

Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht

Ein Studienbuch

Bearbeitet von
Prof. Dr. Volkmar Götz, Prof. Dr. Max-Emanuel Geis

16. Auflage 2017. Buch. XVI, 284 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 70407 9
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 536 g

[Recht > Öffentliches Recht > Polizeirecht, Sicherheitsrecht, Waffenrecht > Polizeirecht, Ordnungsrecht, Versammlungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

ist heute zutreffend h. M.³⁶¹ Die „Konstruktion“ eines Verwaltungsaktes diene in BVerwGE 26, 161 dem Bedürfnis, den Rechtsschutz gegen erledigte Verwaltungsakte zu eröffnen. Heute wird für die allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) die Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse (hier: der Rechtmäßigkeit des polizeilichen, inzwischen erledigten Vorgehens) anerkannt und sind die Anforderungen an das Feststellungsinteresse des Klägers nicht höher als nach § 113 I 4 VwGO.³⁶²

2. Verhältnismäßigkeit

Der Anwendung unmittelbaren Zwanges sind durch das Übermaßverbot Schranken 47 gezogen. Soweit das Gebot des geringsten Eingriffes es erfordert, muss die Anwendung unmittelbaren Zwanges gegenüber anderen Zwangsmitteln und gegenüber dem polizeilichen Eigenhandeln zurücktreten. Ist die Anwendung unmittelbaren Zwanges notwendig, so ist von den Mitteln, die einen raschen und sicheren Erfolg gewährleisten, dasjenige zu wählen, das voraussichtlich am wenigsten schadet. So dürfen Hilfsmittel der körperlichen Gewalt, wie z. B. Wasserwerfer, nur gebraucht werden, wenn einfache körperliche Gewalt nicht ausreicht; und erst recht gilt dies für den Einsatz von (Schuss-) Waffen. Der **Schusswaffengebrauch** darf in jedem Falle nur das letzte, äußerste Mittel des Einsatzes sein. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip i. e. S. folgt, dass nicht jede Verfügung mit allen erforderlichen Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden kann. Die Wahrung des Rechts durch erforderlichen Polizeizwang findet ihre rechtliche Grenze darin, dass „ein durch eine Maßnahme des unmittelbaren Zwanges zu erwartender Schaden nicht erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg“ stehen darf (vgl. § 4 II UZwG). Durch seinen Verfassungsrang gilt dieser Grundsatz wie das gesamte Übermaßverbot allgemein. „Erkennbar außer Verhältnis“ bedeutet so viel wie „offenbares Missverhältnis“. Ob beim unmittelbaren Zwang gegen Personen, der stets in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) eingreift, ein offenbares Missverhältnis zum Zweck des Eingriffs gegeben ist, hängt nicht nur von einer abstrakten Güterabwägung ab. Wollte man nur abstrakt abwägen, wobei der körperlichen Integrität der Vorrang vor allen Vermögenswerten zufiele, so würde in die Rechtsordnung eine empfindliche Lücke gerissen. Den Schuss auf den fliehenden Bankräuber verbietet das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht. Während der abstrakte Gütervergleich relativ wenig besagt, spielt die Intensität des Eingriffs eine erhebliche Rolle. Dabei kommt es sowohl auf die Art der Zwanganwendung als auch auf Tragweite und Dauer des Eingriffs an.

Die **Vorschriften über den Schusswaffengebrauch gegen Personen** legen, vom Verhältnismäßigkeitsprinzip her **bestimmt**, die Zwecke fest, zu deren Durchsetzung Schusswaffen gegen Personen äußerstenfalls gebraucht werden können. Der Katalog dieser Zwecke – dessen Kompliziertheit Zweifel an seiner Praktikabilität hervorruft (*Dreus/Wacke/Vogel/Martens*, S. 545) – setzt aber nur eine äußerste Begrenzung der Zwecke zulässigen Schusswaffengebrauchs, innerhalb deren das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip weiterhin zur Anwendung kommt. Es bestimmt im Einzelfalle, ob der Schusswaffengebrauch zulässig ist. Im Großen und Ganzen³⁶³ beschränkt sich das

³⁶¹ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, § 27 Rdnr. 43; *Pietzner*, *VerwArch* 84 (1993), 261 (274ff.); *Schenke*, Rdnr. 558 m. w. N.

³⁶² *Pietzner* (Fn 361); *Sodann/Kluckert*, Die verwaltungsprozessuale Feststellungsfähigkeit von vergangenen und zukünftigen Rechtsverhältnissen, *VerwArch* 94 (2003), 3.

