

## Polizei- und Ordnungsrecht

### A. Schema für Prüfung der Polizeiverfügung

#### I. Rechtsgrundlage

##### 1. Spezialgesetzliche Gefahrenabwehr

z.B. § 15 VersG oder § 10 BSeuchG (näher s. u. B)

(Hier können Normen des allgemeinen Ordnungsrechts ergänzend eingreifen, wie etwa für die Bestimmung der ordnungspflichtigen Person, vergleiche §§ 12, 19 II OBG)

##### 2. Standardmaßnahmen nach OBG bzw. PolG

(vergleiche § 24 OBG sowie §§ 9 ff. PolG)

##### 3. Generalklausel

§ 1 I i.V.m. § 8 I PolG, § 14 I i.V.m. § 1 I OBG

#### II. Formelle Voraussetzungen

##### 1. Zuständigkeit der Behörde

###### a. Sachlich

§§ 5 OBG, 10 POG i.V.m. § 1 I PolG

- Sonderordnungsbehörde (Bergämter, Eichämter usw.),
- allgemeine Ordnungsbehörde (§ 3 OBG: Bürgermeister, Landrat, Bezirksregierung).
- Nur in Eilfällen ist Polizei zuständig, § 1 I 3 PolG. Ausn.: § 1 I 2 PolG.

###### b. Örtlich

§§ 4 OBG, 7 - 9 POG

##### 2. Form

§§ 20 OBG (Ordnungsbehörden), 37 VwVfG (Polizei)

##### 3. Bekanntgabe

##### 4. Begründung

#### III. Materielle Voraussetzungen

##### 1. "Sicherheit"

Unversehrtheit von Rechtsordnung, Individualrechtsgütern und staatlichen Einrichtungen

##### 2. "Ordnung"

moralische Normen (wie immer fraglich), spielt nur bei § 14 OBG eine Rolle

##### 3. "öffentliche"

wegen Gewaltenteilung kein Schutz ausschließlich privater Rechte, es sei denn, dass Gefahr für Allgemeinheit unerträglich (Selbstmord) oder bei glaubhaftem Anspruch drohende Vereitelung (Hausbesetzung)

##### 4. "im einzelnen Falle bestehende Gefahr"

wenn im konkreten Fall (nicht generell abstrakt) eine hinreichende Wahrscheinlichkeit (Prognose ex ante. Unterscheide Anscheinsgefahr (nachvollziehbar) von Putativgefahr (abwegig) eines nicht unerheblichen Schadens (unterscheide von Belästigung, welche nur von § 3 I BlmSchG erwähnt wird, nach Intensitätsgrad) besteht.

##### 5. "können"

Ermessensentscheidung über "ob" des Einschreitens

##### 6. "können"

Ermessensentscheidung gegen "wen" (Ordnungspflichtigkeit)

##### a. aus eigener Verantwortung

(A) Handlungs- und Zustandsstörer §§ 17, 18 OBG, 4, 5 PolG

Störer ist, wer die letzte steuerbare Ursache setzt

(B) Einschränkung der Kausalitätsbetrachtung

wegen Fehlen des Verschuldenskorrektivs (Zweckveranlasser, latente Gefahr, atypische Risiken), gestörte Privatnützigkeit

(C) Dereliktion und Zustandshaftung

§ 18 III OBG, vorher Anknüpfung an BGB, so dass nur § 5 III PolG.

(D) Übergang auf Rechtsnachfolger

(E) Auswahlermessen bei Mehrheit

sachgemäß sind Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Effektivität, Zumutbarkeit

##### b. Subsidiär

Notstandspflichtiger nach §§ 19 OBG, 6 PolG

##### 7. "können" Ermessensentscheidung über angemessenen Umfang des Eingriffs

Neben der allgemeine Ermessensfehlerlehre (Überschreitung, Fehlgebrauch, Reduzierung) sind hier unter anderem die Ermessensgrenzen zu beachten.

**a. Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG)**

**b. Möglichkeit**

Beachte bei tatsächlich-objektiver Unmöglichkeit §§ 44 II Nr. 4 VwVfG und bei rechtlicher Unmöglichkeit die Gestaltungsform der Duldungsverfügung.

**c. Verhältnismäßigkeit**

(Eignung/Erforderlichkeit/Angemessenheit), §§ 15 OBG, 2 PolG.

**d. § 20 II OBG**

Keine Erleichterung eigener Aufgaben

**e. § 21 OBG, 3 II PolG**

Austauschmittel

Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist (vergleiche § 24 OBG NW).

Standardmaßnahmen

- Identitätsfeststellung, § 12 PolG
- Erkennungsdienstliche Maßnahmen, § 14 PolG
- Vorladung, § 10 PolG
- Platzverweisung, § 34 PolG
- Ingewahrsamnahme, § 35 PolG
- Durchsuchung von Personen u. Sachen, §§ 39 f. PolG<sup>2</sup>
- Betreten und Durchsuchung von Wohnungen, §§ 41 ff. PolG
- Sicherstellung von Sachen, § 43 PolG.

## B. Einzelprobleme zur Polizeiverfügung

### I. Ermächtigungsgrundlage

Im Ordnungsrecht müssen Sie beim Aufsuchen der Ermächtigungsgrundlage für ordnungspolizeiliche Eingriff in Rechte Privater so vorgehen:

#### 1. Spezialvorschrift auf Bundes- oder Landesebene (Sonderordnungsrecht)?

Soweit es um dieselbe Gefahr geht, verdrängt das Sonderordnungsrecht das allgemeine Ordnungsrecht.

- vergleiche z.B. §§ 37, 41, 43, 45 ff. AuslG, §§ 10 - 13, 31, 32 BSeuchG, §§ 12, 17, 20, 24 - 29 BImSchG, §§ 15 II, 24a, 25, 33a I 2, 35 GewO, §§ 5, 12 III, 21 I GastG, §§ 16 III, IV, 24 HandwO, § 25 StVG, § 26 StVO, §§ 17, 31a StVZO, §§ 5, 13, 17 IV, 15 VersG, § 22 StrWG.

Das allgemeine Ordnungsrecht ist im Anwendungsbe- reich der Spezialvorschriften nicht mehr anwendbar. Nur soweit Lücken bestehen, ist ein Rückgriff auf das allgemeine Ordnungsrecht, insbesondere auf die Ge- neral Klausel zulässig<sup>1</sup>.

#### 2. Spezialermächtigungen für bestimmte Polizei- ordnungsbehördliche Maßnahmen (Stan- dardmaßnahmen)

Für häufig vorkommende, insbesondere für schwer- wiegende Eingriff in die Freiheitsrechte des Bürgers enthält das Polizei- und Ordnungsrecht der Länder Spezialvorschriften für die sogenannt polizeilichen Standardmaßnahmen, wobei diese speziellen Vorga- ben des Polizeirechts - mit Ausnahme erkennung- dienstlicher Maßnahmen - für die Tätigkeit der Ord- nungsbehörden entsprechend gelten, soweit dies zur

Wenn Sie die Vorschriften zu diesen Standardmaß- nahmen durchlesen, sehen Sie, dass die Bestimmun- gen detailliert festlegen, unter welchen Voraussetzun- gen z.B. eine Vorladung erfolgen kann. Dieser lex- specialis-Charakter bedeutet: Mag zur Abwendung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Generalklausel) eine Vorladung auch noch so ange- messen und erforderlich erscheinen, so muss sie doch unterbleiben, wenn die speziellen Voraussetzungen für die Anordnung dieser Standardmaßnahme nicht erfüllt sind.

#### 3. Ordnungsbehördliche oder polizeiliche Gene- ralklausel?

### II. Formelle Voraussetzungen

#### 1. Die zur Gefahrenabwehr zuständigen Behör- den

In NRW gilt ein Trennsystem:

- Sonderordnungsbehörden  
z.B. die Eich- oder Bergämter und die Kreisver- waltungsbehörden als Bauaufsichts-, Ausländer- oder Straßenverkehrsbehörden.
- Allgemeine Ordnungsbehörden  
sie sind (zur Vermeidung kompetenzrechtlicher Lücken) für alle Aufgaben der Gefahrenabwehr zuständig, die nicht in den Bereich der Sonde- rungs- oder Polizeibehörden fallen.
- Polizeibehörden  
Vollzugspolizei: Sie ist in Eilfällen zuständig, leistet Vollzugshilfe für andere Behörden und führt die sogenannt polizeilichen Standardmaßnahmen

<sup>1</sup> vgl. Götz, Rn. 447; Zum Verhältnis Generalklausel und AsylVerfG vgl. VGH BaWü DÖV 1998, 252

<sup>2</sup> Zur Diskussion über eine „verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrolle vgl. Lisken NVwZ 1998, 23 und Stephan DVBl. 1998, 81 mwN.

