Polizei- und Ordnungsrecht Hessen

Möstl / Bäuerle

2020
ISBN 978-3-406-74759-5
C.H.BECK

ausdrücken lassen, ist die Entscheidung eindeutig vorgegeben (so aber VGH Mannheim VerwRspr 1957, 492 (494)), da mit der **Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung** ein nicht in Geld messbarer Wert hinzutritt (→ Rn. 53). Stets bedarf es einer **Wertung,** welche Maßnahme die am geringsten eingreifende ist (Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (454)). Diese Wertung eröffnet den Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden notwendig einen Entscheidungsspielraum. Geht es allerdings um Gefahren für Leib und Leben von Menschen, so bestand schon für das PrOVG an der Eindeutigkeit der Wertung kein Zweifel, dass geldliche Rücksichten zurückzutreten haben (PrVBl. 27, 123 (124); im Anschluss etwa VGH Mannheim VerwRspr 1957, 492 (494 f.); heute etwa VG Gießen BeckRS 2000, 167577: Tötung eines Hundes, der einen Menschen angefallen und schwer verletzt hat, ist nicht unverhältnismäßig).

56 Abs. 1 verpflichtet die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden, diejenige Maßnahme zu treffen, die den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt. Da die Interessen des einzelnen in der Regel nicht unbedingt die gleichen sind wie die der Allgemeinheit, sondern sich von diesen unterscheiden können (OVG Münster NJW 1980, 2210 (2211)), kann zwischen den beiden Schutzaufträgen ein Zielkonflikt bestehen (DWVM Gefahrenabwehr 426). Damit zeichnet das Gesetz die Entscheidung der Behörde nicht genau vor (so aber Knemeyer VVDStRL 35 (1977), 221, 245 Fn. 66), sondern eröffnet der Behörde einen **Spielraum** für eine **eigenverantwortliche, wertende Ermessensentscheidung,** ob sie mehr den einzelnen oder die Allgemeinheit belasten will (→ Rn. 10).

57 Der **Aufwand,** den die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden an sächlichen und persönlichen Mitteln zur Erreichung des angestrebten Zweckes benötigen, ist in der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu berücksichtigen (DWVM Gefahrenabwehr 393). Die Abwehr einer Gefahr darf nicht deswegen unterbleiben oder nicht hinreichend ausfallen, weil die in Betracht kommenden geeigneten Maßnahmen mit hohen Kosten verbunden sind (OVG Münster OVGE 14, 265 (270); VG Freiburg VBlBW 1987, 349 (351); Schmidt-Jortzig JuS 1970, 507 (509); Pappermann JZ 1970, 286 (287); Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (457 f.) Fn. 28: „aller Aufwand, über den sie verfügt"). Führt die Behörde eine Maßnahme durch, bei der ihr ein **höherer** Aufwand entsteht, als er ihr bei einer gleich wirksamen anderen Maßnahme entstehen würde, führt sogar auch ein solcherart überhöhter Aufwand für sich allein nicht zur **Rechtswidrigkeit** der Maßnahme gegenüber dem **Bürger.**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

57.1 **Beispiel:** Die Behörde setzt ein Vielfaches an Polizeivollzugsbeamten anstelle der objektiv benötigten ein, ohne dass dies durch Sachgründe gerechtfertigt gewesen wäre (Bsp. nach DWVM Gefahrenabwehr 393).

58 Anders ist der Einsatz objektiv nicht benötigter polizeilicher Mittel allerdings dann zu beurteilen, wenn sich aus dem Übermaß an polizeilichem Einsatz selbst eine Grundrechtsverletzung ergibt.

58.1 **Beispiel:** Eine beidseitige „Begleitung" eines Demonstrationszuges durch massive Kräfte der Polizei, die das Erscheinungsbild der Versammlung nachteilig verändert und damit die Selbstdarstellung der Versammlungsteilnehmer sowie deren Kommunikation mit Passanten beeinflusst, ist ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 HessV (OVG Bremen NVwZ 1990, 1188 (1191 f.)).

59 Die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden sind jedoch aus **haushaltsrechtlichen Gründen** verpflichtet, wirtschaftlich zu handeln (Art. 114 GG, § 7 HessLHO). Dieses Gebot ist bei der Ermessensausübung (§ 5) zu beachten (Kugelmann PolR Kap. 8 Rn. 17) und gegenüber der Kontrolle durch den Rechnungshof wie auch gegenüber Parlament und Öffentlichkeit zu verantworten. Insoweit wird der Aufwand der Behörde zu einem abwägungserheblichen Belang (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, XI). Allerdings haben aufgrund der reinen Innenwirkung des Wirtschaftlichkeitsgebots (zur Innenwirkung des Haushaltsplans: § 3 Abs. 2 HGrG; § 3 Abs. 2 BHO, § 3 Abs. 2 HessLHO, Gröpl/Gröpl, Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnung (BHO/LHO), 1. Aufl. 2011, BHO/LHO § 3 Rn. 27 ff.) die Verwaltungsgerichte dessen Einhaltung nicht zu kontrollieren (DWVM Gefahrenabwehr 393). Im Verhältnis zum Bürger und damit auch für die Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte wird ein übertriebener Aufwand jedoch etwa dann relevant, wenn die Behörde vom Bürger Ersatz ihrer Kosten verlangt (DWVM Gefahrenabwehr 393).

