Einwirkens auf die Sache seiner Pflicht nachkommt.
- Zur fehlenden VA-Qualität (s.o.)
- Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist nur in Betracht zu ziehen, wenn die anderen Zwangsmittel aus Rechtsgründen nicht in Betracht kommen (§§ 55 I 1 PolG, 62 I 1 VwVG). Da die Anwendung des Zwangs, genauer die Auswahl des Zwangsmittels im Ermessen der Behörde liegt, lässt sich die Stufung der Zwangsmittel zwanglos aus § 40 VwVG NW erklären. Bei unvertretbaren Handlungen scheidet die Ersatzvornahme an der Vorschrift des § 52 PolG bzw. § 59 VwVG, mit § 40 VwVG gesprochen an „gesetzlichen Grenzen“ des Ermessens. Bei vertretbaren wie unvertretbaren Handlungen kann es Fälle geben, in denen die Verhängung von Zwangsgeld (etwa wegen geringer Höhe oder mehr als solider finanzieller Ausstattung des Betroffenen) keine oder kaum Beugewirkung haben, d.h.

diesen nicht veranlassen wird, die geforderte Handlung vorzunehmen. Dann ist das Zwangsgeld nicht etwa nur (faktisch) untunlich, sondern vielmehr (rechtlich) unzulässig; denn Gefahrenabwehrmaßnahmen, die zur Gefahrenabwehr untauglich sind, verstoßen - mit § 40 VwVfG gesprochen - gegen die Ermessensgrenze „Zweck der (Ermessens-) Norm“ sowie gegen die „gesetzliche Grenze“ Übermaßverbot (1. Stufe (Geeignetheit)).

2. Ermächtigungsgrundlage

- §§ 50 I PolG, 55 I VwVG i.V.m. den Sondervorschriften über die Zwangsmittel

3. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

- Zuständig ist diejenige Behörde, die den Grundverwaltungsakt erlassen hat (vgl. Dienelt, NVwZ 1994, S. 664 (666); vgl. auch § 56 I VwVG, § 7 I BVwVG)

b) Verfahren

aa) Anhörung gemäß § 28 I VwVfG erforderlich ?

- Stellt die Anwendung unmittelbaren Zwangs einen VA dar ? (bejahend BVerwGE 26, 161 (164); ablehnend die h.M., vgl. oben)
- Stellen die Ersatzvornahme oder die Festsetzung des Zwangsgeldes (§ 53 I PolG, §§ 60 I, 64 VwVG einen VA dar ?
- Diese Fragen können offen bleiben, da jedenfalls § 28 II Nr. 5 VwVfG greift, eine Anhörung also entbehrlich ist.

bb) Androhung (§§ 56 PolG, 63 VwVG) und ggfls. Festsetzung (§§ 53 I PolG, 64 VwVG) der Zwangsmittel

(1) Androhung gemäß §§ 51 II, 56, 61 PolG, §§ 57 II, 63, 69 VwVG

- (i.d.R. schriftlicher) VA mit Warnfunktion (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, S. 381 (382))
- Zum kontrovers diskutierten Problem, ob ein Zwangsmittel zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen „für jeden Fall der Zuwiderhandlung“, d.h. auf Vorrat angedroht werden darf vgl. BVerwG, DVBl. 1998, S. 230 f. (das BVerwG verneint die Frage für §§ 11, 13 VwVG unter umfänglicher Auswertung von Rechtsprechung und Schrifttum).

- (2) Festsetzung gemäß § 53 I PolG, §§ 64 VwVG
    - VA (vgl. BVerwG, NVwZ 1997, S. 381 (382)) und letzte Warnung für den Pflichtigen
    - Das Zwangsmittel ist gemäß § 65 VwVG der Festsetzung gemäß anzuwenden.
  - c) Form
3. Materielle Rechtmäßigkeit
- a) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen
    - aa) Vollstreckbarer Grund-VA
      - (1) VA muß wirksam, d.h. er darf nicht nichtig sein (vgl. § 44 VwVfG)
      - (2) VA muß vollstreckungsfähigen Inhalt haben
        - Nicht vollstreckungsfähig sind feststellende oder gestaltende Verwaltungsakte.
      - (3) VA muß unanfechtbar sein oder ein Rechtsbehelf darf keine aufschiebende Wirkung haben (§ 50 I PolG, § 55 I VwVG).
        - Bestandskräftiger VA
        - Aufschiebende Wirkung entfällt in den Fällen des § 80 II 1 Nr. 1-4 VwGO (vgl. auch § 8 AGVwGO)
    - bb) Ist die Rechtmäßigkeit des Grund-VAs zu prüfen ?