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 3

(Identitätsfeststellung, Durchsuchung u.a.) durch; weitere Befugnisse ergeben sich aus Landesrecht, z.B. auf dem Gebiet des Straßen- und Verkehrsrechts.

## 2. Abgrenzung Ordnungsbehörde / Vollzugspolizei

Im Bereich der Gefahrenabwehr sind die Ordnungsbehörden und (!) die (Vollzugs-) Polizei zum Tätigwerden berufen. Hinsichtlich der Zuständigkeitsabgrenzung gilt:

Die Vollzugspolizei kann - abgesehen von spezialgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen (§§ 36, 44 II StVO z.B.) in eigener Zuständigkeit Maßnahmen nur dann treffen, wenn ein Handeln der Ordnungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint. Vergleiche Sie zu § 1 a ME/PolG: "Die Polizei wird tätig, soweit die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint."

## 3. Die Organisation der Ordnungs- und Polizeiverwaltung

### a. Ordnungsbehörden

#### aa. Sonderordnungsbehörden

Sonderordnungsbehörden werden grundsätzlich durch die einschlägigen Spezialbestimmungen gekennzeichnet: so z.B. die "Bauaufsichtsbehörden" in den Landesbauordnungen, die "Straßenverkehrsbehörde" in § 46 StVO (i.V.m. landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen "zum Vollzug der StVO"), "die zuständige Behörde" (§ 14 I 1 GewO) in der jew. landesrechtlichen VO zur Durchführung der GewO usw.

#### bb. Allgemeine Ordnungsbehörden

Diese sind auf der untersten Ebene regelmäßig die (Verwaltungen der) kreisangehörigen Gemeinden bzw. Städte (Bürgermeister); vergleiche § 3 OBG.

### b. Polizeibehörden

In den meisten Ländern gliedert in:

- den allgemeinen Polizeivollzugsdienst (uniformierte Schutzpolizei) -> zuständig für die allgemeine (Eilfälle) und spezialgesetzliche (z.B. Straßenverkehr) zugewiesene Gefahrenabwehr<sup>3</sup>.
- die Bereitschaftspolizei sie wird meist bei überörtlichen Anlässen als Polizeireserve tätig.
- die Kriminalpolizei

Aufklärung und Verfolgung von strafbaren Handlungen

- die Wasserschutzpolizei

polizeiliche Aufgaben auf den schiffbaren Wasserstraßen und sonstigen schiffbaren Gewässern.

## 4. Besondere Zuständigkeitsprobleme

a) Die Polizei kann präventiv zur Gefahrenabwehr handeln (§ 40 VwGO) und repressiv zur Strafverfolgung (§ 163 StPO, § 53 OWiG, § 98 II 2 StPO).

Abgrenzung repressiv/präventiv:

Abzustellen ist auf den Anlass, aus dem heraus die Polizei tätig wird, sowie vor allem auf den Zweck, den sie mit der konkreten Maßnahme verfolgt.

Maßgeblich ist die verobjektivierte Zielrichtung polizeilichen Handelns im Zeitpunkt des Einschreitens.

Bei den sog. doppel funktionellen Maßnahmen kommt es auf den Schwerpunkt an.

b) Besonderheit: Hoheitsträger stört

Es gilt der Grundsatz: Keine Hoheitsgewalt gegen einen Hoheitsträger.

Da alle Verwaltungsträger letztlich dieselbe Hoheitsgewalt ausüben, die lediglich nach Aufgabenbereichen auf verschiedene Träger und Behörden aufgeteilt ist, werden sie in ihrem Kompetenzbereich allein und selbstverantwortlich tätig.

Sie sind an das fachfremde Ordnungsrecht gebunden und unterliegen der allgemeinen Nichtsstörungspflicht.

Handelt der Hoheitsträger ör., so fehlt den Ordnungsbehörden die Kompetenz für belastende Maßnahmen, weil jede Behörde bei hoheitlichem Handeln die gefahrenabwehrrechtlichen Gesetze selbst zu beachten verpflichtet ist (Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit). Die Kompetenzbegrenzung der an sich zuständigen Ordnungsbehörde gilt jedoch nicht, wenn eine Verwaltungsbehörde durch eine Ordnungsmaßnahme in ihrer privaten Eigentümerstellung betroffen wird.

Handelt dagegen der Hoheitsträger pr. bleibt die Ordnungsbehörde zuständig, weil es insoweit an der kompetenzausschließenden ör. Selbstverantwortlichkeit des Hoheitsträgers fehlt.

*Beachte:* Nimmt eine Behörde einer Jur. Pers. d.öR. Aufgaben in pr. Handlungsformen vor, welche auch ör. durchgeführt werden könnten (Badeanstalt), so ist die Ordnungsbehörde gleichfalls unzuständig.

Problem: Soweit ein Hoheitsträger emittiert, fehlt der Ordnungsbehörde die Zuständigkeit zum Einschreiten.

Kann dann der Bürger als Nachbar eine Verletzung von §§ 22, 3 BImSchG selbst geltend machen?

<sup>3</sup> Zur Verhältnis von Landespolizei zum Bundesgrenzschutz vgl. BVerfG DVBl. 1988, 356

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 4

*Argument:* Durch die Tatsache, dass der Emittent ein Hoheitsträger ist, darf er nicht schlechter gestellt werden.

§§ 22, 3 BImSchG gelten nur im Verhältnis Emittent und Behörde<sup>4</sup>. Dann nur ör. Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch.

Dabei ist für die Frage, ob eine Duldungspflicht besteht, § 906 BGB mit der Wertung der §§ 22, 3 BImSchG aufzufüllen, denn dem Hoheitsträger darf pr. nicht mehr erlaubt sein wie ör..

*Problem:* nächtliches Zeitschlagen einer Kirchturmglöcke

Keine Kompetenzbegrenzung der Ordnungsbehörde durch den öffentlich-rechtlichen Status der Kirche. Der Grundsatz keine Hoheitsgewalt gegen Hoheitsträger setzt voraus, dass der vor Eingriffen geschützte Hoheitsträger die zentrale staatliche Aufgabe der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung selbst wahrnimmt. Diese Einbeziehung der Kirche in Polizeiaufgaben würde der Wesensverschiedenheit von Staat und Kirche wohl nicht gerecht.

Die Kirche ist bei ihren inneren Angelegenheiten nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 III WRV und Art. 4 II GG gegen staatliche Maßnahmen (d.h. auch gegen Polizeiverfügungen) geschützt. Es ist jedoch zu unterscheiden zwischen innerkirchlichen Maßnahmen, die im staatlichen Zuständigkeitsbereich keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalten (Teilung einer Kirchengemeinde) und den sog. Maßnahmen im Kernbereich mit Außenwirkung. In dem letztgenannten Bereich (Bsp. Angelusläuten) geht die Staatfreiheit der Kirchen weniger weit (staatliche Eingriffe im Bereich der Gefahrenabwehr und Bauaufsicht möglich).

Liturgisches Glockengeläut hat Außenwirkung auf staatliche Belange, denn es kann mit dem Ruhebedürfnis von Nachbarn kollidieren und der Schutz der Nachbarn vor schädlichen Immissionen ist Aufgabe des Staates.

In diesem Bereich stehen die Kirchen nicht außerhalb des staatlichen Rechts, vielmehr ist wenn nötig eine Güterabwägung zwischen den staatlichen Befugnissen und dem Grundrecht der Religionsfreiheit vorzunehmen<sup>5</sup>.

### III. Materielle Voraussetzungen

#### 1. Die öffentliche Sicherheit (öS.)

Diese umfasst:

- die Individualgüter
- den Staat und seine Einrichtungen

<sup>4</sup> BVerwG NJW 1989, 1291

<sup>5</sup> vgl. zu der Problematik Laubinger VerwArch 1992, 623 ff., BVerwG NJW 1992, 2779.

- das positive (geschriebene) Recht

a. Zu den Individualgütern zählen alle absoluten Rechte, sowie das Vermögen der natürlichen und jur. Pers. des PR.

Für den Schutz privater Rechte beachte jedoch die eingeschränkte Zuständigkeit, § 1 II PolG.

Bei reinen Selbstgefährdungen (Autorennen, Boxen) mangelt es an einer Beeinträchtigung der "öffentlichen" Sicherheit. Nach a.A. umfasst die öS. nur andere Rechtsgüter, als die des Störers.

