

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

Dienstag, den 1. Juni 2004

**A. Die Kostenbescheidklausur**

**I. Allgemeines**

Die Problematik des Verwaltungsvollstreckungsrechts und der unmittelbaren Ausführung lässt sich in einem Klausurtyp zusammenfassen. Das ist die Kostenbescheidklausur. Gefragt wird nach der Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides. Die Antwort auf diese Frage ist nicht leicht aufzubauen. Denn der Kostenbescheid ist nur rechtmäßig, wenn die Maßnahme, die kostenpflichtig ist, ihrerseits rechtmäßig ist. Auf diese Weise werden zumindest zwei Rechtmäßigkeitsprüfungen ineinandergeschachtelt. Dazu einige Beispiele.

(1) Gefragt ist nach der Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides wegen Sicherstellungskosten. Rechtsgrundlage ist § 41 III ASOG. Dessen Voraussetzungen müssen in formeller und materieller Hinsicht geprüft werden. Im Rahmen dieser Prüfung stellt sich die Frage, ob die Sicherstellung rechtmäßig war. Rechtsgrundlage hierfür ist § 38 ASOG. Auch dessen Voraussetzungen müssen in formeller und materieller Hinsicht geprüft werden. Zu prüfen ist also zweierlei: die Rechtmäßigkeit von Sicherstellung und von Kostenbescheid, dies jeweils in formeller und materieller Hinsicht. Die Prüfung der Sicherstellung in formeller und in materieller Hinsicht ist Teil der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides. Beide Prüfungen sind so ineinander geschachtelt. Beim Kostenbescheid ist zusätzlich im Rahmen des Prüfungspunktes "Ermächtigung" auf die Verwaltungsaktbefugnis einzugehen, d.h. die Befugnis, einen Kostenanspruch durch Verwaltungsakt einseitig geltend machen zu dürfen, anstatt ihn gerichtlich einzuklagen.

(2) Gefragt ist nach der Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides nach unmittelbarer Ausführung. Rechtsgrundlage ist § 15 II ASOG. Auch im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides stellt sich die Folgefrage, ob die unmittelbare Ausführung selbst rechtmäßig ist. Das richtet sich einmal nach § 15 I ASOG und sodann nach der Rechtsgrundlage für die unmittelbar ausgeführte Maßnahme, z.B. § 17 I ASOG. Hier sind drei Gesichtspunkte ineinandergeschachtelt: kostenrechtliche Fragen; die Zulässigkeit der unmittelbaren Ausführung; die Zulässigkeit der Maßnahme, die unmittelbar ausgeführt wird.

(3) Besonders schwierig ist es bei der Ersatzvornahme. Bei einer Überprüfung eines Kostenbescheides ergibt sich hier folgende Prüfungsreihenfolge:

#### **(I.) Ermächtigung**

§ 10 VwVG. Diese Norm gibt nicht nur einen Anspruch; sie begründet auch die Befugnis, diesen Anspruch mit Verwaltungsakt geltend zu machen (Verwaltungsakt-Befugnis; dazu Maurer, AllgVerwR, § 10 Rn. 5 - 7b).

#### **(II.) Formelles**

Zuständigkeit: § 7 I VwVG, Vollzugsbehörde

Verfahren: Anhörung, nicht § 28 II Nr. 5 VwVfG

Form: Schriftform, § 37 II VwVfG

#### **(III.) Materielles**

##### **1. Materielle Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides**

hier: §§ 10, 13 IV, 19 I VwVG

##### **2. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme**

Entweder a) Ersatzvornahme nach §§ 6 I, 10 VwVG

Formelles: Zuständigkeit nach § 7 I VwVG, keine Anhörung wegen § 28 II Nr. 5 VwVfG

Materielles: vollziehbarer Grundverwaltungsakt (§ 6 I VwVG); Androhung (§ 13 VwVG); Festsetzung (§ 14 VwVG); Anwendung (§ 15 VwVG)

**Oder b) Ersatzvornahme nach §§ 6 II, 10 VwVG**

Formelles: wie zuvor

Materielles: Voraussetzungen von § 6 II VwVG; fingierter Grundverwaltungsakt ("im Rahmen ihrer Befugnisse"); Androhung; Festsetzung; Anwendung. Zu dem Punkt "fingierter Grundverwaltungsakt": Wäre die Vollzugsbehörde für dessen Erlass zuständig? Wäre der fingierte Grundverwaltungsakt rechtmäßig?