**Ist die Vollstreckung gem. §§ 50 I PolG NW, 55 I VwVG NW nur rechtmäßig, wenn der Grund-VA rechtmäßig ist ?**

**I. Bei bestandskräftigem VA**

- Nach (zutreffender) ganz h.M. spielt die Rechtmäßigkeit des VA keine Rolle. Dies ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut der genannten Vorschriften und zum anderen aus dem Rechtsinstitut der (formellen und materiellen) Bestandskraft bei Verwaltungsakten, das dem Rechtsinstitut der (formellen und materiellen) Rechtskraft bei gerichtlichen Entscheidungen vergleichbar ist. Nach Eintritt der Bestandskraft ist die im VA getroffene Regelung für den Bürger verbindlich, auch wenn sie rechtswidrig sein sollte. Dies anzunehmen ist weder einfachrechtlich noch verfassungsrechtlich ein Problem, hatte doch der Bürger Gelegenheit, sich durch Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache (Widerspruch / Klage) und im vorläufigen Rechtsschutz (§ 80 V VwGO) zur Wehr zu setzen und die Rechtmäßigkeit des VA zum Thema eines behördlichen (§ 68 I VwGO) bzw. gerichtlichen (§§ 113 I 1, 80 V, IV 3 VwGO)

Verfahrens zu machen. Versäumt er diese Möglichkeiten, geht dies zu seinen Lasten. Geradezu abwegig erscheint es, dies unter Bezugnahme auf einen durch nichts zu begründenden „Grundsatz der Konnexität“, nach dem die Anwendung des Zwangs nur dann rechtmäßig sei, wenn auch der zu vollstreckende Grund-VA seinerseits rechtmäßig sei, zu bestreiten. So wird (vereinzelt) behauptet, die Rechtswidrigkeit der Primärmaßnahme, d.h. des Grund-VAs, habe im Polizeirecht die Rechtswidrigkeit der Sekundärmaßnahme, d.h. des Zwangs, ohne Rücksicht (!) darauf zur Folge, ob die Vollstreckungsvoraussetzungen nach den einschlägigen Normen vorlagen. Dies ergebe sich wiederum daraus, daß im Polizeirecht - im Unterschied zum Ordnungsrecht - Grund-VA und Vollstreckungsmaßnahme aus Zeitgründen eine „Einheit“ darstellen (so Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 279). Diese „Begründung“ markiert in ihrer Zirkularität und mangelnden normativen Rückbindung einen Tiefpunkt juristischer Dogmatik (vgl. zu deren Funktion, auf einer Ebene unterhalb des Gesetzes („Metaebene“) dessen Begriffe durch Systematisierung handhabbar zu machen, allgemein einführend Pieroth, JuS 1981, S. 625 ff.; grundlegend F. Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl. 1990, S. 230 ff.; speziell zur Verwaltungsrechtsdogmatik Schmidt-Aßmann, DVBl. 1987, S. 533 ff. (Handlungsformenlehre); ders., VBIBW 1988, S. 381 ff. (Beitrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Systembildung) und Bachof/Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff.; 245 ff.) und zensiert sich zwanglos selbst.

## **II. Rechtsbehelf hat (lediglich) keine aufschiebende Wirkung**

- Hat der Rechtsbehelf dagegen lediglich gemäß § 80 II VwGO keine aufschiebende Wirkung, soll nach ganz h.A. die Vollstreckung (von Anfang an) nur dann rechtmäßig sein, wenn auch der Grund-VA selbst rechtmäßig ist. In diesen Fällen habe eine - mangels Bestandskraft noch möglich - gerichtliche Überprüfung des Grund-VA nicht stattgefunden, der Betroffene könne deren Rechtmäßigkeit in einem Rechtsschutzverfahren bestreiten (vgl. etwa Schoch, JuS 1995, S. 307 (309) m.w.N.).
- Diese Auffassung kann nur im Ergebnis überzeugen. Angesichts des klaren Normtextes der Vorschriften der §§ 50 I PolG, 55 I VwVG NW, der nicht von Rechtmäßigkeit des VA spricht und die Konstellation fehlender aufschiebender Wirkung des Rechtsbehelfs jener des bestandskräftigen VAs gleichstellt, glaubt die h.A. ihre Position mit verfassungsrechtlichen Argumenten begründen zu können. Dahinter steckt die Vorstellung, daß die materiellen Grundrechte und insbesondere die Garantie des Art. 19 IV GG leer liefen, wenn die materielle Rechtmäßigkeit des Vollstreckungsakts nicht an jene des Grund-VA gekoppelt sei. Daher sei im Wege verfassungskonformer Interpretation der §§ 50 I PolG, 55 I VwVG NW das Erfordernis materieller Rechtmäßigkeit des Grund-VA als (allgemeine) Vollstreckungsvoraussetzung in diese Normen hineinzulesen.
- Diese Begründung kann nicht überzeugen, denn dieses Ergebnis der h.M. kann bereits mit einfachrechtlichen Überlegungen begründet werden. Daher bedarf es nicht des Rückgriffs auf das Verfassungsrecht. Dies ergibt sich aus folgendem: Die Vollstreckung eines VA führt jedenfalls dann nicht zu dessen Erledigung, wenn die Polizei- / Ordnungsbehörde gegen den Betroffenen einen Kostenerstattungsanspruch hat; denn der Kostenbescheid setzt einen (noch) wirksamen Grund-VA voraus (vgl. zuletzt OVG Münster, NwVBl. 1997, S. 218). Statthafte Klage gegen den Grund-VA ist daher auch nach dessen Vollstreckung die Anfechtungsklage. Soweit der Grund-VA rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, hebt ihn das Verwaltungsgericht auf (§ 113 I 1 VwGO). Die kassatorische Wirkung des Urteils tritt zwar (vorbehaltlich § 113 I 2 VwGO) erst mit dessen Rechtskraft ein. Das Urteil wirkt dann aber - und das ist das Entscheidende - *ex tunc*, d.h. beseitigt den Grund-VA rückwirkend. Damit wird (gleichfalls rückwirkend) der Vollstreckungsakt rechtswidrig (es fehlt an einem vollstreckbaren, wirksamen) VA. Somit wird auch der gegen den Vollstreckungsakt in Anspruch genommene Primär- und Sekundärrechtsschutz erfolgreich sein. Da die Ordnungsbehörde gemäß §§ 77 VwVG NW, 1 KostO NW vom Betroffenen durchweg

