

Fahrrad weg! (Lösungsvorschlag)

© [Klaus Grupp \(Universität des Saarlandes\)](#) und [Ulrich Stelkens \(Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer\)](#)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich
Stand der Bearbeitung: Mai 2015

Das Verwaltungsgericht wird der Klage *Eschers* stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist. Insoweit ist zwischen dem **Antrag auf Aufhebung der Sicherstellung** und dem **Antrag auf Herausgabe des Fahrrades** zu unterscheiden, weil es sich hierbei um zwei unterschiedliche Klageanträge handelt.

Anmerkung: Siehe zum Aufbau des Gutachtens bei Klagehäufung im Verwaltungsprozess [diesen Hinweis](#).

Erster Teil: Klage gegen die Sicherstellung

Die Klage gegen die Sicherstellung hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die gegen die Sicherstellung gerichtete Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen dem öffentlichen Recht angehören und die Rechtsstreitigkeit nicht durch abdrängende Sonderzuweisung einem anderen Gericht zugewiesen ist. Die von *Escher* angegriffene Sicherstellung des Fahrrades durch die Polizeivollzugsbeamten hatte eindeutig präventiven Charakter, diente also der Gefahrenabwehr und sollte insbesondere keine Beschlagnahme zur Vorbereitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens wegen Verstoßes gegen § 24 Abs. 1 S. 1 StVG i.V.m. § 49 Nr. 2 StVO nach § 53 Abs. 2 OWiG i.V.m. §§ 94 ff. StPO sein. Ihre Zulässigkeit bestimmt sich dementsprechend nach polizeirechtlichen Normen, d.h. nach Vorschriften des öffentlichen Rechts. Wegen des präventiven Charakters der Maßnahme ist auch die Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte nach § 23 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 EGGVG i.V.m. § 53 Abs. 2 OWiG, § 98 Abs. 2 S. 2 bis 6 StPO nicht einschlägig, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO).

Escher verlangt die Aufhebung der auf polizeirechtlicher Grundlage vorgenommenen Sicherstellung. Für dieses Begehren ist eine **Anfechtungsklage** gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft, wenn es sich bei der Sicherstellung um einen Verwaltungsakt handelt. Der Begriff des Verwaltungsakts ist i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG, des § 31 SGB X, des § 118 AO und der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder zu verstehen, die als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch für die Auslegung der VwGO maßgeblich ist.¹ Nach § 38 Nr. 1 ASOG kann die Polizei eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Fraglich ist, ob diese Vorschrift die Polizei unmittelbar zur Vornahme eines Realakts, d.h. zur Wegnahme der Sache, ermächtigt oder ob gegenüber dem Betroffenen zunächst ein Verwaltungsakt ergehen muss. Die Rechtsprechung² und ganz herrschende Meinung³ nimmt im Falle der Sicherstellung an, die Behörde wolle den Betroffenen durch Anordnung der Sicherstellung entweder zur Herausgabe der Sache oder zur Duldung der Sicherstellung verpflichten; sie setzt also einen Verwaltungsakt voraus, der durch die Einbehaltung der Sache vollzogen wird. Nach dieser Ansicht hat *Stark*, als er *Escher* aufforderte, von dem Fahrrad abzusteigen, diesem gegenüber einen Verwaltungsakt erlassen, indem er ihm die Verpflichtung auferlegte, das Fahrrad an ihn herauszugeben.

Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, dass die Konstruktion einer Herausgabeverfügung dem tatsächlichen Geschehensablauf und auch dem Wortlaut des § 38 Nr. 1 ASOG nicht gerecht werde, der gerade eine ausdrückliche Befugnis der Polizei zur Sicherstellung begründet, die sich nicht ohne weiteres in die Befugnis zur Begründung einer Herausgabepflicht umdeuten lasse. Diese ergebe sich vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz.⁴ Außerdem wolle die Polizei dem Betroffenen gerade jede Verfügungsmöglichkeit über die Sache entziehen und nicht ihn dazu verpflichten, über die Sache zu verfügen.⁵ Komme der Betroffene der Verpflichtung nicht nach, stelle sich darüber hinaus das Problem der Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Durchsetzung dieser Herausgabeverfügung: Stellt die Polizei die Sache gegen den Willen des Betroffenen sicher, scheidet eine Ersatzvornahme als Zwangsmittel aus, da die Herausgabe ebenso wie die Duldung der Wegnahme keine vertretbare Handlung ist (§ 10 VwVG i.V.m. § 5a S. 1 VwVfG Bln⁶); in Betracht komme nur eine Anwendung von unmittelbarem Zwang gegen die Sache selbst (§ 12 VwVG i.V.m. § 2 Abs. 1 und 2 UZwG Bln) selbst, was sich jedoch nicht als Durchsetzung der Herausgabepflicht darstellt. § 6 Abs. 1 und 2 VwVG könnten somit nicht Rechtsgrundlage für diesen Verwaltungszwang sein, vielmehr müsse hierfür § 38 Nr. 1 ASOG direkt herangezogen werden.⁷