Maßnahmen der Polizei gegen einen Selbstmordversuch gehören zur öffentlichen Sicherheit<sup>6</sup>. Jedermann hat ein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG). Da ein Selbstmordversuch ein Unglücksfall i.S.d. § 323 c StGB ist, hat auch die Polizei die Aufgabe, menschliches Leben vor der Selbstvernichtung zu bewahren.

b. Der Schutz des Staates und seiner Einrichtungen umfasst in

##### aa. persönlicher Hinsicht:

alle Rechtssubjekte des öR. und ihre Behörden, sowie die nichtrechtsfähigen Einrichtungen mit ör. Organisationsform (Regiebetrieb).

##### bb. sachlicher Hinsicht:

- Beeinträchtigungen des verfassungsrechtlichen Bestandes (§§ 80 ff. StGB), sowie
- die aufgabenmäßige Funktionsfähigkeit (staatliche Veranstaltungen wie Rekrutenvereidigung etc.).

c. Das geschriebene Recht zielt auf die Unterbindung von Verhaltensweisen/Zuständen, die gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen.

*Beachte:* Es ermöglicht ein Einschreiten aufgrund solcher Vorschriften, welche selbst keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage dazu einräumen.

Nach a.A. umfasst die öS. alle Rechtsgüter, die durch Normen des öR. geschützt sind.

#### 2. Die öffentliche Ordnung (öO.)

Die öO. umfasst die Summe aller ungeschriebenen Regeln, deren Beachtung nach den Wertvorstellungen für ein geordnetes, staatsbürgerliches Zusammenleben erforderlich bzw. unerlässlich sind.

#### 3. Die Gefahr

Eine Gefahr ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinrei-

<sup>6</sup> BayObLG DöV 1989, 273

chender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem Schutzgut führen.

Unterscheide daher drei Elemente:

- konkrete Tatsachen
- Wahrscheinlichkeit
- Schaden, d.h. nicht bloße Belästigungen, Geschmacklosigkeiten.

Wahrscheinlichkeit: Es gilt für die Prognoseentscheidung die sog. "je-desto-Formel": Je größer das Ausmaß des potentiellen Schadens, desto geringer müssen die Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit sein. Dabei ist eine ex ante Beurteilung maßgeblich.

*Beachte:* Ist das betroffene Abwehrrecht des Störers von überragender Bedeutung (Art. 5, 8 GG) engt dies die Anforderungen an die Schadenswahrscheinlichkeit ebenso ein.

## a. Für eine konkrete Gefahr

bedarf es des Nachweises der Gefahrenlage im Einzel-sachverhalt.

Die abstrakte Gefahr ist dagegen der einer Mehrzahl gleichartiger, gedachter und konkret gefährlicher Sachverhalte gemeinsame typisierte Gefahrentatbestand.

*Beachte:* Maßnahmen ohne Eingriffsqualität können schon bei Vorliegen einer allgemein Gefahr ergriffen werden. Rechtsgrundlage für die bloße Gefahrenvorsorge ist die allgemeine Aufgabenzuweisung (Verkehrskindergarten, Streifefahren).

Sobald jedoch in Rechte eingegriffen wird, ist dagegen eine Befugnisnorm erforderlich (Vorbehalt des Gesetzes) Bsp.: Polizeifotos greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein.

## b. der Gefahrenverdacht

Das behördliche Bild der Tatsachen ist zwar zutreffend, aber unvollständig und die Behörde ist sich der Unvollständigkeit bewusst.

Der Gefahrenverdacht rechtfertigt nur sog. Gefahrerforschungseingriffe, d.h. Maßnahmen, die ergriffen werden um den Verdacht aufzuklären. Nur ausnahmsweise sind verdachtshalber ergriffene endgültige Maßnahmen zulässig.

**Exkurs:** Kosten beim Gefahrerforschungseingriff

Liegt eine konkrete polizeiliche Gefahr bereits vor, lässt sich aber Umfang und Größe der Gefahr nicht hinreichend übersehen, so kann die Behörde dem Eigentümer aufgeben, auf seine Kosten weitere Ermittlungen, anzustellen, ins-

besondere ein Sachverständigengutachten vorzulegen.

*Ist dagegen eine konkrete Gefahr noch nicht gegeben, sondern geht es nur darum aufzuklären, ob eine konkrete Gefahr vorliegt, so muss die Behörde von sich aus und auf ihre Kosten den Sachverhalt ermitteln (§ 24 VwVfG). Der Adressat der Maßnahme hat dann lediglich eine Duldungspflicht.*

*Beachte: Ergeben die Untersuchungen im Rahmen des Gefahrerforschungseingriffs, dass tatsächlich eine Gefahr vorliegt, so kippt die Kostenlast nicht um.*

*Bei den sog. doppel funktionellen Maßnahmen, die sowohl der Aufklärung wie auch der Gefahrebeseitigung dienen ist, für die Kostenlast der Schwerpunkt entscheidend.*

## c. Anscheins- und Putativgefahr

Bei einer Putativgefahr ist das behördliche Bild der Tatsachen zwar subjektiv vollständig, aber objektiv unzutreffend, wobei die Behörde es subjektiv für zutreffend hält. Die Behörde befindet sich also in einem Irrtum über die Sachlage.

Wenn dieser Irrtum nicht auf einer Pflichtwidrigkeit beruht, d.h. nicht vorwerfbar ist, spricht man von einer Anscheinsgefahr. Diese wird behandelt wie eine wirkliche Gefahr und rechtfertigt alle bei objektiven Gefahren rechtmäßigen Maßnahmen.

Wenn der Irrtum dagegen auf einer Pflichtwidrigkeit beruht, vorwerfbar ist, liegt eine sog. Scheingefahr vor. Sie ist keine Gefahr; die Maßnahmen sind rechtswidrig.

Ein polizeiliches Einschreiten ist demnach rechtmäßig, wenn es auf einer Anscheinsgefahr, oder einem Gefahrenverdacht beruht. Eine Abgrenzung im Einzelfall ist regelmäßig daher nicht erforderlich.

## d. Die sog. latente Gefahr

Sie beschreibt einen Zustand, der als solcher nicht schadensträchtig ist, sondern dies erst durch das Hinzutreten weiterer kausaler Faktoren wird. Die latente Gefahr wird als Kausalitätsproblem bei der Verantwortlichkeit relevant.

## IV. Ermessen

Rechtsfolge => Behörde/Polizei kann die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen.

Im Bereich der Gefahrenabwehr gilt grundsätzlich das Opportunitätsprinzip: Ob die Behörde/Polizei einschreitet und wie sie es tut, liegt in ihrem pflichtgemäßen Ermessen (-> Entschließungs- und Auswahlermessen).

## 1. Entschließungsermessen: (ob)

Es gelten die allgemeine Grundsätze für Ermessensentscheidungen. Rechtswidrig ist deshalb etwa das Einschreiten der Ordnungsbehörde/Polizei, wenn ein Ermessens Fehlgebrauch vorliegt (-> die Entscheidung beruht auf unsachgemäßem Erwägen, was z.B. dann der Fall ist, wenn für das Einschreiten nicht Erfordernisse der Gefahrenabwehr maßgebend sind, sondern politische Motive) oder wenn das Ermessen auf Null reduziert ist (-> so besteht eine Eingriffspflicht z.B. bei einer Gefahr für ein hochrangiges Rechtsgut wie Leben, Gesundheit oder Freiheit).

### a. Ermessenbeschränkungen

können sich z.B. aus den Grundrechten und aus dem Verhalten der Behörde selbst ergeben.

Wenn die Gefahrenabwehrbehörde durch ihr früheres, rechtswidriges (Nicht-) Handeln die Gefahr (mit-) verursacht hat, kann ihr Spielraum nunmehr wegen der sog. Folgenbeseitigungslast eingeschränkt sein.

Wenn die Behörde einen gefährlichen Zustand über längere Zeit aktiv geduldet hat, sodass zugunsten des Betroffenen ein Vertrauenstatbestand entstanden ist, kann dieser das Entschließungsermessen vorübergehend binden.

BVerwG: Die Handlungsform der Duldung rechtswidriger Zustände hat dem Eigentümer über ihre Legalisierungswirkung eine baurechtliche Position verschafft, die ihm nicht ohne weiteres entzogen werden kann.

Eine Ermessenreduzierung auf Null kann angenommen werden, wenn nur eine bestimmte Entscheidung ermessensfehlerfrei ist.

Der Ermessensspielraum schrumpft proportional zur Intensität der Gefahr und der Bedeutung des Schutzgutes.

*Beachte:* Trotz hoher Gefahrenintensität kann ein Einschreiten inopportun sein, wenn dies erfolversprechend nur bei massivem Einsatz von Zwangsmitteln wäre (Demos, Hausbesetzungen). Insoweit müssen auch die Nachteile berücksichtigt werden.

