

Janet Uhlig
Grünberger Str. 190
35394 Gießen

2002-01-07

Seminar im Öffentlichen Recht

Prof. Dr. Klaus Lange

WS 2001/ 2002

**„Das Verhältnis von unmittelbarer Ausführung und
sofortigem Vollzug“**

A. Einleitung

Polizeiliches Handeln ist nur allzu oft von Eilbedürftigkeit geprägt. Die Rechtsordnung stellt daher der Polizei Handlungsinstrumente zur Verfügung, die schnelle Reaktionen auf das Vorliegen einer polizeilichen Gefahr ermöglichen. Diese Rechtsinstrumente sind insbesondere die unmittelbare Ausführung und die sofortige Anwendung des Verwaltungszwangs, die auch als sofortiger Vollzug oder Sofortvollzug bezeichnet wird. Sie können auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen, deren Verhältnis zueinander unklar ist. Die unmittelbare Ausführung und der sofortige Vollzug sollen hiermit zunächst dargestellt und auf ihren Anwendungsbereich hin untersucht werden.

Grundsätzlich geht das Gefahrenabwehrrecht zwar davon aus, dass der für einen polizeiwidrigen Zustand Verantwortliche dazu anzuhalten ist, im Rahmen seiner Möglichkeiten selbst Gefahrenlagen zu vermeiden oder bereits eingetretene Gefährdungen rechtlich geschützter Güter zu beheben.¹ Dabei werden die Polizeiverfügungen in einem mehrstufigen Verfahren durchgesetzt, welches den Erlass der Grundverfügung, die Androhung eines Zwangsmittels, die Festsetzung des angedrohten Zwangsmittels und die tatsächliche Anwendung des festgesetzten Zwangsmittels beinhaltet.

Doch oft besteht aus Gründen der effizienteren und schnelleren Gefahrenabwehr vielfach keine andere Möglichkeit, als ohne vorherige Inanspruchnahme eines Polizeipflichtigen unmittelbare Maßnahmen zu treffen. Für solche Eilfälle, in denen gegenwärtige akute Gefahren abzuwehren sind, reicht dieses normale Verfahren dann nicht aus.² Für derartige Situationen normieren die Polizeigesetze das Institut der unmittelbaren Ausführung oder des Sofortvollzugs. Einige sehen jedoch auch beide Institute nebeneinander vor.

Dies beruht auf der Grundlage eines Musterentwurfes von einem einheitlichen Polizeigesetz des Bundes und der Länder. Darin sahen die Verfasser des Musterentwurfes die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme neben dem Sofortvollzug in § 28 II MEPOIG als entbehrlich an. Dennoch wurde sie als § 5 a MEPOIG aufgenommen, falls ein Landesgesetzgeber den Verwaltungszwang nur bei Maßnahmen gegen

¹ Kästner in JuS 1994, 361/ 361

² Schoch in JuS 1995, 307/ 311

den Willen des Betroffenen für anwendbar halten sollte.³ Das Land Hessen hat sich für die Verwendung beider Institute entschieden. Dabei wurde nun den Ordnungsbehörden die Möglichkeit der unmittelbaren Ausführung von Maßnahmen ebenso eingeräumt wie der Polizei.⁴

B. Die unmittelbare Ausführung

1. Allgemeines

Diese ist dem preußischen Recht entnommen (§ 44 I 2 PrPVG) und hatte dort die Funktion, die Ausführung einer rechtsmittelfähigen Verfügung gleichzustellen. Es war anerkannt, dass in ihr die polizeiliche Verfügung und ihre zwangsweise Durchsetzung in einem Akt zusammenfielen. Nach § 44 I 2 PrPVG stand die unmittelbare Ausführung dem Erlass einer polizeilichen Verfügung gleich.⁵ Die heutigen Bestimmungen über die unmittelbare Ausführung beruhen dagegen auf dem Muster des § 5 a MEPOIG. Dieser regelt die unmittelbare Ausführung aber nicht im Zusammenhang mit Fragen der Eigenschaft als VA wie das preußische Recht im Hinblick auf das seinerseits geltende Enumerationsprinzip oder im Zusammenhang mit Fragen der Vollstreckung, sondern im Zusammenhang mit der Störereigenschaft. Dieser Systematik folgte auch § 14 a HSOG a.F. der durch das Gesetz zur Änderung des HSOG vom 11. 05. 1988 in Hessen eingeführt wurde. Bei dieser systematischen Einordnung, die die unmittelbare Ausführung gerade nicht als Zwangsmaßnahme verstehen will, wäre die Ergänzung durch eine Bestimmung zum Sofortvollzug im Vollstreckungsrecht angezeigt gewesen. Eine derartige Ergänzung fehlte im HSOG a.F., nunmehr hat allerdings § 47 II HSOG eine solche Regelung des Sofortvollzuges gebracht. Ansonsten folgt § 8 HSOG der Regelung in § 14 a HSOG a.F. und ergänzt diese lediglich durch die entsprechende Anwendbarkeit von Vorschriften aus dem Recht der Verwahrung.⁶ Damit konzipieren die Bestimmungen des § 5 a MEPOIG die unmittelbare Ausführung als eine Vollzugsmaßnahme eigener Art, mit der auf Kosten des Verantwortlichen das ausgeführt wird, wozu der Verantwortliche in

³ Friauf in Schmidt – Aßmann S. 209, Rn. 194

⁴ Kugelman in DÖV 1997, 153/ 153

⁵ Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens § 25, S. 441

⁶ Bernet/ Groß/ Mende § 8, RN. 2

Anspruch genommen werden kann.⁷

Zusätzlich ordnet die Regelung die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Verantwortlicher (Zustands- oder Verhaltensstörer) bei der Heranziehung zum Kostenersatz für die durch unmittelbare Ausführung entstehenden Kosten an. Dies war aufgrund eines Urteils des HessVGH vom 24. 11. 1986⁸ erforderlich, in dem es um Kostenersatz für das Abschleppen eines rechtswidrig geparkten Kraftfahrzeugs ging. Nach richterlicher Erkenntnis fehlte es bisher für die Anforderung der Abschleppkosten beim Halter oder Fahrer an der Rechtsgrundlage, wenn das rechtswidrig geparkte Kraftfahrzeug im Wege unmittelbarer Ausführung abgeschleppt werden musste. Das Abschleppen rechtswidrig geparkter Fahrzeuge ist der Hauptanwendungsfall der unmittelbaren Ausführung. Mit dem Urteil vom 24. 11. 1986 ist der für das Polizeirecht zuständig gewordene 11. Senat des HessVGH von der Auffassung der früher mit Polizeirecht befassten Senate abgewichen, die mit der damals herrschenden Meinung übereinstimmten.⁹ Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Regelung im HSOG ging man durchweg von der Existenz bzw. Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der unmittelbaren Ausführung im hessischen Polizeirecht aus.¹⁰

Insgesamt stellt sich die unmittelbare Ausführung damit als selbständige Ermächtigung an die Polizeibehörden zu gefahrenabwehrendem Einschreiten dar, die der Polizei neben der Befugnis, nach der Generalklausel Polizeiverfügungen zu erlassen, und neben den polizeilichen Standardbefugnissen zur Verfügung steht.¹¹

2. Voraussetzungen

a) Voraussetzung ist, dass eine bestehende Gefahr nicht auf andere Weise beseitigt werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn es nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist, eine polizeipflichtige Person (Verhaltens- oder Zustandsstörer i.S.v. §§ 6, 7 HSOG) in Anspruch zu nehmen.¹² Eine Polizeiverfügung, durch die dem Verantwortlichen die Vornahme einer bestimmten Handlung zur Gefahrenabwehr aufgegeben würde, müsste also in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig sein.