Obwohl für die letztgenannte Sichtweise einiges spricht, soll für die Fallbearbeitung der ganz herrschenden Meinung und Rechtsprechung gefolgt werden, weil sie auch die Praxis prägt. Hiernach ist in der Aufforderung *Starks* an *Escher*, vom Fahrrad zu steigen, ein (konkludenter) Verwaltungsakt zu sehen, nämlich die Verpflichtung zur

¹ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

² Z. B. BVerwGE 109, 203, 206.

³ Götz, § 8 Rn. 55.

⁴ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 97 f.; Schmitt-Kammler, NWVBl. 1995, 166, 167.

⁵ Schmitt-Kammler, NWVBl. 1995, 166, 168.

⁶ Im Folgenden wird auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVG verzichtet.

⁷ Schmitt-Kammler, NWVBl. 1995, 166, 169.

Herausgabe des Fahrrads. Hiergegen ist die Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft.

Anmerkung: Wollte man der Gegenansicht folgen, kommt als statthafte Klageart die Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht. Als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist dann die sich aus der Missachtung der StVO ergebende Berechtigung der Polizei, das Fahrrad *Eschers* nach § 38 Nr. 1 ASOG sicherzustellen, anzusehen.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Escher müsste geltend machen können, durch die Sicherstellung in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Anordnung der Sicherstellung stellt einen *Escher* belastenden Verwaltungsakt dar, so dass zumindest eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG möglich ist, wenn dieser Verwaltungsakt sich als rechtswidrig erweist.

Anmerkung: Zu dieser Adressatentheorie siehe [diesen Hinweis](#).

IV. Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO)

Das nach §§ 68 ff. VwGO notwendige Vorverfahren wurde durchgeführt.

Anmerkung: Die Zuständigkeit der Polizeipräsidentin von Berlin ergibt sich aus § 69 S. 1 ASOG, der dem zum gleichen Ergebnis führenden § 27 Abs. 1 lit. a AZG vorgeht.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Richtiger Klagegegner für die Anfechtungsklage ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Land Berlin.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#).

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

Escher ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

Anmerkung: Siehe zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO [diesen Hinweis](#).

VII. Ergebnis zu A.

Da das Fehlen sonstiger Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht erkennbar ist, die Klage insbesondere auch form- (§§ 81 f. VwGO) und fristgerecht (§ 74 VwGO) erhoben wurde, ist sie insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn die Sicherstellungsanordnung rechtswidrig ist und *Escher* in seinen Rechten verletzt. Da *Escher* sich gegen einen an ihn gerichteten, ihn belastenden Verwaltungsakt wendet, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte schon aus Art. 2 Abs. 1 GG, sollte der Verwaltungsakt rechtswidrig sein.

Anmerkung: Allgemein zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe [diesen Hinweis](#), zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrverfügung [diesen Hinweis](#).

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Rechtsgrundlage für die Anordnung der Sicherstellung könnte zunächst § 38 Abs. 1 ASOG in Betracht kommen. Jedoch könnte als Spezialvorschrift auch § 44 Abs. 2 S. 2 StVO einschlägig sein, nach der die Polizei zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung bei Gefahr im Verzug an Stelle der an sich zuständigen Behörden handeln und vorläufige Maßnahmen treffen kann. Diese Bestimmung ermächtigt die Polizei allerdings nicht schlechthin zu Gefahrenabwehrmaßnahmen im Bereich des Straßenverkehrsrechts, sondern ist im Zusammenhang mit § 44 Abs. 1 StVO zu sehen, beschränkt sich also nur auf Maßnahmen, die auf der Grundlage der StVO prinzipiell von den „an sich zuständigen“ Behörden getroffen werden könnten. Hierzu zählt die Sicherstellung von Fahrzeugen nicht.

Die von den Polizeibeamten ausgesprochene Sicherstellung des Fahrrades stellt auch keine Maßnahme zur Vollstreckung der Verfügung vom 15. Februar dar, weil das darin enthaltene Gebot zur Benutzung der Radwege nicht durch eine Wegnahme des Rades erreicht werden kann; im Übrigen ist als Vollstreckungsmaßnahme in dieser Verfügung auch nicht die Anwendung unmittelbaren Zwangs, sondern ein Zwangsgeld angedroht.