### b. Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten

Da kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch besteht, bedarf es eines subjektiven Rechts (Schutznormtheorie).

Die Generalklausel gewährt ein subjektiver öffentliches Recht, wenn die Gefahr besteht

- in der Beeinträchtigung von Individualgütern
- in der Verletzung individualschützender Vorschriften.

*Beachte:* Der Anspruch geht von der Rechtsfolge her nur auf ermessenfehlerfreie Entscheidung, es sei denn, es liegt eine Ermessensreduzierung auf Null vor.

## 2. Gestaltungsermessen (wie)

Hat sich die Polizei/Ordnungsbehörde zum Einschreiten entschlossen, muss sie darüber befinden, welche konkrete Maßnahme sie ergreifen will:

Das für den Einsatz ausgewählte Mittel muss bestimmt genug, tatsächlich und rechtlich durchführbar sein und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Letzteres ist nur der Fall, wenn das Mittel

- geeignet, d.h. zur Gefahrenabwehr objektiv tauglich ist.
- erforderlich ist; von mehreren in Betracht kommenden Mitteln ist dasjenige zu wählen, das den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt;
- angemessen (verhältnismäßig im engen Sinn) ist: Das Mittel darf zu dem angestrebten Zweck nicht außer Verhältnis stehen.

### a. Bestimmtheit

Mangelnde Bestimmtheit führt grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit, u.U. auch zur Nichtigkeit. Dabei gehen Unklarheiten zu Lasten der Behörde.

Die Verfügung muss hinsichtlich ihres Adressatenkreises, sowie hinsichtlich des Regelungsgehaltes (Ziel und Mittel) bestimmt sein. Das Ge- bzw. Verbot muss so präzise sein, dass es notfalls vollstreckt werden kann.

### b. Die Möglichkeit der Befolgung

Unterscheide die tatsächliche und die rechtliche Unmöglichkeit. Die tatsächliche führt zunächst zur Rechtswidrigkeit.

Soweit dies gar objektiv unmöglich ist, zur Nichtigkeit (§ 44 II 4 VwVfG)

Die rechtliche Unmöglichkeit:

Hindernisse, die auf privaten Befugnissen Nebenberechtigter beruhen, können durch eine Ordnungsverfügung auch an den Nebenberechtigten überwunden werden (sog. Duldungsverfügung).

Deshalb ist die Ordnungsverfügung dennoch rechtmäßig, aber solange nicht vollstreckbar, bis die Duldungsverfügung ergeht. Das bedeutet die rechtliche Unmöglichkeit führt nur zu einem Vollstreckungshindernis.

## 3. Auswahlermessen (gegen wen)

Die Maßnahmen der Ordnungsbehörde/Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr müssen sich grundsätzlich gegen den Störer richten. Nur in Notstandsfällen

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 7

kann auch ein Nichtstörer in Anspruch genommen werden.

Der Adressat wird in den §§ 17 - 19 OBG, 4 - 6 PolG umfassend beschrieben.

Diese Regelungen gelten auch für Spezialgesetze, soweit diese keine abschließende Beschreibung enthalten: vergleiche z.B. § 32 I 2 StVO (-> es gelten die Regeln über Handlungs- und Zustandsstörer, nicht aber - "Verantwortlichen" - über Notstandshaftende) oder § 15 II i.V.m. § 14 I VersG (-> es gelten die Regeln über Handlungs-, Zustandsstörer und Notstandspflichtige). Gegenbeispiel: § 24 BImSchG (i.V.m. § 23 BImSchG) ermächtigt zu Anordnungen nur gegenüber dem Betreiber der Anlage!

*Beachte:* lex specialis

Trifft das Spezialgesetz keine Adressatenregelung (z.B. VersG), kommt das allg. PolOR zur Anwendung.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor der Auflösung der Versammlung nach § 15 VersG gebietet, zunächst die Standardmaßnahmen als Minus zu ergreifen.

Nachdem die Versammlung aufgelöst ist, ist das PolOR wieder anwendbar.

Die materielle Verantwortlichkeit ist als Ausfluss und Konkretisierung der allg. Nichtstörungspflicht nach h.M. verschuldensunabhängig und setzt weder Geschäfts- noch Deliktsfähigkeit voraus.

## a. Der Handlungsstörer (Verhaltensverantwortlicher)

### aa.. Verhalten

Verhalten meint positives Tun oder Unterlassen (-> falls eine öffentlich-rechtliche Vorschrift zum Handeln verpflichtet; Nichtbeachtung der durch eine Gemeindegatsatzung angeordneten Streupflicht bei Glatteisbildung z.B.); Verschuldensfähigkeit und Verschulden sind nicht erforderlich (-> reine Verursacherhaftung). Verhaltensverantwortlich sind auch: der Aufsichtspflichtige sowie der Geschäftsherr für eine Handlung seines Verrichtungsgehilfen (-> vergleiche Sie Ihre landesrechtliche Vorschrift zum Handlungs- bzw. Verhaltensstörer!).

### bb.. Kausalitätserfordernisse

Hinsichtlich des Kausalitätserfordernisses gilt im Ordnungs- und Polizeirecht weder die Äquivalenz- noch die Adäquanztheorie, sondern die "Theorie der unmittelbaren Verursachung". Ursächlich ist das Verhalten nur dann, wenn es selbst unmittelbar die Gefahr der Störung hervorruft; entferntere und nur mittelbare Bedingungen scheiden aus.

Eine Ausnahme gilt nur für den sogenannt Zweckstörer: Das ist, wer eine an sich nicht gefahr begründende Handlung vornimmt, um andere gezielt bzw. unter billiger Inkaufnahme zu einer Handlung zu veranlassen, die eine Gefahr verursacht.

*Bsp.:* Kaufhausbesitzer K lässt vor seinem Kaufhaus Bikini-Moden vorführen, um die Aufmerksamkeit des Publikums auf sein Haus zu lenken. Dabei nimmt er eine Verkehrsbehinderung durch Passanten in Kauf: Obwohl K die Störung nur mittelbar verursacht hat, kann ihn die Polizei als Zweckstörer heranziehen.

## b. Der Zustandsstörer (Zustandsverantwortlicher)

### aa. Definition

Geht von einer Sache (dazu gehört auch das Verhalten oder der Zustand eines Tieres) eine Gefahr aus, sind verantwortlich der Eigentümer oder der Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Verschuldensfähigkeit und Verschulden spielen keine Rolle.

### bb. Kausalität

Es gilt (wiederum) die Theorie der unmittelbaren Verursachung.

### cc. Einschränkungen

Verfassungsrechtlich ist die Zustandsverantwortlichkeit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Sie ist die Kehrseite des sich in der rechtlichen und oder tatsächlichen Verfügungsgewalt ausdrückenden Genusses des Sacheigentums.

*Beachte:* Diese Dogmatik wird relevant für eine evtl. Haftungsbegrenzung (z.B. bei Altlasten).

Grundsätzlich besteht die Zustandshaftung unabhängig davon, wodurch die Sache in den gefahrträchtigen Zustand versetzt wurde (Verursachung durch Dritte, höhere Gewalt). Dennoch werden teilweise Korrekturen angebracht, um Unbilligkeiten zu vermeiden.

Teilweise wird in der Literatur darauf abgestellt, dass es sich von Art. 14 II GG her nicht rechtfertigen lasse, dem Eigentümer die Zustandshaftung auch insoweit aufzubürden, als die Gefahr durch Ereignisse verursacht worden sei, die spezifisch der Allgemeinheit zugerechnet werden müssten. Eine solche Auslegung der Zustandsverantwortlichkeit würde die Grenzen der Sozialbindung überschreiten (Unverhältnismäßige Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums). Eine Eingrenzung der Zustandshaftung scheidet jedenfalls dann aus, wenn der Eigentümer beim Erwerb der Sache deren gefahr begründenden Zustand kannte.

Das BVerwG neigt nunmehr ebenfalls dieser Auffassung zu<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> DöV 1991, 428

Nach a.A. sei die Risikosphäre der Allgemeinheit kein Kriterium, das hinreichend verlässliche Unterscheidungen erlaube. Zu bedenken sei weiterhin, dass die Erklärung des Eigentümers zum Nichtstörer seine Inanspruchnahme nur iRd. engen Grenzen des polizeilichen Notstandes zulassen würde. Dies könnte die Aufgabenerfüllung zur Gefahrenabwehr erschweren.

Dogmatisch vorzugswürdig ist wohl eine Lösung, die bei einer Unmöglichkeit der Risikoverringerung bzw. -abwendung durch den Eigentümer nur seine Inanspruchnahme auf Duldung des gefahrbesitzenden Eingriffs vorsieht.