Erstattung verlangen kann, ist der Rechtsschutz gegen die Vollstreckungsmaßnahme auch dann effektiv, wenn man deren Rechtmäßigkeit nicht an die Rechtmäßigkeit des Grund-VA koppelt. Würde man annehmen, daß auch die Polizeibehörden sich ausnahmslos auf §§ 11 VwVG NW, 11 KostO NW stützen können (so Kottmann, DÖV 1983, S. 502 mit Fn. 114; vgl. auch Wagner, NW PolG, § 30 Rn. 11), würde sich für die Vollstreckung von Polizeiverfügungen nichts anderes ergeben. Nimmt man allerdings zutreffenderweise an, daß die Polizeibehörden nur dann Kostenerstattung verlangen können, wenn dies im PolG NW ausdrücklich angeordnet ist, so besteht ein Kostenerstattungsanspruch nur im Fall einer Ersatzvornahme (vgl. § 52 I 2 PolG NW) und / oder Sicherstellung (§ 46 III 2 PolG NW). In den restlichen Fällen führt daher die Vollstreckung der Polizeiverfügung zu deren Erledigung, wenn die Vollstreckungsfolgen irreparabel sind. Statthafte Klage gegen den Grund-VA ist danach nicht die Anfechtungs-, sondern die Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO). Mangels kassatorischer Wirkung des Fortsetzungsfeststellungsurteils bliebe dem Vollstreckungsakt die Grundverfügung erhalten. Der Vollstreckungsakt bliebe insofern - trotz Rechtswidrigkeit des Grund-VA - rechtmäßig. Entscheidend ist aber, daß die Vollstreckung eines VA vor dessen Bestandskraft immer *nur vorläufig* zulässig, d.h. rechtmäßig ist. Dies ergibt ein systematischer Vergleich mit dem Vollstreckungsregime der ZPO. Gemäß § 704 I ZPO ist die Vollstreckung sowohl rechtskräftiger als auch lediglich vorläufig vollstreckbarer Urteile zulässig. Die Vollstreckung vorläufig vollstreckbarer Urteile ist nach der Konzeption der ZPO jedoch nur vorläufig zulässig. Dies ergibt sich aus § 717 II 1 ZPO, wonach der Kläger zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der dem Beklagten durch die Vollstreckung des Urteils oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstanden ist. (Gleiches ordnet übrigens § 945 ZPO für die Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung an.) Diese Konzeption läßt sich auf die Vollstreckung aus Verwaltungsakten übertragen, denn Urteil und VA sind zwar nicht gleichzusetzen, aber strukturell vergleichbar. Da Urteile im Vergleich zu Verwaltungsakten ein größeres Maß an Richtigkeitsgewähr bieten (Entscheidung durch neutrale, nur an Gesetz und Recht gebundene Instanz (vgl. Art. 97 I, 20 III GG nach Durchführung eines mehrfach (verfahrens-) grundrechtlich gesicherten (Art. 101, 103 I GG, allgemeiner Justizgewähranspruch aus Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 19 IV GG) Verfahrens; vgl. BGHZ 90, 17 (23); 113, 17 (20, 23), wonach ein über das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG entscheidendes Zivilgericht trotz Bestandskraft eines VA dessen Rechtmäßigkeit prüfen können; an ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil sei es dagegen gebunden), können die aus einem VA abzuleitenden Rechtsfolgen jedenfalls nicht einschneidender sein als diejenigen aus einem inhaltlich vergleichbaren Urteil. Aus allem folgt, daß die Vollstreckung eines rechtswidrigen VA zwar vorläufig, nicht aber endgültig rechtmäßig ist. Sollte sich im Hauptverfahren gegen den Grund-VA dessen Rechtswidrigkeit herausstellen, ergäbe sich daraus zugleich die Rechtswidrigkeit der Vollstreckungsmaßnahme. Nach allem ist der Rechtsschutz gegen den Vollstreckungsakt auch dann effektiv, wenn man die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung von der Rechtmäßigkeit des Grund-VA (zunächst) entkoppelt.