Als Ermächtigungsgrundlage kommt daher im vorliegenden Fall nur § 38 Nr. 1 ASOG in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei müsste für die Sicherstellung **zuständig** gewesen sein. Ihre allgemeine Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr - die mit der Sicherstellung beabsichtigt war (siehe oben Erster Teil A. I.) - ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 ASOG. Fraglich ist jedoch, ob die Polizei insoweit **sachlich zuständig** war, weil sie zur Gefahrenabwehr nur tätig werden darf, wenn nach § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i.V.m. Nr. 23 ZustKat ASOG eine eigene Zuständigkeit eröffnet ist, oder nach § 4 Abs. 1 S. 1 ASOG die an sich zuständige Behörde nicht eingreifen kann. Hier war nach § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i.V.m. Nr. 35 Abs. 2 ZustKat ASOG die **Verkehrslenkung Berlin** eigentlich sachlich zuständig. § 5a S. 4 VwVfG Bln kann nicht eingreifen, weil hier die Zuständigkeit für den Erlass des zu vollstreckenden Verwaltungsakts selbst fraglich ist.

Die Abwehr einer Gefahr müsste nach § 4 Abs. 1 S. 1 ASOG daher der Verkehrslenkung Berlin nicht oder nicht rechtzeitig möglich sein. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn Bedienstete der Ordnungsbehörden nicht vor Ort sind und daher ohne vorherige Information durch die Polizei auch keine Entscheidung treffen könnten. Es ist nicht erforderlich, dass die Polizei eine Entscheidung der zuständigen Ordnungsbehörde herbeiführt, wenn aus ihrer Sicht eine sofortige Maßnahme als notwendig erscheint.⁸ So lag der Fall hier, denn ohne das sofortige Eingreifen von *Stark* und *Ritter* wäre *Escher* auf seinem Fahrrad weitergeradelt.

Anmerkung: Siehe hierzu aber auch den Abgeschleppt-und-Abgezockt-Fall. Im Übrigen sind an die sachliche Zuständigkeit der Polizeivollzugsbehörden nach § 4

⁸ Vgl. Götz, § 17 Rn. 2.

Abs. 1 S. 1 ASOG im Hinblick auf die Effektivität der Gefahrenabwehr keine zu strengen Maßstäbe anzulegen.⁹

Auch das **Verwaltungsverfahren** ist ordnungsgemäß durchgeführt, insbesondere ist auch die nach § 28 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln¹⁰ notwendige Anhörung vorgenommen worden. Diese erfolgte zwar nicht - wie grundsätzlich geboten - vor Erlass der eigentlichen Sicherstellungsverfügung, wurde aber unmittelbar anschließend nachgeholt, so dass dieser Verfahrensfehler jedenfalls nach § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG **geheilt** worden ist.

Anmerkung: Die Anhörung war nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG auch keinesfalls entbehrlich; denn dies setzt voraus, dass selbst unter Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Folge hätte, dass der Zweck der zu treffenden Regelung nicht erreicht wird.¹¹

Somit erfolgte die Anordnung der Sicherstellung formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Anordnung der Sicherstellung ist materiell rechtmäßig, wenn insoweit die Voraussetzungen des § 38 Nr. 1 ASOG vorlagen; die Sicherstellung müsste demnach erfolgt sein, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren.

1. Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr

Gefahr meint eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Eine solche konkrete Gefahr liegt vor, wenn ein bestimmter einzelner Sachverhalt, d.h. eine konkrete Sachlage oder ein konkretes Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führen würde. Der Schadenseintritt braucht nicht mit Gewissheit zu erwarten sein. Andererseits ist aber die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts nicht ausreichend. Der erforderliche Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ist dabei abhängig vom Rang des Rechtsgutes, in das eingegriffen werden soll, sowie vom Rang des polizeilichen Schutzgutes.¹² Eine **gegenwärtige Gefahr** liegt vor, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder wenn eine Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit bevorsteht. Unter den Begriff "**öffentliche Sicherheit**" fallen sowohl der Schutz des Staates und seiner Einrichtungen als auch die gesamte Rechtsordnung und damit auch individuelle Rechtsgüter, nämlich Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und

⁹ Zum Problem der Subsidiarität des Handelns der Vollzugspolizei bei Dauerverwaltungsakten: *Koehl*, BayVBl. 2008, 365 ff.

¹⁰ Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVfG wird im Folgenden verzichtet.

¹¹ *Bonk/Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 28 Rn. 51.

¹² zum Gefahrenbegriff: [BVerwG, 6 C 12/11 v. 28.3.2012, Abs. 27](#) = BVerwGE 143, 74, Abs. 27; [Götz](#), § 6 Rn. 3 ff.).