³⁶³ Zum Schusswaffengebrauch im Grenzdienst (§ 11 UZwG) s. BGHSt 35, 379 m. Anm. *Dölling*, JR 1990, 167 und abl. Bspr. *Frowein* (FS P. Schneider, 1990, S. 112).

Recht zum Schusswaffengebrauch gegen einzelne Personen auf vier Fälle: 1) präventiv-polizeilich die Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben sowie die Verhinderung der unmittelbar bevorstehenden Ausführung eines Verbrechens; eines Vergehens nur, wenn Schusswaffen oder Sprengstoff mitgeführt oder angewendet werden; 2) kriminal-polizeilich der Schuss auf den flüchtenden Täter eines Verbrechens; auf den Vergehenstäter nur unter den Voraussetzungen wie zu 1) (vgl. BGH, NJW 1999, 2533); 3) Vereitelung der Flucht von Strafgefangenen und bestimmten anderen verwahrten Personen oder Ergreifung von solchen Personen, um sie dem richterlich angeordneten Gewahrsam zuzuführen (vgl. BGH, NJW 1975, 1231); 4) Vereitelung einer Gefangenenerleichterung.

- 49 Dem Schusswaffengebrauch muss die Androhung (Warnung) voraus gehen, dass von der Schusswaffe Gebrauch gemacht wird. Dies kann auch durch einen Warnschuss geschehen. Ausnahmen lassen die Gesetze nach dem Vorbild von § 39 II MEPolG zu, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist.
- 50 Schusswaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um **angriffs- oder fluchtunfähig** zu machen (§ 12 II UZwG [Bund] und übereinstimmend die Landesgesetzgebung).
- 51 Ein **gezielter Todesschuss** ist nach der in die Gesetzgebung der meisten Länder³⁶⁴ übernommenen Vorschrift § 41 II 2 MEPolG zulässig, „wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist“. Der gezielte Todesschuss wurde zuerst 1971 im Falle des Münchener Bankraubs mit Geiselnahme angewendet und damals von den bayerischen Behörden auf das Recht der Nothilfe (heute § 32 StGB) gestützt (vgl. die Dokumentation von *F.-C. Schroeder*, Polizei und Geiseln. Der Münchener Bankraub, 1972). Neben seiner Anwendung zur Befreiung von Geiseln kann er heute bei terroristischen Angriffen Bedeutung erlangen. Die breite Diskussion³⁶⁵ der Verfassungsmäßigkeit des gezielten Todesschusses, die seit den Ereignissen von 1971 geführt wurde, hat keine durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf die Grundrechte des GG³⁶⁶ und der EMRK (Art. 2 II lit. a)³⁶⁷ ergeben, jedenfalls wenn die Maßnahme nach dem Vorbild des § 41 II 2 MEPolG auf die Abwehr einer Lebensgefahr oder einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit beschränkt ist. Kontrovers geblieben ist aber die Rechtslage in den Ländern, die bisher noch keine ausdrückliche Bestimmung über den gezielten Todesschuss in ihre Gesetze aufgenommen haben (Berlin,³⁶⁸ Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein). Es wird vertreten,³⁶⁹ dass eine gesetzliche Regelung zwingend erforderlich sei und, sofern

³⁶⁴ Art. 66 II 2 bayPAG, §§ 54 II bwPolG, 66 II 2 bbgPolG, 46 II 2 bremPolG, 25 II hmbSOG, 66 II 2 HSOG, 76 II 2 Nds.SOG, 63 II 2 nwPolG, 63 II 2 rhpfPOG, 57 I 2 saarlPolG, 34 II sächsPolG, 65 II 2 SOG LSA, 64 II 2 thürPAG.

³⁶⁵ Nachweise bei *M. Seebode*, Gezielt tödlicher Schuss de lege lata et ferenda, StV 1991, 80; aus jüngerer Zeit vgl. *M. Westenberger*, Der Einsatz des finalen Rettungsschusses in Hamburg, DÖV 2003, 627; *M. C. Jakobs*, Terrorismus und polizeilicher Todesschuss, DVBl. 2006, 83; *M. Buschmann/J. Schiller*, Rechtsstaatliche Regelung für den polizeilichen Todesschuss in NRW, NWVBlt. 2007, 249.

³⁶⁶ Vgl. BVerfGE 115, 118 (161) – LuftSiG; Tötung des Angreifers.

³⁶⁷ Vgl. *Jakobs* (Fn. 365), *Rachor*, in: Liskén/Denninger, E Rdnr. 943.

³⁶⁸ Zu Berlin vgl. *M. Knappe*, DP 2016, 93 (95ff.).