- Das Bild wird komplettiert, wenn man die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes mit in den Blick nimmt. Liegt zwischen Erlaß des Grund-VA und der Durchführung der Vollstreckung ein hinreichend langer Zeitraum, so kann der Betroffene gemäß § 80 V VwGO beim VG einen Antrag auf Anordnung / Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs stellen. Sollte der VA rechtswidrig sein, wird das VG gemäß § 80 IV 3 VwGO analog dem Antrag (bei Eilbedürftigkeit innerhalb kürzester Zeit - vgl. etwa VG Münster, NVwZ 1997, S. 824, OVG Münster, NVwZ 1997, S. 816: Bescheid vom 13.11., Beschluß des VG vom 14.11., Beschluß des OVG vom 15.11.) stattgeben. Damit ist dem VA die Vollstreckbarkeit genommen, da der Rechtsbehelf wieder aufschiebende Wirkung hätte (vgl. §§ 50 I PolG NW, 55 I VwVG NW). (vgl. zu diesem Problem jüngst auch BVerfG, NVwZ 1999, 290/292)

- cc) Fehlen von Vollstreckungshindernissen, insbesondere keine rechtliche Unmöglichkeit
    - Es kann ein Vollstreckungshindernis vorliegen, wenn ein privatrechtlicher Hinderungsgrund zur Ausführung der angeordneten Maßnahme besteht (z.B. Miteigentum eines Dritten). Das Hindernis kann, soweit der Dritte nicht mit der Gefahrenabwehrmaßnahme des Pflichtigen einverstanden ist, im Wege einer Duldungsverfügung gegen den Dritten ausgeräumt werden.
  - b) Durchführung der Vollstreckung nach Ermessen
    - aa) Entschließungsermessen ("ob")
      - Ermessensgrenzen (vgl. §§ 3 I PolG, 16 OBG: "pflichtgemäßes Ermessen", § 40 VwVfG)
    - bb) Auswahlermessen ("wie")
      - Ermessensgrenzen (insbesondere §§ 55 I 1 PolG NW, 62 I OBG NW: unmittelbarer Zwang als ultima ratio)
4. Sonderproblem: Das Abschleppen verbotswidrig abgestellter Kraftfahrzeuge

#### **Das Abschleppen verbotswidrig abgestellter Kraftfahrzeuge**

##### **I. Rechtliche Einordnung des Abschleppens verbotswidrig abgestellter Kraftfahrzeuge**

1. A.: Das Abschleppen falsch geparkter PKWs ist eine Sicherstellung (Schwabe, NJW 1983, S. 369 (373)).

- § 43 Nr. 2 PolG (ggfls. i.V.m. § 24 OBG) ist nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß einer die Sicherstellung anordnenden Verfügung, sondern zugleich auch Ermächtigungsgrundlage für den die Sicherstellung bewirkenden Realakt. Eines Rückgriffs auf die §§ 50 II, 52 PolG (bzw. §§ 55 II, 59 VwVG NW) bedarf es nicht. Für eine Verfügung, die bei der Sicherstellung nur die Anordnung der Herausgabe der sicherzustellenden Sache zum Gegenstand haben kann, ist z.B. dann kein Raum, wenn es sich um die Sicherstellung gestohlener und vom Dieb verlassener Sachen handelt.
- Insbesondere in den Fällen des § 43 Nr. 2 PolG, in denen die Sicherstellung und auch die anschließende Verwahrung im Interesse und mit dem - zumindest vermuteten - Einverständnis des Eigentümers oder sonst Berechtigten erfolgt, erscheint der Einsatz von Zwangsmitteln und die Heranziehung der entsprechenden Vorschriften der §§ 50 ff. PolG verfehlt.
- Die Tatsache, daß neben einer Kostentragungsregelung (§ 46 III 1 PolG) in § 46 III 3 PolG eine eigene - der in § 52 I 2 PolG entsprechende - Verweisung auf § 77 VwVG und hierdurch auf § 11 KostO enthalten ist, läßt den Schluß zu, daß auch der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß die §§ 43 ff. PolG die Polizei unmittelbar zur Durchführung der für eine Sicherstellung erforderlichen Maßnahmen ermächtigen.



