

Laura-Theresa Godau*

Polizei- und Ordnungsrecht

Die Hausarbeit betrifft die Standardprobleme der sogenannten „Abschleppfälle“. Sie beschäftigt sich vor allem mit der Rechtsnatur eines Verkehrszeichens und der Unterscheidung zwischen der unmittelbaren Ausführung und der Ersatzvornahme. Diskutiert wird auch die Abgrenzung von Anscheinsgefahr und Putativgefahr.¹ (Zusammenfassung der Redaktion)

Sachverhalt

In der Zeit vom 03.07.2017 bis zum 20.07.2017 wurden an einem Gebäude in der Rothenbaumchaussee in Hamburg Renovierungsarbeiten, unter anderem Fassadenarbeiten, durchgeführt. Zur Sicherung der Bauarbeiter war ein Baugerüst aufgebaut worden, das sich über die gesamte Höhe des vierstöckigen Gebäudes zog. An dem Baugerüst hatte der Bauunternehmer Paul Bayer (B) mit grünem Blumendraht ein Halteverbotschild (absolutes Halteverbot, Zeichen Nr. 283 der Anlage 2 gemäß § 41 StVO) aus Pappe angebracht, um zu verhindern, dass Fahrzeuge die Fassadenarbeiten behindern oder durch diese Arbeiten beschädigt werden. Eine straßenverkehrsrechtliche Anordnung oder Genehmigung dieser Maßnahme lag nicht vor.

Am 14.07.2017 stellte Tobias Rehling (T), der bei seinem in der Nähe ansässigen Steuerberater einige Belege für die Einkommensteuererklärung 2016 abgeben wollte, seinen Opel Mokka vor dem Gebäude, an dem die Fassadenarbeiten durchgeführt werden sollten, in dem von B als Halteverbotsbereich gekennzeichneten Abschnitt ab. An diesem Tag wurden außen an der Fassade keine Arbeiten durchgeführt; die Arbeiter waren mit Innenarbeiten beschäftigt. Der Straßenverkehr wurde durch das Verhalten von T in keiner Weise behindert.

Nachdem T sich gerade entfernt hatte, bemerkte B das Fahrzeug und sprach den Polizeibeamten Peter Pan (P) an, der gerade auf der gegenüberliegenden Seite vorbeiging. Dieser wartete noch einige Minuten ab, anschließend ließ er den PKW von einem privaten Abschleppun-

ternehmer auf einen gerade frei gewordenen Parkplatz etwa 20 Meter entfernt umsetzen.

Zwei Wochen später erhält T von der zuständigen Behörde einen mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Gebührenbescheid über 211,50 €. Die Amtshandlungsgebühr beträgt 81,50 €. Als Gemeinkostenzuschlag wurden 30 € und als Auslagen für die Durchführung des Abschleppens durch den privaten Unternehmer 100 € angesetzt, was der Höhe der tatsächlich für den Abschleppvorgang angefallenen Auslagen entspricht. T ist empört. Seiner Meinung nach hätte sein Wagen überhaupt nicht bewegt werden dürfen, weil ein von einem privaten Bauunternehmer aufgestelltes Verkehrszeichen nicht verbindlich sei – er habe das „Pappteil“ zwar gesehen, aber „nicht ernst genommen“. Andere Verkehrsteilnehmer habe er ja überhaupt nicht behindert. Die Behörde verweist dagegen auf § 45 VI StVO, der den Bauunternehmer berechtige und verpflichte, Verkehrszeichen aufzustellen, um die von seiner Baustelle ausgehenden Gefahren abzuwenden. Der Bauunternehmer handele insoweit als Beliehener, dessen Anordnungen genauso verbindlich seien wie die einer Behörde.

Aufgabenstellung

1. Prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids.
2. Wie wäre die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids zu beurteilen, wenn B ein Schild aus Metall angebracht hätte und dem P auf Nachfrage glaubhaft und unter Vorlage gefälschter Papiere versichert hätte, dass die Anbringung des Schildes auf Anordnung der zuständigen Behörde erfolgt sei?

Gutachten

Bearbeitung der Aufgabe 1

A. Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid könnte rechtmäßig sein. Dies ist dann der Fall, wenn er einer rechtmäßigen Ermächtigungsgrundlage unterliegt und auch formell und materiell rechtmäßig erlassen wurde.

* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Hausarbeit, die im Sommersemester 2018 zur Vorlesung „Polizei- und Ordnungsrecht“ an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg bei Professorin Dr. Dagmar Felix eingereicht wurde. Die Bearbeitung der Autorin wurde mit „gut“ bewertet.

¹ Sachverhalt und Bearbeitung wurden für die Veröffentlichung in den HAMBURGER RECHTSNOTIZEN stellenweise gekürzt.

I. Ermächtigungsgrundlage des Gebührenbescheids

Jegliches Verwaltungshandeln muss nicht nur mit höherrangigem Recht vereinbar sein, sondern muss auch auf einer Eingriffsgrundlage beruhen.² Diese Ermächtigungsgrundlage ist abhängig von der Rechtsnatur der Maßnahme.³ Die Ermächtigungsgrundlage des Gebührenbescheids richtet sich demgemäß nach Art der vorangegangenen Maßnahme. In Frage kommen hier die Sicherstellung, die unmittelbare Ausführung sowie die Ersatzvornahme.