³⁶⁹ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, § 24 Rdnr. 20; *Rachor*, in: Liskén/Denninger, E Rdnr. 950; *Schenke*, Rdnr. 561; *Kugelmann*, § 11 Rdnr. 28.

diese fehle, aus dem Vorbehalt des Gesetzes ein Verbot des gezielten Todesschusses resultiere. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die Befugnis zum Schusswaffengebrauch gesetzlich geregelt ist. Die das Verhältnismäßigkeitsprinzip konkretisierende Regelung, dass der Schusswaffengebrauch nur das Ziel verfolgen darf, angriffsunfähig (oder fluchtunfähig) zu machen, deckt auch die Situation ab, in der Angriffsunfähigkeit nur durch gezielte Tötung herbeigeführt werden kann.³⁷⁰

Zum finalen Rettungsschuss siehe auch *Geis*, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, **Fall 15** „Finaler Rettungsschuss“. Zur Durchsetzung eines Verwaltungsakts mit Zwangsmitteln *Geis*, Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, **Fall 10** „Düsenzack“ und **Fall 14** „Die Nacht in Haft“.

3. Polizeilicher Zwang außerhalb der Schranken des Polizeirechts?

a) Die Polizeigesetze enthalten sog. **Notrechtsvorbehalte**, die sich **mit den allgemeinen Rechtfertigungsgründen der Notwehr, Nothilfe und des Notstands** befassen. 53
Ihre Bedeutung wird immer noch kontrovers beurteilt. Während im öffentlich-rechtlichen Schrifttum die Annahme, es könnte sich dabei um die Einräumung zusätzlicher Zwangsanwendungsbefugnisse der Polizei handeln, heute nahezu einhellig verworfen wird,³⁷¹ hält das strafrechtliche Schrifttum zum Teil an der ehemals herrschenden Auffassung fest,³⁷² die insbesondere eine polizeiliche Befugnis zur Nothilfe (§ 32 StGB) bejaht. Diese Ansicht ist aber heute nicht mehr zu halten. Der MEPolG hat mit seinen Bestimmungen zum Schusswaffengebrauch (auf den sich die Kontroversen um die Notrechtsvorbehalte überwiegend beziehen) den Bereich des polizeirechtlichen unmittelbaren Zwangs so komplettiert, dass dieser als abschließende Regelung verstanden werden kann und als solche „belastbar“ ist. Dies ist einmal durch den zugelassenen präventiven polizeilichen Schusswaffengebrauch (Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben) und weiterhin durch die Regelung des gezielten Todesschusses geschehen. Die Notrechtsvorbehalte wurden so formuliert (§ 35 II MEPolG „Die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen nach den Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt“), dass den zivil- und strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen die Eigenschaft als Polizeibefugnisse eindeutig abgesprochen ist.³⁷³ Mehrere Länder³⁷⁴ haben diese Fassung übernommen. In anderen wurden Formulierungen beibehalten, die noch nicht die Klarstellung enthalten, dass lediglich die zivil- und strafrechtlichen Wirkungen der Jedermann-Notrechte unberührt bleiben. Aber auch in diesen Ländern besteht das Recht des unmittelbaren Zwangs, insbesondere des Schusswaffengebrauchs als Vollregelung. Während die Zwecke zulässigen Schusswaffengebrauchs gesetzlich geregelt und begrenzt sind, würde eine solche Begrenzung bei der Nothilfe nicht bestehen. Es besteht kein Grund anzunehmen, dass der Gesetzge-

³⁷⁰ *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, S. 549; weitere Nachw. bei *Rachor* (Fn. 367).

³⁷¹ *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, S. 547 f.; *Gusy*, Rdnr. 178; *Knemeyer*, Rdnr. 374, *Mann*, Rdnr. 733, *Pieroth/Schlink/Kniesel*, § 12 Rdnr. 22 ff.; *Rachor*, in: *Lisken/Denninger*, E Rdnr. 951; *Schenke*, Rdnr. 562; *Würtenberger*, Rdnr. 348; *Würtenberger/Heckmann*, Rdnr. 787.

³⁷² *Roxin*, *StrafR AT*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, S. 710 f.; *Schönke/Schröder/Lenckner/Perron*, *StGB*, Komm., 29. Aufl. 2014, § 32 Rdnr. 42. Weitere Nachw. bei *Erb*, in: *Münchener Komm. StGB*, 2003, § 32 Rdnr. 167 Fn. 396. Die im öffentlichen Recht anerkannte „differenzierte“ Auffassung wird unterstützt u. a. von *Erb* (a. a. O. Rdnr. 170 f.) und *Seebode* (*Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung*, in: *FS Klug*, Bd. 2, 1983 S. 359) und *ders.*, *Gezielt tödlicher Schuss*, *StV* 1991, 80 (84 f.), je m. w. N.