⁷ Götz S. 167, RN.418

⁸ ESVGH 37, 81/ 88

⁹ Emrich in HSGZ 1988, 268/ 268

¹⁰ Schild in NVwZ 1985, 170/ 171

¹¹ Oldiges in JuS 1989, 616/ 619

¹² Graulich in NVwZ 1988, 604/ 604

Tatsächlich kann diese Verfügung aber nicht erlassen werden, weil die Person des verantwortlichen Adressaten im Zeitpunkt des Einschreitens nicht feststeht und auch nicht in vertretbarer Zeit oder mit vertretbarem Aufwand ermittelt oder tatsächlich nicht erreicht werden kann. Ein Warten und längeres Hinnehmen des Zustandes darf wegen der Intensität der Gefahr und der zeitlichen Nähe des befürchteten Schadenseintritts nicht möglich sein, so dass eine unmittelbare Ausführung auch verhältnismäßig ist.¹³ Geht z.B. von einer Sache eine unmittelbare Gefahr aus – Bäume sind im Sturm von einem Grundstück auf die angrenzende Straße gestürzt; unbekannte Täter werfen Kanister mit hochgiftiger Flüssigkeit in einen Baggersee, so dass eine Verseuchung des Grundwassers droht – so darf die Polizei nicht tatenlos darauf warten, bis der urlaubsabwesende Grundstückseigentümer fernmündlich oder gar schriftlich ein Räumungsunternehmen beauftragt hat, ebenso wenig darf sie im Baggersee-Fall mit einem normalen Verfahren der Anwendung polizeilichen Zwangs kostbare Zeit verlieren, wenn der in Anspruch genommene Eigentümer des Sees seine Verantwortlichkeit leugnet. Hier hat dann die Polizei den nötigen Handlungsspielraum.¹⁴ Aufgrund der Gefahrensituation besteht also eine gewisse Eilbedürftigkeit, bei der ein Einschreiten der Polizei, z.B. zur Verhütung strafbarer Handlungen oder wegen unmittelbar bevorstehender Gefahr oder infolge Abwesenheit des Störers ihre Anordnungen geboten ist.¹⁵ Dabei fallen die sachliche Verfügung, die Anordnung sowie die Festsetzung und Ausführung des Zwangsmittels zusammen.¹⁶

Die Zustandsstörung knüpft an die Verfügungsgewalt über die störende Sache an. Deshalb kommen auch Halter als Störer in Betracht.¹⁷ Da bei der polizeilichen Verantwortlichkeit das Verschulden keine Rolle spielt, ist auch nach einer Panne oder bei durch einen Unfall bedingtem Anhalten die Zustands- und Verhaltenshaftung gegeben.¹⁸ Solche Maßnahmen der unmittelbaren Ausführung haben Eingriffscharakter, wenn sie auf die Rechtssphäre, insbesondere auf das Eigentum von Personen einwirken, die nicht anwesend oder aus einem anderen Grunde

¹³ Habermehl S. 301, RN. 739

¹⁴ Denninger in Litsken/ Denninger S. 157, RN. 128

¹⁵ Kugelmann in DÖV 1997, 153/ 154

¹⁶ Walter in Die Polizei 1991, 133/ 135

¹⁷ VGH Kassel NVwZ 1988, 655

¹⁸ Rasch § 8, B I

nicht durch Verfügung zur Gefahrenabwehr herangezogen werden können. § 8 HSOG erweitert also nicht die polizeilichen Befugnisse, stellt jedoch klar, dass ihre Ermächtigung nur dann eingreifen soll, wenn eine Inanspruchnahme der Verantwortlichen durch Polizeiverfügung nicht in Frage kommt. Dies entspricht dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.¹⁹

b) Reicht die Zeit aus, zunächst eine Verfügung zu erlassen, so ist die unmittelbare Ausführung unzulässig.²⁰

c) Die unmittelbare Ausführung kommt nur bei vertretbaren Handlungen in Betracht. Eine Handlung ist dann vertretbar, wenn es für die Polizei tatsächlich und wirtschaftlich gleich bleibt, ob der Pflichtige leistet oder ein anderer und wenn die Leistung durch einen anderen auch vom Standpunkt des Pflichtigen rechtlich zulässig ist.²¹

d) Ob die Polizei die erforderlichen Maßnahmen selbst ergreift oder einen Dritten beauftragt, liegt in ihrem Ermessen.²²

e) Von der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme ist nach § 8 I 2 HSOG jede betroffene Person unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern i.S.d. § 121 BGB, zu unterrichten. Betroffen ist die nach §§ 6, 7 HSOG verantwortliche Person.²³ Die Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betroffenen trägt als besondere Verfahrensvorschrift dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung. Der grundrechtsbeeinträchtigende Staat darf sich zur Durchführung seiner legitimen Ziele nur solcher Mittel bedienen, die den Bürger am wenigsten spürbar beeinträchtigen (sog. Subsidiaritätsklausel der unmittelbaren Ausführung).²⁴ Danach ist gemäß § 4 HSOG der für den Betroffenen entstehende Schaden so gering wie möglich zu halten. Um gerade bei Abschleppfällen eine langfristige und aufwendige Suche oder Ersatzbeschaffungsmaßnahmen zu vermeiden, muss der Betroffene schnellstmöglich in Kenntnis gesetzt werden. Ist dies nicht möglich, muss zumindest sichergestellt sein, dass bei einer Nachfrage der Polizei bzw. beim Aufsuchen der Polizei zur Erstattung einer Diebstahlsanzeige

¹⁹ Oldiges in JuS 1989, 616/ 619

²⁰ Bernet/ Groß/ Mende § 8, RN. 7

²¹ Rasch § 8, B III

²² Rasch § 8, B V und Kästner in JuS 1994, 361/ 365

²³ Meixner/ Fredrich § 8, RN. 11

²⁴ Gersdorf in NVwZ 1995, 1086/ 1087

sofort von dem Abschleppen und dem Verbleib des Fahrzeuges Kenntnis gegeben werden kann.²⁵

3. Kosten

Kosten sind kostenrechtlich der Oberbegriff für Gebühren und Auslagen. Da Gebühren für Gefahrenabwehrmaßnahmen in Hessen grundsätzlich nicht erhoben werden und der Gesetzgeber darauf abstellt, dass die Kosten durch die unmittelbare Ausführung der handelnden Behörden entstanden sein müssen, ist davon auszugehen, dass in § 8 II HSOG nur Auslagen i.S.d. Kostenrechts angesprochen sind. Es können also nur die Mehrausgaben geltend gemacht werden, die durch die unmittelbare Ausführung verursacht sind, nicht die allgemeinen Kosten.²⁶

Das heißt, Kosten, die der Polizei bei der Anwendung der Generalklausel entstehen, sind grundsätzlich Polizeikosten und fallen dem Träger der Polizei zur Last.