1. § 14 III HmbSOG⁴ i. V. m. Vorschriften des Gebührenrechts

Eine Sache wird dann sichergestellt, wenn dem/der Eigentümer/in oder einem/einer anderen Berechtigten die Sachherrschaft entzogen wird. Gleichzeitig muss die neue Sachherrschaft bei der Polizei oder bei Dritten begründet werden.⁵

Eigentümer/innen und andere Personen sind von der Einwirkung auf die Sache ausgeschlossen, weil die sichergestellte Sache in amtliche Verwahrung genommen wird.⁶ Die reine Umsetzung auf einen nahegelegenen Parkplatz gilt nicht als Sicherstellung.⁷ Es kommt dann keine amtliche Verwahrung infrage, wenn kein neuer Besitz begründet wird.⁸

Das Auto des T wurde im vorliegenden Sachverhalt auf einen gerade freigewordenen Parkplatz – etwa 20 Meter entfernt – umgesetzt. Es wurde daher weder durch amtliche Verwahrung neuer Besitz begründet, noch wurden dem T sämtliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache genommen. Das vorgenommene Umsetzen des Wagens fällt daher hier nicht in den Anwendungsbereich von § 14 III SOG. § 14 III SOG i. V. m. der Gebührenordnung kann daher keine Ermächtigungsgrundlage für die Kosten darstellen.

2. Abgrenzung: Unmittelbare Ausführung gem. § 7 III SOG i. V. m. Gebührenrecht oder Ersatzvornahme gem. §§ 11 I 1, 13, 40 I VwVG i. V. m. Gebührenrecht

Wenn es sich bei der Maßnahme nicht um eine Verwaltungshandlung, sondern um ein bloßes Umsetzen – wie oben festgestellt – handelt, kommen als Art der Maßnahme die Ersatzvornahme mit den jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen für einen entsprechenden Gebührenbescheid gem. §§ 11 I 1, 13, 40 I VwVG i. V. m. § 1 II VKO und die unmittelbare Ausführung gem. § 7 III SOG infrage.

Im Gegensatz zu den Regeln des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens wird in § 7 SOG auf die Voraussetzung eines vollziehbaren Verwaltungsaktes verzichtet.⁹ Zur Abgrenzung, um welche Art von Maßnahme es sich bei der im Sachverhalt vorgenommenen handelt, ist daher entscheidend, ob ihr ein Verwaltungsakt zugrunde lag. Als zugrundeliegender Verwaltungsakt kommt hier das von P aufgehängte Halteverbotsschild infrage. Fraglich ist dabei zunächst, welche Rechtsnatur Verkehrszeichen haben können.

a) Rechtsnatur des Verkehrszeichens

Es könnte sich bei Verkehrszeichen grundsätzlich um Rechtsverordnungen handeln. Dafür spräche vor allem die Praktikabilität im Vergleich zur Einordnung als Verwaltungsakt hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen dessen, wie der Bekanntgabe.¹⁰ Ein Rechtsverordnung ließe sich zudem nicht anfechten. Man könnte lediglich die Rechtswidrigkeit feststellen lassen, was dem Suspensiveffekt nicht genügen würde.¹¹ Dagegen spräche der polizeirechtliche Grundsatz, dass Verwaltungsakte nur bei konkreten Gefahren, Rechtsverordnungen aber bei abstrakten Gefahren erlassen werden können.¹²

Es könnte sich jedoch bei Verkehrszeichen auch grundsätzlich um Verwaltungsakte handeln. Verkehrszeichen betreffen konkrete örtliche Einzelsituationen und sind daher als Verkehrsregelung situationsbezogen.¹³ Trotz einer begrenzten Örtlichkeit würde es sich jedoch um eine Allgemeinverfügung gem. § 35 S. 2 VwVfG handeln.¹⁴ Eines Nachweises des Schadenseintrittes bedürfte es demnach nicht, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes in überschaubarer Zukunft reicht aus.¹⁵ Für die Einordnung als Verwaltungsakt spricht zuletzt das Handeln des Gesetzgebers. Dieser verweist

2 Schmidt, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 311 ff.

3 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, S. 386 Rn. 3.

4 Alle weiterhin genannten Normen des SOG, VwVfG, VwVG und der GebO sind – sofern nicht anderweitig bezeichnet – solche des Hamburgischen Landesrechts.

5 Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 19 Rn. 1; Mitteilung des Senats an die Hamburgische Bürgerschaft vom 11.05.1965, S. 198.

6 Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, Hamburger Sicherheits- und Ordnungsrecht SOG/PolDVG, 2. Aufl. 2009, § 14 SOG Rn. 1 ff.

7 Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 14 Rn. 2.

8 Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 10. Aufl. 2018, § 19 Rn. 4.

9 Beaucamp, in: Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 1.

10 VGH München NJW 1978, 1988 ff.

11 VGH München NJW 1979, 670 ff.

12 VGH München NJW 1978, 1988 ff.

13 BVerwG NJW 1980, 1640 ff.

14 Rebler, Rund um das Verkehrszeichen: Einsatzbereich, Rechtsnatur und Bekanntgabe, DAR 2010, 377 (380).

15 BVerwG NJW 1980, 1640 ff.

für die Auslegung des § 25 S. 2 VwVfG auf die klare Abgrenzung von Grenzfällen, wie dem Verkehrszeichen.¹⁶ Es würde sich mithin im Falle eines wirksam erlassenen Verkehrszeichens um einen Verwaltungsakt handeln.

b) Wirksamkeit des Verkehrszeichens

Grundsätzlich handelt es sich demnach bei Verkehrszeichen um Verwaltungsakte. Die Bedingung für die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ist seine Existenz. Verwaltungsakte sind in § 35 S. 1 VwVfG legaldefiniert. Wie oben bereits erläutert, kommt im vorliegenden Sachverhalt nur eine Allgemeinverfügung in Frage. Diese müsste jedoch wirksam erlassen worden sein.