Vermögen des Einzelnen.¹³ Die "**öffentliche Ordnung**" wird definiert als die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Lebens betrachtet wird.¹⁴

Zum Zeitpunkt der polizeilichen Maßnahme könnte eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dadurch bestanden haben, dass *Escher* gegen § 2 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. den in Anlage 2 der StVO aufgeführten Zeichen Nr. 237, 240 oder 241 verstieß. Diese Vorschrift verpflichtet Radfahrer dazu, Radwege zu benutzen, wenn die jeweilige Fahrtrichtung mit eben diesen Zeichen gekennzeichnet ist.

a) Liegefahrrad als Fahrrad i.S.d. StVO?

Dann müsste das von *Escher* benutzte Fahrzeug ein **Fahrrad i.S.d. StVO** darstellen und der Radwegebenutzungszwang auch für dieses Fahrzeug gelten. Der Begriff des Fahrrads wird von der StVO selbst nicht definiert. Nach Ansicht des BVerwGs¹⁵ ist „Fahrrad“ jedoch wie folgt zu definieren:

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Fahrrad ein zweirädriges einspuriges Fahrzeug, das mit Muskelkraft durch Tretkurbeln angetrieben wird.¹⁶

Darüber hinaus gibt die StVO durch die Verwendung des Begriffs „Radfahrer“ in § 2 Abs. 4 StVO zu erkennen, dass Fahrräder zu den Fahrzeugen im Sinne des § 2 Abs. 1 StVO zu rechnen sind. Weil aus der Definition des Kraftfahrzeugs in § 1 Abs. 2 StVG (Landfahrzeuge, die durch Maschinenkraft bewegt werden, ohne an Bahngleise gebunden zu sein) folgt, dass ein Fahrrad ein Fahrzeug ist, das nicht durch Maschinenkraft bewegt wird, lässt sich systematisch ableiten, dass es die spezielle **Antriebsart** ist, die das Fahrrad kennzeichnet und die es von anderen Fahrzeugen abhebt, nämlich der **Einsatz der menschlichen Muskelkraft**. Dem entspricht es, dass § 2 Abs. 4 S. 5 StVO eine partielle Gleichstellung von Mofas und Radfahrern bestimmt, wenn Mofas „durch Treten fortbewegt werden“.

Schließlich definiert auch das Übereinkommen über den Straßenverkehr (Kap. I Art. 1 Abs. 1) vom 8. November 1968 (BGBl. 1977 II S. 813) das Fahrrad als ein Fahrzeug mit wenigstens zwei Rädern, das ausschließlich durch Muskelkraft auf ihm befindlicher Personen, insbesondere mit Hilfe von Pedalen oder Handkurbeln, angetrieben wird.¹⁷

Da *Eschers* Liegerad ausschließlich durch Treten mit menschlicher Muskelkraft betrieben wird, handelt es sich dementsprechend nach diesen Definitionen um ein Fahrrad im Sinne der StVO. Damit kommt es auf sonstige Kennzeichen des Fahrzeuges, beispielsweise die Verkleidung oder die liegende Position des Fahrers, nicht mehr an.

¹³ [BVerfGE 69, 315, 352](#); [BVerwG, 6 C 12/11 v. 28.3.2012, Abs. 23](#) = BVerwGE 143, 74, Abs. 23; [Götz](#), § 4 Rn. 3.

¹⁴ siehe [BVerwG, 6 C 1.13 v. 26.2.2014, Abs. 15](#) = NVwZ 2014, 883, Abs. 15; [Götz](#), § 5 Rn. 1

¹⁵ BVerwG, NZV 2001, 493.

¹⁶ So Brockhaus-Enzyklopädie, 20. Aufl. Band 7; OLG Dresden, NJW 2005, 452 ff.

¹⁷ Hierauf stellt entscheidend ab VGH Mannheim, VBIBW 2001, 100; ferner VGH Mannheim, NZV 2003, 301, 302.

b) Radwegbenutzungspflicht für Liegefahrräder?

Die sich für Radfahrer aus § 2 Abs. 4 S. 2 StVO i.V.m. den in Anlage 2 der StVO aufgeführten Zeichen Nr. 237, 240 oder 241 ergebende Pflicht, den Radweg zu benutzen, müsste auch für Liegeradfahrer gelten. Diese Pflicht dient im Interesse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs der Trennung von motor- und muskelbetriebenen Fahrzeugen (sog. „unfallverhütender Entmischungsgrundsatz“): Sie soll insbesondere die Radfahrer vor spezifischen Gefährdungen, die namentlich aufgrund der Instabilität von Fahrrädern, der mangelnden Spurtreue und der relativ langsamen Fortbewegung entstehen, schützen. Bezüglich solcher Gefährdungen besteht aber zwischen herkömmlichen Radfahrern und Liegeradfahrern kein entscheidender Unterschied,¹⁸ so dass auch *Escher* nach § 2 Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 41 Abs. 2 Nr. 5 StVO verpflichtet war, auf dem Radweg zu fahren; durch sein gegenteiliges Verhalten erfüllte er auch den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 StVG i.V.m. § 49 Nr. 2 StVO.