Im Ergebnis ist bei der Ersatzvornahme im Sofortvollzug dreierlei zu prüfen: Kostenrecht, Vollstreckungsrecht und vollstrecktes Recht; soweit ein Verwaltungsakt aus § 17 I ASOG vollstreckt wird, deckt sich dies vom Prüfungsaufbau her mit der unmittelbaren Ausführung. Bei der Ersatzvornahme im gestreckten Verfahren ist dagegen nur zweierlei zu prüfen: Kostenrecht und Vollstreckungsrecht; das vollstreckte Recht ist nicht zu prüfen, da es im gestreckten Verfahren nur auf die Vollziehbarkeit, nicht auf die Rechtmäßigkeit des vollstreckten Verwaltungsaktes ankommt.

**II. Beispielsfall**

**1. Sachverhalt und Fallfrage**

A leiht seinen Wagen seinem Sohn B und begibt sich auf eine Geschäftsreise. Bei der Rückkehr findet er in der Post eine Benachrichtigung, dass der Wagen von der Polizei abgeschleppt worden sei und gegen Zahlung der - der Höhe nach nicht zu beanstandenden - Kosten abgeholt werden könne. Es stellt sich

heraus, dass B den Wagen auf einem öffentlichen Parkplatz geparkt hat, ohne einen Parkschein zu lösen. Nach drei Stunden ist der Wagen abgeschleppt worden. A ist der Ansicht, nicht er, sondern B müsse zahlen. Darum erhebt er gegen den Kostenbescheid, der ihm bei der Abholung des Wagens gegen Zahlung ausgehändigt worden ist, nach erfolglosem Vorverfahren Klage.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten dieser Klage?

## **2. Lösung**

### **(A.) Zulässigkeit**

Die Klage ist als Anfechtungsklage zulässig. Der Kostenbescheid hat sich nicht durch Zahlung erledigt, weil er der Rechtsgrund dafür ist, dass die Behörde das Gezahlte behalten darf. Wird der Kostenbescheid aufgehoben, so entfällt dieser Rechtsgrund. A hat dann einen Erstattungsanspruch. Dieser kann im selben Verfahren zusammen mit der Anfechtungsklage geltend gemacht werden (§ 113 IV VwGO).

### **(B.) Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wird (§ 113 I 1 VwGO). Letzteres ist immer gegeben, wenn der Kläger Adressat eines rechtswidrigen Verwaltungsakts ist. Zu prüfen ist darum hier nur die Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides.

### **(I.) Ermächtigung**

Als Ermächtigung kommen die § 10 VwVG oder § 15 II ASOG in Betracht. Eine Ersatzvornahme läge vor, wenn es um die zwangsweise Durchsetzung der Verkehrsregelung in dem Parkscheinautomat ginge. Das ist jedoch in Bezug auf A nicht der Fall, weil A sich auf Geschäftsreise befunden hat und darum nicht Adressat der Verkehrsregelung in dem Parkscheinautomat

sein kann. Anders wäre es in Bezug auf B. Dieselbe Maßnahme erweist sich in Bezug auf A also als unmittelbare Ausführung, in Bezug auf B als Ersatzvornahme. Auch dies verdeutlicht die Problematik der unmittelbaren Ausführung, jedenfalls wenn dieses Institut mit der Verkehrszeichenrechtsprechung kombiniert wird, die auf die Ersatzvornahme hin konzipiert ist.

Ermächtigung ist somit in Bezug auf A § 15 II ASOG. Diese Vorschrift gibt nicht nur einen Anspruch, sondern auch die Befugnis, den Anspruch durch Verwaltungsakt geltend zu machen. Letzteres folgt aus der Verweisung auf das Verwaltungsvollstreckungsverfahren.