2. A.: Das Abschleppen falsch geparkter PKWs ist eine Maßnahme des Sofortvollzugs, der als Grundverfügung eine fiktive Sicherstellungsanordnung zugrundeliegt (OVG Münster, DVBl. 1983, S. 1074 f.).
3. A.: Die Versetzung eines PKW auf einen freien, der StVO entsprechenden Parkplatz in unmittelbarer Nähe seines Abstellortes ist ein Sofortvollzug einer Ersatzvornahme. Fiktiver Grund-VA ist dabei ein auf die polizeiliche Generalklausel gestütztes Gebot, den Wagen aus dem Parkverbot zu entfernen. Veranlaßt die Polizei das Abschleppen zu einem weiter entfernten amtlichen Verwehrplatz, so ist diese Maßnahme als Sicherstellung zu qualifizieren (Friauf, in: Schmidt-Aßmann, VwR BT, 2. Abschnitt, Rn. 144).
- Eine Gefahr i.S. des § 43 Nr. 1 PolG NW ist durch die fehlerhafte, verkehrsbehindernde Aufstellung des Kfz begründet worden (Lage einer Sache im Raum als Gefahr).
4. A.: Das Abschleppen falsch geparkter PKWs ist nach h.M. eine Ersatzvornahme, wobei überwiegend ein gestrecktes Verfahren mit dem Halteverbotsschild als Grund-VA, z.T. aber auch ein Sofortvollzug der fiktiven Grundverfügung, den Wagen aus dem Parkverbot zu entfernen, angenommen wird (vgl. Schoch, JuS 1995, S. 312 m.w.N.).
- Gegen die Auffassung, beim Abschleppen handle es sich um den (Sofort-) Vollzug einer (fiktiven) Sicherstellungsanordnung, spricht, daß die Polizei dem Autofahrer nicht gebieten dürfte, den Wagen zum polizeilichen Sicherstellungsgelände zu fahren, sondern nur, ihn aus dem Parkverbot zu entfernen. Das Abschleppen zum Sicherstellungsgelände ist demzufolge keine Maßnahme, die für den Störer anstelle einer ihm obliegenden eigenen Handlung vorgenommen wird.
  - Eine Sicherstellung liegt nach h.M. lediglich dann vor, wenn der Zweck der polizeilichen Maßnahme darin zu sehen ist, daß gerade durch die Begründung von Polizeigewahrsam oder eines entsprechenden Gewahrsams eine Gefahr abgewendet werden soll. Besteht aber der polizeiliche Zweck der Abschleppmaßnahme im wesentlichen darin, ein Kfz aus einer Verbots- oder Gefahrenzone zu entfernen, liegt keine Sicherstellung vor. Das Fahrzeug selbst ist für die Vollzugsbehörde von keinerlei Interesse.
- II. Das Abschleppen von Kfz bei nachträglich aufgestellten Verbotsschildern (OVG NW, NwVBl. 1995, S. 475; BVerwG, NJW 1997, S. 1023 = JZ 1997, S. 780 mit Anm. Hender)**
1. Bekanntgabe des Verkehrszeichens
    - a. Das BVerwG denkt sich die Dinge folgendermaßen: Der Rechtsstandpunkt des OVG Münster, die Bekanntgabe und damit auch die Wirksamkeit eines VA in Form eines Verkehrszeichens richteten sich nach den Spezialvorschriften der StVO, stimme mit dem revisiblen Recht überein. Das Halteverbotsschild nach Zeichen 283 zu § 41 II Nr. 8 StVO sei wie jedes andere Verkehrszeichen ein VA in der Form der Allgemeinverfügung i.S. des § 35 S. 2 VwVfG. Die Bekanntgabe erfolge nach den bundesrechtlichen Vorschriften der StVO durch Aufstellung des Verkehrsschildes (vgl. insbesondere §§ 39 I, I a, 45 IV StVO). Dies sei eine besondere Form der öffentlichen Bekanntgabe. Ob sie als öffentliche Bekanntgabe eines nicht schriftlichen (§ 41 IV 1 VwVfG) Verwaltungsaktes gem. § 41 III VwVfG einzuordnen sei oder ob die Spezialregelungen der StVO den § 41 VwVfG insgesamt verdrängen (vgl. § 1 II 1 VwVfG; dazu OVG Münster, NZV 1996, S. 293 (294)), bedürfe keiner Entscheidung. Seien Verkehrszeichen so aufgestellt und angebracht, daß sie ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon „mit einem raschen und beiläufigen Blick“ erfassen könne, so äußerten sie ihre

Rechtswirkung gegenüber jedem von der Regelung betroffenen Verkehrsteilnehmer, gleichgültig, ob er das Verkehrszeichen tatsächlich wahrnehme oder nicht. Dies entspreche der Wirkung vergleichbarer anderer öffentlicher Bekanntmachungen (vgl. etwa § 41 V VwVfG i.V.m. § 15 III 2 und 3 VwZG, § 74 V VwVfG). Verkehrsteilnehmer sei nicht nur derjenige, der sich im Straßenverkehr bewege, sondern auch der Halter eines am Straßenrand geparkten Fahrzeugs, solange er Inhaber der tatsächlichen Gewalt über das Fahrzeug sei.