Problematisch könnte hier sein, dass der B das Halteverbotsschild als Privater angebracht hat. Gem. § 35 S. 1 VwVfG qualifizieren sich nur behördliche und hoheitliche Maßnahmen – also verwaltungsrechtliche Willenserklärungen, die durch eine einseitige Handlung der Behörde ergehen – als Verwaltungsakte.¹⁷ Das durch B aufgehängte Halteverbotsschild ist durch den Privaten B ergangen, daher keine verwaltungsrechtliche Willenserklärung der Behörde. Möglicherweise könnte hier anderweitig eine Zurechnung zur Behörde als ihre Willenserklärung vorliegen. Unwirksam bzw. Nichtakte sind Verkehrszeichen bei Ausstellung Privater¹⁸ immer dann, wenn keine verkehrsrechtliche Anordnung vorlag.¹⁹ Fraglich ist, ob das Bauunternehmen, wie von der Behörde vorgeschlagen, als Beliehener handelte gem. § 45 VI StVO.²⁰ Hier lag gemäß dem Sachverhalt keine verkehrsrechtliche Anordnung vor und ebenfalls kein Beleihungsakt. Eine Anordnung zum Aufstellen des Verkehrsschildes muss zudem vor dem tatsächlichen Aufstellungsakt vorliegen.²¹ Das Diskutieren einer möglichen nachträglichen Genehmigung ist daher obsolet. Dementsprechend wäre das durch B aufgehängte Verkehrszeichen kein Verwaltungsakt.

Möglicherweise könnte jedoch von dem Schild der Schein eines Verwaltungsaktes ausgehen. Dieser entfaltet zwar keine materielle Rechtskraft, kann jedoch angefochten werden.²²

Auch Scheinverwaltungsakte können nichtig sein.²³ Untersucht werden muss daher eine Nichtigkeit nach der Generalklausel gem. § 44 I VwVfG. Diese ist dann der

¹⁶ BT-Drucks. 7/910.

¹⁷ Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2015, § 7 Rn. 325 ff.

¹⁸ Janker, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 39 StVO Rn. 17 ff.

¹⁹ VGH Mannheim DAR 2010, 537 ff.

²⁰ StGH Bremen NVwZ 2003, 81 ff.

²¹ Janker, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 45 StVO Rn. 16 ff.

²² Stuhlfauth, in: Obermayer/Funke-Kaiser, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 2018, § 35 Rn. 142.

²³ Stelkens, in: Stelkens/Bonks/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 60.

Fall, wenn die Behörde unter keinen Umständen mit der Sache befasst sein kann und daher die Schwere und Offensichtlichkeit des Fehlers gegeben ist.²⁴ Verkehrszeichen dürfen nach den Vorschriften der §§ 39 ff. StVO nicht hinter den gängigen Güteforderungen zurückbleiben.²⁵ Davon ist bei einem Pappschild, das mit einem Blumendraht aufgehängt wurde, auszugehen. Es wäre daher unter keinen Umständen der Behörde zuzurechnen.

3. Zwischenergebnis

Es gibt keine Grundverfügung, daher ist § 7 III SOG i. V. m. Gebührenrecht die Anspruchsgrundlage für den erlassenen Gebührenbescheid.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Gebührenbescheid müsste weiterhin auch formell rechtmäßig sein. Gemäß dem Sachverhalt erhielt T den Gebührenbescheid von der zuständigen Behörde. Zudem müsste der Gebührenbescheid alle Verfahrensregeln erfüllen. Bei dem Gebührenbescheid handelt es sich um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG, demnach richten sich die Verfahrensanforderungen nach den allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts.²⁶

Der T hätte demnach gem. § 28 I VwVfG vor Erlass des Gebührenbescheids auch angehört werden müssen. Aus dem Sachverhalt geht hier nicht klar hervor, ob der T angehört wurde. Der mögliche Verfahrensfehler wäre durch ein Nachholen der Anhörung des Beteiligten T gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG heilbar. Der Gebührenbescheid wurde dem T als Schriftstück zugestellt und entspricht so den Voraussetzungen des § 37 II VwVfG. Auch eine Rechtsbehelfsbelehrung gem. § 37 VI 1, 2 VwVfG ist nach Information des Sachverhaltes enthalten.

Der Gebührenbescheid ist demnach formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid müsste zudem auch materiell rechtmäßig sein.

1. Vorliegen eines Gebühregrundes

Zunächst müsste ein Gebühregrund vorliegen. Hier kommt als Gebühregrund die unmittelbare Ausführung gem. § 7 I SOG infrage. Diese müsste rechtmäßig sein.

²⁴ *Beaucamp*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, JA 2007, 704 (706).

²⁵ VG Koblenz BeckRS 2007, 23425 ff.