4. Rechtsschutz

Die Rechtsschutzform gegen die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme richtet sich nach der Rechtsnatur des angegriffenen Aktes. Über die rechtliche Einordnung der unmittelbaren Ausführung von Maßnahmen bestehen unterschiedliche Auffassungen.

a) Qualifikation als Vollstreckungsmaßnahme

Teilweise wird die unmittelbare Ausführung dem Vollstreckungsrecht zugeordnet und wie die Ausübung von Polizeizwang ohne vorausgehenden VA beurteilt. Dafür spricht, dass die praktischen Resultate der unmittelbaren Ausführung meist den Effekten einer Ersatzvornahme entsprechen. Entscheidet man sich für diese rechtliche Bewertung und folgt man im übrigen der Auffassung, es sei in der Ausübung von Polizeizwang ohne vorausgehenden VA der konkludente bzw. fiktive Erlass einer Verfügung zu sehen, kommen als Rechtsbehelfe hier Widerspruch und Anfechtungsklage, gegebenenfalls Fortsetzungsfeststellungsklage, in Betracht.²⁷

aa) So ist nach Oldiges Auffassung in der Vollzugshandlung der unmittelbaren Ausführung zugleich die Fiktion einer zugrundeliegenden Polizeiverfügung sowie die Androhung und Festsetzung des

²⁵ Bernet/ Groß/ Mende § 8, RN. 9

²⁶ Bernet/ Groß/ Mende § 8, RN. 10

²⁷ Käßner in JuS 1994, 361/ 363

Zwangsmittels zu sehen. Es bündeln sich also nicht die verschiedenen Verfahrensschritte des gestreckten Vollzuges zu einem einzigen Akt, der dann wie ein VA angefochten werden kann; das ist in Anbetracht des Umstandes, dass die unmittelbare Ausführung adressatenneutral vorgenommen und nicht bekannt gegeben wird, gar nicht möglich. Erst die gesetzlich gebotene unverzügliche Unterrichtung des Betroffenen lässt sich als ein nachträglich bekräftigender und abschließend feststellender VA deuten, der die bis dahin adressatenneutrale Maßnahme zugleich auch nachträglich adressiert.²⁸

bb) Anders Graulich²⁹, der von einem besonderen Fall der Ersatzvornahme ausgeht. Es handelt sich vielmehr um eine andere hoheitliche Maßnahme i.S.v. § 35 HVwVfG und damit um einen VA, der Fälle abdeckt, die bisher als Ersatzvornahme oder Anwendung unmittelbaren Zwanges eingeordnet wurden und der damit ähnlich wie bei Standardmaßnahmen als Ermächtigungsgrundlage Regelung und Vollstreckung in sich vereint.

cc) Auch Pausch und Prillwitz beurteilen die unmittelbare Ausführung als VA.³⁰ Denn zum einen ist die unmittelbare Ausführung keineswegs adressatenneutral, sondern richtet sich eindeutig an den nach den §§ 6 und 7 HSOG Verantwortlichen, und zum anderen fehlt es auch nicht an einer für den VA gemäß § 43 VwVfG notwendigen Bekanntmachung, da § 8 I 2 HSOG als spezialgesetzliche Regelung gegenüber §§ 41 und 43 VwVfG anzusehen ist und als solche eindeutig die vorherige Bekanntmachung entbehrlich macht. Im übrigen halten sie den Befürwortern der Qualifikation der unmittelbaren Ausführung als Realakt entgegen, dass diese hinsichtlich des möglichen Rechtsmittels gegen die polizeiliche Maßnahme den anwesenden Störer, welcher der polizeilichen Grundverfügung nicht Folge leisten will, gegenüber dem abwesenden Störer in ungerechtfertigter Weise bevorzugen. Denn der anwesende Störer kann gegenüber der polizeilich vorgenommenen Ersatzvornahme die Fortsetzungsfeststellungsklage erheben, während dem abwesenden Störer dieser Rechtsschutz versagt bliebe und er in der Regel auf Erhebung einer allgemeinen Leistungsklage bzw. auf den

²⁸ Oldiges in JuS 1989, 616/ 619

²⁹ Graulich in NVwZ 1988, 604/ 604

³⁰ Pausch/ Prillwitz S. 164 V 3

Zivilrechtsweg angewiesen wäre.³¹

b) Qualifikation als Maßnahme sui generis

Freilich sprechen gewichtige Argumente gegen eine Einordnung der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme der Gefahrenabwehr in das Vollstreckungsrecht.

aa) Unterschiedlich ist zunächst die Zielrichtung des Vorgehens. Verwaltungsvollstreckung erfolgt, jedenfalls dem Grundgedanken nach, gegen den Willen des Verpflichteten. Das sieht man plastisch an den allgemeinen Vollstreckungsmitteln Zwangsgeld und Zwangshaft, durch die der Betroffene motiviert werden soll, in der von ihm geforderten Weise zu handeln, und es zeigt sich besonders deutlich an den spezifischen polizeirechtlichen Vollstreckungsmitteln des unmittelbaren Zwangs. Die unmittelbare Ausführung knüpft demgegenüber gerade daran an, dass der Polizeipflichtige nicht in Anspruch genommen wird, eine Konfrontation mit einem entgegenstehenden Willen also nicht vorhanden ist.

bb) Gegen die Zuordnung zum Polizeizwang spricht ferner die Gesetzssystematik: Die unmittelbare Ausführung ist in den Polizeigesetzen nicht im Kontext des Polizeizwangs geregelt.³²

cc) Ein weiteres Argument liefert schließlich die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften: Die polizeigesetzlichen Regelungen über die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme entsprechen § 5 a MEPOIG eines einheitlichen Polizeigesetzes, der ebenso wie das Polizeirecht einiger Bundesländer beide Handlungsformen enthielt. Das deutet darauf hin, dass rechtlich unterschiedliche Phänomene gemeint waren. Dem gemäß sollte die unmittelbare Ausführung nicht als Ausübung von Polizeizwang, sondern als polizeiliches Handeln sui generis gewertet und dort, wo es sich um rein tatsächliches Vorgehen ohne Regelungscharakter i.S.d. § 35 VwVfG handelt, als Realakt qualifiziert werden. Rechtsschutz hiergegen wäre in Form der allgemeinen Leistungsklage bzw. der Feststellungsklage zu gewähren.

dd) Für eine Behandlung als Realakt spricht auch die Tatsache, dass die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme der Gefahrenabwehr gerade solche Fälle betrifft, in denen der Polizeipflichtige zunächst nicht