Konstruktiv wäre dieses Ergebnis mit einer verfassungskonformen Auslegung der Vorschriften über die Zustandshaftung erreichbar.

### c. Verantwortlichkeit von Hoheitsträgern

Soweit hoheitlich handelnde Organe des Staates als Störer in Betracht kommen (-> nächtlich ruhestörender Lärm vom Verladebetrieb des Postamts oder durch Schießübungen auf dem Truppenübungsplatz z.B.) hat die Ordnungsbehörde nach herrschender Meinung keine Kompetenz, um die Tätigkeit von anderen Hoheitsträgern mit Hoheitsakten regelnd einzugreifen; stattdessen ist die Einschaltung der Aufsichtsbehörde geboten => anderes gilt, wenn der Hoheitsträger im fiskalischen Bereich tätig wird!

### d. Besonderheiten beim Anscheinstörer

Als Anscheinstörer bezeichnet man diejenigen, bzw. diejenigen, welcher in den Fällen des Gefahrenverdachts oder der Anscheinsgefahr zur Gefahrenabwehr herangezogen worden ist.

Dieser ist nicht nur derjenige, von dem der Anschein einer Gefahr ausgeht, sondern auch derjenige, der im Zeitpunkt des Einschreitens anscheinend ursächlich für eine wirkliche Gefahr ist.

Unterscheide die Verantwortlichkeit auf der Primärebene von der Haftung auf der Sekundärebene.

Geht es um die Duldung einer Maßnahme zur Gefahrenabwehr und damit um deren Rechtmäßigkeit (Primärebene), so ist nach heute h.M. Anscheinstörer derjenige, von dem der Anschein der Gefahr ausgeht, unabhängig davon, ob er den Anschein in zurechenbarer Weise gesetzt hat. Dieser ist Adressat der polizeilichen Maßnahme. Diese entsprechende Auslegung des Störerbegriffs entspricht der Auslegung des Gefahrenbegriffs in der polizeilichen Generalklausel. Für die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme aufgrund der Generalklausel ist gerade ein Gefahrenverdacht oder eine Anscheinsgefahr ausreichend. Diese Auslegung des Gefahrenbegriffs folgt dem Sinn und Zweck der Generalklausel; eine verhältnismäßige, effektive Gefahrenabwehr.

Wenn man für die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme die Fälle eines Gefahrenverdachts und einer Anscheinsgefahr ausreichen lässt, ist es nur konsequent, den in diesen Fällen Inanspruchgenommenen, als Störer anzusehen (Anscheinstörer).

Dabei ist eine ex ante Betrachtung maßgebend. Nur eine solche entspricht dem Ziel, einer effektiven Gefahrenabwehr.

Anders hingegen die Beurteilung auf der Sekundärebene, bei der es um die Kosten geht; sei es der Ersatzanspruch des geschädigten Bürgers oder der Kostenerstattungsanspruch der Behörde bei Ersatzvornahme oder einer Sofortmaßnahme.

Das finanzielle Risiko muss der Bürger nur dann tragen, wenn er den Anschein in zurechenbarer Weise gesetzt hat. Kann er mithin im Falle eines Störerverdachts seine Störereigenschaft entkräften, liegt das Kostenrisiko beim Staat. Hier ist nicht mehr im Interesse einer raschen Gefahrenabwehr eine schnelle Entscheidung erforderlich. Die Kosten- / Entschädigungsfrage kann vielmehr ex post entschieden werden.

Für die Frage der Entschädigung ist erheblich, ob dieser als Nichtstörer einzustufen ist; in diesem Falle wäre §§ 19, 39 OBG direkt anwendbar; oder ob er auch auf dieser Ebene als "Störer" einzustufen ist und diese Vorschrift nur über einen Analogieschluss anwendbar ist.

Einig ist man sich, dass derjenige, der den Verdacht oder den Anschein der Gefahr schuldhaft gesetzt oder nicht ausgeräumt hat keine Entschädigung erhält.

Die Frage ist, ob die unterschiedliche Betrachtungsweise (ex ante auf der Primärebene; ex post auf der Sekundärebene) auch zu einer unterschiedlichen Interpretation der Störereigenschaft führen kann. Wenn man dies ablehnt und eine gleiche Interpretation fordert, so ist der Inanspruchgenommene Störer (Anscheinstörer). Eine Entschädigung kommt dann nur über eine analoge Anwendung des § 39 OBG in Betracht. Eine Entschädigung nach § 39 I b OBG scheidet gerade aufgrund der Rechtmäßigkeit der Maßnahme aus. Dieser Konstruktion folgt überwiegend die Rspr..

Der Anscheinstörer, welcher den Anschein nicht zurechenbar gesetzt hat, erbringt ein Sonderopfer. Eine analoge Anwendung der Entschädigungsvorschriften für die Inanspruchnahme von Nichtverantwortlichen sei zumindest geboten.

Nach a.A. ist der in den Fällen des Gefahrenverdachts / Anscheinsgefahr Inanspruchgenommene Nichtstörer (soweit er nicht den Anschein zurechenbar gesetzt hat) und kann daher eine Entschädigung nach § 39 I a) OBG in direkter Anwendung verlangen.

Fraglich ist noch der für diese Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt.

Einig ist man sich, dass eine ex post Betrachtung anzustellen ist.

Der VGH Mannheim<sup>8</sup> stellt für diese Frage auf die Sichtweise im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ab (§ 79 I Nr. 1 VwGO). Steht bei Erlass des Widerspruchsbescheides fest, dass dem betroffenen Bürger der Anschein nicht zurechenbar ist, dann ist der Kostenbescheid rechtswidrig. Stellt sich hingegen der wahre Sachverhalt erst im späteren Verwaltungsprozess heraus, so berührt dies die Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides nicht, vielmehr muss der Betroffene die nachträgliche Änderung als Einwand gegen die Vollstreckung des Kostenbescheides vortragen (vgl. § 767 ZPO, Gedanke der Folgenbeseitigung).

*Beachte:* Innerhalb dieser Entschädigungsvorschriften kann auch ein Mitverschulden berücksichtigt werden.

## e. Verantwortlichkeit bei mehrfacher Verursachung (Kausalität)

Problem, wenn die Gefahr erst durch das Zusammenwirken weiterer, mehrerer Ursachen entsteht.

Die sog. Rechtswidrigkeitstheorie stellt darauf ab, welcher Verursacher über die ihm durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen hinaustritt. Dieser sei Verantwortlicher.

Nach der sog. Unmittelbarkeitstheorie (h.M.) ist derjenige verantwortlich, der die Ursache setzt, die unmittelbar die Gefahr auslöst, oder den Gefahrenherd in sich birgt; mithin das letzte entscheidende Glied in der Kette setzt.

Beruhet die Gefahr auf dem Umstand einer Sache und auf dem Verhalten anderer, so ist grundsätzlich das spätere Verhalten allein polizeirechtlich relevant (z.B. Hecke wird zum Sichthindernis für zunehmenden Verkehr).

Anders, wenn die Gefahr von vornherein mit einer latenten Gefahr belastet war, d.h. die Gefahr von Anfang an in sich barg, die sich infolge des absehbaren Eintritts der späteren Ursache lediglich realisierte (Kühlturmfall, Schweinemäster). Diese Fallgruppe nennt man latenter Störer.

Beruhet die Gefahr auf kumulativen Verhaltensweisen, deren eine kausal durch die andere ausgelöst wurde, so ist grundsätzlich nur das spätere ausgelöste Verhalten für die Verantwortlichkeit relevant (Borkumlied-Fall).

Anders hingegen, wenn der erste Veranlasser das letztlich störende Verhalten objektiv bezweckt (sog. Zweckveranlasser z.B. Modepuppenfall).

*Beachte:* Auf ein Verschulden kommt es dabei, wie auch sonst im Polizeirecht nicht an.

<sup>8</sup> NVwZ-RR 1991, 26, 27

Nach dem Hess.VGH<sup>9</sup> ist eine Hauseigentümerin, die Räume zur Ausübung der Prostitution vermietet Zweckveranlasser und damit Verhaltensstörer.

## f. Auswahlermessen zwischen mehreren Verantwortlichen (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO)

Der Zweck der Ermächtigung konkretisiert sich dahin, dass die Behörde im Einzelfall ihre Auswahl unter Berücksichtigung der Effektivität der Gefahrenabwehr und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu treffen hat.

Als Daumenregel gilt Verhaltensstörer vor Zustandsstörer (Tankwagenunfall). Als Ermessensrichtlinie können hierbei auch die Billigkeit und Zumutbarkeit gelten.

