

# Basiswissen Polizei- und Ordnungsrecht – Lektion 7

## Ermessen und Verhältnismäßigkeit

### A. Allgemeines und verfassungsrechtlicher Hintergrund

Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel (= Ermächtigungsgrundlage) erfüllt sind, steht der Polizei und den Ordnungsbehörden auf Rechtsfolgenrechts Ermessen zu.

Unterscheide also Tatbestand und Rechtsfolge!

Unterscheide auf Rechtsfolgenrechtsseite: gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung!

Die gesetzliche Einräumung von Ermessen verschafft der Verwaltung Entscheidungsspielräume. Diese unterliegen aber rechtsstaatlichen Bindungen, vgl. dazu

- Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG: Bindung an Grundrechte sowie an Gesetz und Recht,
- § 40 VwVfG: Bindung an Zweck und gesetzliche Grenzen,
- § 114 S. 1 VwGO: Bindung an gesetzliche Grenzen und Zwecke,
- § 3 PolG NRW bzw. § 16 OBG NRW: pflichtgemäßes – kein völlig freies – Ermessen,

- § 2 PolG NRW bzw. § 15 OBG NRW: Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der seinerseits in den Grundrechten und im Rechtsstaatsgebot wurzelt.

## **B. Insb.: das Ermessen bei der Anwendung der polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklausel (und auch bei anderen Gefahrenabwehrnormen)**

**Klausur- und Praxishinweis:** Außerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts steht vielfach das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Vordergrund, sodass z.B. wie folgt formuliert werden kann:

„Im Rahmen des Ermessens ist insb. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.“

Anders ist dies im Polizei- und Ordnungsrech. Hier empfiehlt sich im Rahmen des Ermessens eine Prüfung in drei Schritten:

- Entschließungsermessen,
- Auswahlermessen in Bezug auf den Adressaten (Störerauswahl),
- Auswahlermessen in Bezug auf das Mittel (Verhältnismäßigkeit).

### **I. Entschließungsermessen („ob“ des Tätigwerdens)**

Es gilt das sog. Opportunitätsprinzip. Teils wird sog. intendiertes Ermessen angenommen (zw.).

Wenn die Polizei tätig wird, wird das Entschließungsermessen in aller Regel ordnungsgemäß ausgeübt worden sein.

Problematisch ist am ehesten das Untätigbleiben trotz Vorliegens einer Gefahrenlage, wenn es um den Schutz privater Rechte geht.

**Bsp.:** Hausbesetzung. Eigentümer begehrt Räumung. Polizei lehnt dies i.S.v. Deeskalation ab.

Hier stellt sich dann die Frage, ob u.U. eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt und die Polizei zum Einschreiten verpflichtet ist.

Dann hätte der betroffene Bürger einen Anspruch auf Einschreiten.

**Hinweis:** Grundsätzlich schützen die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen und das Handeln der Polizei Allgemeininteressen. Also kein Individual- bzw. Drittschutz. Soweit die öffentliche Sicherheit unter dem Gesichtspunkt privater Rechte betroffen ist, ist allerdings drittschützende Wirkung zu bejahen – wichtig für die Klage- und Antragsbefugnis.

## II. Auswahlermessen mit Blick auf den Adressaten (Störerauswahl – Tätigwerden gegenüber wem?)

Umfassend zu Störermehrheit und Störerauswahl: *Schoch*, Störermehrheit im Polizei- und Ordnungsrecht, Jura 2012, 685 ff.

Wenn es mehrere Störer gibt, stellt sich die Frage, gegen wen die Behörde vorgehen soll.

Traditionell werden hierzu einige Faustformeln genannt: „Handlungsstörer vor Zustandsstörer“ oder „Doppelstörer vor Einfachstörer“.

Ebenso traditionell wird aber klargestellt, dass diese Faustformeln letztlich nicht relevant sind!

