

**Abschlussklausur Polizei- und Ordnungsrecht
Wintersemester 2019/2020**

Prof. Dr. Gusy

Lösungsskizze

M könnte Rückzahlung der 150,00 EUR von der Stadt B verlangen, wenn sie einen Anspruch auf Rückzahlung hätte.

A. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage könnte § 77 Abs. 4 S. 1 VwVG NRW i.V.m. § 21 Abs. 1 GebG NRW sein. § 21 Abs. 1 Alt. 2 GebG NRW verlangt, dass die Kosten zu Unrecht erhoben worden sind. „Kostenerhebung“ meint i.S.d. § 14 GebG NRW erhobene Kosten. Regelfall einer zu Unrecht erfolgten Kostenerhebung ist hier die Erstattung nach erfolgreicher Anfechtung der Kostenentscheidung. Der Gesetzgeber wollte durch die Verweisung des § 77 Abs. 4 S. 1 VwVG NRW auf § 21 GebG NRW Recht vereinheitlichen. Der Verweis bezieht sich somit auf alle unberechtigten Vermögensverschiebungen in § 77 VwVG NRW, auch auf diejenigen, die nicht durch vorgelagerten Verwaltungsakt festgesetzt wurden. Anspruchsgrundlage ist demnach § 77 Abs. 4 S. 1 VwVG NRW i.V.m. § 21 Abs. 1 GebG NRW.

***Korrekturhinweis:** Die Problematisierung von § 14 GebG NRW dürfte nur besonders aufmerksamen Bearbeitern auffallen. In Betracht käme bei Ablehnung direkter jedenfalls eine analoge Anwendung von § 21 GebG NRW. Denkbar ist auch, den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch heranzuziehen, sofern sich der Bearbeiter mit der Frage auseinandersetzt, warum § 21 Abs. 1 GebG NRW nicht einschlägig ist. Ausführungen zu § 14 GebG NRW sollen sich erheblich positiv in der Note widerspiegeln, fehlende Ausführungen nicht stark ins Gewicht fallen.*

B. Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs

Durch die Zahlung der M müsste ohne Rechtsgrund eine Vermögensverschiebung zugunsten der Stadt B bewirkt worden sein.

I. Vermögensverschiebung

M müsste zunächst Vermögen in Richtung der B verschoben haben. Dies kann nach den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen durch Leistung oder Nichtleistung geschehen. Leistung ist die zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. M hat 150 EUR an U gezahlt, der von B beauftragt wurde, ihren Smart abzuschleppen. Nach lebensnaher Sachverhaltsauslegung kam es der M mit der Zahlung an U nicht etwa auf die Erfüllung dessen Werklohnanspruchs gegen die Stadt B an, sondern M wollte auf die öffentlich-rechtliche Forderung der Stadt B gegen sie selbst zahlen. Somit ist aus Sicht der M sie selbst durch ihre Zahlung an U von ihrer Verbindlichkeit gegenüber B freigeworden. Das Vermögen der B ist also gemehrt. Die M hat bewusst und zweckgerichtet (Zahlung auf öffentlich-rechtliche Forderung) das Vermögen der B gemehrt. Damit liegt eine Leistung über 150,00 EUR, also eine Vermögensverschiebung zugunsten der Stadt B vor.

II. Ohne Rechtsgrund

Die Vermögensverschiebung müsste auch ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Dies wäre der Fall, wenn

keine Verpflichtung der M zur Leistung bestand, hier also zur Zahlung der 150,00 EUR. Eine Verpflichtung bestünde, soweit die Stadt B einen Anspruch gegen M auf Zahlung der Abschleppkosten i.H.v. 150,00 EUR hätte. Ein solcher Anspruch könnte sich durch die Erstattungsverpflichtung der M gegenüber B für das von B durchgeführte/beauftragte Abschleppen ihres Smarts ergeben.

1. Anspruchsgrundlage für die Zahlung der Abschleppkosten

Die Erstattung für behördliche Abschleppkosten regelt sich nach dem VwVG NRW. Das Abschleppen eines verbotswidrig abgestellten Kfz könnte hier Sicherstellung oder Ersatzvornahme sein. Geht man von einer Sicherstellung aus, könnte ein Anspruch der B aus §§ 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 8 VO VwVG NRW, 77 VwVG NRW i.V.m. §§ 46 Abs. 3, 43 PolG NRW i.V.m. § 24 Nr. 13 OBG NRW folgen. Bei Vorliegen einer Ersatzvornahme ergäbe sich ein Anspruch ggf. aus §§ 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW, 77 VwVG NRW i.V.m. §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 1 VwVG NRW.

Unstreitig liegt eine Sicherstellung vor, wenn das Fahrzeug in Gewahrsam genommen wird, um eine über das Falschparken hinausgehende Gefahr zu beseitigen (z.B. undichter Benzintank).¹ Umgekehrt liegt mangels Begründung amtlichen Gewahrsams dann unumstritten keine Sicherstellung vor, wenn das Fahrzeug nur wenige Meter versetzt wird. Umstritten ist die Einordnung in den Fällen, in denen das Fahrzeug wegen eines Parkverstößes abgeschleppt und auf einen Verwehrplatz verbracht wird.