*Beachte:* Mehrere Verantwortliche haften als Gesamtschuldner. Das überwiegende Verschulden einer Partei kann daher iRd. § 426 BGB bei den zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen der Gesamtschuldner untereinander über § 254 BGB berücksichtigt werden. Letztlich trägt jedoch der polizeilich Inanspruchgenommene das Insolvenzrisiko.

Zur Effektivität gehört: wer dem Gefahrenherd näher steht und wer finanziell leistungsfähiger ist.

Zur Verhältnismäßigkeit gehört: wer die wesentliche Ursache gesetzt hat und evtl. wer nach BGB letztlich haftet.

## g. Inanspruchnahme nicht-verantwortlicher Personen

(Notstandshaftende, Notstandspflichtige), vergleiche §§ 19 OBG, 6 PolG.

*Anm: Zur besonderen Gestaltung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte bei Medien- und Telediensten beachte die besonderen Regelungen in § 5 MD-StV und § 5 TDG! Näheres bei Roßnagel, NVwZ 1998, 1ff mwN.*

## h. Rechtsnachfolge bei Ordnungspflichten

### aa. Problem

Behörde hat Ordnungsverfügung erlassen. Vor ihrer Durchsetzung kommt es zur Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge.

Muss jetzt erneut eine Ordnungsverfügung ergehen oder geht die alte Verfügung über?

*Beachte:* Diese Frage stellt sich u.a. bei der Zulässigkeit des Verwaltungszwanges, da hier ein vollziehbarer VA als Vollstreckungstitel vorliegen muss.

*Unterscheide:*

<sup>9</sup> NVwZ 1992, 1111

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 10

## bb. Ist eine Ordnungsverfügung überhaupt übergangsfähig?

Teilweise wird dies mit dem Hinweis, da diese eine Ermessens- und damit eine höchstpersönliche Entscheidung sei abgelehnt.

Nach h.M. ist sie grds. übergangsfähig.

### *Unterscheide:*

Die Zustandshaftung hat den Charakter einer quasi "öffentlichen dinglichen Last" und ist damit übergangsfähig.

Be- bzw. Verbote iRd. Verhaltensverantwortlichkeit gehen über, wenn das geforderte Verhalten vertretbar ist.

## cc. Besteht ein Übertragungstatbestand ?

### *Unterscheide:*

Für die Gesamtrechtsnachfolge: §§ 1922, 1967 BGB

Für die Einzelrechtsnachfolge: Handlungshaftung ist eine persönliche Schuld. Ein Übergang ist daher nur möglich, wenn Vorschriften der Schuldübernahme eingreifen (§§ 414, 415 BGB, § 25 HGB)

Im übrigen beachte: § 173 VwGO iVm. § 265 II 1 ZPO.

## **C. Die Durchsetzung der Polizeiverfügung**

### **I. Normale Vollstreckung**

#### **1. Rechtsgrundlage**

##### **a. Qualifikation der fraglichen Maßnahme**

- Ersatzvornahme
- Zwangsgeld
- unmittelbarer Zwang
- Kostenbescheid für Ersatzvornahme

##### **b. Suche nach Vorschrift**

In seltenen Fällen (Abschiebung) Annexregel im materiellen Recht. Sonst bei Bundesbehörden BVwVG und UZwG des Bundes. Bei Ordnungsbehörden des Landes: VwVG. Bei Landespolizei das PolG.

#### **2. Voraussetzungen**

##### **a. Formell**

(Zuständigkeit, Verfahren, Form), vergleiche §§ 56 VwVG, 1 I PolG (10 POG), 28 VwVfG.

##### **b. Materiell**

#### (A) Vollstreckbarer Grundverwaltungsakt als Titel §§ 55 I VwVG, 50 PolG

- gerichtet auf Handlung, Duldung oder Unterlassen

- wirksam (§ 43 VwVfG)
- unanfechtbar oder ohne aufschiebende Wirkung (§ 80 II VwGO)

#### (B) Art und Weise der Vollstreckung (beachte § 8 AGVwGO)

- Androhung mit Frist §§ 63 VwVG, 56, 61 PolG
- Festsetzung § 64 VwVG; für Polizei nur bei Zwangsgeld nach § 53 PolG.
- ordnungsgemäße Anwendung § 65 VwVG; im übrigen besonders bei unmittelbarem Zwang, weitere Regelungen in §§ 66 ff. VwVG

#### (C) Keine Vollstreckungshindernisse

Einwände nach Erlas des Verwaltungsakt / beachte bei rechtlicher Unmöglichkeit die Duldungsverfügung.

### **3. Rechtsfolge (Ermessen/Verhältnismäßigkeit)**

#### **II. Sofortiger Vollzug**

##### **1. Rechtsgrundlage, § 55 II VwVG, 50 II PolG**

##### **2. Voraussetzungen**

###### **a. Formell (Zuständigkeit usw.)**

###### **b. Materiell**

1. Rechtmäßigkeit des Grundverwaltungsakt
2. besondere Voraussetzungen für sofortigen Vollzug, § 50 II PolG, § 55 II VwVG
3. ordnungsgemäße Anwendung des Zwangsmittels

###### **c. Rechtsfolge**

s.o.

#### **III. Begrifflichkeit**

**1. Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen (VvV):** Oberbegriff für die Vorbereitung der VvV durch Androhung und Festsetzung der Zwangsmittel sowie die eigentliche Maßnahme der VvV mittels Ersatzvornahme, Zwangsgeld, Ersatzzwangshaft oder unmittelbarem Zwang.

**2. Zwangsmittel:** Zusammenfassender Begriff für folgende Maßnahmen im Wege des Verwaltungszwanges zur Durchsetzung von Verwaltungsakten: Ersatzvornahme, Zwangsgeld, Ersatzzwangshaft, unmittelbarer Zwang.

**3. Zwangsgeld:** Zwangsmittel, durch das dem Betroffenen für den Fall der Nichtbefolgung des GrundVA's in der Androhung bzw. der Festsetzung die Beitreibung eines Geldbetrages - § 60 VwVG: 20,- bis 100.000,- DM; § 53 I PolG: 10,- bis 5.000,- DM; § 11 III BVwVG: 3,- bis 2.000,- DM - in Aussicht gestellt wird. Das Zwangsgeld

darf nicht mit dem Bußgeld iSd § 17 OWiG verwechselt werden.

4. **Ersatzzwangshaft:** Zwangsmittel, das erst zum Einsatz gebracht werden darf, wenn das Zwangsmittel beigetrieben werden kann. Muss geeignet sein, Ziel der Beendigung eines ordnungswidrigen Zustandes zu erreichen<sup>10</sup>.
5. **Ersatzvornahme:** Zwangsmittel, bei dem eine vertretbare, d.h. durch einen anderen vornehmbare Handlung durch die Behörde (Selbstvornahme) oder einen von der Behörde Beauftragten (Fremdvornahme) vorgenommen wird; das BVwVG kennt nur die Fremdvornahme und rechnet die sog. Selbstvornahme dem unmittelbaren Zwang zu.
6. **Unmittelbarer Zwang:** Zusammenfassender Begriff für folgende Zwangsmittel: Körperliche Gewalt gegen Personen oder Sachen, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt (wie etwa Hunde, oder Wasserwerfer) und Waffen (z.B. Pistolen oder Gewehre).
7. **Androhung:** Belastender VA, mit dem dem Betroffenen unter Fristsetzung bekannt gegeben wird, welches Zwangsmittel zum Einsatz gebracht wird, falls er den GrundVA nicht befolgt; nicht hingegen die Ankündigung eines (Grund-) VA's i.S. einer behördlichen Absichtserklärung.
8. **Festsetzung:** Belastender VA, in dem das in der Androhung "angekündigte" Zwangsmittel verbindlich präzisiert wird.
9. **Sofortige Vollziehung (bzw. sofortige Vollziehbarkeit):** Rechtsinstitut, durch das die Vollstreckung von VA'en aufschiebende Wirkung des Widerspruchs suspendiert wird. Für Polizeivollzugsbeamte ergibt sie sich bei unaufschiebbaren Maßnahmen kraft Gesetzes aus § 80 II Nr. 1 VwGO; die gefahrenabwehrenden Behörden müssen ansonsten die sofortige Vollziehung ausdrücklich nach § 80 II Nr. 4 VwGO anordnen und (nach § 80 III VwGO) das besondere Vollzugsinteresse extra begründen. Die sofortige Vollziehung darf nicht verwechselt werden mit dem sog. Sofortvollzug.
10. **Sofortvollzug:** Bezeichnung für die Vollstreckung ohne vorherigen (Grund-) VA gem §§ 6 II BVwVG, 55 II OBG, 50 II PolG; der Sofortvollzug darf nicht mit der sofortigen Vollziehung verwechselt werden.