IV. Verbot eines Missverhältnisses zwischen Nachteilen und erstrebtem Erfolg

60 Nach Abs. 2 darf eine Maßnahme nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg **erkennbar außer Verhältnis** steht (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Angemessenheit, Proportionalität). Der hier auch verwandte Begriff der Zumutbarkeit, mit dem die mit Blick auf die Person des Betroffenen begründete Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet sein soll, hat keine andere Bedeutung (→ Rn. 16).

61 Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne betrifft, anders als der Grundsatz der Erforderlichkeit, der sich nur auf die **Auswahl** der Mittel bezieht, auch die Frage des **Einschreitens** überhaupt. Die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden haben, bevor sie eine mögliche, geeignete und erforderliche Maßnahme zur Gefahrenabwehr treffen, zwischen der Maßnahme, dem Eingriff in die Belange des Betroffenen, von Dritten sowie der Allgemeinheit auf der einen Seite und dem verfolgten Zweck, dem Schutz von Belangen der Allgemeinheit auf der anderen Seite eine **Güterabwägung** vorzunehmen (Schneider FG 25 Jahre BVerfG I, 1976, 390 (392)). Im Ergebnis kann die Prüfung dazu führen, dass eine Maßnahme, die die Gefahr wirksam beseitigt und dabei im Vergleich zu anderen die am wenigsten beeinträchtigende ist, unterbleiben muss (Pausch/Dölger PolR Hessen 138; DWVM Gefahrenabwehr 390). Das Recht will keine Gefahrenabwehr um jeden Preis (Ossenbühl JURA 1997, 617 (619)).

62 Eine Maßnahme ist aufgrund des Gebotes des Abs. 2 allerdings nicht schon dann unzulässig, wenn der beabsichtigte Eingriff und die zu erwartenden Nebenwirkungen für unbeteiligte Dritte und die Allgemeinheit dem abzuwendenden Schaden **gleichwertig** sind oder diesen Schaden sogar **überwiegen** (DWVM Gefahrenabwehr 392).

62.1 **Beispiel:** Die Androhung eines Zwanges zur Durchsetzung einer wohnungsrechtlichen Anordnung, die auf Wiederherstellung und Nutzung des Wohnraums gerichtet ist, von jeweils 10.000 EUR für jede von insgesamt vier Wohneinheiten (Gesamtsumme: 40.000 EUR), ist nicht unverhältnismäßig (VGH Kassel NVwZ-RR 1995, 118 (119)).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

63 Aussagen über die Schwere der Nachteile einer Maßnahme sind das Ergebnis einer **Wertung.** Da das Gesetz ein „voraussichtliches" Außer-Verhältnis-Stehen von Maßnahme und Nachteil verbietet, bedarf es einer **Prognose** über den Verlauf und die Wirkungen der Maßnahme. Das Gesetz steuert diese Güterabwägung in der Weise, dass es nicht gebietet, ein **angemessenes** Verhältnis herzustellen. Es beschränkt sich vielmehr darauf, lediglich ein **unangemessenes** Verhältnis zu verbieten (→ Rn. 11). Der Rechtsanwender muss also nicht ein optimales Ergebnis treffen, sondern es genügt, wenn er ein untragbares Ergebnis vermeidet. Das Gesetz nimmt damit die Anforderungen an das Ergebnis der behördlichen Abwägung zurück, womit es zugleich die **Dichte** der **verwaltungsgerichtlichen Kontrolle beschränkt** (→ Rn. 11).

1. Maßstäbe

64 Für diese Abwägung selbst hält das Gesetz keine Maßstäbe bereit (Erichsen JURA 1988, 387). Um die unvermeidliche Wertung des Rechtsanwenders zu strukturieren, haben Rechtsprechung und Lehre eine Abfolge aufeinander aufbauender Prüfungsschritte entwickelt (Schenke PolR Rn. 338 ff.).

65 In einem **ersten Prüfungsschritt** sind die **Interessen** zu **ermitteln,** auf die sich die polizeiliche Maßnahme belastend und begünstigend auswirken kann. Unter dem Aspekt möglicher Belastungen gehören hierzu die Interessen des Betroffenen, unbeteiligter Dritter (Hornmann HSOG Rn. 3) und der Allgemeinheit, unter dem Aspekt möglicher Begünstigungen die Interessen der Allgemeinheit oder Einzelner, zu deren Schutz eingegriffen werden soll.