### **(II.) Formelles**

Die Zuständigkeit der Polizei folgt aus den §§ 1 I S. 1, 4 S. 1 ASOG. Wenn die Polizei für die unmittelbare Ausführung sachlich zuständig ist, so ist sie auch für den Kostenbescheid zuständig, selbst wenn dies nicht eilbedürftig ist.

A muss angehört worden sein. Es ist davon auszugehen, dass A Gelegenheit gegeben worden ist, seinen Standpunkt beim Abholen des Wagens und der Aushändigung des Kostenbescheides vorzutragen.

Auch im Übrigen sind Verfahrens- oder Formmängel nicht ersichtlich.

### **(III.) Materielles**

Der Kostenbescheid ist materiell rechtmäßig, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: (1) Die vollstreckungs- und kostenrechtlichen Voraussetzungen des Kostenbescheides müssen erfüllt sein. Dies richtet sich nach § 15 II ASOG und dem VwVG. (2) Die Voraussetzungen für die unmittelbare Ausführung müssen erfüllt sein. Dies richtet sich nach den §§ 15 I und 17 I ASOG.

### **(1.) Kostenrechtliche Ebene**

Gegen die Höhe des Kostenbescheides ist nach dem Sachverhalt nichts einzuwenden. Fraglich ist nur, ob die Behörde sich an B hätte halten müssen. B ist Verhaltensstörer, A als Halter Zustandsstörer. A und B haften mithin gemäß § 15 II 2 ASOG als Gesamtschuldner. Die Auswahl zwischen mehreren Gesamtschuldnern erfolgt nicht nach dem Belieben, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen der Behörde. Die ermessensleitenden Kriterien sind bei der Verteilung der Kostenlast aber andere als bei der Adressierung einer Maßnahme. Auf der Kostenebene ist es zulässig, wenn die Behörde sich an denjenigen hält, der für sie am leichtesten zu erreichen ist. Dies ist hier der Halter A, zumal A den Wagen abgeholt hat. Es ist nicht ermessensfehlerhaft, dass die Polizei A allein mit den Kosten belastet und A dem B gegenüber auf zivilrechtlichen Regress verweist.

### **(2.) Polizeirechtliche Ebene**

Die Voraussetzungen von § 15 I ASOG liegen vor. Maßnahme ist hier die Anordnung, den Pkw zu entfernen. Eine solche Anordnung wäre gegenüber A, auch wenn er nicht Adressat der Verkehrsregelung aus dem Parkscheinautomat ist, nach § 17 I ASOG möglich. A ist nämlich als Halter Zustandsstörer. Auch bei § 15 I ASOG ist, wie bei § 6 II VwVG, zu prüfen, ob die Behörde den Grundverwaltungsakt, der aus tatsächlichen Gründen nicht ergeht, hätte erlassen dürfen. Das ist der Fall. Das Abschleppen ist auch nicht unverhältnismäßig. Bei Parkraumknappheit ist diese Maßnahme nach drei Stunden zulässig, auch wenn das Fahrzeug den Verkehr nicht behindert.

Weiterhin kann der Zweck der Maßnahme durch eine Inanspruchnahme von A nicht, jedenfalls nicht rechtzeitig erreicht werden, weil er auf Geschäftsreise und darum für die Polizei nicht erreichbar ist.

Auch die Voraussetzungen für eine unmittelbare Ausführung liegen

darum vor. Dies ergibt im Ergebnis, dass der Kostenbescheid materiell rechtmäßig, die Klage darum unbegründet ist.

### **III. Unterscheidung von Primär-, Sekundär- und Tertiärebene**

Wenn man von der Falllösung abstrahiert, kommt man zu drei Ebenen rechtlicher Prüfung. Die erste Ebene besteht aus den Maßnahmen von Polizei und Ordnungsbehörden, die zweite Ebene aus der Vollstreckung dieser Maßnahmen, die dritte Ebene aus der Erhebung von Kosten. Zweite und dritte Ebene sind stets miteinander verbunden; das soll heißen: Kosten dürfen nur erhoben werden, wenn die Vollstreckung rechtmäßig ist. Die erste Ebene ist dagegen von den beiden anderen in der gleich darzustellenden Weise stärker getrennt; für die Vollstreckung und die anschließende Kostenregelung kommt es - wenn ein Grundverwaltungsakt vorliegt - nur darauf an, ob der Grundverwaltungsakt vollziehbar ist, nicht darauf, ob der Grundverwaltungsakt rechtmäßig ist; wann der Grundverwaltungsakt vollziehbar ist, ergibt sich aus § 6 I VwVG. Ausnahmen von der Trennung von erster und zweiter Ebene sind der sofortige Vollzug und die unmittelbare Ausführung. Hier fallen Grundverwaltungsakt und Vollziehung jeweils in einem Akt zusammen.