## IV. Besondere Probleme

### 1. Die Vollstreckung

ist darauf gerichtet, eine entgegenstehenden Willen zu beugen, sie ist keine Sanktion. Dementsprechend ist sie einzustellen, sobald der Pflichtige die Verfgg. befolgt, da sie dann ihren Zweck erreicht hat.

### 2. Abgrenzung Ersatzvornahme und unmittelbare Ausführung einer Maßnahme.

Der Unterschied besteht darin, dass bei der unm. Ausf. keiner da ist, dessen entgegenstehender Wille gebeugt werden müsste. Eine vollstreckbare Grundverfgg. liegt im Gegensatz zur Ersatzvornahme nicht vor.

Voraussetzung für die u.A. ist, dass die Inpflichtnahme zwar rechtlich zulässig wäre, aber tatsächlich unmöglich ist.

Es ist daher zu prüfen, ob eine Grundverfgg. rechtmäßigerweise hätte erlassen werden können.

Die u.A. wird wie eine Pol.vfvgg. behandelt, d.h. VA. Der Regelungsgehalt liege in der Feststellung, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Regelung gegeben seien.

*Beachte:* Auch bei einer Sofortmaßnahme bezieht sich das Ermessen zunächst darauf, ob überhaupt zur Gefahrenabwehr das Mittel der Sofortmaßnahme eingesetzt werden soll (Primärebene).

Darüber hinaus steht aber auch im pflichtgemäßen Ermessen der Polizei, inwieweit sie das Kostenrisiko auf den Bürger abwälzt (Sekundärebene).

Zwar ist dies nicht direkt aus dem Wortlaut der Vorschriften über die Sofortmaßnahme entnehmbar, diese Auslegung ist jedoch mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz um Unbilligkeiten bei der polizeilichen Zustandshaftung zu vermeiden geboten (unvorhersehbare Ereignisse, die in der Risikosphäre der Allgemeinheit wurzeln).

### 3. Wirksamkeit bzw. Bekanntgabe von Verkehrszeichen

Ein Verkehrszeichen als DauerVA in Form der Allgemeinverfgg. wird zwar mit der öffentlichen Bekanntgabe gemäß § 41 III S.2 VwVfG wirksam (sog. äußere Wirksamkeit). Gegenüber dem betroffenen Verkehrsteilnehmer wird die in dem Verkehrszeichen verkörperte behördliche Anordnung aber erst dann wirksam (sog. innere Wirksamkeit), wenn sie ihm beim erstmaligen Herannahen bekannt gemacht wird bzw. wenn der Verkehrsteilnehmer sich erstmalig der Regelung des Verkehrszeichens gegenüber sieht<sup>11</sup>. Das bedeutet, dass die getroffene Anordnung erst dann

<sup>10</sup> VG Dessau, LKV 96, 80

<sup>11</sup> BVerwGE 59, 221, 226

verbindlich wird, wenn er in den Wirkungsbereich des Verkehrszeichens gelangt und es wahrnehmen kann.

#### 4. Zum gestreckten Vollstreckungsverfahren:

Die Androhung ist selbst VA. Ihr Regelungsgehalt besteht in der Auswahl des Zwangsmittels und in der Verpflichtung die Anwendung dieses Mittels zu dulden.

Das Fehlen der Festsetzung begründet keine Rwk.. Sie hat allein eine zusätzliche Warnfunktion. Sie stützt sich als Minus auf die Ermächtigung zur Anwendung des Zwangsmittels. Sie ist ebenso VA.

Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs stellt eigentlich nur schlichtes Vwhandeln dar. Ihr wird aber insoweit Regelungscharakter beigemessen, als die Behörde konkludent feststellt, dass die Voraussetzungen für diese Verfahrenart gegeben sind und der Betroffene zur Duldung dieser Realakte verpflichtet ist (sog. regelnde Anwendung). Nach a.A.<sup>12</sup> ist dies Realakt.

*Beachte:* Die VA-Konstruktion eröffnet einen besseren Rechtsschutz (§ 113 I S.4 VwGO).

Der unmittelbare Zwang ist nur als ultima ratio zulässig.

#### 5. Nachforderung bei einer zu niedrigen Androhung?

Nach früherer Rspr. war dies nur bis zur sog. Vertretbarkeitsgrenze möglich.

Nach neuerer Rspr. ist das Vertrauen auf den Kostenvoranschlag nicht schutzwürdig. Der Ordnungspflichtige hat keine Wahlbefugnis, die Maßnahme selbst durchzuführen, oder der Behörde die Durchführung zu überlassen.

## D. Die GefahrenabwehrVO

### I. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

Erforderlich ist Gesetz. Zuerst spezialgesetzliche Ermächtigung suchen. Dann Generalermächtigung, § 27 I OBG<sup>13</sup>.

*Probleme:*

#### a. Totalvorbehalt mit 2 x Wesentlichkeitstheorie

#### b. Inhalt, Zweck und Ausmaß

Zu bestimmen je nach Intensität des Freiheitseingriffs. Art. 80 GG, 70 LV

## 2. Formelle Voraussetzungen

### a. Zuständigkeit

#### (A) Sachlich

Zur Gefahrenabwehr, § 1 OBG

#### (B) Örtlich

§ 27 II - IV OBG

#### (C) Organ

§ 27 IV OBG

### b. Verfahren

Insbesondere Verkündung, § 33 OBG

### c. Form

§ 30 OBG wie Überschrift, Hinweis auf Ermächtigung usw.

## 3. Materielle Voraussetzungen

### a. Schutzgüter

Öffentlichen Sicherheit und Ordnung wie bei Verfügung.

### b. Subsumtion

Vorliegen einer abstrakten Gefahr, § 27 I OBG

### c. Gültigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Insbesondere Grundrechte

## 4. Ermessen bezüglich "ob" und "wie"

Hier gelten die allgemeine Ermessensfehlerlehre sowie die speziellen ordnungsrechtlichen Grundsätze; insbesondere wichtig ist § 29 I OBG.

## II. Durchsetzung einer Verordnung

### 1. Durch Erlaubnispflicht mit entsprechenden Nebenbestimmungen

### 2. Einzelverfügungen über Generalklausel

### 3. Bußgeldtatbestand

## E. Probleme der Daten- und Informationsverarbeitung

I) Die Datenverarbeitung hat heute für die polizeiliche Tätigkeit eine herausragende Bedeutung.

a) Durch offene Datenerhebung (§§ 9-13 PolG), bei der der Polizeipflichtige über die Erhebung der Daten informiert ist; oder durch verdeckte Datenerhebung (§§ 14-21 PolG), bei der Daten gesammelt werden, ohne dass der Betroffene hiervon in Kenntnis gesetzt

<sup>12</sup> Robbers, DVBl 1987, 272 (275)

<sup>13</sup> Zur Zulässigkeit einer pol. Allgemeinverfügung zur Bekämpfung der offenen Drogenszene vgl. aktuell VG Stuttgart NVwZ-RR 1998, 103

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 13

wird, werden Informationen gesammelt und gespeichert.

Diese Daten werden für die verschiedenen polizeilichen Tätigkeiten verwertet. Damit die Polizeitätigkeit auch effektiv verläuft, findet bei Veränderung der Stammdaten ein Datenabgleich (§ 25 PolG) statt. Nur so ist gewährleistet, dass nicht z.B. am Ort A noch nach einer Person gefahndet wird, die an einem anderen Ort schon längst gefunden wurde.

Diese Datennutzung stellt somit ein wichtiges polizeiliches Hilfsmittel dar, welches auch im Rahmen von Amtshilfeersuchen durch Datenübermittlung anderen Behörden zugänglich gemacht werden kann (vgl. §§ 23 f. und §§ 26-31 PolG).

**b)** Dadurch, dass immer mehr Daten erhoben werden und somit gänzlich jeder Lebensbereich überwachbar gemacht wird, besteht jedoch die Gefahr für den einzelnen Bürger, zum "gläsernen Menschen" zu werden. Deshalb ist die Datenerhebung und -verarbeitung nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig.

Hierzu hat das sog. "Volkszählungsurteil" des BVerfG<sup>14</sup> folgende Anforderungen an die Bestimmungen über Datenerhebung und -verarbeitung gestellt:

- Der Gesetzgeber muss bestimmen, welche Formen polizeilicher Informationseingriffe zulässig sind.
- Die einzelnen Befugnisnormen müssen an eindeutigen Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft werden.
- Die Aufgabe der Gefahrenabwehr muss im konkreten Fall nach einer Abwägung tatsächlich gegenüber dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vorrangig sein.
- Je schwerwiegender die geregelte polizeiliche Befugnis ist, um so höher sind die Anforderungen an den polizeilichen Schutzzweck.
- Die Regelungen müssen Vorkehrungen gegenüber Missbrauch enthalten.

Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind verstößt die Regelung nicht gegen die Grundrechte des Betroffenen.

**II)** Als Ermächtigungsgrundlage für die Datenerhebung kommen zunächst die §§ 152, 161, 163 StPO in Betracht. Hiernach dient der polizeiliche Erforschungsauftrag des § 163 StPO zur "Vorbereitung der öffentlichen Klage" und bezieht diese sich notwendigerweise auf eine schon begangene Tat, so setzt der polizeiliche Erforschungsauftrag tatsächliche Anhaltspunkte für eine begangene Tat voraus. Maßnahmen zur Aufklärung

noch nicht begangener Taten sind somit nicht durch die StPO gedeckt. Als Ermächtigungsgrundlage kann die StPO somit nicht dienen.

Die damit gezogene Grenze wird durch die PolG der Länder gesprengt. Diese erlauben polizeiliches Handeln auch dann, wenn die genannten Anhaltspunkte noch gar nicht vorliegen. Um Straftaten im Vorbereitungsstadium zu verhindern stehen der Polizei deshalb die Hilfsmittel der verdeckten und offenen Datenerhebung zur Verfügung.

Primär kommt der Polizei demnach die Aufgabe der Informationsverarbeitung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu (§ 1 I 1 PolG). Dabei ist allerdings festzuhalten, dass Informationsverarbeitung allein zur Gefahrenabwehr nicht ausreicht. Vielmehr setzt die Gefahrenabwehr Informationsverarbeitung voraus. Hierdurch hat die Polizei neben der Gefahraufklärung und -beseitigung ein drittes, selbständiges Aufgabengebiet erlangt.

## F. Aufgaben der Polizei bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

### I. Ordnungswidrigkeiten nach dem Straßenverkehrsrecht:

*Aufgabe:*

§ 1 IV PolG i.V.m. § 26 I StVG i.V.m. §§ 24, 24 a StVG

Polizei ist Verfolgungsbehörde, d.h. ihr obliegt die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten (weitergehend als bloße Ermittlungstätigkeit).

*Befugnisse:*

§ 46 II OWiG, da Polizei insoweit Verwaltungsbehörde gemäß § 36 I Nr. 1 OWiG => Dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten.

### II. Ordnungswidrigkeiten außerhalb des Straßenverkehrsrechts

*Aufgabe:*

§ 1 IV PolG i.V.m. § 53 I OWiG

Polizei ist Ermittlungsbehörde der zuständigen Verwaltungsbehörde

- Tätigwerden auf Ersuchen der Verfolgungsbehörde: §§ 46 I OWiG i.V.m. § 161 S. 2 StPO.
- Tätigwerden aus eigener Initiative: § 53 I 1, 2 OWiG = selbständige Ermittlungstätigkeit, eigenes Recht zum ersten Zugriff. Aber: Leitung der Ermittlungen obliegt der Verwaltungsbehörde.

<sup>14</sup> E 65, 1

# Polizei- und Ordnungsrecht NRW

Übersicht, Seite 14

## Befugnis:

- § 53 II OWiG (Katalog bestimmter Maßnahmen)
- Vollziehung von Anordnungen der Verfolgungsbehörde gemäß §§ 46 OWiG i.V.m. § 161 S. 2 StPO.

## III. Rechtsbehelfe:

### 1. Formlose

a. Dienstaufsichtsbeschwerde: Gegen persönliches Verhalten

b. Gegenvorstellung: es entscheidet die Dienststelle, welcher der Beamte angehört.

c. Aufsichtsbeschwerde: Hilft Dienstvorgesetzter nicht ab, entscheidet Verfolgungsbehörde. Erst Entscheidung der Verfolgungsbehörde unterliegt unter den Voraussetzungen des § 62 OWiG der gerichtlichen Kontrolle.

### 2. Förmliche

#### a. Unmittelbare Anrufung des Gerichts

Unmittelbare Anrufung des Gerichts gegen Maßnahmen der Polizei als Ermittlungsorgan nur in den Fällen zulässig, in denen nach § 53 I 2, II OWiG Maßnahmen auf der Grundlage der StPO getroffen wurden, gegen die nach der StPO das Gericht unmittelbar angerufen werden kann (vergleiche §§ 98 II 2, 111 I VI 1, 132 III 2 StPO).

#### b. Gegen Anordnungen, Verfügungen und sonstige polizeiliche Maßnahmen

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 62 OWiG, da Polizei hier als Verfolgungsbehörde handelt.

#### c. Gegen Bußgeldbescheide

Einspruch gemäß §§ 67 ff. OWiG

## G. Prozessuales

### I, Fortsetzungsfeststellungsklage

#### 1. Zulässigkeit

##### a. Rechtsweg § 40 I VwGO

##### b. Klageart

Richtige Klageart könnte die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO sein, sofern dessen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind:

##### aa. Verwaltungsakt

Maßnahme muss Verwaltungsakt sein (strittig; nach Mindermeinung auch für Realakt anwendbar).

- Erledigung nach Klageerhebung § 113 I 4 VwGO direkt
- Erledigung vor Klageerhebung § 113 I 4 analog
- bei Erledigung von Verpflichtungsantrag<sup>15</sup> doppelte Analogie

##### bb. Verwaltungsakt muss sich erledigt haben

- Wegfall der rechtlichen Beschwerde; beachte: nicht mit bloßem Vollzug verwechseln
- bei Erledigung nach Erhebung der Anfechtungs-/Verpflichtungsklage § 113 I 4 VwGO direkt
- bei Erledigung vor Klageerhebung § 113 I 4 VwGO analog

##### cc. Sachurteilsvoraussetzung der ursprünglichen Klageart

Da Kläger durch Erledigung nicht besser gestellt werden soll als bei Nichterledigung, müssen die Sachurteilsvoraussetzung der ursprünglichen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erfüllt sein.

##### (1) Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO

##### (2) Vorverfahren:

Bei Erledigung nach Erhebung Widerspruch oder Klage unproblematisch.

- bei Erledigung vor Widerspruchs- und Klageverfahren strittig, nach ständiger Rechtsprechung BVerwG entbehrlich.

##### (3) Klagefrist

- unstrittig darf nach Erlass des Widerspruchsbescheids Frist noch nicht abgelaufen sein, wenn erst anschließend Erledigung.
- bei Erledigung vor Widerspruchs- und Klageverfahren muss nach herrschender Meinung ebenfalls Frist eingehalten werden wegen Gleichstellung zu dem von einem nicht erledigten Verwaltungsakt Betroffenen.
- Also Zwang zur Einhaltung der Frist, § 74 I VwGO: Regelfall 1 Monat, Ausnahme § 58 II VwGO: 1 Jahr

Dagegen aber Überlegung, dass Zweck der Klagefrist im Schutz der Bestandskraft liegt und dieser Zweck nach Erledigung nicht mehr erreicht werden kann. Außerdem ist Anwendung des § 74 I VwGO eine Analogie im grundrechtsrelevanten Bereich des Art. 19 IV GG, deswegen eher ablehnen.

<sup>15</sup> beachte OVG NW, DVBl 1994, 541: nur bei Ermessensreduktion auf Null

## dd. Rechtsschutzbedürfnis

Gemäß § 113 I 4 VwGO muss Kläger "berechtigtes Interesse" = Fortsetzungsfeststellungsinteresse geltend machen.

Folgende Fallgruppen sind hierfür typisch

- Rehabilitationsinteresse (Öffentlichkeitsbezug nötig, es sei denn, schwere Grundrechtsbeeinträchtigung<sup>16</sup>)
- Wiederholungsgefahr (bei Grundrechtsverletzungen weit zu verstehen<sup>17</sup>)
- im Hinblick auf Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess nur noch, wenn Erledigung nach Klageerhebung (arg. Prozessökonomie; nach BVerwG<sup>18</sup> werden die Erfolgsaussichten nur noch einer Evidenzprüfung unterzogen (Möglichkeitstheorie))

## **2. Begründetheit**

Die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO ist begründet, wenn der Verwaltungsakt (die Ablehnung d. Verwaltungsaktes) vor seiner Erledigung rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

---

<sup>16</sup> OVG Münster, NVwZ 1993, 75

<sup>17</sup> OVG Münster, DVBl 1994, 541

<sup>18</sup> DVBl 1992, 1230