²⁶ *Selmer/Lambiris*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2018, S. 217.

a) Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für die unmittelbare Ausführung ist § 7 I SOG. Zudem ist fraglich, ob zusätzlich eine Rechtsgrundlage für eine hypothetische Grundverfügung vorliegen muss. Hierfür spricht der Wortlaut des § 7 SOG, der die Ausführung einer Maßnahme durch Ermächtigung nur „im Wege“ der unmittelbaren Ausführung erlaubt, was gegen eine eigenständige Ermächtigung spräche.²⁷ Weiterhin spricht auch die systematische Stellung des § 7 SOG gegen eine selbstständige Befugnisnorm.²⁸ Dagegen ließe sich jedoch argumentieren, dass die Voraussetzungen des § 7 SOG mit denen des § 3 SOG nahezu deckungsgleich sind und daher eine zusätzliche hypothetische Grundverfügung überflüssig machen würden.²⁹ Diesen Bedenken lässt sich jedoch entgegensetzen, dass die Deckungsgleichheit bei fingierten Grundverfügungen nach anderen Standardbefugnisnormen entfele und sich daher die Notwendigkeit einer gesonderten Eingriffsnorm ergibt.³⁰ Dieser Schluss lässt sich auch bei Auslegung des gesetzgeberischen Willens ziehen.³¹

Fraglich ist hier, ob das speziellere Straßenverkehrsrecht die Normen des SOG aufgrund seiner Spezialität verdrängen könnte.³² Ein Halteverbot nach § 41 I 1 StVO birgt zwar ein Ge- und Verbot, enthält jedoch keine Befugnis zur Durchsetzung dieser.³³ Es handelt sich bei dem Verkehrszeichen zwar um eine sofort vollziehbare Allgemeinverfügung, was jedoch nicht unmittelbar auf eine Anwendung von Zwangsmitteln deutet.³⁴

Dementsprechend müsste hier eine weitere Ermächtigungsgrundlage neben § 7 I SOG vorgelegen haben, die eine hypothetische Grundverfügung stützt. Infrage kommen hierfür die Generalklausel sowie die Standardbefugnisnormen des SOG.³⁵ Allerdings ist hier keine der Standardbefugnisnormen einschlägig, weshalb eine hypothetische Grundverfügung nur von der Generalklausel § 3 I SOG getragen werden kann.

Die Ausführung ist somit gestützt auf §§ 7 I i. V. m. § 3 I SOG.

27 OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

28 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 6.

29 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 5 f.

30 *Felix/Schmitz*, Die unmittelbare Ausführung von Gefahrabwehrmaßnahmen, NordÖR 2003, 133 (134).

31 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 6; Amtliche Begründung, Mitteilung des Senats an die Hamburgische Bürgerschaft Nr. 75, 1965, S. 194.

32 *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017, § 21 Rn. 5.

33 Vgl. *Schoch*, Eingriffsermächtigungen (Befugnisnormen) im Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 479 (479).

34 BVerwG NJW 1982, 348.

35 *Selmer/Lambiris*, POR, 8. Aufl. 2018, S. 216.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Zudem müsste die unmittelbare Ausführung auch formell rechtmäßig angeordnet worden sein.

aa) Zuständigkeit

Zuständig ist in diesem Fall die Behörde, die auch für die hypothetische Grundverfügung zuständig gewesen wäre.³⁶ Gem. § 3 I SOG sind für das Treffen von Maßnahmen nach der Generalklausel grundsätzlich die Verwaltungsbehörden zuständig. Hier handelte keine Verwaltungsbehörde, sondern der Polizist P. Nach § 3 II 1a SOG können jedoch unaufschiebbare Maßnahmen auch von der Vollzugspolizei in allen Fällen der Gefahrenabwehr ausgeführt werden. Das ist zumindest in allen Fällen der Gefahrenabwehr der Fall, wenn eine Gefahr für die Schutzgüter der polizeilichen Generalklausel bestand.³⁷ Dies ist ohnehin eine Grundvoraussetzung auch der materiellen Anwendung der Ermächtigungsgrundlage und muss daher nicht weiter thematisiert werden.

Problematisch könnte weiterhin sein, dass die Maßnahme zwar von der Vollzugspolizei angeordnet wurde, jedoch nicht von dieser, sondern von einem privaten Abschleppunternehmen, ausgeführt wurde. Dies ist nur dann rechtmäßig, wenn die Behörde die Maßnahme nicht auch ohne besondere Mühe ausführen könnte.³⁸ Vorliegend ist nicht ersichtlich, wie die Polizei die Maßnahme selber hätte ausführen können. Das Handeln kann der Behörde oder Polizei zugerechnet werden.³⁹

Die Zuständigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

bb) Verfahren und Form

Fraglich ist, ob die Maßnahme verfahrens- und formgemäß getroffen wurde. Zur Entscheidung, welche Verfahrensregeln einschlägig sind, ist zunächst zu untersuchen, ob es sich bei der unmittelbaren Ausführung um einen Verwaltungsakt handelt, der die besonderen Regeln des Verwaltungsverfahrens bezüglich Verwaltungsakten – insbesondere jedoch des § 28 I VwVfG – auslöst, oder um schlichtes Verwaltungshandeln, das jedoch neben der gesetzlichen Ermächtigung keine weiteren Anforderungen an Verfahren und Form stellt.⁴⁰

Für die Klassifizierung der unmittelbaren Ausführung als Verwaltungsakt spricht, dass diese einen tatsächlichen, nicht aber einen rechtlichen Erfolg erzielen soll.⁴¹

36 *Selmer/Lambiris*, POR, 8. Aufl. 2018, S. 216.

37 *Remmert*, Vollzugspolizeiliches Abschleppen bei Verkehrszeichenverstößen, VBlBW 2005, 41 (41).

38 *Merten/Merten*, Hamburgisches Polizei- und Ordnungsrecht, SOG, 2007, § 7 Rn. 10.