66 Sodann sind in einem **zweiten Prüfungsschritt** die Belange beider Seiten anhand der Wertungen der Rechtsordnung in ihrer **abstrakten Bedeutung** zu **gewichten** (OVG Münster NJW 1980, 2210 (2211)). Ihre Wertungen trifft die Rechtsordnung sowohl in der Verfassung als auch im einfachen Recht. Der Umstand, dass ein Belang nicht nur im einfachen Recht, sondern auch in der Verfassung als Grundrecht, Staatsziel oder anderweit als Wert geschützt ist, verleiht ihm einen besonderen Rang. Bei grundrechtlich geschützten Gütern ist die Zuordnung zu den einzelnen Schutzbereichen bedeutsam. So ergeben sich

aus dem Grundgesetz unterschiedliche Anforderungen an staatliche Eingriffe, je nachdem, ob ein Gut durch die allgemeine Handlungsfreiheit, ein spezielles Grundrecht, ein Grundrecht mit einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt, ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht oder ein Grundrecht, dessen Kernbereich die Menschenwürde berührt, geschützt wird (Michael/Morlok GrundR Rn. 624). Da sich alle Grundrechte in der Normenhierarchie auf der gleichen Stufe befinden, ist es zwar nicht zulässig, in diesen Zuordnungen eine starre Rangordnung zu sehen (Stern StaatsR III/2 828; Merten/Papier Grundrechte-HdB/Rupp § 36 Rn. 33); wohl aber ist es erlaubt, diese normativen Differenzierungen des Grundgesetzes nach den Umständen des konkreten Falles zu beachten (Merten/Papier Grundrechte-HdB/Rupp § 36 Rn. 33). Hierbei kann es außerdem eine Rolle spielen, ob ein Belang den Schutz durch das Recht der Europäischen Union oder das Völkerrecht, hier speziell die EMRK mit der dazugehörigen Rechtsprechung des EGMR, gefunden hat (Michael/Morlok GrundR Rn. 624; Kramer HessPolR Rn. 69).

67 In einem **dritten Prüfungsschritt** schließlich sind die betroffenen Interessen unter Berücksichtigung ihres rechtlichen Stellenwertes und ihrer konkreten Beeinträchtigung unter Berücksichtigung der Lage des Betroffenen gegeneinander abzuwägen. Für die Abwägung erheblich sind die **Schwere** des drohenden Schadens und der Grad der **Wahrscheinlichkeit** des Schadenseintritts. Je geringer die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist, desto schonender muss der Eingriff sein; umgekehrt gilt: je größer die Wahrscheinlichkeit, desto schwerwiegendere Grundrechtseingriffe sind zulässig (Pausch/Dölger PolR Hessen 134). In die Abwägung ist nicht nur der im Einzelfall abzuwendende Schaden einzusetzen, sondern auch die **Aufrechterhaltung der Rechtsordnung** als solche ist ein schützenswertes Gut, das hier Beachtung verdient (BVerwG NJW 1974, 807 (809); DWVM Gefahrenabwehr 392; → Rn. 53). Die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden dürfen zur Verteidigung der Rechtsordnung auch eine **abschreckende Wirkung** (Generalprävention) erreichen wollen (VGH München BayVBl. 1981, 89 (90)). Die Behörde darf zudem auch schon bei einem erstmaligen Verstoß ggf. empfindliche Maßnahmen setzen, wenn der Verstoß erheblich und eine Wiederholung auf andere Weise nicht zu verhindern ist (VGH Mannheim MDR 1980, 696). Schließlich spielt der **Grad der Zielerreichung** eine Rolle: ist eine Maßnahme nur wenig geeignet, die Gefahr abzuwehren, erscheint ein mit ihr verbundener erheblicher Eingriff eher als unverhältnismäßig im engeren Sinne (Merten/Papier Grundrechte-HdB/Merten § 68 Rn. 71).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

2. Erkennbarkeit

68 Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des Abs. 2 ist nicht schon dann verletzt, wenn zwischen Nachteil und Erfolg ein Missverhältnis besteht, sondern erst dann, wenn dieses auch **„erkennbar“,** dh evident ist; das bloße Missverhältnis als solches genügt also nicht. Die Verwaltung besitzt einen **Einschätzungsspielraum** (OVG Münster NJW 1980, 2210 (2211)). Erkennbar ist das Missverhältnis, wenn es ohne langwierige Ermittlungen und Nachprüfungen als solches wahrnehmbar ist (Meixner/Fredrich Rn. 20). Die Verwaltungsgerichte dürfen eine Maßnahme nur bei einem groben, jedermann ersichtlichen Missverhältnis als rechtswidrig beanstanden (zur Kontrolle → Rn. 11).

68.1 **Beispiel:** Der Gebrauch von Schusswaffen gegen eine Person zur Abwehr einer Gefahr für Sachen von geringem Wert steht in einem offensichtlichen Missverhältnis.

69 Stehen Nachteil und Erfolg außer Verhältnis, ist dies aber nicht erkennbar, so ist das Missverhältnis dagegen hinzunehmen. Wenn es vielfach heißt, dass nicht mit „Kanonen auf Spatzen geschossen werden“ soll (Ursprung: Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1911, 323; heute etwa: Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 30), dann ist dieser Satz als allgemeine Charakterisierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zwar zutreffend; er erweckt jedoch ein falsches Bild, dass immer nur Fälle dieser Evidenz dem Verdikt „unverhältnismäßig im engeren Sinne“ unterfallen können. Die Hürde kann vielmehr auch niedriger liegen.