Dass durch das Verhalten *Eschers* zudem ungeschriebene Rechtssätze im Sinne des Begriffs der öffentlichen Ordnung betroffen sein könnten, ist nicht erkennbar.

c) Ergebnis zu 1.

Durch den Verstoß *Eschers* gegen § 2 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. den in Anlage 2 der StVO aufgeführten Zeichen Nr. 237, 240 oder 241 stand somit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht nur unmittelbar bevor, sondern war bereits eingetreten. Dass durch das Verhalten *Eschers* zudem ungeschriebene Rechtssätze im Sinne des Begriffs der öffentlichen Ordnung betroffen sein könnten, ist nicht erkennbar.

Anmerkung: Fehlerhaft wäre es, die Regelung des Bescheides vom 15. Februar als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit anzusehen. Die in einem Verwaltungsakt enthaltene Regelung ist nicht Teil der öffentlichen Sicherheit. Andernfalls könnten die detaillierten Regelungen des Verwaltungsvollstreckungsrechts jederzeit unter Berufung auf die polizeirechtlichen Generalklauseln und die dort vorgesehenen Standardmaßnahmen unterlaufen werden.

2. Weitere Sicherstellungsvoraussetzungen

Über den Wortlaut des § 38 Nr. 1 ASOG hinaus wird allerdings angenommen, dass eine Sicherstellung nur zulässig sei, um Gefahren abzuwehren, die gerade **von der sichergestellten Sache selbst** ausgehen. Hierzu ist jedoch nicht zwingend erforderlich, dass die Gefahr ihren Grund in der Beschaffenheit der Sache selbst findet (wie z.B. bei Waffen, Sprengstoff oder Atommüll). Eine Sicherstellung ist vielmehr auch zulässig, wenn sich die Gefahr aus der konkreten Verwendung der Sache durch den Nutzer ergibt.¹⁹ So könnte der Fall hier liegen: *Escher* benutzt das Fahrrad entgegen § 2 Abs. 4 S. 2 StVO ständig auf der Fahrbahn.

Da sich die Sicherstellungsanordnung gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Sache zu richten hat, war *Escher* als Handlungsstörer i.S.d § 13 Abs. 1 ASOG auch richtiger Adressat der Anordnung. Die Voraussetzungen einer Sicherstellung lägen bei einer solchen Sichtweise demnach vor.

¹⁸ BVerwG, NZV 2001, 493, 494.

¹⁹ VGH Mannheim DÖV, 1992, 80; *Baller*, in: *Baller/Eiffler/Tschisch*, § 38 Rn. 4.

Allerdings hat der Bundesgesetzgeber zur Bekämpfung der im Allgemeinen von "Verkehrssündern" ausgehenden Gefahr erneuter Verkehrsverstöße nicht nur rein repressive Sanktionen in Form von Bußgeldern und Fahrverboten (§§ 24, 25 StVG), sondern auch einen Katalog präventiver Maßnahmen in § 4 StVG vorgesehen. Durch das sog. Punktesystem, das bei wiederholten Verstößen zum Entzug der Fahrerlaubnis führen kann, durch das Angebot von sog. Aufbauseminaren und verkehrspsychologischen Beratungen wird vom Bundesgesetzgeber ein – wie dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 S. 1 StVG klar zu entnehmen ist – präventives System zum Schutz vor Gefahren, die von wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßenden Fahrzeugführern und -haltern ausgehen, bereit gestellt. Dieses Regelungssystem knüpft an die abstrakt bestehende Wiederholungsgefahr an, ohne dass die Gefahr im Einzelfall konkret belegt werden müsste oder widerlegt werden könnte. Dieses System stellt eine geeignete und verhältnismäßige Regelung zur Bekämpfung der von "Verkehrssündern" im Allgemeinen ausgehenden Wiederholungsgefahr dar.