³⁷³ *Amtl. Begr. MEPolG A.3.44.*

³⁷⁴ Art. 60 II bayPAG, §§ 40 IV bremPolG, 54 II HSOG, 71 II Nds.SOG, 57 IV rhpfPOG, 60 II SOG LSA, 58 II thürPAG.

ber die Begrenzung beiseiteschieben und die Befugnisregelung für den unmittelbaren Zwang durch die Jedermannsbefugnisse als Polizeibefugnisse substituierbar machen wollte.

- 54 Davon ausgehend haben die in das Recht des unmittelbaren Zwangs eingebetteten Notrechtsvorbehalte folgende Bedeutung: (1) Sie stellen klar, dass den Polizisten durch das Polizeirecht die zivil- und strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe nicht genommen werden. Das Polizeirecht lässt diese unberührt. (2) Die Polizisten dürfen sich, wenn sie in Ausübung des Dienstes angegriffen werden, durch Notwehr verteidigen. Für den Polizeialltag ist dies von großer Bedeutung. Die Verteidigungshandlung ist zwar eine persönliche, nicht die Ausübung von Polizeibefugnissen.³⁷⁵ Aber sie steht immer in einem Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Dienstaufgaben. Deshalb ist es gerechtfertigt, den Polizisten vom Haftungsrisiko zu befreien, wie dies jetzt³⁷⁶ durch § 9 IV blnUZwG für den Schusswaffengebrauch geschehen ist (Amtshaftung des Landes Berlin). (3) Nothilfe und Notstand sind lediglich Reserve-Rechtfertigungsgründe. Sie können geltend gemacht werden, wenn der Polizist wegen Überschreitung der polizeirechtlichen Zwangsanwendungsbefugnisse strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird.
- 55 b) Eine Polizeibefugnis, einen festgenommenen Entführer durch körperliche Gewalt, etwa durch Zufügung von Schmerzen, dazu zu zwingen, die Information über den Aufenthaltsort eines Entführungsofers preiszugeben, besteht nicht.³⁷⁷ Sie wird durch die Polizeigesetze mit der Bestimmung, dass unmittelbarer Zwang zur Abgabe einer Erklärung ausgeschlossen ist, sowie durch die (in den meisten Polizeigesetzen enthaltene)³⁷⁸ Verweisung auf die Vorschriften der StPO (§ 136a) über verbotene Vernehmungsmethoden ausgeschlossen. Sie könnte der Polizei auch nicht eingeräumt werden. Art. 104 I 2 GG verbietet, festgehaltene Personen seelisch und körperlich zu misshandeln, und konkretisiert damit den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG). Ob derjenige, der in einer verzweifelten Situation einen persönlichen Rettungsversuch mit den der Polizei verschlossenen Mitteln unternähme,³⁷⁹ durch Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt wäre, ist strafrechtlich kontrovers.³⁸⁰

³⁷⁵ Vgl. A. Pewestorf, Die Berufung des Amtsträgers auf die Jedermannsrechte, JA 2009, 43, m. w. N.

³⁷⁶ G. Änd. ASOG Bln und UZwG Bln v. 10.2.2003 (GVBl. S. 67).

³⁷⁷ Nachw. der umfangreichen im Zusammenhang mit dem „Fall Daschner“ entstandenen Literatur bei Götz, Innere Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rdnr. 29, und Roxin (Fn. 372) S. 708.

³⁷⁸ §§ 18 VI ASOG Bln, 13 bremPolG, 3 III hmbGDatVPol, 13 IV HSOG, 28 II SOG MV, 12 IV Nds. SOG, 9a V rhpfPOG, 11 I 3 saarlPolG, 18 IV sächsPolG, 14 IV SOG LSA, 180 II 2 schlhLVwG.

³⁷⁹ Die Gewissensentscheidung dessen, der in dieser Situation handelt, zu respektieren, fordern zu Recht Würtenberger/Heckmann, Rdnr. 787.

³⁸⁰ Bejahend Erb (Fn. 372), Rdnr. 173; dagegen Roxin (Fn. 372), S. 707.