69.1 **Beispiel:** Die Polizeibehörde stellt ein gestohlenes und beschädigtes Kfz nach § 40 Nr. 2 im Wege der unmittelbaren Ausführung (§ 8 Abs. 1 S. 1) sicher, um weitere Beschädigungen und Ausschlachtungen zu verhindern. Nach dem Gutachten einer Versicherung betragen die Abschleppkosten (400 DM) etwa

die Hälfte des Restwerts des Kfz (800 DM). Nach Ansicht des VGH Kassel führt hier die Maßnahme zu einem Nachteil, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht, sodass sie wegen Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne rechtswidrig ist (VGH Kassel DÖV 1999, 916 (917 f.)).

70 Mit der Kategorie der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist in jedem Falle zurückhaltend umzugehen. Sachverhalte, die als Anwendungsfall des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne angesehen werden, können vielfach einer vorgelagerten, weniger wertungsanfälligen Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugeordnet werden.

70.1 **Beispiel:** Die Behörde verbietet einem Ausländer „jegliche politische Tätigkeit", um die Gefahr seiner Agitation gegen die Innenpolitik seines Heimatlandes abzuwehren. Ein solches Verbot ist kein Fall fehlender Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (so aber Gusy PolR Rn. 399), sondern fehlender Erforderlichkeit. Möglich wären inhaltlich, örtlich und zeitlich abgestufte Verbote, die ein milderes, aber ebenso wirksames Mittel darstellen würden, um die beschriebene Gefahr abzuwehren (OVG Münster OVGE 21, 300 (303); Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 31). Ist erkennbar, dass auf einem Informationsstand auch rechtswidrige Inhalte ausgelegt werden sollen, bedarf es keines Totalverbotes des Standes, sondern ist die Untersagung des Auslegens der rechtswidrigen Schriften hinreichend (VGH Kassel NVwZ 1987, 1004).

3. Anwendungsfälle

71 In der Praxis spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eine besondere Rolle beim Vorgehen gegen **verkehrswidrig abgestellte Kfz,** bei der Abgabe eines mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den **Tod** eines **Menschen verursachenden Schusses** („Todesschuss") und bei der **Räumung besetzter Häuser** (zu Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Auswahl zwischen mehreren Störern → § 6 Rn. 1).

71.1 Ob und wie lange die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden mit dem Abschleppen eines verkehrswidrig abgestellten Kfz **warten** müssen, hängt von der Art des Verkehrsverstoßes ab. Wird ein Kfz in einem **absoluten Halteverbot** (Zeichen 283 Anlage 2 StVO) oder vor einem **ausgewiesenen Rettungsweg** abgestellt, können die Behörden das Fahrzeug **sofort** abschleppen lassen, **ohne** eine **Wartezeit** einhalten zu müssen (VGH Kassel NVwZ-RR 1995, 29 (30)); eine Ausnahme gilt in diesen Fällen lediglich dann, wenn zu erkennen ist, dass der Fahrer unverzüglich zurückkehren und sein Fahrzeug entfernen wird (VGH Kassel NVwZ-RR 1991, 28). Ein in einer Halteverbotszone abgestelltes Kfz kann im Wege der unmittelbaren Ausführung (§ 8 Abs. 1 S. 1) auch dann abgeschleppt werden, wenn das Halteverbot erst **nach dem Abstellen** des Fahrzeugs wirksam geworden ist (VGH Kassel NVwZ 1997, 1023). Eine solche Abschleppmaßnahme löst allerdings nicht stets eine Haftung des Fahrers oder Halters des abgeschleppten Fahrzeugs für die **Abschleppkosten** aus. Unverhältnismäßig ist das Verlangen nach Kostenerstattung in solchen Fällen in der Regel dann, wenn nicht festgestellt werden kann, dass Fahrer oder Halter des abgeschleppten Fahrzeugs vor der Abschleppmaßnahme Kenntnis von dem Halteverbot hatten und das Halteverbot für den konkreten Abstellort nicht mindestens **drei Werktage** vor dem Abschleppen angekündigt oder ohne Ankündigung in Kraft gesetzt war (VGH Kassel NVwZ 1997, 1023).

71.1a Bei einem in einem stark frequentierten großstädtischen Innenstadtbereich nichtberechtigt auf einem **Behindertenparkplatz** parkenden Fahrzeug (Zeichen 1044-10 zu § 39 StVO) müssen in der Regel **15 Minuten** gewartet werden, ehe das Fahrzeug abgeschleppt werden darf (VGH Kassel NVwZ 1987, 910 (911)); einer konkreten Verkehrsstörung bedarf es nicht. Ein auf einem **Behindertenparkplatz** vor dem **Eingang** einer **Klinik** abgestelltes Fahrzeug darf jedenfalls dann abgeschleppt werden, wenn die Polizei die Mobiltelefonnummer des Fahrers ermittelt, die Nummer zweimal erfolglos angerufen und den Fahrer im Krankenhaus ausrufen lassen hat (VG Saarland BeckRS 2017, 130975 Rn. 30 ff.). Die Kosten dieser Maßnahme dürfen dem Fahrer auferlegt werden, wenn dieser sein Fahrzeug nicht entfernt, nachdem er seine **hochschwangere Ehefrau** an das fachkundige **Klinikpersonal übergeben** und so eine drohende Gefahr für Leib und Leben der Mutter und/oder des ungeborenen Kindes abgewendet hat (OVG Saarlouis BeckRS 2018, 29882 Rn. 9).