³¹ Pausch/ Prillwitz S. 164 V 3

³² Bernet/ Groß/ Mende § 8, RN. 3

bekannt oder in denen er vorerst nicht erreichbar ist.³³ Es fehlt an der Wirksamkeitsvoraussetzung der Bekanntgabe gemäß § 43 I VwVfG. Zwar ist der Betroffene nachträglich zu unterrichten, worin man einen feststellenden VA sehen könnte, der dann anfechtbar wäre. Allerdings fehlt es insoweit an der Regelungswirkung, die erst durch den Kostenbescheid eintritt. Ein VA liegt auch darin nicht.³⁴

Dagegen kann der Bescheid, mit dem die Kosten des Abschleppens angefordert werden, nach einem Vorverfahren mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.³⁵

Die verwaltungsgerichtliche Generalklausel des § 40 VwGO ermöglicht auch gegenüber Realakten der öffentlichen Verwaltung gemäß Art. 19 IV GG Rechtsschutz. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorgabe, die unmittelbare Ausführung sei „wie ein VA“ zu behandeln, ist insofern jedenfalls zur Gewährleistung effektiven gerichtlichen Schutzes nicht mehr erforderlich.³⁶

c) Ergebnis

Die Rechtswidrigkeit von Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers durch tatsächliches Verwaltungshandeln („Realakte“) kann heute durch Feststellungsklage gegen den vollzogenen Akt ebenso gut festgestellt werden, wie die eines VA durch eine nachträgliche Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO. Die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme wird man (insbesondere, wenn sie vor der Unterrichtung des Betroffenen erfolgt, der vielleicht noch gar nicht feststeht) nicht als VA sondern nur als Realakt qualifizieren können. Man vermeidet damit die Schwierigkeit, einen adressatenlosen VA annehmen zu müssen, der wirksam sein soll, obwohl er dem künftigen Adressaten noch gar nicht bekannt gegeben wurde.³⁷

C. Der sofortige Vollzug

Als sofortigen Vollzug bezeichnet man die Anwendung polizeilicher Zwangsmittel ohne vorausgehenden VA, das heißt, ohne vorgängige, normalerweise gegen den Verantwortlichen zu richtende

³³ Kästner in JuS 1994, 361/ 364, Schäfer in BayVBl 1989, 742/ 744

³⁴ Kugelman in DÖV 1997, 153/ 155

³⁵ Rasch § 8, B VII

³⁶ Kästner in JuS 1994, 361/ 364

³⁷ Denninger in LIsken/ Denninger S. 159, RN. 134

Grundverfügung und ohne Androhung des Zwangsmittels.³⁸ Der Sofortvollzug regelt also willensbeugende oder willensbrechende Maßnahmen der Polizei- oder Ordnungsbehörden, weshalb die Regelung sich auch systematisch bei den Vorschriften über die Vollstreckung befindet. Eine solche unmittelbare Zwangsanwendung ist also zulässig, wenn sie zur Gefahrenabwehr erforderlich ist, insbesondere wenn der Störer zwar erreichbar ist und auch in der Lage wäre, die Störung zu beseitigen, aufgrund seines erkennbar entgegenstehenden Willens aber dazu nicht bereit ist.³⁹

1. Voraussetzung

Es muss eine gegenwärtige Gefahr vorliegen, welche die Polizei im Rahmen ihrer Befugnisse abwehren muss.⁴⁰ Das bedeutet, dass gegen den Betroffenen im Zeitpunkt der Zwangsmaßnahme eine Grundverfügung rechtlich zulässig sein müsste. Jedoch muss auch eine Notwendigkeit des sofortigen Vollzuges bestehen. Das Vorliegen einer Gefahr allein genügt nicht, sofern diese auch im Wege des gestreckten normalen Verfahrens beseitigt werden könnte.⁴¹ Die Notwendigkeit muss sich gerade auf die Beseitigung einer dringenden Gefahr beziehen oder es liegt eine Gefahr im Verzuge vor. Dies ist gegeben, wenn die Einhaltung des gestreckten Verfahrens den Erfolg der Gefahrenabwehr beeinträchtigen oder verhindern könnte.⁴²

2. Rechtsnatur

In der Polizeirechtswissenschaft wird von manchen Autoren bei der Anwendung von Verwaltungszwang ohne vorausgehenden VA in der Anwendung des Zwangsmittels zugleich der Erlass der zu erzwingenden Verfügung gesehen,⁴³ die sozusagen im Augenblick ihres Erlasses auch schon vollstreckt wird. Hiernach fallen der (konkludente bzw. fiktive) Erlass des zu vollstreckenden VAs, die Auswahl und Festsetzung des Zwangsmittels sowie die Anwendung des Zwangsmittels in einem Akt zusammen. Die prinzipielle Grundstruktur der Vollstreckung bleibt damit erhalten.

³⁸ Denninger in Lisen/Denninger S. 158, RN. 131

³⁹ Knemeyer S. 183, RN. 359

⁴⁰ Bernet/Groß/Mende § 47, RN 9

⁴¹ Gusy S. 352, RN 351

⁴² Knemeyer S. 183, RN 359

⁴³ Drews/Wacke/Vogel/Martens § 25, S. 439

Diese Betrachtung, der zufolge im Handeln der Verwaltung der Erlass eines VA inbegriffen sein soll, erscheint freilich jedenfalls in den Fällen nicht sonderlich überzeugend, in denen der potentielle Adressat des VA nicht anwesend ist oder in denen sogar seine Identität noch gar nicht feststeht. Es müsste sich hierbei zunächst um einen adressatenlosen VA handeln, der erst später bekannt gegeben würde, wenn der Betroffene Kenntnis vom Vorgehen der Verwaltung erlangt. Folgt man dieser Betrachtungsweise, so ist damit der statthafte Rechtsschutz konkretisiert: in Betracht kommen, wie im normalen vollstreckungsrechtlichen Verfahren, Widerspruch und Anfechtungsklage, gegebenenfalls Fortsetzungsfeststellungsklage.⁴⁴

3. Abgrenzung des Sofortvollzuges von der sofortigen Vollziehung

Mit der Einführung der unmittelbaren Ausführung hat der hessische Gesetzgeber in § 47 II HSOG auch eine Regelung über den Sofortvollzug getroffen, der strikt von der sofortigen Vollziehung i.S.d. § 80 II Nr. 4 VwGO zu trennen ist.⁴⁵ Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO ist eine Möglichkeit, bei besonderem öffentlichen Vollzugsinteresse einen VA als Grundverfügung besonders schnell vollstreckbar zu machen. Der Verpflichtete kann sich mit einem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 V VwGO dagegen zur Wehr setzen. Beim sofortigen Vollzug fehlt es hingegen an einer vorangegangenen Grundverfügung. Hier bleibt dem Betroffenen nur noch die Möglichkeit, nachträglich Rechtsschutz zu suchen (Feststellung der Rechtswidrigkeit, Klage auf Folgenbeseitigung).⁴⁶

D. Unmittelbare Ausführung und Ersatzvornahme

Die unmittelbare Ausführung von Gefahrenabwehrhandlungen erfolgt häufig in den Formen der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges, da bei ihr eine Einwirkung auf den Willen des pflichtigen Störers ausscheidet. Eine Ersatzvornahme ist dann einschlägig, wenn jemand seiner Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht

⁴⁴ Kästner in JuS 1994, 361/ 363

⁴⁵ Denninger in Meyer/ Stolleis S. 342

⁴⁶ Denninger in Lisken/ Denninger S. 160, RN. 137

nachkommt. Der angetroffene Verantwortliche weigert sich trotz polizeilicher Verfügung, die Störung selbst zu beseitigen.⁴⁷ Dann kann die Polizei auf Kosten des Betroffenen die Handlung selbst ausführen oder durch einen anderen ausführen lassen. Bei der Fremdvorname beauftragt die Polizei einen Dritten durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages. Der Dritte handelt dann selbständig und eigenverantwortlich, ist also kein bloßer Verwaltungshelfer.⁴⁸

Die unmittelbare Ausführung ist aber selbst, da sie keine Grundverfügung durchsetzen soll, keine besondere Form der Ersatzvorname und somit auch keine Maßnahme des Verwaltungsvollzuges.⁴⁹ Eine solche Grundverfügung lässt sich auch nicht, obwohl es immer wieder versucht wird, in die unmittelbare Ausführung hineinkonstruieren.⁵⁰ Wenn eine Grundverfügung ergangen ist und sich ihr der Adressat widersetzt, bleibt nur die Durchsetzung mit Zwangsmitteln gemäß §§ 47 ff. HSOG, denn § 8 HSOG setzt nicht wie die Zwangsmittel einen entgegenstehenden Willen der betroffenen Person voraus. Deshalb ist § 8 I 1 HSOG kein besonderer Fall der Ersatzvorname. Vielmehr steht die Vorschrift in Zusammenhang mit der Störerproblematik und modifiziert diese. Dies folgt zudem aus der systematischen Stellung des § 8 HSOG außerhalb der Zwangsvorschriften sowie aus dem Umstand, dass die unmittelbare Ausführung mangels Adressaten kein vollstreckbarer VA i.S.v. § 47 I HSOG und daher auch keine Duldungsverfügung ist. Dies folgt weiter aus der Regelung des sofortigen Vollzuges in § 47 II HSOG, die sich von der unmittelbaren Ausführung unterscheiden muss. Dies bedeutet, dass die unmittelbare Ausführung nur anwendbar ist, wenn eine sog. Eigenhandlung anstelle des nicht heranziehbaren Verantwortlichen ausgeführt wird, ohne dass dabei ein entgegenstehender Wille desselben zu überwinden ist.⁵¹

Muss die Polizei nun im Verwaltungsvollzug die Erfüllung der Polizeipflichten eines Verantwortlichen im Wege der Ersatzvorname oder des unmittelbaren Zwanges durchsetzen, hat hier der Pflichtige die

⁴⁷ VGH Kassel in NVwZ – RR 1995, 29/ 29

⁴⁸ Benfer S. 321, RN. 1585 und Knemeyer S. 186, RN. 366

⁴⁹ Hornmann § 49, RN. 1

⁵⁰ Oldiges in JuS 1989, 616/ 619

⁵¹ Hornmann § 8 RN. 6

Kosten zu tragen. Auch bei der unmittelbaren Ausführung handelt es sich der Sache nach um Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwang, wenn die polizeiliche Gefahrenbekämpfung durch einen Störer veranlasst wurde. In diesen Fällen ist es angemessen, den Verantwortlichen bei unmittelbarer Ausführung kostenmäßig in gleicher Weise zu behandeln wie im Verwaltungsvollzug.⁵²

E. Vergleich von Sofortvollzug und unmittelbarer Ausführung

Da beiden Instituten nicht nur das Element der Dringlichkeit gemeinsam ist, sondern auch die tatbestandlichen Voraussetzungen teilweise deckungsgleich sind, ist eine Abgrenzung schwierig, jedoch wegen der verschiedenen Anwendungsbereiche notwendig.⁵³

Die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme ist ein Mittel der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr auf der Ebene des ersten Zugriffs mit vollstreckungsähnlichen Zügen.⁵⁴ Die sofortige Anwendung von Verwaltungszwang gehört dem Vollstreckungsrecht an. Systematisch gebührt der unmittelbaren Ausführung der Vorrang. Soweit der Anwendungsbereich des § 8 HSOG reicht, geht die Vorschrift vor. Erst auf der Ebene der Vollstreckung greift der Sofortvollzug und erfasst die sonstigen Fälle. Allerdings nähern sich die Anwendungsbereiche beider Rechtsinstitute deshalb an, weil beim sofortigen Vollzug der vorgelagerte VA gerade entfällt und damit auf die vorgelagerte Ebene des polizeilichen Handelns zugegriffen wird. Teils wird eine Abgrenzung kaum für möglich gehalten. Andererseits haben Landesgesetzgeber beide Rechtsinstitute nebeneinander installiert.⁵⁵ So auch in Hessen.

1. Überschneidungen und Gemeinsamkeiten

Die Betrachtung des sachlichen Anwendungsbereiches beider Normierungen zeigt zunächst, dass beide Vorschriften teilweise deckungsgleich sind. Insoweit regeln beide Vorschriften die gleichen Lebenssachverhalte, nur unter einem jeweils eigenen Aspekt. Während § 8 HSOG die Selbstdurchführung der Maßnahme seitens der Polizei anstelle der Anordnung gegenüber dem Pflichtigen in den Vordergrund rückt, steht bei § 47 II HSOG das sofortige Handeln der Polizei (ohne

⁵² Oldiges in JuS 1989, 616/ 619

⁵³ Denninger in Meyer/ Stolleis S. 342

⁵⁴ Schoch in JuS 1995, 307/ 312

⁵⁵ Kugelmann in DÖV 1997, 153/ 156

Grundverfügung) unter Rückgriff auf Vorschriften aus dem Recht der Zwangsmittelanwendung im Vordergrund. Da in dieser Hinsicht beide Vorschriften deckungsgleich sind, muss eine doppelte Normierung als entbehrlich erscheinen.⁵⁶ Nach Ansicht von Schmitt-Klammer⁵⁷ erweist sich § 8 HSOG als eine überflüssige „Zweit“-Normierung. § 47 II HSOG stellt für sich alleine eine ausreichende Regelung dar. Teilweise wird angenommen, dass beide Rechtsinstitute das gleiche seien und es eine bloße Eigentümlichkeit des Polizeirechts sei, dass beide in dem HSOG geregelt werden. Andererseits sei die unmittelbare Ausführung kein eigenständiges Zwangsmittel, sondern stelle lediglich eine spezifische Erscheinungsform von Zwangsmitteln dar.⁵⁸

Sowohl die unmittelbare Ausführung sowie der Sofortvollzug betreffen den Fall, dass eine polizeiliche Maßnahme durchgeführt wird, ohne dass ihr ein VA zugrunde liegt. Als Merkmal für die Abgrenzung kommt die Willensbeugung in Betracht.⁵⁹ Unmittelbar ausgeführt werden danach Maßnahmen ohne den Willen des Verantwortlichen, dagegen geht es bei der sofortigen Anwendung von Verwaltungszwang um Maßnahmen gegen den (vermuteten) Willen des Verantwortlichen.⁶⁰ Da der Sofortvollzug im Kapitel über den Verwaltungszwang zu finden ist, darf sein Zwangscharakter nicht außer acht gelassen werden.