5. Abschnitt. Kosten und Schadensausgleich

§ 14. Heranziehung zu den Kosten der Polizei und Ordnungsverwaltung

I. Prinzipien der Kostentragung

Literatur: V. Götz, Polizeikosten zwischen Verursacher- und Gemeinlastprinzip, in: Jachmann/Stober (Hrsg.), Finanzierung der inneren Sicherheit unter Berücksichtigung des Sicherheitsgewerbes, 2003, S. 25; J. Isensee, Schutz des staatsabhängigen Unternehmens vor Sonderbelastung, in: FS Vogel, 2000, S. 93 (S. 101 ff.: Verteilung der Polizeikosten nach geltendem Recht); W. Sailer, Haftung für Polizeikosten, in: Lisken/Denninger, N Rdnr. 1 ff.

Der **Verantwortliche („Störer“)** trägt die Kosten der Gefahrenabwehr und insbesondere die Kosten der Störungsbeseitigung. Das **Verursacherprinzip** folgt schon aus der Grundkonzeption des Polizei- und Ordnungsrechts, dem Verantwortlichen die Pflicht zur Gefahren- und Störungsbeseitigung aufzuerlegen. Es bedarf, um die Kostentragung des Verantwortlichen herbeizuführen, keiner kostenrechtlichen Regelung. Der Ausgangspunkt ändert sich, soweit Polizei und Ordnungsverwaltung selbst zur Gefahrenabwehr tätig werden. Dann sind kostenrechtliche Grundlagen gefordert, um die Kostentragungspflicht des Verantwortlichen zu begründen. Sie bestehen zum einen in der Form besonderer polizei- und ordnungsrechtlicher Kostenersatzansprüche (s. u. II.). Zum anderen zieht das allgemeine Verwaltungskostenrecht mit Gebühren und Auslagen den Verantwortlichen heran (s. u. III.).

Der von der Polizei in seinen Rechten und Rechtsgütern **Geschützte trägt keine Kosten**. Er muss für diese Staatsleistung nicht bezahlen. Es gilt das **Gemeinlastprinzip**. Der Staat und damit die Allgemeinheit tragen die Kosten dieser Leistung. Wer von der Polizei aus Leibes- oder Lebensgefahr gerettet wird, wessen besetztes Haus die Polizei in einer aufwendigen Räumungsaktion frei macht, der erhält diese Leistung ohne Entgelt. Die Rechtslage unterscheidet sich signifikant von derjenigen im Falle einer Hilfeleistung durch Unternehmen wie die Bergwacht oder den Technischen Überwachungsverein. Diese haben gegen den Begünstigten nach Zivilrecht (Geschäftsführung ohne Auftrag) einen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen.

II. Kostenersatz nach Polizei- und Ordnungsrecht

Literatur: H.H. Klein, „Auftrag“ und „Geschäftsführung ohne Auftrag“ im öffentlichen Recht, DVBl. 1968, 166; T. Linke, Privatrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Ordnungsbehörden?, DVBl. 2005, 148; K. Martens, Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme, 1976; W.-R. Schenke, Geschäftsführung ohne Auftrag zum Zwecke der Gefahrenabwehr, in: FS Bartsperger, 2006, S. 529.

Der Kostenersatz bei Ersatzvornahme (s. § 13 Rdnr. 23 ff.), unmittelbarer Ausführung (s. § 12 Rdnr. 19) und Sicherstellung (s. § 8 Rdnr. 58 ff.) ist eine außerhalb des Abgaberechts begründete öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht eigener Art. Die inhaltliche Konkretisierung dieser im Polizeirecht begründeten Kostenersatzpflicht erfolgt vielfach³⁸¹ durch das Verwaltungskostenrecht, das mit Tatbeständen über Gebühren und Auslagen das Nähere regelt. Ist die Ersatzvornahme gebührenpflichtig

³⁸¹ Z. B. nach Art. 55 I 2, 3 bayPAG, §§ 25, 31 IV bwLVwVG, § 90 saarlPolG i. V. m. saarlPolKV von 2006. Vgl. Sailer, in: Lisken/Denninger, N Rdnr. 44 ff.

(z. B. nach § 1 saarlPolKostV mit einem Gebührenrahmen von 15 bis 1.023 EUR), so werden die eigenen Aufwendungen damit abgegolten (nicht jedoch diejenigen für Verpflegung der Polizisten und die benutzten Kraftfahrzeuge), während die Auslagen für die Beauftragung eines Unternehmers daneben zu entrichten sind.