71.1b Wird das Fahrzeug verbotswidrig an einem **Taxistand** (Zeichen 229 Anlage 2 StVO) geparkt, ist eine Abschleppmaßnahme dagegen regelmäßig **ohne** Einhaltung einer bestimmten **Wartezeit** rechtmäßig (BVerwGE 149, 254 (256); die 30-Minuten-Regel des VGH Kassel (BeckRS 2013, 48071) ist damit überholt. Nach Maßgabe der konkreten Umstände kann es allerdings geboten sein, von Abschleppmaßnahmen abzusehen, etwa wenn eine **Beeinträchtigung** des reibungslosen Taxenverkehrs **ausgeschlos-**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

sen ist, oder mit der Abschleppanordnung zu warten, etwa wenn **konkrete** Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verantwortliche **kurzfristig** wieder am Fahrzeug erscheinen und es **unverzüglich** selbst entfernen wird.

71.1c Steht ein Kfz in einer **relativen (eingeschränkten) Halte- oder Parkverbotszone** (Zeichen 286 Anlage 2 StVO und § 13 StVO), müssen die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden eine Wartezeit von **einer Stunde** vergehen lassen, ehe sie das Fahrzeug abschleppen lassen (VGH Kassel NVwZ-RR 1999, 23 (26); VG Gießen BeckRS 2017, 101984 Rn. 33). Dabei spielt es für die Rechtmäßigkeit des Abschleppens eines Fahrzeugs, das unter Verstoß gegen die von einem Parkscheinautomaten ausgehende Anordnung, nur mit dem einem Parkschein zu parken, geparkt worden ist, keine Rolle, ob die ursprünglich mit dem Lösen eines Parkscheins erlaubte Parkzeit abgelaufen ist oder von vornherein kein Parkschein gelöst worden ist (VGH Kassel NVwZ-RR 1999, 23 (26)). Entsprechendes hat zu gelten für das Parken an einer Parkuhr unter Verstoß gegen die von dieser ausgehenden Anordnung, ein Kfz nur bei Einwurf der für die geplante Parkdauer erforderlichen Münzen abzustellen.

71.1d Ein Verstoß gegen das Verbot des **Gehwegparkens** und die Berufung auf die bloße negative **Vorbildwirkung** (Gedanke der Generalprävention) eines verkehrswidrig abgestellten Kfz reichen allein nicht ohne weiteres aus, um eine Abschleppmaßnahme zu rechtfertigen; von dem Kfz muss zudem tatsächlich eine konkrete **Verkehrsbehinderung** ausgehen (BVerwGE 149, 254 (256); VGH München BeckRS 2017, 100321 Rn. 10, 12; aA noch VGH Kassel NVwZ 1988, 655; NVwZ-RR 1991, 28; 1999, 23 (26 f.)).

71.1e Ähnliches gilt, wenn ein Fahrzeug zur **Nachtzeit** abgeschleppt werden soll, das im Bereich eines eingeschränkten Halteverbotes teilweise so auf dem **Bürgersteig** geparkt wurde, dass für die Fußgänger eine Restbreite von weniger als 50 cm verbleibt. Das Abschleppen eines solcherart verkehrsordnungswidrig abgestellten Fahrzeugs ist „insbesondere" dann verhältnismäßig, wenn auf der schmalen Straße auch nachts ein hohes Verkehrsaufkommen zu verzeichnen ist (VG Frankfurt a. M. BeckRS 2008, 37574).

71.1f Gibt es in der Nähe eines verkehrswidrig abgestellten Kfz eine Fläche, auf der das Fahrzeug ohne großen Aufwand sicher abgestellt werden kann, darf es nicht zu einem weit entfernten Verwahrplatz abgeschleppt, sondern muss auf diese Fläche **versetzt** werden (VGH München BeckRS 2007, 30390 Rn. 8).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

71.2 Im Recht des Schusswaffengebrauchs gegenüber Personen ist der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit **tödlich** wirkende **Schuss** („Todesschuss", „finaler Rettungsschuss") in § 60 Abs. 2 S. 2 spezialgesetzlich geregelt. Die Anwendung der Norm verstößt unter den in ihr beschriebenen Voraussetzungen nicht gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, da der Nachteil für den Betroffenen, der Verlust seines Lebens, nicht erkennbar außer Verhältnis steht zum Erfolg der Maßnahme, der Rettung des Lebens oder der schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit einer anderen Person (Lisken/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 919; Schenke PolR Rn. 560, Kugelmann PolR Kap. 9 Rn. 26 unter Hinweis auf BVerfGE 115, 118 (160 ff.)). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erfordert keine Gleichwertigkeit oder Gleichrangigkeit der betroffenen Rechtsgüter des in Anspruch Genommenen auf der einen Seite und den Gütern, zu deren Schutz die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden handeln, auf der anderen Seite (Pausch/Dölger PolR Hessen 283 f.). In das Leben des Störers kann im konkreten Fall daher auch zugunsten einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit einer anderen Person eingegriffen werden. Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK steht bei Vorhandensein eines angemessenen rechtlichen und verwaltungsmäßigen Rahmens dem (auch tödlichen) polizeilichen Schusswaffengebrauch nicht entgegen (EGMR NJW 2005, 3405 (3407 f.) – Makaratsis/Griechenland).