39 *Stelkens*, Von selbstständigen Verwaltungshelfern, Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: Verwaltungsorganisationsrechtliche Folgen der funktionalen Privatisierung und der Organisationsprivatisierung, JURA 2016, 1260 (1262 ff.)

40 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 831 f.

41 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer*, SOG,

Der Wille wird gerade nicht in einer behördlichen Verfügung konkretisiert, sondern durch Durchgriff unmittelbar in die Tat umgesetzt.⁴² Andererseits könnte es sich bei unmittelbaren Ausführungen aufgrund der möglichen Duldungsverfügung auch um Verwaltungsakte handeln.⁴³ Jedoch spricht auch eine fehlende Bekanntheit im Sinne der Wirksamkeit nach § 43 i. V. m. § 41 VwVfG gegen einen Verwaltungsakt, hier müsste es sich dann um einen „adressatlosen Verwaltungsakt“ handeln.⁴⁴ Gegen ein schlichtes Verwaltungshandeln werden jedoch Rechtsschutzbedenken geäußert.⁴⁵ Im Ergebnis lässt sich jedoch feststellen, dass der Rechtsschutz für Verwaltungsmaßnahmen garantiert wird, ohne dabei auf ihre Rechtsnatur abzustellen, insbesondere Betroffene von Realakten werden daher durch die Feststellungsklage oder Leistungsklage geschützt.⁴⁶

Dementsprechend ist im Ergebnis der Realakt einschlägig. Es werden daher keine besonderen Anforderungen an Verfahren und Form gestellt.

c) Materielle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung

Die unmittelbare Ausführung müsste zudem materiell rechtmäßig gewesen sein.

aa) Fehlen einer Grundverfügung

Zunächst müsste es daher an einer Grundverfügung fehlen.⁴⁷ Wie oben bereits beschrieben, kommt das von T aufgestellte Halteverbotszeichen nicht als Grundverfügung infrage, es handelt sich hierbei um einen Scheinverwaltungsakt.

bb) Rechtmäßigkeit der hypothetischen Grundverfügung

Weiterhin müsste eine fiktive Grundverfügung rechtmäßig sein.⁴⁸ Diese Rechtmäßigkeit richtet sich hierbei also nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach § 3 I SOG.

(1) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage ist, wie oben erläutert, § 3 I SOG einschlägig.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

Von einem formell rechtmäßigen Erlass ist auszugehen.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

Es müsste eine Gefahr für ein Schutzgut der polizeilichen Generalklausel vorliegen.

(a) Schutzgut

Es müsste ein polizeirechtliches Schutzgut betroffen sein. Die Schutzgüter, die infrage kommen, sind die öffentliche Sicherheit und die öffentliche Ordnung.⁴⁹ Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des/der Einzelnen sowie den Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger/innen der Hoheitsgewalt.⁵⁰ Dies beinhaltet Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere des Straf- und des Ordnungswidrigkeitenrechts.⁵¹ Ein Schutzgut wäre demnach dann betroffen, wenn eine Rechtsnorm verletzt würde oder drohte verletzt zu werden.⁵² Bei dem möglichen Nichteinhalten eines Ver- und Gebots durch ein Verkehrsschild könnte es sich um eine Ordnungswidrigkeit handeln. So liegt zumindest nach § 49 III Nr. 4 StVO in einer Handlung gegen § 41 I Anlage 2 Zeichen 283 eine Ordnungswidrigkeit vor. Mit einem möglichen Bruch der Rechtsordnung läge mithin eine Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit vor. Dem könnte allerdings die Nichtigkeit des Verkehrszeichens entgegenstehen. Mit einer Teilnahme am Verkehr könnte jedoch zumindest auch ein drohender Verstoß gegen § 1 II StVO vorliegen.

Die Rechtsordnung ist somit in jedem Fall betroffen, ein Schutzgut im Sinne der polizeilichen Generalklausel liegt vor.

(b) Gefahr oder Störung

Es müsste weiterhin eine Gefahr oder Störung für das polizeiliche Schutzgut vorliegen. Die Bewertung der Gefahr oder Störung wird vorgenommen durch fähige, besonnene, sachkundige Polizeibeamt/innen⁵³; dabei muss der Grundsatz der „maximal möglichen Spezifizierung der Tatsachen und des Erfahrungssatzes“ bedacht werden.⁵⁴ Abgestellt wird dabei auf die ex-ante-Sicht der Beamt/innen, die sich ex post als richtig erweist.⁵⁵ Hier könnte eine Störung vorliegen, also eine bereits verwirklichte Gefahr, die in einem Schaden resultierte.⁵⁶ Ein

2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 3; a. A. *Felix/Schmitz*, NordÖR 2003, 133 (133f.)

42 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 7.

43 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, § 7 Rn. 3.

44 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 7.

45 *Beaucamp*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 3.

46 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 3 u. 11.

47 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 4.

48 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 7 Rn. 9.

49 *Götz/Geis*, POR, 16. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1.

50 *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 3.

51 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7 ff.

52 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 7.

53 *Rogosch*, in: *Beaucamp/Ettemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 24.

54 *Röhrig*, Die zeitliche Komponente der Begriffe „Gefahr“ und „Gefahrenabwehr“ und ihre Konkretisierung bei Grundwasserversorgung, DVBl 2000, 1658 ff.

55 Vgl. *Schenke*, Polizeiliches Handeln bei Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht, JuS 2018, 505 (506).

56 *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 3 Rn. 29.

