

## **Vorlesung Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewählter Materien des Besonderen Verwaltungsrechts**

Donnerstag, den 7. November 2002

### **I. Ermessen und Ermessensfehler bei polizeilichem Handeln**

Im Rahmen des Prüfungsschemas für eine belastende polizeiliche Maßnahme haben wir uns zuletzt mit dem Ermessen beschäftigt, welches bei § 17 I ASOG Bindeglied zwischen Tatbestand und Rechtsfolge ist. Über § 17 I ASOG hinausgehend ist festzustellen, daß jede Befugnisnorm des ASOG Ermessen gewährt und in § 12 ASOG eine allgemeine Regelung getroffen worden ist. Dieses Ermessen läßt sich in das Entschließungs- und das Auswahlermessen untergliedern. Der Grundsatz, daß polizeiliche Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgen, wird Opportunitätsprinzip genannt. Das Opportunitätsprinzip steht in einem Gegensatz zum Legalitätsprinzip. Es steht nicht im Gegensatz zu der Gefahrenabwehraufgabe, sondern soll im Gegenteil deren optimale Erfüllung gewährleisten. Das Opportunitätsprinzip schließt einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten grundsätzlich aus. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das polizeiliche Entschließungsermessen auf Null reduziert ist und wenn ein polizeiliches Schutzgut bedroht ist, das Interesse eines Dritten zu dienen bestimmt ist. Letzteres trifft zu bei Bedrohungen von Rechten oder Rechtsgütern Dritter. Der Dritte hat dann einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten. Sofern das Einschreiten in einem Verwaltungsakt besteht, ist der Anspruch geltend zu machen mit der Verpflichtungsklage in der Form der Vornahmeklage.

Hat die Polizei zur Abwehr einer Gefahrenlage Maßnahmen ergriffen, so findet auch diese positive Ausübung des Ermessens eine Grenze in der Ermessensfehlerlehre. Dieser Gesichtspunkt soll nun näher betrachtet werden, nachdem am Ende der letzten Stunde die Frage im Vordergrund stand, ob Untätigkeit der Gefahrenabwehrbehörden von ihrem Ermessen gedeckt ist.

Auf die Ermessensbetätigung der Polizei finden die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts Anwendung, mit einigen Besonderheiten, die polizeispezifisch sind. Im allgemeinen Verwaltungsrecht unterscheidet man folgende Ermessensfehler (vgl. §§ 40 VwVfG, 114 VwGO; Maurer, Allg. VerwaltungsR, § 7 Rn. 19 ff.):

--> Ermessensnichtgebrauch (-unterschreitung): Die Behörde macht von ihrem Ermessen keinen Gebrauch.

--> Ermessensüberschreitung: Die Behörde setzt eine von der Ermessensnorm nicht mehr gedeckte Rechtsfolge fest, z.B. eine Gebühr von 60 DM bei einem Gebührenrahmen von 20 bis 50 DM.

--> Ermessensfehlgebrauch (-mißbrauch): Die Behörde läßt sich nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensnorm leiten; sie mißachtet gesetzliche oder verfassungsrechtliche Vorgaben, z.B. die Aufgabenzuweisung in § 1 I 1 ASOG oder den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG.

Um einen Ermessensfehlgebrauch handelt es sich, wenn die Polizei entgegen dem Gefahrenabwehrauftrag des § 1 I 1 ASOG ohne legitimierenden Grund bei einer im einzelnen Fall bestehenden Gefahrenlage untätig bleibt. Grundsätzlich kein Ermessensfehlgebrauch liegt bei einem vom Tatbestand der Befugnisnorm gedeckten Einschreiten vor, wenn die Polizei in Vergleichsfällen nicht eingeschritten ist. Es gibt keinen Anspruch auf "Gleichheit im Unrecht"; dazu Pauly, JZ 1997, 647 ff. Von einem Ermessensfehlgebrauch kann in dieser Konstellation nur gesprochen werden, wenn das Einschreiten in der Lage A eine systemwidrige Abweichung von der sonstigen Praxis der Polizei (bei den Lagen B usw.) darstellt. Nur bei einem solchen Ausreißer ist das Einschreiten der Polizei rechtswidrig, obwohl eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt. Diese Frage hat in der Rechtsprechung u.a. beim Vorgehen von Ordnungsbehörden gegen illegale Bauten im Außenbereich eine Rolle gespielt. Hier ist es unzulässig, wenn die Behörde nur gegen einzelne Bauten einschreitet, die anderen aber unbehelligt läßt, ohne daß sachliche Gründe für die Differenzierung erkennbar wären. Wird die Behörde nicht "flächendeckend" und systematisch tätig, sondern beschränkt sie ihr Vorgehen auf Einzelfälle, so werden dafür sachliche Gründe verlangt (BVerwG DÖV 1992, 748); anderenfalls ist das Einschreiten unzulässig, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen. Ebenso wäre es unzulässig, wenn die Polizei in einem überschaubaren Bereich eines von mehreren falsch parkenden Fahrzeugen abschleppen, die anderen aber stehen ließe. Selbst wenn das abgeschleppte Fahrzeug eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dargestellt hätte, wäre das Abschleppen rechtswidrig; es litte an einem Ermessensfehlgebrauch, weil gegen den Gleichheitssatz verstoßen worden wäre. Anders wäre es dagegen, wenn ein falsch parkendes Fahrzeug abgeschleppt würde, am Vortag aber ein an gleicher Stelle parkendes Fahrzeug nicht abgeschleppt worden ist. Hier fehlt es an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt nicht vor, so daß das Abschleppen in diesem Fall nicht ermessensfehlerhaft wäre. Diesen Fall hat der Satz "Keine Gleichheit im Unrecht!" vor allem vor Augen.