- b. Die Position des BVerwG ist dogmatisch nicht begründbar. Ohne daß dies auch nur ansatzweise expliziert würde, geht es beim Aufstellen des Schilds durch öffentliche Bekanntgabe wohl allein um die Frage der sog. äußeren Wirksamkeit, d.h. der (äußeren) Existenz des VA. Das genügt aber nach Auffassung des Gerichts (noch) nicht für eine wirksame Bekanntgabe auch dem einzelnen Verkehrsteilnehmer gegenüber, d.h. für die sog. innere Wirksamkeit. Hierfür erforderlich soll sein, daß dieser sich dem Schild nähert und (am Leitbild des durchschnittlich besonnenen und aufmerksamen Kraftfahrers orientiert) von diesem Kenntnis nehmen kann. Da das Schild kein Selbstzweck ist, sein Sinn (oder Unsinn) sich vielmehr erst dann realisiert, wenn ein Verkehrsteilnehmer sich nähert, muß hier der Schwerpunkt liegen. Dogmatisch umso prekärer ist es, daß dem BVerwG die dogmatische Konturierung insoweit völlig mißlingt. Man muß das Gericht wohl so verstehen, daß nach der öffentlichen Bekanntgabe (durch Aufstellen des Schilds) eine weitere Bekanntgabe, diesmal in individueller Form nach § 41 I VwVfG (NW), zu erfolgen hat. Wenn dem so ist, hätte aber das Verhältnis zwischen beiden bestimmt werden müssen. Mindestens ebenso gravierend defizitär ist die Begründung des BVerwG aber im Hinblick auf die von ihm postulierten Anforderungen für die individuelle Bekanntgabe. Eine individuelle Bekanntgabe hat gegenüber der öffentlichen Bekanntgabe, bei der die Kenntnisnahmemöglichkeit bis zur Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen verflüchtigt ist - folgerichtig und auch zutreffend mißt das BVerwG Vorschriften über die öffentliche Bekanntgabe denn auch an Art. 19 IV GG (vgl. BVerwG, NJW 1984, S. 188; vgl. auch BVerfG, NVwZ 1983, S. 28 für die Zustellung von Planfeststellungsbeschlüssen; vgl. i.ü. Pieroth/Schlink, in: FS für Mahrenholz, S. 669 (697 f.) und Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 19 IV Rn. 250 f.) -, den Sinn, den Betroffenen in möglichst zuverlässiger und sicherer Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen. Diese spezifische Funktion der Individualbekanntgabe ist es, die das BVerwG nun krass verfehlt, in dem es die Anforderungen an eine wirksame Individualbekanntgabe so weit reduziert, daß diese nunmehr einer öffentlichen Bekanntgabe gleich kommt.

## 2. Verhältnismäßigkeit der Abschleppmaßnahme

- a. Nach Ansicht des OVG Münster, a.a.O., steht der Umstand, daß Halteverbotsschilder erst nach dem rechtmäßigen Abstellen eines Fahrzeugs angebracht worden sind, der Verhältnismäßigkeit des Abschleppens regelmäßig nicht entgegen, wenn zwischen dem Aufstellen der Schilder und dem Abschleppen eine Frist von mindestens 48 Stunden (so OVG Münster, a.a.O.) verstrichen sind. Die Unmaßgeblichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme rechtfertigt sich in derartigen Fällen - etwa bei Neuaufstellung von Verkehrszeichen, bei Wegfall von Erkennbarkeitshindernissen wie Schnee und Laub - aus dem Grundprinzip des Straßenverkehrsrechts, eine eindeutige, regelmäßig für alle Verkehrsteilnehmer einheitliche Verkehrsregelung zu treffen. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs ließen grundsätzlich eine Aufspaltung der Wirksamkeit von Verkehrszeichen für verschiedene Kreise von Verkehrsteilnehmern und Fahrzeugen nicht zu. Eine Frist von 48 Stunden sei ausreichend, um Fahrzeughalter vor überraschenden Abschleppmaßnahmen zu

bewahren. Eine derartige Vorlaufzeit decke typische Abwesenheiten - wie etwa an Wochenenden - ab.

- b. Hierzu führt das BVerwG, a.a.O., aus, daß das OVG die Erforderlichkeit der Maßnahme zu Recht mit der Begründung bejaht habe, daß andere, den Kl. weniger beeinträchtigende Mittel nicht zur Verfügung gestanden hätten. Dies gelte auch für die Frage, ob die Bediensteten der Bekl. vor Einleitung der Abschleppmaßnahme hätten versuchen müssen, den Kl. als Kfz-Halter ausfindig zu machen. Angesichts des auswärtigen Kennzeichens seines Fahrzeugs seien solche Bemühungen wegen zu geringer Erfolgsaussichten nicht veranlaßt gewesen. Es verstoße grundsätzlich nicht gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit, wenn ein zunächst erlaubtermaßen geparktes Kfz vier Tage nach Aufstellung eines Halteverbotszeichens auf Kosten des Halters abgeschleppt werde. Zwar gehöre der ruhende Verkehr einschließlich des Dauerparkens zu den grundsätzlich erlaubten Formen der Teilnahme am Straßenverkehr. Der Verkehrsteilnehmer müsse jedoch mit Situationen rechnen, die kurzfristig eine Änderung bestehender Verkehrsregelungen verlangten. Er könne deshalb nicht darauf vertrauen, daß ein zunächst erlaubtes Parken an einer bestimmten Stelle des öffentlichen Straßenraums auch noch 4 Tage später erlaubt sei. Bei einer solchen „Vorlaufzeit“ sei es nicht unverhältnismäßig, also nicht von Verfassungs wegen verboten, das Abschlepp- und Kostenrisiko eines längerfristigen Parkens statt der Allgemeinheit demjenigen zuzuweisen, der die Sachherrschaft über das an der betreffenden Stelle geparkte Kraftfahrzeug habe und Vorsorge für den Fall einer Änderung der Verkehrsrechtslage treffen könne.