Schaden ist hierbei die objektive Minderung des vorhandenen Bestandes an geschützten Gütern; die Beeinträchtigung darf dabei nicht nur unerheblich sein. Abgestellt wird bei Bewertung dieser Erheblichkeit auf das Urteil eines Durchschnittsmenschen.⁵⁷

Bei dem Pappschild handelt es sich um einen Nicht-Verwaltungsakt. Es kann daher auch keine Störung bei einem Verstoß dagegen vorliegen. Das Fahrzeug könnte jedoch trotzdem eine Gefahr darstellen.⁵⁸ Eine Gefahr liegt vor, „wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeiliches Rechtsgut schädigen wird.“⁵⁹ Nach § 3 I SOG muss diese zudem konkret sein, das heißt ein Schaden muss in zeitlicher Nähe drohen; die Anforderung an diese wird vom betroffenen Rechtsgut abhängig gemacht.⁶⁰ Am besagten Tag wurden keine Bauarbeiten ausgeführt, das Fahrzeug konnte daher weder behindern, noch selbst behindert werden. Es lag daher keine Gefahr vor.

Möglicherweise könnte P jedoch die Lage hier zu Recht falsch eingeschätzt und somit eine Gefahr angenommen haben. Eine sogenannte Anscheinsgefahr liegt dann vor, wenn die handelnden Polizeibeamt/innen bei verständiger Würdigung der Sachlage mit hinreichender Wahrscheinlichkeit aus der ex-ante-Sicht von einem drohenden Schaden ausgehen können und sich erst ex post herausstellt, dass dieser aber nie drohte.⁶¹ Wie oben erläutert, konnte das Schild aus Pappe unter keinen Umständen auch nur vom äußeren Anschein den Ansprüchen an Verkehrszeichen genügen und damit der Behörde zugerechnet werden. Es ist dem P zumutbar, eine gewisse Sachkenntnis aufzubringen und einen unklaren Sachverhalt genauer zu erforschen, bevor er eine polizeirechtliche Maßnahme anordnet. Unter verständiger Würdigung hätte sich dem P die Nichtigkeit aufdrängen müssen. Es ist daher nicht von einer Anscheinsgefahr auszugehen.

Weiterhin könnte die von P angenommene Gefahrensituation, aufgrund der er handelte, eine Putativgefahr darstellen. Eine Putativgefahr liegt dann vor, wenn aus Sicht der jeweiligen konkret handelnden Amtswalter/innen nach deren subjektiver Einschätzung eine Gefahr vorliegt.⁶² Wie soeben begründet, handelt es sich bei der von P angenommenen Gefahr nicht um eine sachverständige Würdigung, sondern nur um seine persönliche

Einschätzung. Es liegt daher lediglich eine Putativgefahr vor. Eine Putativgefahr lässt nicht auf eine konkrete Gefahr schließen und ermächtigt daher nicht zu polizeirechtlichen Befugnissen.⁶³

Die hypothetische Grundverfügung scheidet somit an einer konkreten Gefahr.

Bearbeitung der Aufgabe 2

(c) Gefahr oder Störung i. S. d. § 3 SOG

Fraglich ist, ob eine hypothetische Grundverfügung auch im Falle der Abwandlung an dem Nichtvorliegen einer konkreten Gefahr scheitern würde. Zunächst müsste dafür eine vergleichbare Sachlage vorliegen. Aufgrund einer mangelnden Anordnung liegt kein Verwaltungsakt vor, eine Grundverfügung fehlt.⁶⁴ Damit ist auch hier §§ 7 I i. V. m. 3 I SOG als Ermächtigungsgrundlage. Wie oben lag keine konkrete Gefahr vor. Fraglich könnte jedoch sein, ob hier eine Anscheinsgefahr vorgelegen haben könnte. Eine Anscheinsgefahr liegt vor, wenn ein Schaden tatsächlich nicht drohte, aber aus der Sicht ex ante bei verständiger Würdigung angenommen werden durfte. Ansonsten ist eine Putativgefahr einschlägig.⁶⁵

Der P hat hier angenommen, dass es sich bei dem Verkehrszeichen um einen wirksamen Verwaltungsakt handelte, gegen den eine Zuwiderhandlung vorlag. Zu Gefahrenabwehr zählt insbesondere im SOG⁶⁶ auch die Beseitigung einer Störung.⁶⁷ Tatsächlich lag jedoch kein Verwaltungsakt vor. Das von B aufgestellte Schild war jedoch dem Anschein nach ein gängiges Verkehrsschild. Des Weiteren konnte der B durch gefälschte Papiere den Anschein eines wirksamen Verkehrszeichens erwecken. Auf erforschende Nachfrage des P folgte zudem eine Zusicherung des B. Für P gab es daher keinerlei Anlass, eine weitere behördliche Anordnung oder Wirksamkeit zu hinterfragen oder zu erforschen. Demnach konnte der Beamte auch bei verständiger Würdigung des Sachverhaltes von einer Zuwiderhandlung ausgehen.

Es lag daher eine Anscheinsgefahr vor, die wie eine objektiv vorliegende Gefahr behandelt werden darf.⁶⁸

(d) Verantwortlichkeit i. S. d. 8 ff. SOG

Zudem müsste der T auch Verantwortlicher sein. Problematisch ist hierbei, dass nur eine Anscheinsgefahr vorliegt. Es kann jedoch auch der/die Verursachende ei-

⁵⁷ *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, D Rn. 40.

⁵⁸ *Janker*, in: *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke*, Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl. 2018, § 45 StVO Rn. 5.