71.3 Die Beeinträchtigungen, die mit der zwangsweisen **Räumung** eines besetzten Hauses für die körperliche Unversehrtheit der Hausbesetzer und – hiervon abgesetzt – der Polizeibeamten verbunden sein können, stehen nicht erkennbar außer Verhältnis zu den mit einer solchen Maßnahme verteidigten Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit (Überlegungen dazu bei Schlink NVwZ 1982, 529 (533)) und sind auch sonst nicht illegitim (so aber Denninger ZRP 1973, 268 (269 ff.)). Nicht nur der Schutz des privaten Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 45 Abs. 1 S. 1 HessV), sondern vor allem auch der **Schutz der Rechtsordnung** vor offenen und schwerwiegenden Rechtsbrüchen sind in diesem Fällen Rechtsgüter, deren Verteidigung nicht erkennbar außer Verhältnis zu den Nachteilen für die Besetzer und Polizeibeamten steht (VG Freiburg VBlBW 1987, 349 (351); Martens DÖV 1982, 89 (97 f.); EFP BesVerwR/Würtenberger § 69 Rn. 297).

V. Begrenzung der Dauer der Maßnahme (Abs. 3)

72 In Abs. 3 (zuvor § 9 HSOG 1964 / HSOG 1972) trifft das HSOG eine Aussage zur Dauer polizeilicher Maßnahmen und statuiert hier das Verbot eines zeitlichen Übermaßes, das sich

aus allen Teilelementen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erschließt (Götz/Geis PolR § 11 Rn. 13). Eine gegenüber Abs. 3 speziellere Regelung trifft § 9 Abs. 2 für den Fall der Inanspruchnahme eines Nichtstörers (§ 9).

73 Eine Maßnahme darf nach Abs. 3 Alt. 1 nur solange vorgenommen werden, bis ihr **Zweck erreicht** ist. Der polizeiliche Zweck ist erreicht, wenn die Gefahr erfolgreich abgewehrt oder die bereits eingetretene Störung beseitigt ist (Meixner/Fredrich Rn. 22).

73.1 **Beispiel:** Der volltrunkene Randalierer, der am Rand der Fahrbahn einer stark befahrenen Straße entlang taumelt, wird zu seinem eigenen Schutz (§ 32 Nr. 1) in polizeilichen Gewahrsam genommen. Nach seiner Ausnüchterung ist er wieder auf freien Fuß zu setzen (Meixner/Fredrich Rn. 22).

74 Eine Maßnahme darf nach Abs. 3 Alt. 2 nicht weiter aufrechterhalten werden, wenn ihr **Zweck nicht** oder, so ist das Gesetz zu ergänzen, **nicht mehr** (Meixner/Fredrich Rn. 23) erreicht werden kann. In einer solchen Lage müssen die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden zu einer anderen Maßnahme übergehen oder von der weiteren Verfolgung des polizeilichen Zwecks ganz absehen.

74.1 **Beispiel:** Die Durchsuchung einer Person ist abzubrechen, wenn der handelnde Beamte erfährt, dass sich der gesuchte Gegenstand im Gewahrsam einer anderen Person befindet (Meixner/Fredrich Rn. 23).

75 Abs. 3 Alt. 2 ist bedeutsam insbesondere bei **Verwaltungsakten mit Dauerwirkung,** dh bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden, die ein auf Dauer berechnetes und in ihrem Bestand vom Verwaltungsakt abhängiges Rechtsverhältnis begründen oder inhaltlich ändern (WBSK VerwR I § 46 Rn. 27), indem sie etwa dem Betroffenen ein fortdauerndes Handeln oder Unterlassen oder einen dauernden Zustand gebieten oder verbieten (DWVM Gefahrenabwehr 423 f.).

75.1 **Beispiel:** Gehen von Gebäuden angesichts ihres maroden Zustands Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit von Menschen aus, so ist es um diese einzudämmen erforderlich, die Grundstücke **dauerhaft einzufrieden,** damit die Gebäude, insbesondere nicht von Kindern unbefugt für Abenteuer genutzt werden (OVG Bautzen BeckRS 2018, 36639 Rn. 22).

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

75a Eine solche Maßnahme wird iSd Abs. 3 Alt. 2 unzulässig, wenn die Voraussetzungen für ihre Aufrechterhaltung entfallen sind (Meixner/Fredrich Rn. 24). Die Behörde darf bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung den geregelten Sachverhalt deshalb auch nicht als erledigt abtun, sondern hat ihn zu **beobachten** (Beobachtungspflicht) und von Amts wegen zu **prüfen,** ob die Gefahr noch besteht und die Maßnahme fortgesetzt oder beendet bzw. eine Maßnahme der Vollstreckung eingestellt werden muss (Hornmann HSOG Rn. 11; DWVM Gefahrenabwehr 424). Entfallen die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen einer Maßnahme mit Dauerwirkung, ist deren Vollzug einzustellen und ist die Maßnahme auf Antrag des Betroffenen aufzuheben. Der Betroffene hat hierauf einen Anspruch, sodass er die Ablehnung seines Antrags anfechten kann (VGH Mannheim DÖV 1972, 428 (429); Hornmann HSOG Rn. 11; DWVM Gefahrenabwehr 423 f.).