Beim sofortigen Vollzug ergeht kein Grundverwaltungsakt. Ein solcher Grundverwaltungsakt ist aber zu fingieren. Der sofortige Vollzug ist rechtmäßig, wenn erstens der fingierte Grundverwaltungsakt rechtmäßig wäre; nur dann handelt die Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse im Sinne von § 6 II VwVG. Zweitens ist zu prüfen, ob die übrigen Voraussetzungen des VwVG erfüllt sind.

Ähnlich ist bei der unmittelbaren Ausführung zu verfahren. Hier ist erstens zu prüfen, ob der Zweck der Maßnahme durch eine Inanspruchnahme der Verantwortlichen nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann. Zweitens ist zu prüfen - auch wenn dies im Wortlaut von § 15 I ASOG nur unvollkommen zum

Ausdruck kommt -, ob der Zweck der Maßnahme durch eine Inanspruchnahme der Verantwortlichen erreicht werden dürfte.

Auf den drei Ebenen - Primär-, Sekundär-, Tertiärebene - können Fragen der Ermessensbetätigung sich unterschiedlich stellen. Auf der Primärebene steht als ermessensleitendes Kriterium die Effektivität der Gefahrenabwehr im Vordergrund. Auf der Sekundärebene ist dies die Effektivität der Vollstreckung. Auf der Tertiärebene ist dies die Durchsetzung der staatlichen Geldforderung. In seltenen Fällen kann deren Durchsetzung unverhältnismäßig sein, obwohl Maßnahmen auf der Primär- und der Sekundärebene verhältnismäßig sind. **Beispiel:** Ein Fahrzeug wird legal geparkt. Unmittelbar danach wird, ohne dass der Fahrer dies wusste oder hätte wissen können, ein Halteverbot verhängt und das Fahrzeug abgeschleppt. In diesem Fall wird man es jedenfalls vertreten können, einen Kostenbescheid für unverhältnismäßig und darum rechtswidrig zu erklären, obwohl das Abschleppen rechtmäßig war. Dem Staat wird dann das Recht zugestanden, das Halteverbot durchzusetzen, dies aber wegen der besonderen Umstände auf eigene Kosten. In den Fällen, in denen ein während einer Urlaubsreise auf öffentlichen Straßen geparkter Wagen wegen einer zwischenzeitlich eingerichteten Baustelle abgeschleppt werden musste, liegt diese Voraussetzung nicht vor, denn hier hätte der Halter von dem baustellenbedingten Halteverbot wissen können.

## **B. Schadensausgleich gemäß den §§ 59 ff. ASOG**

Als letzten Punkt aus dem Polizei- und Ordnungsrecht stelle ich den Schadensausgleich nach den §§ 59 ff. ASOG vor. Das geschieht in zwei Schritten: allgemeine Einführung und Beispielsfälle.

### **I. Einführung**

Die §§ 59 ff. ASOG regeln eine verschuldensunabhängige Haftung des Staates für rechtswidrige, zum Teil sogar für rechtmäßige

Maßnahmen der Polizei und der Ordnungsbehörden. Polizei ist dabei gemäß § 5 I ASOG der Polizeipräsident in Berlin; Ordnungsbehörden sind nach Maßgabe von § 2 ASOG und des Zuständigkeitskatalogs Ordnungsaufgaben zum ASOG die Senatsverwaltungen, die Bezirksämter und die Sonderbehörden. Die verschuldensabhängige Amtshaftung bleibt von diesen Ansprüchen gemäß § 59 IV ASOG unberührt; die richterrechtlichen Institute von enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff sowie Aufopferung werden dagegen als *leges generales* verdrängt.

