

I. Ermächtigungsgrundlage

Zunächst ist zu prüfen, welche Vorschriften als Ermächtigungsgrundlage für das Abschleppen bzw. Versetzen des Fahrzeugs des B in Betracht kommen.

- Sicherstellung gemäß Art. 25 Nr. 1 PAG (-),

h.M.¹: da nur Umsetzung des Wagens; die Polizei will gerade keinen Gewahrsam an dem Kfz begründen

a.A.²: Polizei begründet immer Sachherrschaft über das Fahrzeug, wenn auch nur für sehr kurze Zeit, daher Art. 25 Nr. 1 PAG (+)

(diese Ansicht ist abzulehnen, da sie zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Art. 25 Nr. 1 und Art. 9 PAG führt)

- Ersatzvornahme gemäß Art. 53 I, 54 I Nr. 1, 55 I 1 PAG (-).

setzt VA voraus; könnte hier im Verkehrszeichen (Allgemeinverfügung i.S.d. Art. 35 S. 2 BayVwVfG) zu sehen sein; allerdings hat nicht die Straßenverkehrsbehörde oder das Ordnungsamt, sondern S als Privatmann die Schilder aufgestellt; dies könnte nur dann als Maßnahme einer Behörde zu qualifizieren sein, wenn er hierzu von der zuständigen Behörde beauftragt oder berechtigt worden wäre; dies ist nicht der Fall

- Sofortvollzug gemäß Art. 53 II i.V.m. Art. 55 I 1 PAG,

aufgrund der Abwesenheit des B kann diesem gegenüber kein VA bekanntgegeben werden, mithin nicht wirksam werden, Art. 43 I 1 BayVwVfG

Abgrenzung zur unmittelbaren Ausführung nach Art. 9 I, 11 I, II 1 Nr. 1 PAG:

Beide Ermächtigungsgrundlagen ermöglichen Polizeimaßnahmen anstelle des Adressaten ohne vorangegangenen VA. Sie setzen zunächst beide voraus, dass es sich um eine vertretbare Handlung handelt; dies ist beim Wegbewegen des Fahrzeugs unproblematisch der Fall.

Weiterhin setzt Art. 53 II PAG aber einen fiktiven GrundVA voraus, ist mithin für Fälle zugeschnitten, in denen die Polizei gegen den Widerstand des Fahrzeughalters vorgehen will. Handelt sie dagegen im Interesse und mit dem mutmaßlichen Willen

¹ BayVGH, NVwZ 1990, 180; *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 25, Rn. 74f.

² *Berner/Köhler/Käs*, PAG, Art. 25, Rn. 9.

des Betroffenen, so handelt es sich um unmittelbare Ausführung und Art. 9 I PAG ist die richtige Ermächtigungsgrundlage.

Hier dachte sich B, er sei an die Verkehrszeichen, die er als solche wahrnahm, nicht gebunden, sodass man zu dem Schluss kommen könnte, die Abschleppmaßnahme richte sich gegen den Widerstand des B. Allerdings ist bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme stets eine *ex-ante* Betrachtung anzustellen. Dabei gilt, dass die Polizei den Bürgern nicht per se rechtswidriges Verhalten unterstellen darf. Vielmehr gilt zugunsten abwesender Betroffener polizeilicher Zwangsmaßnahmen die Vermutung, dass diese sich rechtstreu verhalten wollen. Dementsprechend stellt das Versetzen des Fahrzeugs eine Handlung im Sinne des mutmaßlichen Willens des B dar, sodass es sich um eine unmittelbare Ausführung handelt, wofür Art. 9 I PAG richtige Ermächtigungsgrundlage ist.

Als Ermächtigungsgrundlage für das Abschleppen des Fahrzeugs des B kommt nur Art. 9 I, 11 I, II 1 Nr. 1 PAG in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Polizei ergibt sich hier in örtlicher Hinsicht aus Art. 3 I POG sowie in sachlicher Hinsicht aus Art. 3 PAG. Im Fall hat indes nicht die Polizei selbst, sondern U das Fahrzeug versetzt. Dieser hat im Auftrag der Polizei, mithin als deren „verlängerter Arm“ gehandelt, sodass U als Verwaltungshelfer zu qualifizieren und sein Verhalten der Polizei zuzurechnen ist. Zu einer anderen Einschätzung kann man auch nicht mit Blick auf den Spielraum des U bei der tatsächlichen Durchführung der einzelnen Abschleppmaßnahmen – im konkreten Fall deutlich hervorgetreten durch die Versetzung der Fahrzeugs ans Ende der Gasse, statt Verbringens auf einen Verwahrplatz – kommen, da es für die Abgrenzung zwischen Verwaltungshelfer und (selbstständigem) Beliehenen in der Sache darauf ankommt, wem die Letztentscheidungskompetenz für die Frage des „Ob“ der Ergreifung von hoheitlichen Maßnahmen zusteht. Diese liegt hier aber eindeutig bei der Polizei, da U nicht selbstständig durch W fahren und verkehrswidrig abgestellte Fahrzeuge abschleppen oder versetzen darf, sondern nur auf Anweisung der Polizei hin.