- 4 Der **Kostenersatzanspruch bei Ersatzvornahme** setzt die **Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme** voraus. Daraus folgt die Notwendigkeit einer Prüfung und Feststellung der Vollstreckungsgrundlagen sowie der Einhaltung der Verfahrenserfordernisse. Auf die Fehlerhaftigkeit der Androhung kann sich der Pflichtige aber nur berufen, wenn er sie fristgerecht mit Rechtsbehelfen angreift. Wird die Ersatzvornahme im Sofortvollzug angewendet, so kommt es zum „Durchgriff“ auf die Heranziehung zur Störungsbeseitigung; Deren Rechtmäßigkeit ist dann unmittelbar Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme. Wird dagegen die Ersatzvornahme zur Vollstreckung eines vollstreckbaren Verwaltungsaktes angewendet, so muss dessen Rechtmäßigkeitskontrolle mit Rechtsbehelfen, die gegen diesen eingelegt werden, geführt werden. Auf die Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme wirkt sich die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung erst mit ihrer Aufhebung aus.
- 5 Die Tragweite des Ersatzanspruches hängt davon ab, ob nach dem jeweilig anwendbaren (Landes-)Recht auch die Selbstvornahme der Behörde in den Begriff der Ersatzvornahme einbezogen ist (s. § 13 Rdnr. 23). Ist dies der Fall, so kann die Behörde ihre Kosten ebenso in Rechnung stellen wie ein beauftragter Unternehmer (OVG Hamburg, DÖV 1987, 257). Wird der veranschlagte Kostenbetrag überschritten, so hat die Behörde, auch wenn die Überschreitung beträchtlich ist, den vollen Kostenersatzanspruch (BVerwG, DVBl. 1984, 1172). Bei erheblichen Abweichungen von der Veranschlagung infolge unvorhergesehener Kostenfaktoren kann es im Einzelfall geboten sein, die Abweichung dem Pflichtigen vor weiterer Ausführung mitzuteilen; die Unterlassung dieser gebotenen Mitteilung kann Amtshaftungsfolgen haben (BVerwG a. a. O.).
- 6 Die Gesetze sehen die **Zwangsbeitreibung des Kostenbetrages** vor. Daraus ergibt sich, dass der Kostenbetrag durch Verwaltungsakt festzusetzen ist. Dies gilt allgemein. Eine Vorschrift wie § 24 II sächsVwVG „Die Kosten der Ersatzvornahme ... werden von der Vollstreckungsbehörde durch **Leistungsbescheid** festgesetzt“ stellt die Rechtslage klar. Ein Rechtsbehelf gegen den Leistungsbescheid hat aufschiebende Wirkung. Nach h. M.³⁸² fallen die Kosten der Ersatzvornahme nicht unter die Kosten im Sinne des § 80 II Nr. 1 VwGO, weil sie nicht der Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs dienen. Diese Frage könnte aber anders beurteilt werden, wenn das Landesrecht das Verwaltungskostenrecht (Gebühren und Auslagen) zur Anwendung bringt.³⁸³ Der Leistungsbescheid wird nicht von den Bestimmungen erfasst, die die aufschiebende Wirkung gegen Vollstreckungsmaßnahmen ausschließen.³⁸⁴ Umstritten ist, ob die Anforderung des Kostenvorschusses (s. § 13 Rdnr. 27) vor der Durchführung der Ersatzvornahme eine derartige Vollstreckungsmaßnahme ist.³⁸⁵

³⁸² OVG Koblenz, DVBl. 1999, 116 = NVwZ-RR 1999, 27 m. umf. Nachw., VGH München, NVwZ-RR 2009, 787. A. A. VGH München, DÖV 1994, 1013; VGH Mannheim, DÖV 1996, 425.

³⁸³ So in Hamburg nach dem G. zur Neuorganisation des Abschleppverfahrens v. 9.9.2003 (GVBl. S. 467); OVG Hamburg, NordÖR 2006, 201, NordÖR 2009, 156.

³⁸⁴ VGH Mannheim, DÖV 1996, 425; OVG Koblenz (Fn. 382), VGH München, NVwZ-RR 2009, 787; OVG Lüneburg, BRS 81 (2013) Nr. 213.

³⁸⁵ Verneinend OVG Koblenz (Fn. 382) m. Nachw. z. Meinungsstand; VG Hannover, NVwZ-RR 1998, 311.