75a.1 **Beispiel:** Eine Sache wird von der Behörde sichergestellt, weil von ihr eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht (§ 40 Nr. 1). Nach Wegfall dieser Gefährlichkeit ist die Sicherstellungsverfügung aufzuheben und die Sache an den Berechtigten zurückzugeben.

76 In Fällen einer Missachtung des Verbots eines zeitlichen Übermaßes kann neben dem Anspruch auf Aufhebung der Maßnahme (bei Verwaltungsakten: § 49 Abs. 1 HVwVfG) ein Folgenbeseitigungsanspruch (OVG Münster DÖV 1991, 1077; DWVM Gefahrenabwehr 424, 624 ff.) wie auch im Falle schuldhafter behördlicher Untätigkeit ein Amtshaftungsanspruch (Art. 34 S. 1 GG iVm § 839 BGB) gegeben sein.

77 Die Frage, ob der polizeiliche Zweck erreicht wurde sowie ob er noch erreichbar ist, betrifft eine **Rechtsfrage,** keine Ermessensfrage (Meixner/Fredrich Rn. 26). Sie ist daher verwaltungsgerichtlich uneingeschränkt überprüfbar.

78 Unabhängig von der genauen Zuordnung zu einer der Alternativen des Abs. 3 können auch Verfügungen allein aufgrund der **Dauer** des in ihnen dem Pflichtigen Aufgegebenen das Verbot eines zeitlichen Übermaßes verletzen.

Beispiel: Eine Behörde verstößt gegen ihre Verpflichtung, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit im Hinblick auf ihre Dauer verhältnismäßigen Maßnahmen abzuwehren, wenn sie einem in ihren Augen potenziellen Handlungsstörer für ein die Dauer eines Jahres umfassenden Zeitraum ein Aufenthaltsverbot auferlegt, ohne jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die aus ihrer Sicht das Verbot rechtfertigenden Umstände weiterhin bestehen (VG Frankfurt a. M. NVwZ-RR 2002, 575 (576): Ein polizeiliches Aufenthaltsverbot gegenüber einem Hütchenspieler für einen Zeitraum von einem Jahr verstößt gegen das Verbot des zeitlichen Übermaßes. Diese Aussage ist unabhängig davon, dass sich ein bereits in der Vergangenheit verhängtes Aufenthaltsverbot von einem Jahr aus der Sicht der Behörde als erfolglos erwiesen hat). Die einmalige Beschlagnahme einer Wohnung zum Zwecke der Einweisung eines Obdachlosen für einen Zeitraum von vier bis sechs Monaten entspricht demgegenüber noch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in zeitlicher Hinsicht (VG Frankfurt a. M. NVwZ 1990, 498). **78.1**

§ 5 Ermessen, Wahl der Mittel

(1) Die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden treffen ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen.

(2) [1]Kommen zur Abwehr einer Gefahr mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon bestimmt wird. [2]Der betroffenen Person ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes, ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.

Auszug aus der VVHSOG:
Zu § 5
5. Ermessen, Wahl der Mittel
5.0
Die Vorschrift umschreibt das Opportunitätsprinzip.
5.1 Zu Abs. 1
Den Gefahrenabwehr- und den Polizeibehörden steht grundsätzlich ein Ermessen zu, ob sie eine zulässige Maßnahme treffen und welche von mehreren zulässigen Maßnahmen sie wählen. Von einer zulässigen Maßnahme kann insbesondere abgesehen werden, wenn mehrere Gefahren zugleich abzuwehren sind und die vorhandenen Kräfte und Mittel nur zur Abwehr einer dieser Gefahren oder einiger dieser Gefahren ausreichen. Eine Verpflichtung zum Einschreiten besteht grundsätzlich dann, wenn eine gegenwärtige erhebliche Gefahr (§ 9 Abs. 1 Nr. 1) abzuwehren ist und eine Selbstschutzmöglichkeit für die betroffene Person nicht besteht.
5.2 Zu Abs. 2
Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 regelt das so genannte Austauschmittel.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Überblick

Im Recht der **Gefahrenabwehr** ist seit jeher das **Opportunitätsprinzip** bestimmend (→ Rn. 2). Sind die Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden gegeben, können sie entscheiden, ob, wann und wie sie handeln wollen. Die Kompetenz der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden, über ihr Tätigwerden zu disponieren, wird traditionell und so auch in Abs. 1 als **Ermessen** (→ Rn. 4) bezeichnet. Gemeint ist damit die gesetzliche Ermächtigung der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden, ihren **Entscheidungsmaßstab** in einem gegebenen Rahmen und in Übereinstimmung mit einem vorgegebenen Ziel selbst zu bilden (→ Rn. 4). Bei dieser **Selbstprogrammierung** sind die Behörden nicht frei, sondern einer Vielzahl rechtlicher Bindungen unterworfen (→ Rn. 4). Zu unterscheiden sind **Ermessensschranken,** die der Behörde durch das Gesetz vorgegeben sind und deren Einhaltung von den **Verwaltungsgerichten** zu kontrollieren ist (→ Rn. 21), und **Ermessensdirektiven,** die von der Behörde in Ausrichtung auf das gesetzlich vorgegebene Ziel in **eigener Verantwortung** einander zuzuordnen und in einen Entscheidungsmaßstab zusammenzuführen sind (→ Rn. 21.). Ein Teil der Schranken ergibt sich aus der allgemeinen Grenze des **§ 40 HVwVfG,** die auch einen Handlungsauftrag an die Behörden formuliert (→ Rn. 22). In eigener Verantwortung haben die Behörden die ihr Ermessen dirigierenden Ziele der **Zweckmäßigkeit,** der **(Einzelfall-)Gerechtigkeit** sowie