Zentrales Auswahlkriterium ist die Effektivität der Gefahrenabwehr. Relevant ist z.B. die Leistungsstärke der verschiedenen Störer.

Bsp.: Wenn eine Altlastengefahr durch A und B verursacht worden ist, A aber ein Kleinunternehmen und B ein leistungsstarkes Großunternehmen mit einem umfangreichen und einschlägigen Maschinenpark ist, kann es i.S.d. Effektivität der Gefahrenabwehr sachgerecht sein, B in Anspruch zu nehmen.

Zur **Störerauswahl** kann festgehalten werden:

- Bei der Störerauswahl auf der Primärebene (= Gefahrbekämpfung) hat sich die Behörde in erster Linie von dem Gesichtspunkt der effektiven Gefahrenabwehr unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leiten zu lassen (VGH BW, VB1BW 2013, 189).
- Auf der Sekundärebene (= Kostenverteilung) ist die Heranziehung zu den Kosten an der Leistungsfähigkeit und am Gebot der gerechten Lastenverteilung auszurichten.

Nach VGH BW, NVwZ-RR 2012, 387 mit Bespr. *Waldhoff*, JuS 2012, 863 f., soll das Gebot gerechter Lastenverteilung sogar das vorrangige Auswahlkriterium sein.

### **Problem: Regress des Inanspruchgenommenen gegenüber den übrigen Störern?**

Von den Fragen, gegen wen die Polizei (oder Ordnungsbehörde) vorgeht und wem sie die Kosten auferlegt, zu unterscheiden ist ein etwaiger Regress des Inanspruchgenommenen gegenüber den übrigen Störern.

Hierfür gibt es teils spezielle gesetzliche Regelungen (so z.B. bei der Sicherstellung, § 46 Abs. 3 S. 2 PolG, oder im Altlastenbereich, § 24 Abs. 2 BBodSchG).

Was gilt, wenn es keine spezielle Regelung gibt? Viele stellen insofern auf § 426 BGB (ggf. analog) ab, ggf. auch auf Geschäftsführung ohne Auftrag, anders jedoch die Rspr.: grundsätzlich kein Ausgleich.

Konsequenz: Wenn die Behörde nur einen von mehreren Störern in Anspruch nimmt, nur ihm die Kosten auferlegt und dies damit begründet, er könne ja internen Ausgleich von den anderen Störern begehren, ist darin ein Ermessensfehler zu sehen (es sei denn, der Inanspruchnahme hat doch eine realistische Aussicht auf Innenausgleich). Sie muss vielmehr die einzelnen Störern entsprechend ihrer Verantwortungs-/Störungsverursachungsbeiträge in Anspruch nehmen – sog. pro rata-Haftung;

so VGH BW, NVwZ 2012, 387 mit Anm. *Waldhoff*, JA 2013, 863: Behörde entsorgt im Wege der Ersatzvornahme Altholz einer Holzschredder-Anlage. Der Anlagenbetreiber ist pleite; das Altholz stammte von 100 Kleinanlieferern und 15 Großanlieferern. Behörde nimmt nur einen (besonders finanzstarken) Großanlieferer in Anspruch, und zwar im Sinne der Verfahrensökonomie (nur ein Bescheid nötig).

### III. Auswahlermessen mit Blick auf das Mittel (= Verhältnismäßigkeit – „wie“ des Tätigwerdens)

1. Legitimes Ziel des polizeilichen Tätigwerdens?
2. Geeignetheit?
3. Erforderlichkeit?
  - Hier ggf. Austauschmittel relevant, vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 PolG NRW bzw. § 21 S. 2 OBG NRW.
  - Bei Gefahrverdacht: Grds. sind nur Gefahrerforschungsmaßnahmen (durch die Behörde) und eine entsprechende Duldungsverfügung ggü. dem Verdachtsstörer erforderlich.
4. Angemessenheit/Zumutbarkeit? Hier ggf. Grundrechte erörtern.