Von der **Erhebung der Kosten** ist abzusehen, wenn sie **ausnahmsweise unverhältnismäßig** ist. Dies wird angenommen, wenn ein mobiles Haltverbotsschild, z. B. aus Anlass von Bau- oder Baumpflegearbeiten, aufgestellt wird und die bereits geparkten Kfz abgeschleppt werden; in diesem Falle wird der Verkehrsteilnehmer wegen seines Vertrauens in die Zulässigkeit des Parkens nach der Rechtsprechung³⁸⁶ bis zum Ablauf von drei Tagen³⁸⁷ nach dem Tag der Aufstellung des Verbotsschildes vom Abschleppkostenrisiko verschont. Die „Vorlauffrist“ kann sich aber verkürzen, wenn das Heranrücken der Baustelle für den Verkehrsteilnehmer erkennbar war. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Auffassung, die Kostenerhebung sei ein Akt pflichtmäßigen Ermessens,³⁸⁸ ist zweifelhaft und zur Begründung der sich aus der Unverhältnismäßigkeit ergebenden Beschränkungen nicht notwendig.

Kommt es zu einer „Leerfahrt“ des Abschleppfahrzeugs, weil der Betroffene in der Zwischenzeit weggefahren ist, so sind deren Kosten grundsätzlich dem Störer zuzurechnen. Ausnahmsweise ist dies wegen Unverhältnismäßigkeit anders, falls das Abschleppfahrzeug unmittelbar anderweitig gegen einen anderen Pflichtigen eingesetzt werden konnte.³⁸⁹

Neben dem Kostenersatzanspruch aus Ersatzvornahme ist **kein Raum für einen Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag**. Das Polizeirecht und das Verwaltungskostenrecht sind abschließend.³⁹⁰ Daher ist bei fehlerhafter Ersatzvornahme ein Aufwendungsersatz nach der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben. Erst recht nicht kommt es etwa in Betracht, denjenigen, von dem der Polizeieinsatz eine Gefahr abgewendet hat, zum Aufwendungsersatz heranzuziehen.

Kostenersatz bei unmittelbarer Ausführung: Die im Recht der Bundespolizei und in zehn Ländern (nicht in Bbg, Bremen, Nds., NW, Saarl., Schl.-H.) vorgesehene unmittelbare Ausführung (s. § 12 Rdnr. 19) löst einen Kostenersatzanspruch aus. Dieser ist in seiner Rechtsnatur und seinem Inhalt demjenigen bei Ersatzvornahme gleichartig. Das dazu Ausgeführte gilt entsprechend.

Beispiel: Beim Straßenbau läuft Haftkleber aus, der zur Herstellung und Sanierung von Straßendecken benutzt wird. Er fließt in ein Gewässer und verursacht ein Fischsterben. Mit Hilfe des dem Bundesinnenministerium unterstehenden Technischen Hilfswerks (THW) saniert die zuständige Kreisverwaltung das Gewässer. Die verantwortliche Bauunternehmung hat Kostenersatz zu leisten, und zwar nach dem (rh.-pf.) Landeswassergesetz in Verbindung mit der polizeirechtlichen Grundlage für den Kostenersatz bei unmittelbarer Ausführung. Dieser umfasst auch die Kosten des THW als eines von der Kreisverwaltung „Beauftragten“. Diese Kostenregelung ist abschließend; das THW hat keinen privatrechtlichen Aufwendungsersatzanspruch gegen das Straßenbauunternehmen (BGH, BayVbl. 2008, 122).

Fall „Katze unter dem heißen Dach“. A teilt der Polizei telefonisch mit, seine Katze sei seit drei Tagen in der Mansardenwohnung des Nachbarn N eingeschlossen. Der N habe sie schon öfter eingeschlossen; er sei ein bekannter Katzenhasser. Die Katze drohe bei den hochsommerlichen Temperaturen zu verdursten. Die

³⁸⁶ BVerwGE 102, 316, 320; VGH Mannheim, NJW 2007, 2058, m. w. N.; OVG Hamburg, NordÖR 2009, 156; OVG Bautzen, SächsVbl. 2009, 185; VGH München, BayVbl. 2009, 21.

³⁸⁷ Nach OVG Münster (NVwZ-RR 1996, 59) nur 48 Stunden.

³⁸⁸ VGH Mannheim, NJW 1991, 1698; NJW 2007, 2058; VGH Kassel, NJW 1997, 1023; OVG Hamburg, DÖV 1995, 783. Dagegen *Schenke*, Rdnr. 698.

³⁸⁹ OVG Münster, NWVbl. 2014, 67.

³⁹⁰ Vgl. *Schenke*, Rdnr. 700; *Würtenberger*, Rdnr. 390; BVerwGE 10, 282, 290; BGH, NJW 2004, 513 = DVbl. 2004, 516 = DÖV 2004, 300; OVG Münster, OVG 7, 27; DÖV 1978, 59; OVG Koblenz, NVwZ 1994, 715 m. w. N.