In der Dogmatik des Staatshaftungsrechts wird zwischen Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen unterschieden. Mit dem Wort "Schadensausgleich" meiden die §§ 59 ff. ASOG diese Differenzierung und die daran anknüpfenden Fragen. Inhalt, Art und Umfang des Schadensausgleichs werden in § 60 ASOG geregelt. Diese Regelung geht auf die Fragen ein, ob auch Nicht-Vermögensschäden auszugleichen sind, insbesondere durch Schmerzensgeld (so Abs. 2), ob auch entgangener Gewinn auszugleichen ist (so mit erheblichen Einschränkungen Abs. 1 Satz 2), wie bei konkurrierenden Ansprüchen gegen Dritte zu verfahren ist (Abs. 4) und wie sich ein Mitverschulden auswirkt (so Abs. 5). Die Verjährungsfrage wird in § 62 ASOG in Anlehnung an § 195 BGB geregelt; es gilt grundsätzlich eine Frist von 3 Jahren ab Kenntnis von dem Schaden und der Person des Ausgleichsverpflichteten. Für Ansprüche auf Schadensausgleich ist gemäß § 65 ASOG der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Auf der Tatbestandsseite hat der Anspruch auf Schadensausgleich zwei Varianten. § 59 I ASOG behandelt rechtmäßige Maßnahmen, § 59 II ASOG behandelt rechtswidrige Maßnahmen. Auf Absatz 2 weise ich besonders hin, weil er leicht übersehen wird, obwohl er nicht minder wichtig ist als der umfangreichere Absatz 1. Für die Unterscheidung zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln kommt es auf den Handlungserfolg an. Wird z.B. bei einer rechtmäßigen Abschleppmaßnahme das abgeschleppte Fahrzeug beschädigt, so liegt im Sinne von § 59 II ASOG eine "rechtswidrige Maßnahme" vor, die zum Schadensausgleich

verpflichtet. Es muss nämlich zwischen der rechtmäßigen Handlung, dem Abschleppen, und dem rechtswidrigen Erfolg, der Beschädigung, unterschieden werden (dazu Maurer, AllgVerwR, § 27 Rdnr. 94, 111).

§ 59 I Nr. 1 ASOG ist Gegenstand von Meinungsstreitigkeiten, die Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen waren. Dazu zwei Entscheidungen des BGH (Rechtsweg: § 65 ASOG).

## **II. BGH NJW 1995, 2918 - Obdachloseneinweisung**

### **1. Sachverhalt**

X ist eine alleinerziehende Mutter mit vier Kindern. Da sie nicht in der Lage ist, ihre Miete zu zahlen, erwirkt ihr Vermieter ein Räumungsurteil, das er vollstrecken lassen will. Dem kommt die Ordnungsbehörde mit einem für sofort vollziehbar erklärten Bescheid zuvor, durch den X und ihre Kinder in die bisherige Wohnung für die Dauer von 3 Monaten eingewiesen werden. Danach soll X mit ihren Kindern in eine erst dann verfügbar werdende Obdachlosenwohnung umziehen. X zieht jedoch erst nach 6 Monaten aus.

Hat der Vermieter für die Dauer von 6 Monaten gegen die Ordnungsbehörde einen Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls?

### **2. Lösung**

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 59 I Nr. 1 ASOG ergeben. Das setzt voraus, dass der Vermieter durch die Einweisung in rechtmäßiger Weise nach § 16 ASOG in Anspruch genommen worden ist. Das wiederum setzt voraus, dass die Einweisung eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr ist, die an den Vermieter als Nicht-Verantwortlichen gerichtet wird. Eine Gefahr liegt vor. Sie besteht in der drohenden Obdachlosigkeit der X und ihrer 4 Kinder. Die Einweisungsverfügung dient dem Zweck, diese Gefahr abzuwehren. Der Vermieter ist für die Gefahr nicht