§ 38 Nr. 1 ASOG knüpft hingegen an eine konkrete und gegenwärtige Gefahr an, könnte also für eine Sicherstellung von Fahrzeugen eine im Einzelfall bestehende Gefahr eines in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang drohenden (weiteren) Verkehrsverstößes voraussetzen. An dieser konkreten Gefahr könnte es hier fehlen: Eine solche Gefahr besteht nur dann, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der nächsten Zeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten ist. Eine solche Prognoseentscheidung im Einzelfall kann nicht schematisch daran geknüpft werden, dass der Betroffene bestimmte Verkehrsregeln in der Vergangenheit nicht beachtet hat. Denn es gibt keinen Erfahrungssatz, dass ein von der Polizei ertappter „Verkehrssünder“ sich generell unbelehrbar zeigt und von dem ihm angedrohten Bußgeldern, Fahrverboten und Punkten unbeeindruckt bleibt. Vielmehr muss im Regelfall davon ausgegangen werden, dass die im Straßenverkehrsrecht vorgesehenen Ordnungsmittel den normalen Verkehrsteilnehmer so nachhaltig beeindrucken, dass er von der umgehenden Begehung erneuter Verkehrsverstöße absieht. Etwas anderes kann nur in Ausnahmefällen gelten. Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Fahrzeugführer infolge von Alkohol- oder Drogenkonsum enthemmt ist, wenn er weitere Verkehrsverstöße ausdrücklich ankündigt oder wenn er sich auf dem Weg zu einem unerlaubten Wettrennen befindet. Im Regelfall kann die Polizei jedoch bei ihrer Gefahrenprognose nicht davon ausgehen, dass das im Straßenverkehrsgesetz enthaltene System von Sanktionen und Präventivmaßnahmen wirkungslos bleibt. Eine solche Annahme widerspräche nicht nur der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern stünde auch den grundlegenden Wertungen des Straßenverkehrsgesetzes entgegen.²⁰

Mit einer derartigen Argumentation könnte man daher hier bereits das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr verneinen, da dem Sachverhalt nicht zu entnehmen ist, dass sich *Escher* auch in Zukunft nicht an § 2 Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 41 Abs. 2 Nr. 5 StVO halten würde, obwohl er schon zweimal "erwischt" worden ist.

3. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

Selbst wenn das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 Nr. 1 ASOG noch bejaht wird, so steht jedoch die Anordnung der Sicherstellung im Ermessen der

²⁰ VGH München, BayVBl. 2009, 432 ff.

Polizei, so dass sie insoweit auch die Grenzen des Ermessens nach §§ 11, 12 ASOG, § 40 VwVfG einzuhalten hat. Hierzu gehört insbesondere das Übermaßverbot des § 11 ASOG: Die Sicherstellung müsste also verhältnismäßig sein.

Anmerkung: Siehe zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips [diesen Hinweis](#).

Vorliegend war die Sicherstellung durchaus **geeignet**, die Gefahr, die von der rechtswidrigen Verwendung des Fahrrades durch *Escher* ausging, zu beseitigen. Jedoch ist fraglich, ob diese Maßnahme auch **erforderlich** war. Dies erscheint deshalb zweifelhaft, weil die Polizeibeamten ohne weiteres die - mittlerweile bestandskräftige - Verfügung vom 15. Februar hätten vollstrecken, also das vorgesehene Zwangsgeld festsetzen können (§ 6 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 14 S. 1 ASOG), was als milderes Mittel den geringeren Eingriff in die Rechte *Eschers* gegenüber dem völligen Entzug der Nutzungsmöglichkeiten an dem Fahrrad bedeutet hätte.

Anmerkung: Zur Rechtmäßigkeit dieser Verfügung waren nach dem Sachverhalt keine Ausführungen zu machen, weil diese eben bestandskräftig geworden war.²¹

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass mit einer bloßen Zwangsgeldfestsetzung die Gefahr nicht in gleich effektiver Weise hätte abgewehrt werden können, weil aufgrund des bisherigen Verhaltens *Eschers* nicht ausgeschlossen werden konnte, dass er sich auch diesem Zwangsmittel nicht gebeugt hätte, so erscheint die Anordnung der Sicherstellung jedenfalls nicht mehr als **verhältnismäßig i.e.S.**: Der mit der Sicherstellung verbundene erhebliche Eingriff in das Eigentumsrecht lässt sich nicht allein damit rechtfertigen, dass die Möglichkeit der Zwangsgeldfestsetzung vielleicht die Gefahr nicht ganz so effektiv abwehrt wie die Sicherstellung. Es steht nämlich durchaus nicht fest, dass *Eschers* Willen durch eine Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von immerhin 150,- Euro nicht doch gebeugt werden kann. Dies lässt sich aufgrund des bisherigen Geschehens zumindest nicht unterstellen.²² Die Anordnung der Sicherstellung des Fahrrades war damit unverhältnismäßig und somit ermessensfehlerhaft.

4. Ergebnis zu III.

Da die Sicherstellungsanordnung (jedenfalls) ermessensfehlerhaft war, war sie materiell rechtswidrig.

IV. Ergebnis zu B.

Da die Sicherstellungsverfügung rechtswidrig war, verletzte sie *Escher* auch zumindest in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Anfechtungsklage ist damit begründet.

C. Ergebnis des Ersten Teils

Die gegen die Anordnung der Sicherstellung gerichtete Klage ist somit zulässig und begründet und hat damit Aussicht auf Erfolg.