Allerdings ist es sehr schwer, eine klare Trennung zu ziehen, da auf den zu vermutenden Willen einer abwesenden Person abgestellt wird. So könnte man annehmen, in Fällen des Abschleppens eines Pkw erfolge dies gegen den Willen des Betroffenen⁶¹. Der GrundVA, der infolge der Abwesenheit des Inhabers der tatsächlichen Gewalt nicht erlassen werden kann, richtet sich auf das Wegfahren des unzulässig geparkten Pkw. Diesen VA wird der Fahrer aber in der Regel befolgen wollen, um Sanktionen gerade zu vermeiden. Der Verwaltungszwang zielt auf die Durchsetzung des Wegfahrgebots. Ein entgegenstehender Wille kann also nur auf der nachgelagerten Vollstreckungsebene hinsichtlich der Zwangsmaßnahme selbst einschließlich der Kostentragung vorliegen. Der Wille bezüglich der Grundanordnung ist jedoch vom Willen zur

⁵⁶ Schmitt-Kammler in NWVBl 1989, 389/ 395

⁵⁷ Schmitt-Kammler in NWVBl 1989, 389/ 395

⁵⁸ Habermehl S. 300, RN. 737

⁵⁹ Bernet/ Groß/ Mende § 47, RN. 8

⁶⁰ Schenke in Steiner RN. 304

⁶¹ Kugelmann in DÖV 1997, 153/ 157

Übernahme der Kosten zu trennen. Zwangsmaßnahmen erfolgen immer gegen den Willen des Verantwortlichen, da sie gerade der Beugung seines Willens dienen. Stellte man auf die Zwangsmaßnahme ab, bliebe für die unmittelbare Ausführung kaum ein Anwendungsbereich, da diese Vorschrift in § 8 HSOG eine Kostentragungspflicht anordnet, die dem Willen des Betroffenen zuwiderlaufen wird.

Gegen eine Abgrenzung nach dem Willen des Betroffenen sprechen demnach insbesondere Wortlaut und Zweck des § 8 HSOG.⁶² Die Regelung betrifft die Erreichbarkeit des Zwecks durch Inanspruchnahme des Verantwortlichen, nicht seinen Willen zur Abwehr der Gefahr. Unmittelbar ausgeführt werden können auch Maßnahmen, die dem mutmaßlichen Willen eines zur Kostentragung verpflichteten Verantwortlichen nicht entsprechen.

Läuft z.B. ein Ölfass aus, ohne dass ein Verantwortlicher zu erreichen ist, kann das Abtragen des kontaminierten Erdreiches durch die Polizei und die von ihr beauftragte Feuerwehr durchaus als unmittelbare Ausführung einer Maßnahme, aber eben unter Umständen auch als Ersatzvornahme gesehen werden.⁶³ Ob sich der Wille des oder der Verantwortlichen auf einen Gefahrerforschungseingriff, das Abtragen eines Teils des Erdreiches oder die Beauftragung eines anderen - vielleicht kostengünstigeren - Unternehmens richtete, sollte für die rechtliche Beurteilung nicht ausschlaggebend sein.

§ 47 II HSOG, der der Polizei vorschreibt, dass diese nur innerhalb ihrer Befugnisse handeln müsse, gewinnt keine eigenständige Bedeutung bei der Abgrenzung zu § 8 HSOG. Die Polizei darf eine Zwangsmaßnahme, die sich auf einen nicht ergangenen VA bezieht, nur dann durchsetzen, wenn der VA hätte rechtmäßig ergehen können. Auch die unmittelbar ausgeführte Maßnahme ist nur rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen einer Befugnisnorm erfüllt sind. Die Polizei handelt anstelle des Verantwortlichen, weil dieser nicht erreichbar ist. Aber der Verantwortliche hat die Kosten zu tragen.⁶⁴

2. Unterschiede

a) Wortlaut

⁶² Kugelman in DÖV 1997, 153/ 157

⁶³ Götz S. 166, RN. 416

⁶⁴ Kugelman in DÖV 1997, 153/ 157

Ein Unterschied zwischen unmittelbarer Ausführung einer Maßnahme und dem Sofortvollzug ergibt sich aus dem Wortlaut. Im Fall der unmittelbaren Ausführung sind Maßnahmen gegen den Nichtverantwortlichen nicht erfasst, während § 47 II HSOG den § 9 HSOG ausdrücklich nennt.⁶⁵ Dies verdeutlicht auch die systematische Stellung des § 8 HSOG, der ein Vorgehen der Polizei erlaubt, um eine Inanspruchnahme des Nichtverantwortlichen wenn möglich zu vermeiden.⁶⁶ Hintergrund ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da gegen den Nichtverantwortlichen grundsätzlich eine Verfügung ergehen soll, um ihm die Gefahrenbeseitigung selbst zu ermöglichen, während gegenüber den Verhaltens- oder Zustandsverantwortlichen der Rückgriff auf polizeiliche Maßnahmen mit der Folge der Kostentragungspflicht des Verantwortlichen möglich sein soll.⁶⁷

Bedenken demgegenüber werden deshalb geäußert, weil die unmittelbare Ausführung als adressatenlose Maßnahme nicht über den Begriff der polizeilichen Verantwortlichkeit verstanden werden könne. Daher wird eine unmittelbare Ausführung von Maßnahmen gegenüber Nichtstörern für zulässig gehalten.

b) Bestimmung des Adressaten

Außer dem Wortlaut spricht jedoch gegen diese Auffassung die Bezogenheit der unmittelbaren Ausführung auf einen Adressaten, die aus der Kostenregelung des § 8 II HSOG deutlich wird. Dann führt aber § 9 I Nr. 3 HSOG zur Vorrangigkeit des § 8 HSOG.⁶⁸ Nach dieser Vorschrift setzt die Inanspruchnahme des Nichtstörers voraus, dass die Polizei die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig selbst oder durch Beauftragte abwehren kann. Über die Systematik hinaus steht die Vorrangigkeit der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme gegenüber § 9 HSOG auch im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des § 4 I HSOG.

Denn die unmittelbare Ausführung beeinträchtigt einzelne und die Allgemeinheit weniger als die Inanspruchnahme des Nichtverantwortlichen, sofern sie zur Gefahrenabwehr gleich geeignet ist.