Handlungsverantwortlicher. Denn durch die Räumung würde nicht er, sondern würden staatliche Vollstreckungsorgane die Gefahr unmittelbar verursachen. Den Vermieter als verantwortlich zu bezeichnen, leuchtet auch deshalb nicht ein, weil er sich legal verhält. Es bleibt darum in der Tat nur § 16 ASOG. Dessen Voraussetzungen liegen vor: Die abzuwehrende Gefahr ist gegenwärtig und erheblich. Maßnahmen gegen die Verantwortlichen, hier die Obdachlosen selbst und die Vollstreckungsorgane, versprechen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keinen Erfolg. Da erst in drei Monaten eine Obdachlosenwohnung frei wird, kann die Behörde die Gefahr auch nicht selbst oder durch Beauftragte abwehren. Da der Vermieter durch die Einweisung nicht in erheblicher Weise selbst gefährdet wird und da er auch nicht höherwertige Pflichten verletzen müsste, ist die Einweisung für die ersten drei Monate rechtmäßig. Insoweit besteht ein Entschädigungsanspruch nach § 59 I Nr. 1 ASOG.

Fraglich ist, wie hinsichtlich der weiteren drei Monate zu entscheiden ist. Insoweit liegen die Voraussetzung des § 16 ASOG nicht mehr vor. Weil nun eine staatliche Obdachlosenwohnung frei ist, können die Behörden die Gefahr im Sinne von § 16 I Nr. 3 ASOG selbst abwehren. Zwischen der Einweisung, die für drei Monate rechtmäßig erfolgt ist, und dem Verbleiben von X und ihren Kindern in der Wohnung über diesen Zeitraum hinaus liegt adäquate Kausalität vor, so dass an eine staatliche Folgenbeseitigungslast zu denken wäre. Eine Zurechnung lässt sich auch nicht mit dem Argument in Abrede stellen, nach Ablauf des Einweisungszeitraums sei es Sache des Vermieters, die X und ihre 4 Kinder zu exmittieren. Vielmehr ist es in einem solchen Fall Sache der Behörde, die Wohnung freizumachen (Folgenbeseitigungslast).

Im Ergebnis kann der Vermieter den Mietausfall für 6 Monate von der Behörde ersetzt verlangen, für die ersten drei Monate auf der Grundlage von § 59 I Nr. 1 ASOG, für die zweiten drei Monate als Folgenentschädigungsanspruch.

**III. BGHZ 117, 303; 126, 279 - Anscheinsgefahr; Gefahrenverdacht****1. Fall**

Das Grundstück des X steht in dem Verdacht, mit einer Altlast behaftet zu sein. Die Ordnungsbehörde gibt dem X darum zur Vermeidung von Gefahren für das Grundwasser auf, das Erdreich auf eine zugelassene Deponie verbringen. Später stellt sich heraus, dass der Altlastenverdacht zwar nachvollziehbar, letztlich aber unbegründet war.

Hat X wegen seiner Aufwendungen einen Ausgleichsanspruch?

**2. Lösung**

Ein Anspruch aus § 59 II ASOG scheidet aus, weil die Inanspruchnahme des X rechtmäßig war. Zwar hat eine Gefahr nicht vorgelegen, wohl aber eine Anscheinsgefahr oder ein Gefahrenverdacht. Es war nachvollziehbar, dass man vom Vorliegen einer Altlast ausgegangen ist. Die Verfügung war darum rechtmäßig. Daran ändert sich nichts dadurch, dass sich nachträglich herausstellt, dass eine Gefahr nicht vorgelegen hat.

In Betracht kommt aber ein Anspruch aus § 59 I Nr. 1 ASOG in analoger Anwendung. Stellt sich nämlich nachträglich heraus, dass eine Gefahr nicht vorgelegen hat, steht der Inanspruchgenommene nicht anders da als ein Nichtverantwortlicher, soweit er die Entstehung des Anscheins bzw. des Verdachts nicht zu vertreten hat. Muss der Betroffene ein Einschreiten der Ordnungsbehörden nicht nur dann hinnehmen, wenn eine Gefahrenlage tatsächlich besteht, sondern auch dann, wenn nur der durch Tatsachen begründete Anschein bzw. Verdacht einer solchen Gefahr vorliegt, so ist für einen gerechten Interessenausgleich auch die Entschädigungsregelung in § 59 I Nr. 1 ASOG weit zu verstehen, nämlich dahin, dass der Betroffene wie ein Nichtstörer zu entschädigen ist, wenn sich entgegen der Annahme beim Eingriff nachträglich herausstellt, dass die

angenommene Gefahr in Wirklichkeit nicht bestand. Anders ist die Rechtslage, wenn Anschein oder Verdacht von dem Anspruchsteller verschuldet, möglicherweise sogar verursacht worden sind.