Eine Ermessensüberschreitung kann in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestehen. Ermessensüberschreitung bedeutet, daß die Polizei eine Rechtsfolge anordnet, die von der gesetzlichen Ermächtigung nicht mehr gedeckt ist. Orientiert man sich allein an dem Wort "Maßnahme", durch das die nach § 17 I ASOG zulässigen Rechtsfolgen umschrieben werden, so ist eine Überschreitung des Rechtsfolgenrahmens schwer vorstellbar, denn der Begriff "Maßnahme" ist weit gefaßt. Im Einzelfall wird das, was als "Maßnahme" zulässig ist, aber durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeengt. Dieser Grundsatz schränkt den Kreis der zulässigen Maßnahmen auf solche ein, die verhältnismäßig sind. Entscheidet die Polizei sich für eine Maßnahme, die im Einzelfall unverhältnismäßig ist, überschreitet sie die Grenzen des ihr gezogenen Ermessens, auch wenn die Maßnahme von dem abstrakten Wortlaut der Befugnisnorm gedeckt wird. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist stets eine Ermessensüberschreitung, weil eine Rechtsfolge angeordnet wird, die zwar vom abstrakten Wortlaut der Norm gedeckt wird, die im Einzelfall aber unverhältnismäßig ist. Das erklärt, warum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit dem Ermessen zu prüfen ist.

## **II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat in § 11 ASOG eine einfachgesetzliche Regelung gefunden, an der man die Subsumtion unter die Stufe 2 (Erforderlichkeit) und die Stufe 3 (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ausrichten muß. Die Stufe 1 (Geeignetheit) wird von § 11 I ASOG, wie auch in Teilen des verfassungsrechtlichen Schrifttums, nur einschlußweise, als notwendige Vorfrage, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugerechnet.

Geeignet ist eine polizeiliche Maßnahme, wenn sie zur Abwehr einer Gefahr beitragen kann. Es wird nicht verlangt, daß die Maßnahme die Gefahr vollständig beseitigt. An der Eignung einer Maßnahme zum Zweck der Gefahrenabwehr fehlt es etwa, wenn sie von ihrem Adressaten etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt. Rechtliches Unvermögen, das darin besteht, daß der wegen des Zustands einer Sache in Anspruch Genommene nur Miteigentümer ist, kann durch Duldungsverfügungen gegen die anderen Miteigentümer ausgeräumt werden (BVerwG BauR 1972, 298). (Wirtschaftliches) Unvermögen des Adressaten macht eine Maßnahme aber noch nicht ungeeignet, weil die Möglichkeit der Ersatzvornahme (§ 10 VwVG) besteht.

Der Grundsatz der Erforderlichkeit läßt sich nur dann sinnvoll anwenden, wenn zur Gefahrenabwehr mehrere Maßnahmen möglich und geeignet sind. Kommt überhaupt nur eine Maßnahme

in Betracht, so ist diese Maßnahme stets erforderlich. Bei einer Mehrzahl von möglichen und geeigneten Maßnahmen gebietet der Grundsatz der Erforderlichkeit der Polizei bzw. den Ordnungsbehörden, diejenige zu wählen, die den Einzelnen, gemeint ist der Adressat der Maßnahme, und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Es reicht nicht, wenn das Alternativmittel den Adressaten weniger, dafür die Allgemeinheit, insbesondere den Staatshaushalt, stärker belastet. Welche Alternativen in die Mittelauswahl einzubeziehen sind, richtet sich nach dem, was die Polizei in der Entscheidungssituation erkennen konnte.