### 3. Kostentragung

- a. Nach Ansicht des OVG Münster, a.a.O., muß der Störer, so denn das Abschleppen in derartigen Fallkonstellation rechtmäßig ist, auch die Kosten dafür zu tragen. Die Vorschriften der §§ 77 VwVG NW, 11 Nr. 7 KostenO NW über den Kostenersatz bei Ersatzvornahmen eröffneten der Behörde keinen Ermessensspielraum, sondern sähen eine gebundene Entscheidung vor mit der Folge, daß die Behörde die Kostenerstattung grundsätzlich verlangen müsse.
- b. Nach der Gegenansicht (vgl. Janssen, JA 1996, S. 165 (172); VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, S. 29 (30)) ist die Kostenebene als Korrektiv der polizeilichen Verantwortlichkeit anzunehmen und deshalb den Behörden auf der Rechtsfolgenseite ein Entschließungsermessen einzuräumen. Hierbei wird v.a. auf den polizeilichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwiesen, der Härten aufgrund von außergewöhnlichen oder unvorhersehbaren Ereignissen vermeiden solle.

## V. Die Vollstreckung einer Polizei- bzw. Ordnungsverfügung bei Sofortvollzug

1. Ermächtigungsgrundlage (§§ 50 II PolG, 55 II VwVG)
2. Formelle Rechtmäßigkeit
3. Materielle Rechtmäßigkeit
  - a) Rechtmäßigkeit der hypothetischen Grundverfügung (§ 50 II PolG, § 55 II VwVG NW a.E.: "... und die Polizei (die Vollzugsbehörde) ... innerhalb ihrer Befugnisse handelt")
    - aa) Ermächtigungsgrundlage

- bb) Formelle Rechtmäßigkeit
- cc) Materielle Rechtmäßigkeit
- b) Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr
- c) Verwaltungszwang zur Abwehr der Gefahr notwendig
- d) Fehlen von Vollstreckungshindernissen
- e) Durchführung der Vollstreckung nach Ermessen

## **D. Sekundärebene**

### **I. Kostenerstattung**

#### **1. Kostenersatz bei Vollstreckungsmaßnahmen gegenüber dem Bürger**

##### **a) Die Ermächtigungsgrundlagen**

- §§ 52 I 1 PolG , 59 I VwVG i.V.m. § 77 I VwVG i.V.m. § 11 Nr. 7 KostO NW für die Ersatzvornahme
- § 46 III i.V.m. § 77 I VwVG i.V.m. § 11 KostO für die Sicherstellung
- §§ 688 ff. BGB analog für Verwahrungskosten
- §§ 677 ff. BGB analog bei öffentlich-rechtlicher GoA
- § 77 VwVG NW i.V.m. § 11 KostO NW bei Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Ordnungsbehörden (beachte: insoweit Kostenfreiheit bei polizeilichem Handeln)

##### **b) Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen**

- Die Maßnahme, für deren Kosten Ersatz verlangt wird, muß rechtmäßig gewesen sein. Hierfür lassen sich die strikte Gesetzesbindung der Verwaltung und der Umstand anführen, daß im Verwaltungsvollstreckungsrecht eine dem § 46 VwVfG NW vergleichbare Vorschrift fehlt

##### **c) Kostenlast bei Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht**

###### **aa) Anscheinsgefahr**

- Auf der Sekundärebene nach h.M. Beurteilung ex post => Haftungsbegrenzung
- Umstritten ist, ob die Kostenpflicht bei der Anscheinsgefahr bereits dann eintritt, wenn der Anscheinsstörer die „Gefahr“ selbst veranlaßt und zu verantworten hat oder ob es für die Kostenpflicht darauf ankommt, ob der Anscheinsstörer in ihm

vorwerfbarer Weise den Anschein der Gefahr veranlaßt hat.

bb) Gefahrenverdacht

1.A.: Die Gefahrerforschungsmaßnahme ist nach h.M. eine von Amts wegen durchzuführende Sachverhaltsaufklärung gem. § 24 I VwVfG, so daß die Verwaltung die Kosten selbst tragen muß.

2.A.: Der Verursacher des Gefahrenverdachts muß die Kosten jedenfalls dann tragen, wenn sich herausstellt, daß tatsächlich eine Gefahrenlage vorgelegen hat.

Vgl. dazu OVG Münster, NWVBl. 1996 340 ff.

d) Auswahlermessen bei mehreren Kostenpflichtigen

- Nicht der Aspekt der wirksamen Gefahrenabwehr, sondern die gerechte Lastenverteilung sollte im Vordergrund stehen.  
=> Inanspruchnahme entsprechend den Verursachungsbeiträgen

e) Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch Leistungsbescheid

- Zwar ist keine ausdrücklich normierte VA-Befugnis gegeben, doch erlauben die einschlägigen Gesetze das Verwaltungshandeln durch Leistungsbescheid, wie sich mittelbar z.B. den Regelungen zur Ersatzvornahme (Anforderung der Vorausleistung von Kosten, § 52 II 1 PolG) oder dem Umstand entnehmen läßt, daß die Zwangsbeitreibung des Kostenbetrags (§ 52 II 2 PolG NW) vorgesehen ist.
- Handeln durch VA im Rahmen subordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse erlaubt (so die Rspr.)