das – letztlich alle staatlichen Ziele überwölbende – Ziel der Wahrung des **Gemeinwohls** in einen Ausgleich zu bringen (→ Rn. 43).

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1
I. Opportunitätsprinzip im Polizeirecht	1
II. Ermessen	4
1. Dogmatik „strenger" und „gelockerter" rechtlicher Bindungen	4
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen	6
3. Entschließungs- und Auswahlermessen	7
4. Individuelle und generelle Ausübung des Ermessens	11
III. Parallelvorschriften im Bundes- und Landesrecht	14a
B. Wechsel von Rechts- und Ermessensfragen bei der Anwendung von Eingriffsbefugnissen des HSOG	14
C. Verhältnis des § 5 zu anderen Normen	15
D. Der Inhalt des Abs. 1	17
I. Gefahrenabwehr- und Ordnungsbehörden	17
II. Maßnahmen	19
III. Pflichtgemäßes Ermessen	20
1. Ermessen als Wahlfreiheit in rechtlicher Bindung	20
2. Unterschiede in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle	21
IV. Rechtliche Bindungen unter verwaltungsgerichtlicher Kontrolle	22
1. Allgemeines	22
2. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage	24
3. Ordnungsgemäßheit des Verfahrens	26
4. Vorgaben des § 40 HVwVfG	28
V. Rechtliche Bindungen in eigener Verantwortung	43
VI. Pflicht zum Einschreiten (Ermessensreduzierung)	45
VII. Anspruch auf Einschreiten	56
E. Der Inhalt des Abs. 2	63
I. Pflicht zur Benennung eines Mittels bei mehreren denkbaren Mitteln (Abs. 2 S. 1)	63
II. Pflicht zur Gestattung eines Austauschmittels (Abs. 2 S. 2)	64
1. Inhalt der Norm	64
2. Tatbestand	68
3. Rechtsfolge	76

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

A. Allgemeines

I. Opportunitätsprinzip im Polizeirecht

1 Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für das Handeln einer staatlichen Stelle vor, kann sich hieraus für sie eine Pflicht oder auch nur das Recht zum Tätigwerden ergeben (Gusy PolR Rn. 391). Ist die staatliche Stelle zum Handeln verpflichtet, unterliegt sie dem **Legalitätsprinzip,** ist sie lediglich zum Handeln berechtigt, unterliegt sie dem **Opportunitätsprinzip** (Kingreen/Poscher POR § 2 Rn. 6; Kugelmann PolR Kap. 8 Rn. 2 ff.).

2 Im Recht der **Gefahrenabwehr** gilt seit jeher das Opportunitätsprinzip (DWVM Gefahrenabwehr 370 f.; Lisken/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 94 f.): Die Behörden sind durch das Vorliegen einer Gefahr lediglich zum Einschreiten ermächtigt, nicht sind sie dazu auch verpflichtet (Schoch BesVerwR Kap. 1 Rn. 302). Sie entscheiden, ob, wann und wie sie handeln wollen. Im Unterschied hierzu gilt auf dem Gebiete der **Strafverfolgung** grundsätzlich das Legalitätsprinzip (§ 163 StPO; Schenke PolR Rn. 93): Beim Verdacht einer Straftat sind die Beamten des Polizeidienstes zu deren Erforschung verpflichtet; eine Ausnahme hiervon gilt lediglich dann, wenn es sich bei der Tat um ein Vergehen handelt, die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und an der Verfolgung kein öffentliches Interesse besteht (§ 153 StPO). Ebenso gilt bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten das Opportunitätsprinzip (§ 47 Abs. 1 OWiG, § 53 OWiG).

3 Bei der Entscheidung über ein Tätigwerden spielt im Recht der Gefahrenabwehr eine Vielzahl an Gesichtspunkten eine Rolle (→ § 4 Rn. 55), sodass eine Einschreitenspflicht nicht sachgerecht wäre. In einem staatlichen Gemeinwesen können zu viele Gefahren auftreten, als dass die Behörden gegen alle vorgehen könnten, schon gar nicht könnten sie dies zur gleichen Zeit (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 34; Ipsen NdsPolR Rn. 263). **Sinn** des Opportunitätsprinzips im Polizeirecht ist daher nicht, den Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden ein Untätigbleiben bei Bestehen einer Gefahr und damit eine Vernachlässigung ihrer Aufgabe der Gefahrenabwehr zu ermöglichen (Götz/Geis PolR § 11 Rn. 4). Das Gesetz will vielmehr erreichen, dass die Behörden zeitlich, räumlich, personell und sachlich **Schwer-**