²¹ Siehe hierzu aber VGH Mannheim, NZV 2003, 301 ff. mit Anm. *Bitter* (dort jeweils auch zur Frage der Rechtsgrundlage für eine solche Anordnung).

²² Anders VGH Mannheim, VBIBW 2001, 100, 101.

Zweiter Teil: Klage auf Herausgabe des Fahrrades

Die auf Herausgabe des Fahrrades gerichtete Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist eröffnet, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen dem öffentlichen Recht angehören und die Rechtsstreitigkeit nicht durch abdrängende Sonderzuweisung einem anderen Gericht zugewiesen ist. Vorliegend könnte für die Klage auf Herausgabe des Fahrrades allerdings eine zivilrechtliche Norm, nämlich § 985 BGB, für die Streitentscheidung maßgeblich sein, so dass nach § 13 GVG der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben wäre. Jedoch ist für die Bestimmung, ob eine Norm des öffentlichen Rechts für die Streitentscheidung maßgeblich ist (und damit zur Beantwortung der Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt), darauf abzustellen, welche Rechtsnatur das zwischen den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis hat. Das durch die Sicherstellung des Fahrrades begründete Rechtsverhältnis ist - wie sich aus den §§ 39 ff. ASOG ergibt - öffentlich-rechtlicher Natur, so dass auch bezüglich der Herausgabeklage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist.

Jedoch könnte nach § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO die Streitigkeit den ordentlichen Gerichten zugewiesen sein, wenn es sich bei dem Herausgabeanspruch um einen vermögensrechtlichen Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung handelt. Dass der Anspruch auf Herausgabe einer in Verwahrung genommenen Sache grundsätzlich ein vermögensrechtlicher Anspruch ist, wird von der herrschenden Meinung angenommen; jedoch besteht auch Einigkeit darüber, dass § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO eng auszulegen ist. Dies bedeutet, dass § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO zumindest dann nicht einschlägig sein soll, wenn der Herausgabeanspruch nicht auf das Verwahrungsverhältnis selbst gestützt wird - hier etwa auf § 41 Abs. 1 ASOG -, sondern auf allgemeine Anspruchsgrundlagen. Vorliegend geht *Escher* davon aus, dass die Polizei zur Herausgabe des Fahrrades verpflichtet sei, weil dessen Sicherstellung von Anfang an rechtswidrig gewesen sei. Er macht damit den allgemeinen **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** geltend, welcher die Behörde verpflichtet, die Folgen des Vollzuges eines (später) vom Gericht als rechtswidrig aufgehobenen Verwaltungsakts rückgängig zu machen, also insbesondere auch sichergestellte Sachen herauszugeben, wenn die Sicherstellung nachträglich vom Gericht aufgehoben wird.²³ Wird dieser Anspruch geltend gemacht, soll § 40 Abs. 2

²³ Zur Rechtsgrundlage des Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs siehe *Maurer*, § 30 Rn. 4 ff.; *Ossenbühl*, S. 293 ff.

S. 1 VwGO nach allgemeiner Ansicht nicht eingreifen, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.²⁴

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Für die Klage auf Herausgabe des Fahrrades kommt zunächst die in der VwGO zwar nicht ausdrücklich geregelte, jedoch in § 43 Abs. 2 VwGO angesprochene allgemeine Leistungsklage in Betracht, deren Zulässigkeit allgemein anerkannt ist. Mit der allgemeinen Leistungsklage kann ein Handeln, Dulden oder Unterlassen begehrt werden, das nicht den Erlass oder die Aufhebung eines Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat, so dass sie grundsätzlich auch für Klagen auf Herausgabe einer bestimmten Sache statthaft ist.

Jedoch ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass *Escher* die Klage auf Herausgabe des Fahrrades zusammen mit der gegen die Sicherstellung des Fahrrades gerichteten Anfechtungsklage erhebt und sich die Herausgabe des Fahrrades letztlich nur als Rückgängigmachung des Vollzugs der Sicherstellung darstellt. Daher kommt hier als spezielle „Klageart“ der **Folgenbeseitigungsantrag** nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO in Betracht: Die Anordnung der Sicherstellung nach § 38 ASOG wird durch die Verwahrung nach § 39 ASOGG vollzogen. Durch die Anordnung der Herausgabe des Fahrrades wird dieser Vollzug rückgängig gemacht,²⁵ so dass der Annexantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO statthaft ist.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Inwieweit auch für den Annexantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO eine besondere Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog notwendig ist, kann dahinstehen, weil sich ein Anspruch auf Herausgabe des Fahrrades nach Aufhebung der Sicherstellungsanordnung aus dem allgemein anerkannten **Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch** ergibt, der die Behörde verpflichtet, die Folgen des Vollzuges eines (später) vom Gericht als rechtswidrig aufgehobenen Verwaltungsaktes rückgängig zu machen, also insbesondere auch sichergestellte Sachen herauszugeben, wenn die Sicherstellung nachträglich vom Gericht aufgehoben wird.²⁶ § 41 ASOG ist dagegen nicht einschlägig; denn diese Vorschrift betrifft den Fall, dass nach einer ursprünglich rechtmäßigen Sicherstellung die Voraussetzungen für diese nachträglich entfallen, während *Escher* sich darauf beruft, die Sicherstellung sei von Anfang an rechtswidrig gewesen.