Damit ist die Zuständigkeit der Polizei im vorliegenden Fall gegeben.

2. Verfahren

Besondere Verfahrensanforderungen bestehen für die Durchführung von Maßnahmen nach Art. 9 I PAG nicht. Insbesondere bedarf es keiner vorherigen Anhörung, was sich bereits aus der Natur der Befugnisnorm ergibt, die schnelles Einschreiten zur Gefahrenabwehr ermöglichen soll. Ebenfalls lässt sich der Gedanke aus Art. 28 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3 BayVwVfG ableiten. Das Unterrichtungserfordernis in Art. 9 I 2 PAG wurde gewahrt – seine Nichteinhaltung hätte indes ohnehin nicht die formelle Rechtswidrigkeit der Maßnahme zur Folge gehabt (da bloße Ordnungsvorschrift).³

3. Form

Die unmittelbare Ausführung nach Art. 9 I PAG ist an keine besonderen Formvorschriften gebunden.

4. Zwischenergebnis

Das Versetzen des Fahrzeugs des B durch U war formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 9 I, 11 I, II 1 Nr. 1 PAG

a) Gefahr für die öffentliche Sicherheit

i.S.e. konkreten Gefahr; liegt vor, wenn nach allgemeiner Lebenserwartung zu befürchten steht, dass nach den gegebenen Tatsachen bei normalem und ungestörtem weiteren Ablauf eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (= Schutzgutverletzung) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.⁴

unter öffentlicher Sicherheit versteht man die subjektiv-öffentlichen Rechte der Bürger, die Einhaltung der Gesamtheit der geschriebenen Rechtsordnung sowie die Einrichtung des Staates einschließlich ihrer Funktionsfähigkeit⁵

³ Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 9, Rn. 32.

⁴ Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 21.

⁵ Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, ÖR in Bayern, S. 273, Rn. 100.

Als gefährdetes Schutzgut kommen hier die in der StVO enthaltenen Vorschriften zum Parken, insb. § 12 StVO, in Betracht. Das Parken des B könnte demnach einen (fortgesetzten) Verstoß gegen die StVO darstellen.

Hier bestand indes objektiv kein Parkverbot, da Parken grundsätzlich in der Gasse erlaubt und ein (partielles/temporäres) Parkverbot nicht speziell angeordnet worden war (bei den Verkehrszeichen, die S aufgestellt hat, handelt es sich lediglich um einen ScheinVA, mithin nicht um eine wirksame Parkverbotsanordnung). Damit liegt objektiv keine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor.

Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass der Polizei im Interesse einer schnellen und effektiven Gefahrenabwehr nicht zugemutet werden konnte abzuwarten, bis der tatsächliche Lebenssachverhalt – hier konkret die Tatsache, dass S nicht berechtigt war, die Verkehrszeichen aufzustellen, mithin kein Parkverbot bestand – vollständig aufgeklärt war, sondern umgehend Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu ergreifen. Dafür müsste eine Anscheinsgefahr vorgelegen haben. Diese ist gegeben, wenn bei Bewertung der unsicheren Tatsachenlage so wie sie ein gewissenhafter, besonnener und sachkundiger Polizist angestellt hätte, eine Gefahr bei *ex-ante* Betrachtung zu bejahen gewesen wäre.⁶ Tatbestandlich handelt es sich bei der Anscheinsgefahr damit um eine „echte“ Gefahr.⁷ Abzugrenzen ist sie von der sogenannten Putativgefahr (auch Scheingefahr). Bei dieser fehlt es an einer sorgfältigen Prognoseentscheidung. Im Unterschied zur Anscheinsgefahr war eine Rechtsgutsverletzung nicht nur nicht hinreichend wahrscheinlich, sondern darüber hinaus hätte einem verständigen und gewissenhaften Polizisten dieser Mangel auch im Vorfeld der Maßnahmeergreifung auffallen müssen.⁸ Aus diesem Grund ist die Putativgefahr keine Gefahr i.S.d. Polizeirechts und berechtigt nicht zu polizeilichen Maßnahmen.⁹

Für die Bewertung der Gewissenhaftigkeit der polizeilichen Prognoseentscheidung kann die „je-desto-Formel“ herangezogen werden. Demnach sind an die Erkennbarkeit durch die Polizei umso geringere Anforderungen zu stellen, je schwerer die drohende Rechtsgutverletzung wiegt bzw. im Umkehrschluss dann eher von einer Erkennbarkeit für einen verständigen Polizisten auszugehen, wenn lediglich schwache Rechtsgutverletzungen drohen.

