

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

Dienstag, den 25. Mai 2004

**Thema:** Abschleppfälle; Kostenbescheide

Der ausgeteilte Sachverhalt gehört zur Gruppe der Abschleppfälle. Es handelt sich um den Grundfall, der in verschiedener Weise variiert werden kann. Es gibt nicht den "Abschleppfall", so dass Vorsicht geboten ist, wenn Musterlösungen zu einem Abschleppfall auf einen anderen übertragen werden. Abschleppfälle zeichnen sich dadurch aus, dass zahlreiche polizeirechtliche Probleme einer Fallgruppe zugeordnet werden können; weiterhin wirken sich bei ihnen die Unterschiede zwischen dem Polizeirecht der einzelnen Bundesländer jedenfalls für den Lösungsweg, nicht für das Ergebnis aus. Die Problemvielfalt der Abschleppfälle ist so groß, dass sie von Bernd Schieferdecker 1998 zum Gegenstand einer ca. 350 Buchseiten dicken Doktorarbeit gemacht worden sind.

**I. Eingriffsermächtigung**

Wie immer man Abschleppmaßnahmen deutet: Jedenfalls handelt es sich um den Bürger belastende staatliche Maßnahmen, die dem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen. Die Abschleppmaßnahme ist darum nur rechtmäßig, wenn es für sie eine gesetzliche Grundlage gibt, der sie in formeller und materieller Hinsicht entspricht.

Bei der Suche nach einer gesetzlichen Grundlage ergeben sich erste Probleme. Es kommen nämlich drei Normen in Betracht, die zueinander möglicherweise im Verhältnis der Alternativität stehen. (1) Die Abschleppmaßnahme könnte rechtlich als Sicherstellung des Wagens im Sinne von § 38 Nr. 1 ASOG zu deuten sein. (2) Man könnte das Abschleppen aber auch als Ersatzvornahme des in der Parkuhr enthaltenen Gebots auffassen, ein Fahrzeug zu

entfernen, das dort geparkt wird, ohne dass die Parkuhr betätigt würde. Rechtsgrundlage wäre dann § 10 VwVG. (3) Man könnte schließlich sagen, die Abschleppmaßnahme sei unmittelbare Ausführung eines Wegfahrgebots der Polizei, das nicht ausgesprochen werden kann, weil X unauffindbar ist. Rechtsgrundlagen wären dann die §§ 17 I und 15 I ASOG.

Die sachliche Nähe der drei Ermächtigungen wird daran deutlich, dass der Gesetzgeber bei einer jeden von ihnen Aussagen über die Kosten der Maßnahme getroffen hat. Bei der unmittelbaren Ausführung ist das in § 15 II ASOG geschehen, bei der Sicherstellung in § 41 II ASOG und bei der Ersatzvornahme in § 10 VwVG, dort allerdings nicht so ausführlich. Unabhängig davon, wie man die Abschleppmaßnahme deutet, kann darum ein Kostenbescheid ergehen (Vorsicht ist dabei bei dem verordnungsrechtlichen Unterbau der genannten Vorschriften geboten, der, wie üblich, kleingeistig ist). Dies ist eine Variante des Abschleppfalles. Es wäre dann die Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides zu überprüfen; da Kosten nur erhoben werden dürfen, wenn die zugrunde liegende Abschleppmaßnahme rechtmäßig ist, wäre im Rahmen der Überprüfung des Kostenbescheides die Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme zu überprüfen.

Die Sicherstellungslösung hätte den Vorteil, dass § 48 III 3 ASOG eine ausdrückliche Regelung für das Zurückbehaltungsrecht trifft. Eine solche Regelung gibt es für die unmittelbare Ausführung und die Ersatzvornahme nicht. Insoweit muss man mit ungeschriebenen Grundsätzen des Verwaltungsrechts über die öffentlich-rechtliche Verwahrung und über öffentlich-rechtliche Zurückbehaltungsrechte arbeiten, um zum gleichen Ergebnis zu kommen.