Ein Anspruch des X auf Schadensausgleich ist darum in analoger Anwendung von § 59 I Nr. 1 ASOG gegeben.

### **C. Rechtsschutz**

Im Rückblick auf den nun abgeschlossenen polizei- und ordnungsrechtlichen Teil dieser Vorlesung möchte ich typische Rechtsschutzprobleme einer diesem Rechtsgebiet entnommenen Klausur anhand des Zulässigkeitschemas einer verwaltungsgerichtlichen Klage aufzählen.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist grundsätzlich gegeben, da Polizei- und Ordnungsrecht öffentliches Recht, Streitigkeiten darüber also öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Sinne von § 40 I VwGO sind. Zwei wichtige Ausnahmen sind zu beachten. Wenn die Polizei nicht präventiv, sondern repressiv auf der Grundlage von StPO oder OWiG tätig wird, eröffnet die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 EGGVG den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Zweitens werden Streitigkeiten über den Schadensausgleich von § 65 ASOG ebenfalls den ordentlichen Gerichten zugewiesen.

Die Klageart richtet sich nach der gewählten Handlungsform. Die wichtigste Handlungsform von Polizei und Ordnungsbehörden ist die Verfügung, also ein belastender Verwaltungsakt. Folglich ist richtige Klageart die Anfechtungsklage. Diese erstreckt sich auch auf eine Zwangsmittelandrohung, die mit der Verfügung verbunden ist. Soweit die Verfügung für sofort vollziehbar erklärt wird, ist hiergegen ein besonderer Rechtsschutz in § 80 V VwGO eröffnet. Soweit die Verfügung erledigt hat, aber ein berechtigtes Interesse an der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit besteht (Wiederholungsgefahr, Rehabilitation,

Schadensersatz), kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I 4 VwGO in Betracht; wenn die Erledigung vor Klageerhebung eingetreten ist, ist kein Vorverfahren erforderlich oder auch nur statthaft, wohl die Monatsfrist des § 74 VwGO zu beachten. Soweit ein belastender Realakt Klagegegenstand sein soll, kommen Unterlassungs- und Feststellungsklage in Betracht. Rechtsschutz gegen Gefahrenabwehrverordnungen wird in Berlin nicht nach § 47 VwGO gewährt, weil das Land von der Ermächtigung in § 47 I 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht hat; vielmehr findet Rechtsschutz als Inzidentrechtsschutz statt, d.h. bei Rechtsmitteln gegen eine auf die Verordnung gestützte Maßnahme wird auch die Verordnung selbst auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht geprüft; den Gerichten steht insoweit eine Prüfungs- und eine Verwerfungskompetenz zu. Eine Verpflichtungsklage kommt in Betracht, wenn ein Anspruch auf polizeiliches Einschreiten geltend gemacht wird; je nach dem, ob das Ermessen von Polizei oder Ordnungsbehörden auf Null reduziert ist, handelt es sich um eine Vornahme- oder um eine Bescheidungsklage. Beim einstweiligen Rechtsschutz ist § 80 VwGO zu beachten, beim Rechtsschutz gegen Verwaltungszwang sind dies die §§ 80 II 2 VwGO, 4 Berl. AGVwGO und 18 VwVG.

Die Klagebefugnis wirft im Polizei- und Ordnungsrecht keine spezifischen Probleme auf.

Widerspruchsbehörde ist in Berlin gemäß § 67 ASOG bei Verwaltungsakten von Polizei und von Ordnungsbehörden die Ausgangsbehörde. Dies könnte bundesrechtlich auch nicht anders sein, weil nächsthöhere Behörde jeweils eine oberste Landesbehörde wäre.