Anmerkung: Die eigentliche Bedeutung des Annexantrages nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO liegt nicht darin, dass sie dem Kläger einen Anspruch auf Vollzugsfolgenbeseitigung gewährt - dieser Anspruch ergibt sich vielmehr aus materiellem Recht -, sondern darin, dass der Kläger diesen Anspruch bereits (mit Erfolg) geltend machen kann, bevor über die Aufhebung des Verwaltungsaktes nach § 121 VwGO (vgl. hierzu auch § 167 Abs. 2 VwGO) rechtskräftig entschieden wurde.²⁷

²⁴ Siehe hierzu *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rn. 538 m.w.N.

²⁵ *Kopp/Schenke*, § 113 Rn. 82.

²⁶ Zur Rechtsgrundlage des Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs siehe *Maurer*, § 30 Rn. 4 ff.; *Ossenbühl*, S. 293 ff.

²⁷ vgl. *Maurer*, § 30 Rn. 3, 19; *Schmitt Glaeser/Horn*, Rn. 240 a.

Da eine Aufhebung der Sicherstellung durch das Gericht als möglich erscheint, ist *Escher* auch bezüglich des Annexantrages als klagebefugt anzusehen.

IV. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Auf Leistungsklagen findet § 78 VwGO grundsätzlich keine Anwendung, so dass insoweit prinzipiell der Rechtsträger der in Anspruch genommenen Behörde - hier also das Land Berlin - passiv prozessführungsbefugt ist.

Anmerkung: Soweit sich dabei in anderen Bundesländern aus der Anwendung von § 78 VwGO bei der Anfechtungsklage und dem Rechtsträgerprinzip beim Folgenbeseitigungsantrag unterschiedliche Beklagte ergeben, muss über eine analoge Anwendung des § 78 VwGO nachgedacht werden. Der Antrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO soll es dem Anfechtungskläger erleichtern, den Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch zu verfolgen, was gerade ausgeschlossen wäre, wenn dem Kläger insoweit verschiedene Beklagte gegenüberstünden.²⁸ Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#).

V. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Escher ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 1, § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2, § 62 Abs. 3 VwGO.

Anmerkung: Siehe zum Behördenbegriff des § 61 Nr. 3 VwGO [diesen Hinweis](#).

VI. Ergebnis zu A.

Da das Fehlen sonstiger Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht erkennbar ist, ist der Annexantrag insgesamt zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO ist begründet, wenn *Escher* einen Anspruch auf Herausgabe des Fahrrades hat. Da die Sicherstellung des Fahrrades rechtswidrig war (siehe oben Erster Teil B.) und deshalb vom Verwaltungsgericht aufzuheben ist, kann sie keinen Rechtsgrund (mehr) für die weitere Verwahrung des Fahrrades bilden. Da die Vollzugsfolgen der - unzulässigen - Sicherstellung nur durch Herausgabe des Fahrrades beseitigt werden können, ist das Land Berlin verpflichtet, aufgrund des allgemeinen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs das Fahrrad herauszugeben. Hierzu wird das Verwaltungsgericht das Land Berlin auch verurteilen, weil wegen fehlender Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Formen der Vollzugsfolgenbeseitigung die Sache nach § 113 Abs. 1 S. 3 VwGO spruchreif ist. Damit ist der Antrag gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO ebenfalls begründet.

C) Ergebnis des Zweiten Teils

Auch die Klage auf Herausgabe des Fahrrades ist als Annexantrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO zulässig und begründet. § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO geht auch als selbstverständlich davon aus, dass hier die objektive Klagehäufung nach § 44 VwGO

²⁸ vgl. *Klenke*, NWVBl. 2004, 85, 87.

zulässig ist und das Gericht über beide Anträge in einem Verfahren gemeinsam entscheiden kann.

Siehe hierzu: BVerwG, NZV 2001, 493 f.; VGH Mannheim, VBIBW 2001, 100 ff.; VGH Mannheim, NZV 2003, 301 ff.; VGH München, BayVBl. 2009, 432 ff.; OLG Dresden, NJW 2005, 452 f.