## **II. Sicherstellung**

Trotz dieser Vorteile lehnt die wohl überwiegende Meinung eine Deutung der Abschleppmaßnahme als Sicherstellung ab. Eine

Sicherstellung setze voraus, dass die Behörde ein eigenes Interesse am Besitz der Sache habe, so bei einer Sache, die zur Begehung von Straftaten verwendet werden kann, das Interesse der Behörde an der Verhinderung von Straftaten. Ein solches Interesse besteht im vorliegenden Fall nicht. Die Polizei hat kein eigenes Interesse, den Wagen des X zu besitzen. Sie ist allein daran interessiert, dass der Wagen von dem öffentlichen Parkplatz entfernt wird. Sie nimmt ihn nur deshalb in Besitz, weil eine anderweitige Verbringung nicht in Betracht kommt. Die Alternative wäre eine Umsetzung des Wagens an eine Stelle, an der das Parken erlaubt ist. Auch diese Alternative macht deutlich, dass die Polizei in den Abschleppfällen an dem Besitz an dem Wagen nicht interessiert ist. Die Sicherstellung scheidet darum aus.

### **III. Verhältnis von Ersatzvornahme und unmittelbarer Ausführung**

Damit bleiben die Ersatzvornahme (§ 10 VwVG) und die unmittelbare Ausführung (§ 15 ASOG). Die unmittelbare Ausführung setzt voraus, dass eine Inanspruchnahme des Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist, d.h. dass ihm gegenüber keine Verfügung erlassen werden kann. Genau dies trifft aber auch auf die Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug zu. Das Verhältnis zwischen unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug, d.h. ohne zuvorigen Grundverwaltungsakt (§§ 10, 6 II VwVG), ist darum schwer zu begreifen. Es hilft, sich alternativ zu vergegenwärtigen, was unmittelbare Ausführung und was Ersatzvornahme konstruktiv bedeuten. Dies werde ich nun tun. Dabei wird sich ergeben, dass es letztlich nur eine Frage der Konstruktion, nicht des Ergebnisses ist, ob man den Weg über die unmittelbare Ausführung oder den Weg über die Ersatzvornahme geht.

#### **1. Ersatzvornahme**

Die Ersatzvornahme ist eine Maßnahme des Verwaltungszwanges. Sie

kommt in Betracht bei Pflichten zur Vornahme vertretbarer Handlungen (§ 10 VwVG). Das Entfernen des Wagens ist eine vertretbare Handlung, weil es durch einen anderen möglich ist, z.B. durch einen Abschleppdienst.

Die Ersatzvornahme setzt grundsätzlich einen vollziehbaren Grundverwaltungsakt im Sinne von § 6 I VwVG voraus. Ein solcher Grundverwaltungsakt ist hier das Wegfahrgebot, das in der Parkuhr enthalten ist. Verkehrszeichen, wie Halteverbotsschilder oder Parkuhren, werden vom BVerwG nicht nur als Verbote, sondern auch als Gebote gedeutet, Zuwiderhandlungen zu beenden. Das Gebot ist X auch bekanntgegeben worden, weil er sich im räumlichen Wirkungsbereich der Parkuhr befunden hat. Dies kann man sich bildlich so vorstellen, dass die Parkuhr an X das Gebot aussandte, seinen Wagen zu entfernen, als X den Parkplatz verließ, ohne Geld in die Parkuhr geworfen zu haben. Da X sich in diesem Zeitpunkt noch im Einwirkungsbereich der Parkuhr befunden hat, ist ihm das Wegfahrgebot bekanntgegeben worden. Dass er später nicht mehr aufzufinden ist, ändert daran nichts. Ein Grundverwaltungsakt liegt damit vor. Dieser ist auch vollziehbar, weil auf Regelungen durch Verkehrszeichen oder Verkehrseinrichtungen § 80 II 1 Nr. 2 VwGO analog angewendet wird, mithin einem Rechtsmittel gegen das Wegfahrgebot keine aufschiebende Wirkung beigelegt wäre (§ 6 I VwVG).