Polizei lässt, nachdem sie weder N noch einen Schlüsseldienst erreichen konnte, die Wohnungstür mit Hilfe der Feuerwehr öffnen. Die Katze springt den Feuerwehrleuten entgegen. N wird später bestreiten, die Katze eingesperrt zu haben. Ihm kann nichts nachgewiesen werden. Der Träger der kommunalen Feuerwehr stellt der Polizei Gebühren und Auslagen von 277 EUR in Rechnung. Mit einem Leistungsbescheid verlangt die Polizei diesen Betrag von A.

- 13 Die Polizei kann von A die Kosten der von ihr getroffenen Maßnahme als Kosten der unmittelbaren Ausführung verlangen, sofern (1.) ihre Maßnahme rechtmäßig war und A als Verantwortlicher leistungspflichtig ist und (2.) der Einsatz der Feuerwehr zu erstattungspflichtigen Kosten geführt hat. Seinen rechtlichen Ausgangspunkt hat der Kostenersatzanspruch in der Kostenpflichtigkeit der unmittelbaren Ausführung. Dies setzt voraus, dass der Fall in einem der Länder spielt, die das Rechtsinstitut der kostenpflichtigen unmittelbaren Ausführung kennen (s. § 12 Rdnr. 22), wie u. a. Sachsen (vgl. VG Chemnitz, SächsVBl. 2008, 195 m. Anm. *Petersen-Thrö/Otto*).³⁹¹
- 14 (1) Rechtmäßigkeit der Maßnahme: Bei der getroffenen Maßnahme handelt es sich um das Öffnen der Wohnungstür des N. Es wurde mit technischen Hilfsmitteln ausgeführt. Diese Einwirkung auf die Tür liegt im Rahmen einer „unmittelbaren Ausführung“ (s. § 12 Rdnr. 21) und ist keine darüber hinaus gehende Zwangsmittelanwendung. Warum wird auf das Öffnen der Tür und nicht auf ein „Betreten der Wohnung“ des N abgestellt? Die Wohnung des N wurde von den Feuerwehrleuten nicht betreten, sondern die Katze sprang diesen nach Öffnung der Tür gleich entgegen.
- 15 Ein Betreten der Wohnung ohne Einwilligung des N könnte polizeirechtlich problematisch sein. Denn die Befugnisnormen, die die Betretensbefugnis der Polizei regeln (s. § 8 Rdnr. 53 ff.), lassen zwar das Betreten zur Rettung von Menschen zu, ermächtigen auch zur Abwehr einer Gefahr für eine Sache von „bedeutendem Wert“, berücksichtigen jedoch nicht die Rettung eines kleinen Haustiers. Die eigenen Befugnisse der Feuerwehr zum Betreten von Wohnungen auf Grund der Feuerwehrgesetzgebung der Länder können weiter gehen als diejenigen der Polizei nach Polizeirecht (s. z. B. §§ 14 FwG Bln, 15 bbgBKG, 46 hessBKG, 7 IIIa mvBrSchG, 28 nwFSHG; in Sachsen jedoch nur zur Bekämpfung von Bränden, öffentlichen Notständen und Katastrophen, § 55 I sächsBRKG).
- 16 Das Öffnen der Tür kann auf die Generalermächtigung (§ 8 Rdnr. 1 ff.) gestützt werden. Welches polizeirechtliche Schutzgut war durch den Aufenthalt der Katze in der heißen abgeschlossenen Wohnung gefährdet? Die Katze drohte dort qualvoll zu verenden. Deshalb könnte auf den Tierschutz (vgl. *Petersen-Thrö/Otto* a. a. O.), eventuell auch auf Seuchengefahr (vgl. VG Chemnitz a. a. O.) abgestellt werden. Dagegen dürfte innerhalb der Prüfung eines Ersatzanspruchs gegen A nicht auf dessen drohenden Eigentumsverlust abgestellt werden. Denn gegen den durch die Gefahr Bedrohten und von der Polizei Geschützten hat die Polizei keinen Ersatzanspruch. Im Übrigen war die Maßnahme auch insofern rechtmäßig, als sie sich gegen N wegen des diesen betreffenden Störer-Verdachts richtete. Es lag somit eine rechtmäßige unmittelbar ausgeführte Maßnahme vor. A als Inhaber der tatsächlichen Gewalt und Eigentümer der Katze konnte auf Grund seiner Zustandsverantwortlichkeit für die Kosten in Anspruch genommen werden.

³⁹¹ Vgl. auch VG Chemnitz, SächsVBl. 2012, 139 m. Anm. *Petersen-Thrö*, (Polizeieinsatz bei aus der Koppel entwichenen Pferden).