

Übung im Öffentlichen Recht für Vorgerückte

Dienstag, den 26. Oktober 2004

Der ausgeteilte Sachverhalt gehört zur prüfungsrelevanten 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. Die Problemvielfalt der Abschleppfälle ist so groß, daß sie von Bernd Schieferdecker 1998 zum Gegenstand einer ca. 350 Buchseiten starken Doktorarbeit gemacht werden konnten.

I. Eingriffsermächtigung

Wie immer man Abschleppmaßnahmen deutet: Jedenfalls handelt es sich um den Bürger belastende staatliche Maßnahmen, die dem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen. Eine 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 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 wurde. 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. 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. Allein danach ist hier gefragt.

Die Sicherstellungslösung hätte den Vorteil, daß § 41 III 3 ASOG eine ausdrückliche Regelung für das Zurückbehaltungsrecht - eine denkbare Variante des Ausgangsfalls - 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 wenn eine Sache sichergestellt wird, 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 dabei, 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 und Verkehrseinrichtungen wie Halteverbotsschilder oder Parkuhren werden vom BVerwG als

Gebote gedeutet, Zuwiderhandlungen zu beenden. Das Gebot ist X auch bekanntgegeben worden, weil er sich im räumlichen Wirkungsbereich der Parkuhr befunden hat, als er seinen Wagen dort abgestellt hat. Dies kann man sich bildlich so vorstellen, daß die Parkuhr an X das Gebot aussandte, seinen Wagen zu entfernen, als dieser 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 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) ZustKat Ord 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 (vgl. §§ 13 I, 14 S. VwVG). 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 Zwangsmittellandrohung und Zwangsmittelfestsetzung erlassen könnte und dürfte, wenn X erreichbar wäre. Wenn damit sogar die Voraussetzungen für ein Handeln ohne Grundverwaltungsakt, ohne Zwangsmittellandrohung und ohne Zwangsmittelfestsetzung vorliegen, dann darf die Polizei erst recht mit Grundverwaltungsakt, aber ohne Zwangsmittellandrohung 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 Parkregelung 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. Er kann aber rechtzeitig erreicht werden, weil X die Befolgung des Verwaltungsaktes möglich wäre, der Verwaltungsakt jedenfalls im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt werden kann. Im vorliegenden Fall scheidet darum die unmittelbare Ausführung aus. Dies liegt daran, daß X für den Grundverwaltungsakt noch erreichbar und zu dessen Befolgung in der Lage ist.

IV. Ergebnis im vorliegenden Fall

Die Abschleppmaßnahme kann nur als Ersatzvornahme gedeutet werden, nicht als unmittelbare Ausführung, erst recht nicht als Sicherstellung. Diese Ersatzvornahme ist aus den dargestellten Gründen ohne Zwangsmittelandrohung und Zwangsmittelfestsetzung nach den §§ 6 I / II, 10 VwVG zulässig. Die Abschleppmaßnahme ist darum rechtmäßig. Eine andere Deutung des Verhältnisses von Ersatzvornahme und unmittelbarer Ausführung, insbesondere des Wortes "kann" in § 15 ASOG, ist vertretbar. Sie führt zu einem Vorrang der unmittelbaren Ausführung, ändert am Ergebnis der Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme aber nichts.

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. Folglich 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 nach keiner Meinung 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.

Es stellt sich dann die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von § 15 II ASOG und §§ 6 II, 10 VwVG. Diese Frage ist meines Erachtens 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 sie 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 (z.B. Verwaltungszwang durch andere Behörden als Polizei- und Ordnungsbehörden). 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.

Exkurs: Bei anderen Fallgruppen 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, wenn 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 Schmitt-Kammler, NWVBl. 1989, 389 ff.

VI. Herausgabe nur gegen Zahlung

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, § 3 Rn. 58 ff., § 28 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 schließlich 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 und 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 Zurech-

nungsnormen wie die §§ 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, § 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 an sich 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.

Das Folgende ist in der Vorlesung nicht vorgetragen worden, weil Aufbaufragen sich für einen mündlichen Vortrag nicht eignen.

VIII. Die Kostenbescheidklausur

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.

(2) Gefragt ist nach der Rechtmäßigkeit eines Kostenbescheides nach unmittelbarer Ausführung. Rechtsgrundlage ist § 15 II ASOG. 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 - 7).

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

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)

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.

IX. Beispielsfall: Kostenbescheid

1. Sachverhalt und Fallfrage

A leiht seinen Wagen seinem Sohn B und begibt sich auf eine Geschäftsreise. Bei seiner Rückkehr findet er in der Post eine Benachrichtigung, daß der Wagen von der Polizei abgeschleppt worden sei und gegen Zahlung der 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 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 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 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.

Sonstige Verfahrens- oder Formmängel sind 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 nicht ergeht, hätte erlassen dürfen. 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.

X. 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 miteinander verbunden; Kosten dürfen nur erhoben werden, wenn die die Vollstreckung rechtmäßig ist. Die erste Ebene ist dagegen von den beiden 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 Maßnahme 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.