Zuständig für die Ersatzvornahme ist nach § 7 I VwVG die Behörde, die den Grundverwaltungsakt erlassen hat. Für Verkehrsregelungen durch Parkuhren ist nach § 44 I StVO die Straßenverkehrsbehörde zuständig. Straßenverkehrsbehörde ist in Berlin nach Nr. 23 VI a) ZustKatOrd der Polizeipräsident. Folglich ist der Polizeipräsident auch für die Vollstreckung von Verkehrsregelungen zuständig. Da im vorliegenden Fall die Polizei, in Berlin nach § 5 I ASOG der Polizeipräsident, tätig geworden ist, ist dieses formelle Erfordernis erfüllt.

Ersatzvornahme würde weiter eine Zwangsmittelandrohung und eine Zwangsmittelfestsetzung voraussetzen. Diese sind im vorliegenden

Fall nicht möglich, weil X nicht mehr aufzufinden ist, Androhung und Festsetzung - beides Verwaltungsakte - ihm mithin nicht bekanntgegeben werden können. Das ist jedoch unschädlich, weil die Voraussetzungen des sofortigen Vollzugs nach § 6 II VwVG vorliegen. Die Ersatzvornahme ist erstens notwendig zur Abwendung einer drohenden Gefahr. Im vorliegenden Fall haben wir es nicht nur mit einer drohenden, sondern mit einer Gefahr zu tun, die sich schon verwirklicht hat (Störung), denn die Missachtung der Parkuhr gefährdet die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung und damit die öffentliche Sicherheit. Die Polizei handelt zweitens im Rahmen ihrer Befugnisse, weil sie Zwangsmittelandrohung und Zwangsmittelfestsetzung erlassen könnte und dürfte, wenn X erreichbar wäre. Wenn damit sogar die Voraussetzungen für ein Handeln ohne Grundverwaltungsakt, ohne Zwangsmittelandrohung und ohne Zwangsmittelfestsetzung vorliegen, dann darf die Polizei erst recht mit Grundverwaltungsakt, aber ohne Zwangsmittelandrohung und Zwangsmittelfestsetzung tätig werden.

Die Ersatzvornahme wäre schließlich nicht unverhältnismäßig. Bei Parkraumknappheit ist das Abschleppen nach einer Überschreitung der Parkzeit von mehr als fünf Stunden zulässig, auch wenn das Fahrzeug den fließenden Verkehr nicht behindert. Falsch parkende Fahrzeuge provozieren Nachahmer, was zur Folge haben kann, dass eine Parkraumbewirtschaftung unterlaufen wird.

Die Voraussetzungen für die Ersatzvornahme liegen damit vor. Folglich darf die Polizei als Vollzugsbehörde gemäß § 10 VwVG einen anderen damit beauftragen, den Wagen von dem Parkplatz zu entfernen.

## **2. Unmittelbare Ausführung**

Die unmittelbare Ausführung ist keine Maßnahme des Verwaltungszwanges, sondern die Alternative zur Inanspruchnahme eines Handlungs- oder eines Zustandsstörers. Sie kommt nach § 15 I ASOG in Betracht, wenn der Zweck der Maßnahme durch die

Inanspruchnahme des Störers nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann. "Maßnahme" wäre im vorliegenden Fall das Entfernen des Wagens. Ein darauf gerichteter Verwaltungsakt liegt vor. "Inanspruchnahme der ... Verantwortlichen" bedeutet, dass die Maßnahme den Verantwortlichen aufgegeben wird. Das ist im vorliegenden Fall geschehen, weil X als Verhaltens- und Zustandsverantwortlicher Adressat des Wegfahrgebots ist. "Zweck der Maßnahme" wäre das Freiwerden eines Parkplatzes in einer Gegend, in der die öffentlichen Parkplätze überbelegt sind. Dieser Zweck wird im vorliegenden Fall nicht bzw. nicht rechtzeitig erreicht. Also liegen die Voraussetzungen von § 15 I ASOG vor.