⁶⁵ Gersdorf NVwZ 1995, 1086/ 1087

⁶⁶ Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens S. 442

⁶⁷ Gersdorf NVwZ 1995, 1086/ 1087

⁶⁸ Kugelmann in DÖV 1997, 153/ 158

Damit ist § 8 HSOG nur anwendbar, wenn der Zweck der Maßnahme durch die Heranziehung eines Verhaltens- oder Zustandsstörers nicht erreicht werden kann. Bevor versucht wird, die Gefahr durch die Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen zu beseitigen, muss die Polizei die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme in Betracht ziehen. Denn die Verantwortlichen sind dann zur Tragung der Kosten für die Gefahrenbeseitigung nach § 8 II HSOG verpflichtet, der Nichtstörer bleibt verschont. Falls die Möglichkeit eines Einschreitens nach § 8 HSOG (gegebenenfalls i.V.m. der Generalklausel) bestand, ist ein Vorgehen gegen den Nichtverantwortlichen nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Verwaltungszwang darf demnach nur dann sofort angewendet werden, wenn Maßnahmen gegen Verhaltens- oder Zustandsverantwortliche einschließlich der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme nicht zur Abwehr der Gefahr führen können. Denn der Verwaltungszwang folgt als Vollstreckungsverfahren den Maßnahmen der Gefahrenabwehr nach. Die Vorschrift des § 47 II HSOG gewährt allen Maßnahmen gegen Personen nach den §§ 6 bis 9 HSOG Vorrang, einschließlich der adressatenbezogenen Maßnahmen aufgrund des § 8 HSOG. Das spezifizierte Zwangsmittel soll erst dann zum Zuge kommen, wenn der Zweck der Gefahrenabwehr nicht auf der Ebene der Inanspruchnahme Verantwortlicher unter Einschluss der unmittelbaren Ausführung polizeilicher Maßnahmen erreicht werden kann.

So sind die Adressaten der unmittelbaren Ausführung auf die Störer nach §§ 6 und 7 HSOG beschränkt, während sich der Sofortvollzug gegen Verantwortliche i.S.d. §§ 6 bis 9 HSOG, also auch gegen Nichtstörer, richten kann. Ferner ermächtigt § 8 I HSOG die Behörde zur eigenen oder drittbeauftragten Ausführung einer Maßnahme, so dass nach dem Wortlaut des Gesetzes der Anwendungsbereich lediglich die Ausführung vertretbarer Handlungen umfasst. Hingegen lässt sich dem systematischen Zusammenhang der Regelung über den Sofortvollzug mit der generellen Durchführung von Verwaltungszwang entnehmen, dass sich § 47 II HSOG sowohl auf die Durchsetzung von vertretbaren und unvertretbaren Handlungen als auch auf die Erzwingung von Duldungen

und Unterlassungen erstreckt.⁶⁹

c) Lehrmeinungen

Auch in der dogmatischen Konstruktion weisen beide Rechtsfiguren Unterschiede auf. Während bei der unmittelbaren Ausführung Grundverfügung, Androhung, Festsetzung und Durchführung des Zwangsmittels in der konkreten Maßnahme fiktiv zu einem VA zusammengefasst werden, liegt das Wesen des Sofortvollzuges gerade in der Entbehrlichkeit einer Grundverfügung.⁷⁰ Die Abgrenzungsproblematik der Rechtsfiguren stellt sich vorwiegend in den Fällen, in denen bei Abwesenheit des Störers Gefahrenabwehrmaßnahmen der Polizei in Form der Ersatzvornahme durchgeführt werden. Das alltäglichste Beispiel hierfür ist wohl das polizeilich angeordnete Abschleppen eines verbotswidrig geparkten Pkw durch einen beauftragten Abschleppunternehmer.

aa) Ein Teil der Literatur⁷¹ wendet hier § 8 I HSOG mit der Begründung an, ein dem polizeilichen Zwang i.S.d. §§ 47 ff. HSOG immanenter entgegenstehender Wille des Adressaten werde bei dessen Abwesenheit nicht manifestiert und könne nicht schlechthin unterstellt werden, so dass eine Maßnahme nach § 47 II HSOG ausscheide.

bb) Die Gegenmeinung⁷² begründet die polizeiliche Ermächtigung mit der Regelung des Sofortvollzuges, da für die erste Regelungsvariante des § 47 II HSOG keine andere als die obendargestellte Fallkonstellation denkbar sei. Dieses Ergebnis ist nicht frei von rechtsdogmatischen Bedenken. Zweifelsfrei stellt § 47 II HSOG jedenfalls dann die ausschließliche Ermächtigungsgrundlage dar, wenn bei der Vollstreckung ein entgegenstehender Wille des (anwesenden) Adressaten gebeugt werden muss und aus Zeitgründen auf den Erlass einer Grundverfügung verzichtet werden kann (muss). Kann sich indes bei der Vollstreckung einer vertretbaren Handlung der entgegenstehende Wille des Polizeipflichtigen nach §§ 6, 7 HSOG nicht manifestieren (so meist bei dessen Abwesenheit), so richten sich die Durchführungsvoraussetzungen der Maßnahme nach § 8 I HSOG.

⁶⁹ Meyer/ Stolleis S. 342

⁷⁰ Meixner/ Fredrich § 47, RN. 15

⁷¹ Bernet/ Groß/ Mende § 47 RN. 8

⁷² Rachor in Lisken/ Denninger RN. 481

cc) Dieser Auffassung scheint nunmehr auch der VGH zu folgen, wenn auch § 8 I HSOG nur gegenüber der Ersatzvornahme (§ 49 HSOG) nicht aber gegen den Sofortvollzug abgegrenzt wird.⁷³

Da die Regelung der unmittelbaren Ausführung *expressis verbis* nur den Adressatenkreis der Störer i.S.d. §§ 6, 7 HSOG umfasst, ist die Frage der Willensbeugung zur Abgrenzung der Rechtsinstitute ausschließlich bei der Zustands- und Verhaltensverantwortlichkeit zu stellen. Der generelle Ausschluss polizeilichen Zwangs mangels entgegenstehenden Willens führt zu einer systemwidrigen Lücke bei der Inanspruchnahme eines abwesenden Nichtstörers: Die Polizei beansprucht zur Rettung der sich in einem brennenden Haus befindenden Personen die auf dem angrenzenden Grundstück herumliegende Leiter des abwesenden Nachbarn. Bei dessen Anwesenheit wäre dessen Inanspruchnahme bis hin zur Durchsetzung der Herausgabeverfügung mittels unmittelbaren Zwangs zulässig. Ist die Beugung des offenkundig entgegenstehenden Willens durch die schärfste Form staatlichen Zwanges rechtmäßig, so ist es sinnwidrig, ein gegenteiliges Ergebnis mangels Manifestierung des Willens zu begründen. Da jedoch der klare Wortlaut und die systematische Stellung des § 8 I HSOG dessen analoge Anwendung auf die Inanspruchnahme abwesender Nichtstörer ausschließen, sind die oben beschriebenen polizeilichen Maßnahmen gegen nicht verantwortliche Personen i.S.d. § 9 HSOG auf die Ermächtigungsgrundlage des § 47 II HSOG zu stützen.⁷⁴

d) Art der Maßnahme

Ein weiterer Unterschied liegt in der Art der Maßnahme.⁷⁵ § 47 II HSOG erfasst Fälle, die aus dem Normbereich des § 8 HSOG herausfallen. Vor allem diejenigen Fälle lassen sich nur mit § 47 HSOG erfassen, in denen nicht eine „Ersatzhandlung“ der Polizei in Rede steht, sondern wo unmittelbar zwangsweise gegen die vorhandene Person des Pflichtigen vorzugehen ist, meist unter Überwindung eines entgegenstehenden Willens.⁷⁶

Da Standardmaßnahmen in der Regel unvertretbar sind, können sie nicht

⁷³ NVwZ – RR 1996, 150/ 151

⁷⁴ Denninger in Meyer/ Stolleis S. 343

⁷⁵ Meixner/ Fredrich § 47, RN. 16

⁷⁶ Schmitt-Kammler in NWVBI 1989, 389/ 395

unmittelbar ausgeführt werden.⁷⁷ Die Identitätsfeststellung, Ingewahrsamnahme oder Platzverweisung findet im direkten Kontakt zwischen Polizei und Verantwortlichen statt. Ist letzterer nicht anwesend, liegen in aller Regel schon die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor.