In einem engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit steht das in § 12 II ASOG geregelte Austausch- oder Ersatzmittel. In § 12 II 1 ASOG geht es um den Fall, daß von mehreren gleichermaßen am wenigsten belastenden Mitteln nur eines bestimmt wird. Nach § 12 II 2 ASOG ist der betroffenen Person auf Antrag zu gestatten, ein anderes, ebenso wirksames Mittel wie das von der Polizei festgesetzte anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird. Hier geht es um den Fall, daß die Gefahrenabwehrbehörden den Grundsatz des geringsten Eingriffs beachtet haben, der Betroffene aber eine ihn gleich stark oder möglicherweise stärker belastende Maßnahme anbietet. § 12 II ASOG ist darum mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit vereinbar. Die Regelung des preußischen Rechts, es sei nur tunlichst das den Betroffenen am wenigsten belastende Mittel zu wählen, die ursprünglich das Institut des Austauschmittels motiviert hat, wäre dagegen in der Tat mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot unvereinbar.

§ 11 II ASOG formuliert die 3. Stufe des Verhältnismäßigkeitsprinzips dahin aus, daß eine Maßnahme nicht zu einem Nachteil führen darf, der zu dem angestrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Diese Regelung bedeutet, daß die Polizei ihre Gefahrenabwehraufgabe nicht um jeden Preis erfüllen darf. Die Fälle, in denen die Polizei eine zur Gefahrenabwehr erforderliche Maßnahme wegen § 11 II ASOG nicht anwenden darf und damit im Ergebnis untätig bleiben muß, haben aber die Ausnahme zu bleiben. Eine Maßnahme ist insbesondere dann nicht unverhältnismäßig, wenn als Folge des polizeilichen Einschreitens zwar ein schwerer Nachteil droht, dieser Nachteil aber von den Adressaten des polizeilichen Handelns selbst herbeigeführt wird. Aus diesem Grund kann man z.B. nicht sagen, die polizeiliche Räumung eines besetzten Hauses sei unverhältnismäßig, wenn zu erwarten sei, daß bei gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen den Besetzern und der Polizei Gefahren für Leib und Leben der Beteiligten bestehen. Zwar mögen die Rechtsgüter Leib und Leben höher stehen als die Rechte des Eigentümers des zu räu-

menden Hauses. Bei der Abwägung muß aber auch berücksichtigt werden, daß die Gefahren für Leib und Leben von den Hausbesetzern durch strafbares Handeln selbst geschaffen werden.

Ein anderes Anwendungsbeispiel für § 11 II ASOG sind Abschleppfälle. Lange Zeit war unstritten, ob das Abschleppen eines Pkw verhältnismäßig im engeren Sinne ist, wenn das Fahrzeug zwar unter Verstoß gegen die Verkehrsregeln geparkt worden ist, aber den fließenden Verkehr nicht behindert, wenn etwa ein Fahrzeug an einem Parkscheinautomaten am Kurfürstendamm für fünf Stunden geparkt worden ist, ohne daß ein Parkschein gelöst wurde. Das BVerwG geht davon aus, daß selbst geringfügige Nachteile im Sinne des § 11 II ASOG nicht zu rechtfertigen seien, wenn das Anliegen der Beseitigung des Parkverstoßes als bloßer Selbstzweck erscheine. Allerdings sei in einer Stadt das Abschleppen eines an einer abgelaufenen Parkuhr abgestellten Pkw, wenn die Parkzeit um mehr als 3 Stunden überschritten sei, regelmäßig keine unverhältnismäßige Maßnahme. Die Mißachtung der Parkuhr beeinträchtigt deren verkehrsregelnde Funktion, durch Anordnung zeitlicher Grenzen knappen Parkraum möglichst vielen Kraftfahrern zur Verfügung zu stellen. Es bestehe ein generalpräventiv begründetes öffentliches Interesse am Abschleppen, weil erfahrungsgemäß Kraftfahrzeuge, die längere Zeit an nicht betätigten oder abgelaufenen Parkuhren abgestellt seien, andere Kraftfahrer zum gleichen verbotswidrigen Verhalten veranlaßten (so BVerwG DVBl. 1983, 1066 (1067); anders Jagusch / Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 35. Aufl., 1999, § 12 StVO Rn. 65, dem zugleich zu entnehmen ist, daß es neuere Rechtsprechung zu dieser Frage nicht gibt).

Eine letzte Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes enthält § 11 III ASOG. Eine polizeiliche Maßnahme ist nur so lange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, daß er nicht erreicht werden kann. Angesichts der präventiv-gefahrenabwehrenden Funktion polizeilicher Maßnahmen ist dieser Grundsatz selbstverständlich.

Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: *Jarass / Pieroth*, Grundgesetz, 5. Aufl., 2000, Art. 20 Rn. 83 ff.