#### **IV. Ergebnis im vorliegenden Fall**

Die Abschleppmaßnahme kann als Ersatzvornahme oder als unmittelbare Ausführung gedeutet werden, nicht als Sicherstellung. Diese Ersatzvornahme ist aus den dargestellten Gründen ohne Zwangsmittellandrohung und Zwangsmittelfestsetzung nach den §§ 6 I / II, 10 VwVG zulässig. Für die unmittelbare Ausführung ergibt sich das aus § 15 ASOG. Die Abschleppmaßnahme ist darum rechtmäßig.

#### **V. Fallabwandlung**

Wenn man den Fall nur geringfügig variiert, stellt sich das Verhältnis von unmittelbarer Ausführung und Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug anders dar. **Variation:** X hat sein Fahrzeug unmittelbar an einer Kreuzung abgestellt, wo es den Verkehr behindert. Der Unterschied zu dem vorangegangenen Fall liegt hier darin, dass X nicht gegen ein Verkehrszeichen verstößt, sondern gegen eine Regelung in der StVO, die nicht durch Verkehrszeichen konkretisiert wird. Mangels Verkehrszeichens ist X auch kein Verwaltungsakt mit dem Gebot zugegangen, den Verkehrsverstoß zu beenden. Wenn X nun nicht auffindbar ist, ist

seine Inanspruchnahme nicht, jedenfalls nicht rechtzeitig möglich. Folglich kann der Zweck der Maßnahme im Sinne von § 15 I ASOG nicht rechtzeitig erreicht werden. In diesem Fall liegen die Voraussetzungen für die unmittelbare Ausführung vor.

Gleichzeitig liegen aus den schon dargestellten Gründen die Voraussetzungen mit die Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug (§ 6 II VwVG) vor. Man könnte den Verwaltungsakt, dass X den Wagen entfernt, fingieren; die Behörde würde im Rahmen ihrer Zuständigkeit handeln; ein Einschreiten ist auch zur Abwehr einer drohenden Gefahr notwendig. § 6 I VwVG ist dagegen nicht mehr einschlägig, weil ein Grundverwaltungsakt fehlt. Bei dieser Variation des Grundfalles konkurrieren unmittelbare Ausführung und sofortiger Vollzug vollständig.

Es stellt sich dann die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von § 15 II ASOG und §§ 6 II, 10 VwVG. Diese Frage ist darum so schwierig, weil das Institut der unmittelbaren Ausführung (§ 15 ASOG) überflüssig ist. Das wird am besten daran deutlich, dass das VwVG des Bundes und das Polizei- und Ordnungsrecht einiger Bundesländer, z.B. Nordrhein-Westfalens (§§ 4 - 6 PolG; 17 - 19 OBG), die unmittelbare Ausführung nicht kennen, ohne dass man ihr Fehlen dort bisher vermisst hätte. Im Bund und in den betroffenen Ländern werden alle Fälle, die man in Berlin mit dem Institut der unmittelbaren Ausführung löst, mit Hilfe der Ersatzvornahme im sofortigen Vollzug gelöst. Der Befund lautet: Alle Fälle, die unter § 15 ASOG fallen, fallen auch unter § 6 II VwVG. Es gibt aber darüber hinaus Fälle, die nur unter § 6 II VwVG fallen. Dies bedeutet, dass § 15 ASOG die speziellere Regelung ist, die in ihrem Anwendungsbereich Vorrang hat vor § 6 II VwVG.

In der Variante wäre die Abschleppmaßnahme darum auf § 15 I ASOG zu stützen, nicht auf § 6 II VwVG. Gleiches würde gelten, wenn X sein Fahrzeug legal an einer Stelle abgestellt hätte, an der nachträglich ein Halte- oder Parkverbot verhängt wird; hierzu BVerwG NJW 1997, 1021; VGH Kassel NJW 1997, 1023.

Bei einer Fallgruppe kommt nur der sofortige Vollzug in Betracht. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist auf der Grundlage von § 15 I ASOG nicht vorstellbar (Ausnahme: Selbstvornahme, § 12, 2. Alt. VwVG). Dies gilt einmal, weil mit unmittelbarem Zwang eine Verpflichtung zu einer unvertretbaren Handlung, einer Duldung oder Unterlassung durchgesetzt werden soll. Denn diese Verpflichtung können Polizei und Ordnungsbehörden nicht selbst ausführen. Das ist nur bei vertretbaren Handlungen vorstellbar. Dies gilt sodann, weil bei unmittelbarem Zwang der Verantwortliche erreichbar und zur Gefahrenabwehr in der Lage ist.