2. Kostenersatz unter Verwaltungsträgern

1.A.: Nach h.M. kein Kostenersatzanspruch auf der Grundlage einer Ersatzvornahme wegen der Unzulässigkeit von hoheitlichen Maßnahmen, insbesondere Zwangsmitteln; Ersatzansprüche aus öffentlich-rechtlicher GoA scheiden aus, da der z.B. aufgrund der Eilkompetenz handelnde Verwaltungsträger nicht „ohne Auftrag“ tätig wird.

2.A.: Kostenerstattungsanspruch (+), da von einem unzulässigen Kompetenzübergreif in einen fremden Hoheitsbereich keine Rede sein kann, wenn eine Behörde z.B. im Wege der Eilkompetenz (§ 1 I 3 PolG NW) eine Gefahr mit eigenen Mitteln beseitigt.

- II. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche  
(vertiefend: Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., S. 393, ff.)
  - 1. § 39 OBG  
vgl. BGHZ, 131, 163 ff.
  - 2. § 839 BGB i.V.m Art. 34 GG (vgl. § 40 Abs. 5 OBG)

### **XIII. Das Recht auf Auskunft im Polizei- und Ordnungsrecht**

- 1. *Verfassungsrecht*
  - a. *GG*
    - aa. *Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) als Schutzrecht (Badura, in: Erichsen, VwR AT, 11. Aufl. § 34 Rn. 16) bzw. Verfahrensrecht (BVerfG E 65, 1 (44)) bei personenbezogenen Daten*
    - bb. *Art. 12, 14 GG als Schutz- (Badura, a.a.O.) bzw. Verfahrensrechte bei unternehmensbezogenen Daten*
    - cc. *Rechtsstaatsprinzip (Knemeyer, NVwZ 1988, S. 193 (196); nicht überzeugend)*
  - b. *Landesverfassungen*
    - aa. *(Ausdrückliches) Recht auf informationelle Selbstbestimmung garantiert in Art. 4 II Verf NW, Art. 2 saarl. Verf, Art. 21 b bln. Verf, Art. 38 sächs. Verf*
    - bb. *Darüber hinaus ausdrücklich geregelter Auskunftsanspruch in Art. 6 I 3 Verf Sachs.-Anh., Art. 6 II Verf Meckl.-V., Art. 11 bbg. Verf.*
- 2. *(Ausgestaltetes) einfaches Recht*
  - a. *BDSG, DSG*
    - aa. *Anwendungsbereich: § 1 BDSG, § 2 DSG*
    - bb. *Vorrang sog. bereichsspezifischen Datenschutzrechts, Subsidiarität der Datenschutzgesetze: § 1 IV BDSG, § 2 III DSG*
    - cc. *Auskunftsanspruch nach § 19 BDSG (entspricht im wesentlichen § 18 DSG)*

- (1) *§ 19 I BDSG: Anspruch auf Auskunftserteilung bezieht sich auf sämtliche Daten und umfaßt auch Angaben mit Doppelbezug, die auch andere Personen betreffen (arg. § 19 I Nr. 1, 19 IV Nr. 3 BDSG); Auskunftsanspruch besteht auch dann, wenn die Daten nicht in einer Datei, sondern in Akten enthalten sind (arg. § 19 I 3 BDSG); wichtig noch: Dieser Anspruch ist gem. § 6 BDSG unabdingbar.*
  - (2) *§ 19 III BDSG: Auskunftserteilung steht unter einem Zustimmungsvorbehalt, wenn es um die Übermittlung von Daten an Behörden des Sicherheitsbereiches geht.*
  - (3) *§ 19 IV BDSG: Verpflichtung zur Auskunftsverweigerung: unbestimmte Rechtsbegriffe in dieser Vorschrift sind gerichtlich voll überprüfbar*
  - (4) *§ 19 V BDSG: Grundsätzlicher Begründungszwang bei Auskunftsverweigerung; die in dieser Vorschrift vorgesehenen Ausnahmen sind im Hinblick auf Art. 19 IV 1 GG bedenklich.*
- b. *Beispiele bereichsspezifischen Datenrechts: §§ 15 BVerfSchG, 7 BNDG, 9 MADG; §§ 7 Nr. 1, 8 MRRG; §§ 34 BremPolG, 25 f. RpfPOG (Polizei- und Ordnungsgesetze der übrigen Länder enthalten keine Sonderregelungen)*
- c. *Vom Auskunftsrecht zu unterscheiden ist das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG, das unter der Voraussetzung des § 9 VwVfG neben den Auskunftsanspruch tritt; eine Verbindung zwischen Auskunftsanspruch und Akteneinsichtsrecht sieht allerdings § 18 II 1 DSG vor.*