⁵⁹ *Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, Diss., Humboldt-Univ. zu Berlin 2013, S. 184.

⁶⁰ *Röhrig*, DVBl 2000, 1658 (1660).

⁶¹ *Schenke*, JuS 2018, 505 (507).

⁶² *Schenke*, JuS 2018, 505 (507 f.).

⁶³ *Merten/Merten*, SOG, 2007, § 3 Rn. 28.

⁶⁴ *Koehl*, Fahrtenbuchauflage, SVR 2018, 94 (95).

⁶⁵ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 3 Rn. 80; OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

⁶⁶ *Götz/Geis*, POR, 16. Aufl. 2017, § 7 Rn. 15.

⁶⁷ *Rogosch*, in: *Beaucamp/Etemeyer/Rogosch/Stammer*, SOG, 2. Aufl. 2009, § 3 Rn. 31.

⁶⁸ *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 8. Aufl. 1986, S. 226.

ner Anscheinsgefahr in Anspruch genommen werden.⁶⁹ Fraglich ist daher, ob der T mit seinem Verhalten die Anscheinsgefahr verursachen musste. Eine Ansicht stellt hier darauf ab, dass der Kenntnisstand ex ante hierbei eine Rolle spielt und die Entschädigung und die Kostenersatzpflicht erst auf sekundärer Ebene durch ex-post-Betrachtung gelöst werden.⁷⁰

Eine andere Ansicht fordert für die Anscheinsgefahr verursachendes Verhalten nach Äquivalenz.⁷¹ Jedoch wird kein Verschulden gefordert, sondern nur das Überschreiten einer Gefahrenschwelle.⁷² Das setzt nicht notwendigerweise einen Bruch von Rechtsnormen voraus.⁷³

Zumindest stört die Lage des Fahrzeuges dem Anschein nach die öffentliche Sicherheit, als Eigentümer ist T Zustandsverantwortlicher.⁷⁴ Die Entscheidung kann hier dahinstehen, es sind zusätzlich Vorschriften über die Zustandsverantwortlichkeit anwendbar.⁷⁵

Der T ist Störer.

(e) Ermessensfehlerfreie Entscheidung

Das Opportunitätsprinzip beschreibt, dass Polizei- und Ordnungsbehörden ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen treffen.⁷⁶ Es schließt das Ob, Wann und Wie eines Handelns ein, differenziert dabei zwischen dem Entschließungs- und dem Auswahlermessen.⁷⁷

Das Entschließungsermessen thematisiert das Ob eines Handelns. Dieses muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne gewesen sein.⁷⁸ Ein Einschreiten war hier grundsätzlich geboten, um die Anscheinsgefahr zu beenden, ein Nichteinschreiten und Dulden wäre nicht gleichwirksam gewesen.

Zudem müsste die Auswahl des Ts hier als Störer von der Ermessensentscheidung gedeckt gewesen sein, des Weiteren müsste auch das Mittel ermessensfehlerfrei gewählt worden sein.⁷⁹ Der T ist hier aus Sicht des P, der aufgrund der Anscheinsgefahr davon auch ausgehen durfte, der einzige in Betracht kommende Störer. Nur durch das Richten einer Maßnahme gegen ihn, hätte die Anscheinsgefahr beseitigt werden können.

Das hypothetische Wegfahrgebot ist die mildeste gegen T verfügbare Maßnahme, die gleichzeitig das Potential hat, die Anscheinsgefahr zu lösen. Sie ist daher auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Es liegen keine Ermessensfehler vor.

Die hypothetische Grundverfügung wäre somit unter Annahme der von der Abwandlung veranschlagten Tatsachenebene rechtmäßig gewesen.

(4) Zwischenergebnis: Rechtmäßigkeit der Grundverfügung

Die hypothetische Grundverfügung wäre rechtmäßig gewesen.

cc) Besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, § 7 I SOG

Fraglich ist zudem, ob auch die zusätzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der unmittelbaren Ausführung vorgelegen haben.

(1) Unmittelbar bevorstehende Gefahr

Hier liegt bereits eine (Anscheins)Störung des Schutzguts vor. Wenn eine unmittelbare Ausführung der Beseitigung einer Störung dient, dann entfällt das Erfordernis der unmittelbar bevorstehenden Gefahr.⁸⁰

(2) Keine andere Möglichkeit der Gefahrenabwehr

Insbesondere dürfte kein milderer Mittel zur Verfügung stehen. Dabei darf vor allem der Erlass einer Grundverfügung mit einer beschleunigten Vollstreckung keinen Erfolg versprechen, entweder weil die Person nicht handlungsfähig oder abkömmlich⁸¹ oder gar überhaupt nicht ermittelbar ist.⁸² Im vorliegenden Fall wäre der T als Fahrzeughalter und Eigentümer zumindest von der Polizei zu ermitteln gewesen. Des Weiteren war er auch nur bei seinem Steuerberater und dementsprechend nicht weit entfernt. Dass der T sich in relativer Nähe befand und damit abkömmlich war, war jedoch in keiner Weise durch die Sacheigenschaft des Wagens erkenntlich. Dementsprechend hätte hier auch die beschleunigte Vollstreckung keinen Erfolg versprochen.

(3) Ermessensfehlerfreiheit und Verhältnismäßigkeit

Es dürften keine Ermessensfehler vorliegen und die unmittelbare Ausführung müsste auch verhältnismäßig sein.⁸³

⁶⁹ Schenke, JuS 2018, 505 (512 ff.)