**Beispiel:** Ein Wagen fährt mit hoher Geschwindigkeit auf einen Polizisten zu, offenbar weil der Fahrer sich einer Kontrolle entziehen will. Der Polizist bringt den Wagen durch einen Schuss in einen Reifen zum Stehen. Der Fahrer gibt auf. Unmittelbare Ausführung scheidet hier aus, weil die Maßnahme das Anhalten des Fahrzeugs ist. Diese Maßnahme kann die Polizei nicht selbst oder durch einen Beauftragten ausführen, denn es handelt sich um eine unvertretbare Handlung. Weiterhin kann der Zweck der Maßnahme durch die Inanspruchnahme des Verantwortlichen erreicht werden. Dieser ist zugegen; er ist nur zur Erfüllung eines polizeilichen Haltegebots nicht bereit. Vielmehr handelt es sich um die Anwendung unmittelbaren Zwangs ohne zuvorigen Grundverwaltungsakt (§§ 6 II, 12 VwVG). Mit kann diese Fallgruppe auch so zusammenfassen: Beim sofortigen Vollzug geht es um die Beugung des Willens des Verantwortlichen, bei der unmittelbaren Ausführung um eine behördliche Eigenhandlung zur Gefahrenabwehr, deren Ziel nicht die Beugung entgegenstehenden Willens ist. Dies wird von denjenigen, die dem Institut der unmittelbaren Ausführung weniger kritisch gegenüberstehen als ich, als Hauptabgrenzungskriterium zur Ersatz- oder Selbstvornahme im sofortigen Vollzug genannt.

Vgl. zum Ganzen gründlich und nach wie vor aktuell Schmitt-Kammler, NWVBl. 1989, 389 ff.



## **VI. Zurückbehaltungsrecht**

Die Polizei darf die Herausgabe eines abgeschleppten Wagens von der Zahlung der Abschleppkosten abhängig machen (lassen), wenn sie einen Anspruch auf Zahlung der Abschleppkosten hat und wenn sie wegen dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Wagens geltend machen kann.

### **1. Zahlungsanspruch**

Der Zahlungsanspruch folgt im Ausgangsfall aus § 10 VwVG. Nachdem wir festgestellt haben, dass dort die Abschleppmaßnahme als Ersatzvornahme rechtmäßig ist, liegt es auf der Hand, dass die Vollzugsbehörde wegen deren Kosten einen Anspruch gegen X hat. Das Nähere über die Geltendmachung folgt gemäß § 19 I VwVG aus der Abgabenordnung.

### **2. Zurückbehaltungsrecht**

Weder die Abgabenordnung noch das VwVG geben der Vollzugsbehörde jedoch ein Zurückbehaltungsrecht, das diese dem Herausgabeanspruch des X entgegenhalten kann, der auf § 985 BGB und auf § 695 BGB analog gestützt wird. Durch die Ersatzvornahme wird jedoch ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis zwischen der Behörde und X hinsichtlich des Wagens begründet. Darauf finden die Vorschriften des BGB entsprechende Anwendung (hierzu Maurer, § 29 Rn. 2 ff.). Dies gilt unter anderem für § 273 I BGB. Die Vorschrift ist analog anzuwenden. Eine Lücke besteht, weil das öffentliche Recht im vorliegenden Fall, anders als bei der Sicherstellung in § 41 III 3 ASOG, kein Zurückbehaltungsrecht enthält. Die Vorschrift des § 273 I BGB wird der Interessenlage der Beteiligten gerecht. Das Analogieverbot für Eingriffsermächtigungen greift nicht ein, weil die Vorenthaltung einer Leistung kein Eingriff ist.

## **VII. Schadensersatz**

Streitig ist schließlich die Behandlung von Schäden, die einem Fahrzeug vom Abschleppunternehmer zugefügt werden. In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch gegen das Abschleppunternehmen und sein Personal oder gegen die Polizei.