Wenn der Verantwortliche infolge Bewusstlosigkeit oder Trunkenheit nicht in der Lage ist, der polizeilichen Verfügung Folge zu leisten, kann der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden, indem z.B. der Bewusstlose durch Wegtragen vom Platz entfernt oder in Gewahrsam genommen wird. Entweder ist dieses Handeln noch von der Einzelbefugnis gedeckt, oder es handelt sich dabei um unmittelbaren Zwang gegen Personen, der ohne entsprechende Grundverfügung auf der Basis des § 47 II HSOG zulässig ist.⁷⁸

Zwang ist lediglich das Erzwingen einer unvertretbaren Handlung durch die Polizei gegen den Willen des Betroffenen. Die Befugnisse zur Vornahme von Standardmaßnahmen umfassen die Durchsetzung der Maßnahme bis zur Grenze des Zwangs. Erst wenn der Betroffene seinen Willen zu erkennen gibt, der Anordnung nicht nachzukommen, oder dieser Wille zu vermuten ist, kann zu Zwangsmitteln gegriffen werden.⁷⁹

Rechtsgrundlage für Maßnahmen, die ohne den Willen des Betroffenen vorgenommen werden, sind die Standardbefugnisse selbst, also beispielsweise die Vorschriften über die Ingewahrsamnahme oder den Platzverweis. Wird dem Unzurechnungsfähigen durch die Polizei zum Zweck der Identitätsfeststellung ein Ausweis aus der Tasche genommen, beruht dies auf der Standardbefugnis des § 18 III 1 HSOG, der ausdrücklich die Befugnis zum Treffen der erforderlichen Maßnahmen einräumt. Gleiches gilt auch für die Befugnisse über die Durchsuchung von Sachen und insbesondere Wohnungen. Die Vorschriften erlauben die Durchführung der Maßnahme auch, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die Sache abwesend ist. Der Vorschrift über die unmittelbare Ausführung von Maßnahmen bedarf es nicht. Demgegenüber hält der BayVG⁸⁰ die unmittelbare Ausführung einer Sicherstellung für möglich. Dies widerspricht der hier entwickelten

⁷⁷ Meixner/ Fredrich § 8, RN.6

⁷⁸ Kugelman in DÖV 1997, 151/ 158

⁷⁹ Rachor in Litsken/ Denninger S. 207, RN.46

⁸⁰ NVwZ 1990,180/ 181

Konzeption. Die Sicherstellung erfolgt durch einen VA, mit dem sie angeordnet wird, und die tatsächliche Entgegennahme der Sache. Weigert sich der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, die Sache herauszugeben, kann die Sicherstellung durch Wegnahme im Wege unmittelbaren Zwangs durchgesetzt werden. Sollte ein Fall vorliegen, in dem die Polizei die Sicherstellung eilig vornehmen will und deshalb ein wirksamer Verwaltungsakt nicht erlassen werden kann, greift die sofortige Anwendung des unmittelbaren Zwangs gegen Personen. Sieht der Polizeibeamte die Schusswaffe unter der Jacke der Person, die angehalten wurde, kann er aufgrund des § 47 II HSOG schnell zugreifen und die Waffe an sich nehmen. Die Herausgabe der Sache ist eine unvertretbare Handlung. Damit ist die Befugnisnorm, welche die unmittelbare Ausführung der Maßnahme erlaubt, die Generalklausel.

Nach den vorangegangenen Erwägungen erweist sich der Begriff der Vertretbarkeit als ein wichtiges Abgrenzungskriterium. Dies betrifft auch die Ersatzvornahme, die eine vorangegangene Handlung betrifft. Insoweit kommt in Eilfällen § 47 II HSOG nicht in Betracht, denn die Vorschrift über die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme ist spezieller.⁸¹

Diese Spezialität greift auch in der Situation des unmittelbaren Zwangs gegen Sachen. Das Öffnen eines verschlossenen Pkws oder Maßnahmen gegen einen streunenden Hund sind vertretbare Handlungen. Derartige Maßnahmen können aufgrund des § 8 HSOG unmittelbar ausgeführt werden.

F. Schlussbemerkung

Der Polizei stehen für das Handeln in Eilfällen ausreichende Rechtsgrundlagen zur Verfügung. Das praktische Vorgehen ist in aller Regel rechtmäßig, solange es zur Abwehr der Gefahr geeignet und erforderlich ist. Im nachhinein können die faktisch vorgenommenen Maßnahmen den vorhandenen Rechtsgrundlagen zugeordnet werden. Das es in Hessen beide Rechtsinstitute nebeneinander aufweist, ergibt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns im Ergebnis keinen Unterschied. Fraglich ist dann nur, welche der beiden Vorschriften eingreift. Dies wird spätestens bei der Auferlegung der

⁸¹ Schmitt-Kammler in NWVBI 1989,389/ 395

Kosten relevant, dann kommt es darauf an, welche Rechtsgrundlage anwendbar ist.⁸²

Die Suche nach der richtigen Rechtsgrundlage wäre jedoch etwas einfacher, wenn § 47 II HSOG einen anderen Wortlaut aufwiese. Schon, die „Spannungen“ zu beseitigen, die daraus entstehen, dass die Vorschrift einerseits von „Verwaltungszwang“ spricht, andererseits aufgrund ihres übrigen Wortlauts eindeutig Fälle mitumfasst, in denen eine Zwangsanwendung im strengen Sinne nicht stattfindet, könnte man § 47 II HSOG möglicherweise so umformulieren:

„Die Polizei kann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt Verwaltungszwang anwenden oder nach den für den Verwaltungszwang geltenden Vorschriften handeln, wenn...“

Da beide Rechtsinstitute in Hessen anzutreffen sind, dürfte es sich empfehlen, § 47 II HSOG in der Verwendung zu beschränken und nach § 8 HSOG abzuwickeln, der insoweit dann als die speziellere Norm verstanden werden könnte. Dabei wäre in § 8 HSOG eine Ergänzung wünschenswert, die klarstellte, dass die Vorschriften über die Ersatzvornahme und den unmittelbaren Zwang gegen Sachen entsprechend anzuwenden seien.⁸³

⁸² Kugelmann in DÖV 1997, 153/ 160

⁸³ Schmitt-Kammler in NWVBI 1989, 389/ 395