⁷⁰ Schenke, JuS 2018, 505 (515 f.)

⁷¹ Schenke, JuS 2018, 505 (512 f.)

⁷² Schoch, Entschädigung bei Inanspruchnahme wegen Verdachts- oder Anscheinsgefahr, JuS 1993, 724 (724 f.)

⁷³ Schenke, POR, 10. Aufl. 2018, Rn. 60 ff.

⁷⁴ OVG Hamburg NJW 2005, 2251 ff.

⁷⁵ Schenke, JuS 2018, 505 (514).

⁷⁶ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 1.

⁷⁷ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 2.

⁷⁸ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 11.

⁷⁹ Götz/Geis, POR, 16. Aufl. 2017, § 11 Rn. 2.

⁸⁰ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 8; OVG Hamburg NuR 1993, 147 ff.

⁸¹ Beaucamp, in: Beaucamp/Ettmeyer/Rogosch/Stammer, SOG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 7; Felix/Schmitz, NordÖR 2003, 133 (135).

⁸² OVG Hamburg NVwZ 2001, 1295 ff.

⁸³ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 10. Aufl. 2018, § 10 SOG Rn. 25.

Fraglich ist, ob dem P eine nähere Erforschung der Sachlage zugemutet werden konnte. Der P hat einige Minuten auf den T gewartet; es war nicht erkennbar, wie weit der T tatsächlich weg war. Zudem ist auch davon auszugehen, dass der P die Baustelle aufgrund des Verkehrsschildes rechtmäßig als Ort angesehen hat, von dem spezifische Gefahren ausgehen, weswegen das Verkehrsschild aus seiner Perspektive aufgestellt wurde. Die Eingriffsschwelle aufgrund dieses spezifischen Risikos lag daher niedriger. Zudem hat der P den Wagen nur umgesetzt und nicht tatsächlich in Verwahrung genommen. Der T hätte daher bei seiner Rückkehr nicht lange nach dem Wagen suchen müssen, er wurde so gering wie möglich belastet.

Die beeinträchtigende unmittelbare Ausführung wurde daher ermessensfehlerfrei durchgeführt.

dd) Zwischenergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit, § 7 I SOG

Die materielle Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung ist gegeben.

d) Zwischenergebnis: Gebühregrund, § 7 I SOG

Ein Gebühregrund in Form der unmittelbaren Ausführung liegt vor.

2. Verantwortlichkeit des Gebührenschuldners

Weiterhin müsste der Gebührenschuldner auch verantwortlich sein. Die Kosten einer Maßnahme gem. § 7 I SOG können bei dem Verantwortlichen §§ 8, 9 SOG geltend gemacht werden.⁸⁴ Auf Primärebene darf aufgrund der Eilbedürftigkeit der/die Anscheinstörer/in auch als Störer/in in Anspruch genommen werden. Dieser Handlungsbedarf kann auf der Kostentragung aufgrund der ex-post-Sicht nicht angenommen werden.⁸⁵ Der/die Anscheinstörer/in kann jedoch herangezogen werden, wenn ihr die Art und Weise der Anscheinsverursachung

zurechenbar ist.⁸⁶ Wie oben bereits festgestellt, ist der T zumindest als Zustandsverantwortlicher gem. § 9 SOG für den Zustand, den sein Auto verursacht, verantwortlich. Hier trägt das Auto des T zu der gesetzten Anscheinsgefahr bei. T kann sich auch nicht dadurch exkulpieren, dass er das Schild nicht gesehen hatte, denn wäre das Schild angeordnet gewesen, wäre eine Bekanntgabe erfolgt. Zudem hat er sich willentlich über das Schild hinweggesetzt. Der Anschein eines bestehenden Verkehrsschildes wurde jedoch von dem B gesetzt. Damit hat er eine Ordnungswidrigkeit gem. §§ 49 IV Nr. 3 StVO i. V. m. 24 StVG begangen. Als Zweckveranlasser wäre er mittelbarer Verursacher, der die Gefahrenschwelle zwar nicht überschreitet, aber den polizeirechtswidrigen Erfolg subjektiv bezweckt oder zumindest billigend in Kauf genommen hat.⁸⁷ Daher ist hier nicht der T, sondern der B der Störer, der den Anschein verursacht.

Somit kann der T nicht als Gebührenschuldner herangezogen werden.

3. Zwischenergebnis: Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Der Gebührenbescheid wurde auf Grundlage eines Gebühregrundes erlassen, T ist jedoch nicht verantwortlicher Gebührenschuldner und kann daher nicht herangezogen werden. Der Gebührenbescheid ist nicht materiell rechtmäßig.

IV. Zwischenergebnis: Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

Die Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids des T scheidet an der Verantwortlichkeit des T und somit an der materiellen Rechtmäßigkeit. Der Gebührenbescheid ist nicht rechtmäßig.

B. Endergebnis

Der gegen T gerichtete Gebührenbescheid ist nicht rechtmäßig.

⁸⁴ Krekel, Die Kostenpflichtigkeit vollzugspolizeilicher Massnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Kostenerhebung von Grossveranstaltern und von Störern bei Anwendung unmittelbaren Zwangs, Diss., Univ. Giessen 1985, S. 73 ff.

⁸⁵ OVG NW NVwZ 2001, 1314 ff.

⁸⁶ OVG Hamburg NJW 1986, 2005 ff.

⁸⁷ Lisken/Denninger, Handbuch POR, 6. Aufl. 2018, E Rn. 75 ff.