⁶ Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, ÖR in Bayern, S. 282, Rn. 137.

⁷ Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 41.

⁸ Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, ÖR in Bayern, S. 282, Rn. 136.

⁹ Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 43.

Hier hatte die Polizei nur den Hinweis auf einen möglichen Verstoß gegen die StVO durch den Anruf des S. Zwar ist die Beauftragung des Verwaltungshelfers U mit der Durchführung der Abschleppmaßnahme noch kein Anzeichen ungewissenhafter Polizeiarbeit. Allerdings war durch das vermeintliche Falschparken des B allenfalls die Leichtigkeit des Verkehrs in der Gasse selbst gefährdet, ohne dass Risiken für gewichtigere Rechtsgüter wie die Unversehrtheit von Leib und Leben oder Eigentum anderer Verkehrsteilnehmer erkennbar gewesen wären. Darüber hinaus lagen durch die provisorische Art der Verkehrszeichenhalterung deutliche Anzeichen eigenmächtigen Handelns eines Anwohners der Gasse vor, denen vor Ergreifung etwaiger Gefahrabwehrmaßnahmen zunächst hätte nachgegangen werden müssen. Dies umso mehr, als U diese sogar erkannt hatte und mit nur einem Anruf bei der Polizei und/oder der Straßenverkehrsbehörde bzw. des Ordnungsamtes hätte herausfinden können, dass keine Genehmigung zum Aufstellen der Schilder erteilt worden war.

Damit liegt lediglich eine Scheingefahr für die öffentliche Sicherheit vor, sodass die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 11 I PAG insoweit nicht erfüllt sind.

b) Gefahr für die öffentliche Ordnung

unter der öffentlichen Ordnung ist die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen zu verstehen, die von der Gesellschaft (unter Berücksichtigung der jeweils herrschenden Meinung) als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben in Deutschland angesehen werden¹⁰

Die Polizei stützt sich im vorliegenden Fall darauf, dass die „rechtsbrecherische Absicht des B“ das Vertrauen der übrigen Bevölkerung in den Bestand und die allgemeinverbindliche Geltung der bestehenden Straßenverkehrsrechtsordnung für alle Verkehrsteilnehmer erschüttern könnte. Darin könnte eine Gefahr für die öffentliche Ordnung zu sehen sein. Abgesehen von der grundsätzlichen Kritik am Kriterium der öffentlichen Ordnung als Ermächtigungsgrundlage für polizeiliche Maßnahmen,¹¹ vermag die Argumentation der Polizei hier nicht zu überzeugen. Der Begriff der öffentlichen Ordnung stellt gerade nicht auf Rechtsvorschriften ab, sondern umfasst ethische und moralische Normen, in denen Wertvorstellungen unserer Gesellschaft Ausdruck gefunden haben, die aus ihrer faktischen Anerkennung ihre Bindungskraft herleiten. Es kann dabei lediglich um einen

¹⁰ Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 71 m.w.Nachw.

¹¹ Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei Schmidbauer, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 80ff.

gesellschaftlichen Minimalkonsens gehen.¹² Das Gebot, sich an die bestehenden Gesetze zu halten, stellt indes keinen eigenständig neben der geschriebenen Rechtsordnung bestehenden ethischen Grundsatz dar. Vielmehr ergibt es sich bereits aus dem Normbefolgungsbefehl, der jedem rechtmäßigen Hoheitshandeln in der deutschen Rechtsordnung zukommt. Überdies muss das Kriterium der öffentlichen Ordnung bereits aus rechtsstaatlichen Gründen (Vorbehalt des Gesetzes für belastendes Verwaltungshandeln) restriktiv ausgelegt werden und darf nicht dazu führen, dass die Polizei sich über einen Umweg eine Ermächtigungsgrundlage kreiert, wo ihr von Gesetzes wegen keine Befugnis zum Einschreiten zukommt. Letztlich wäre es auch eine bedenkliche Tendenz in der Rechtsentwicklung, wenn es zulässig wäre, dass die Polizei gestützt auf Vermutungen über die innere Einstellung eines Bürgers zu einzelnen Vorschriften bereits einen Verstoß gegen diese Vorschriften annehmen und ihr Einschreiten darauf stützen dürfte (Gefahr einer Willkürherrschaft).

Folglich ist auch eine Gefahr für die öffentliche Ordnung durch das vermeintliche Falschparken des B nicht gegeben.

2. Zwischenergebnis

Bereits die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 11 PAG lagen nicht vor.

IV. Ergebnis

Mangels Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung i.S.d. Art. 11 I, II PAG war der Abschleppvorgang (Umsetzen des Fahrzeugs des B) materiell rechtswidrig.

¹² *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, PAG, Art. 11, Rn. 74.