### **1. Ansprüche gegen das Abschleppunternehmen**

Bei der unmittelbaren Ausführung und bei der Ersatzvornahme können Polizei und Ordnungsbehörden sich der Hilfe privater Dritter bedienen (§§ 15 III ASOG, 10 VwVG). Diese Dritten haben keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse. Sie stehen in einer privatrechtlichen vertraglichen Beziehung zu der Behörde.

Zu dem Verantwortlichen bzw. Vollstreckungsschuldner haben sie keine Sonderrechtsbeziehung. Vertragliche Ansprüche scheiden darum aus. In Betracht kommen aber deliktische Ansprüche. Diese richten sich nach dem BGB, nicht nach öffentlichem Recht, weil das Abschleppunternehmen und sein Personal gegenüber X keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse haben. Einschlägig sind § 823 I BGB (Personal) bzw. § 831 I 1 BGB (Abschleppunternehmen).

### **2. Ansprüche gegen die Polizei**

Die Polizei ist gegenüber X hoheitlich aufgetreten. Schadensersatzansprüche des X gegen die Polizei können sich darum nur aus öffentlichem Recht ergeben, nicht aus dem BGB. In Betracht kommt § 59 II ASOG, weiterhin Amtshaftung gemäß § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Einem Anspruch nach § 59 II ASOG scheint zweierlei entgegenzustehen. Die Abschleppmaßnahme der Polizei ist rechtmäßig, und der Schaden ist nicht von der Polizei, sondern von

dem Abschleppunternehmen verursacht worden. Beide Einwände greifen im Ergebnis nicht durch.

Dass der Schaden von dem Abschleppunternehmen verursacht worden ist, entlastet die Polizei nicht, weil sie sich dessen Verhalten zurechnen lassen muss. Zwar fehlen im öffentlichen Recht Zurechnungsnormen, wie §§ 278 und 831 BGB. An ihre Stelle treten richterrechtliche Kriterien, die vom BGH entwickelt worden sind. Just im Verhältnis von Polizei und Abschleppunternehmen rechnet der BGH das Fehlverhalten des Abschleppunternehmers der Polizei zu, weil polizeiliches Handeln strikt gesetzgebundene Eingriffsverwaltung sei und der Abschleppunternehmer keine Spielräume für eigene Entscheidungen habe. Deshalb sei er als Werkzeug der Polizei zu betrachten; im Verhältnis zum Abgeschleppten müsse die Polizei sich Fehlverhalten des Abschleppunternehmers als eigenes Fehlverhalten zurechnen lassen. BGHZ 121, 161; Maurer, Allg. VerwaltungsR, § 25 Rn. 13.

Zwar macht das Fehlverhalten des Abschleppunternehmers die polizeiliche Maßnahme nicht rechtswidrig. Es führt aber zu einem rechtswidrigen Erfolg. Bei § 59 II ASOG wird zwischen dem Handlungsunrecht und dem Erfolgsunrecht getrennt. Das bedeutet, dass im Hinblick auf den Schaden, den X erlitten hat, ein rechtswidriger Erfolg eingetreten ist, obwohl die Maßnahme (= Handlung) rechtmäßig bleibt. Im Hinblick auf diesen Erfolg ist die Maßnahme, die an sich rechtmäßig ist, rechtswidrig. Die Voraussetzungen von § 59 II ASOG liegen vor. X kann folglich auch von der Polizei, d.h. vom Land Berlin, Schadensersatz verlangen. Kommt es wegen dieses Anspruchs zu Streitigkeiten, so ist gemäß § 65 ASOG der ordentliche Rechtsweg gegeben. Inhalt, Art und Umfang des Schadensausgleichs richten sich nach § 60 ASOG.

Kumulativ ist ein Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegeben. Dieser Schadensersatzanspruch unterscheidet sich in einigen Punkten von dem Entschädigungsanspruch nach ASOG. Näheres hierzu ist Gegenstand der Vorlesung

"Staatshaftungsrecht".