Die überwiegende Ansicht nimmt nur dann eine Sicherstellung i.S.d. § 43 Nr. 1 PolG NRW an, wenn eine Gefahr abgewehrt werden soll, die der sicherzustellenden Sache selbst droht. Hier steht der Smart der M im Kreuzungsbereich, in dem die Unfallgefahr nach allgemeiner Lebenserfahrung besonders groß ist. Durch einen Unfall könnte also auch der Smart selbst geschädigt werden, ihm selbst könnte somit eine Gefahr drohen. Allerdings ist der Smart ein sehr kleines KFZ, das nicht den gesamten Kreuzungsbereich versperrt. Auch finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kreuzung besonders schlecht einsehbar oder generell höchst unfallgefährdet ist. Vielmehr ist wesentliche behördliche Abschleppursache, dass das Fahrzeug der M im Halteverbot stand. Damit könnte ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 StVO i.V.m. den Zeichen 283 lfd. Nr. 62 und 62.2 der Anl. 2 zu § 41 Abs. 1 StVO vorliegen. Durch das Abschleppen sollte daher keine Gefahr abgewendet werden, die dem Kfz selbst drohte, sondern vielmehr der rechtmäßige Zustand wiederhergestellt² und das in dem Verkehrsschild enthaltene Wegfahr- oder Räumungsgebot durchgesetzt³ werden. Demzufolge ist der Abschleppvorgang als Ersatzvornahme einzuordnen.

Ein Anspruch könnte sich somit aus §§ 20 Abs. 2 S. 2 Nr. 7 VO VwVG NRW, 77 VwVG NRW i.V.m. §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 1 VwVG NRW ergeben.

Anmerkung: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar (z.B. wegen Kreuzungsbereich). Zudem kann der unmittelbare Zwang als Anknüpfungspunkt gewählt werden (siehe dazu unten bei der Lehre von der Handlungsidentität. Die dort genannten Argumente müssten dann hier ausgeführt werden).

2. Anspruchsvoraussetzung: Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die Ersatzvornahme selbst müsste also rechtmäßig sein. Dies folgt aus der Verwendung des Begriffs „Pflichtiger“ i.S.d. § 77 VwVG NRW i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 1 VO VwVG NRW bzw. dem Wortlaut „Amtshandlungen nach diesem Gesetz“ in § 77 Abs. 1 VwVG NRW. Pflichtig ist nur derjenige, gegen den rechtmäßig im Wege des Verwaltungszwangs vorgegangen worden ist. Die Ersatzvornahme müsste also auf Basis einer Ermächtigungsgrundlage erfolgen, von der der O formell und materiell recht-

¹ Etwa BayVG, BayVBl. 1984, 559, 560 f.; HessVG, NJW 1987, 3277, 3277.

² Vgl. VG Potsdam, NZW 2014, 55, 55 f.

³ Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 245.

mäßig Gebrauch gemacht hat.

a. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für die Ersatzvornahme ist §§ 59 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 1, 55 VwVG NRW.

Anmerkung: Die Wahl des unmittelbaren Zwangs als Anknüpfungspunkt bei der Suche der Ermächtigungsgrundlage (s.o.) hätte hier erhebliche Auswirkungen (EGL dann §§ 62 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 3, 55 VwVG NRW). Zu den Argumenten s.u.

b. Formelle Rechtmäßigkeit

Für die Vollstreckung von Verwaltungsakten ist gem. § 56 VwVG NRW die Behörde als Vollzugsbehörde zuständig, welche die Grundverfügung erlassen hat. Als vollstreckungsfähige Grundverfügung kommt hier nur das Verkehrsschild in Betracht. Erlassbehörde für Verkehrsschilder ist gem. § 44 Abs. 1 StVO, § 1 StVOZustVO NRW die (untere) Straßenverkehrsbehörde (Sonderordnungsbehörde: Kreis oder eine kreisfreie Stadt), als Ordnungsbehörde. Der Ordnungsbehördenmitarbeiter der Stadt B war also zuständig.

Für Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung ist eine Anhörung nach § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG NRW entbehrlich.

Anmerkung: Ein kurzer, allerdings fallbezogener Exkurs der Bearbeiter über den Rechtscharakter des Verkehrsschildes (kann das Verkehrsschild Grundverfügung sein?) soll nicht negativ bewertet werden (s.a. unten).

c. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ersatzvornahme wäre rechtmäßig, wenn die Vollstreckungsvoraussetzungen vorlägen, die Vollstreckung ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre und M kostenpflichtig wäre.

aa. Gestrecktes Verwaltungsverfahren gem. § 55 Abs. 1 VwVG NRW

Die Vollstreckungsvoraussetzungen des gestreckten Verfahrens könnten vorliegen (§ 55 Abs. 1 VwVG NRW).

(1) (Grund-)Verwaltungsakt

Es müsste dafür ein (Grund-)Verwaltungsakt gerichtet auf ein Handeln, Dulden oder Unterlassen („HDU-Verfügung“) vorliegen. Hier könnte der Grundverwaltungsakt das Halteverbotsschild sein, genauer das Zeichen 283 (Ifd. Nr. 62 der Anl. 2 zu § 41 Abs. 1 StVO). Das Verkehrszeichen dient als Ersatz für entsprechende Regelungen durch Ordnungskräfte. Verkehrsschilder sind damit Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 3. Var. VwVfG. Zeichen 283 verbietet das Halten auf der Fahrbahn und mit dem betreffenden Zusatzschild auch auf dem Seitenstreifen. Es ist damit auf ein Unterlassen gerichtet. Eine Ersatzvornahme ist nun jedoch nur möglich, wenn der Verwaltungsakt auf die Vornahme einer (vertretbaren) Handlung gerichtet ist. Die Pflicht, etwas zu unterlassen, kann aufgrund ihrer Unvertretbarkeit nicht Gegenstand einer Ersatzvornahme sein. Mit dem Halteverbot ist zugleich das Gebot verbunden, das Fahrzeug aus dem Halteverbot zu entfernen, sog. Wegfahrgebot. Dieses Gebot ist auf Vornahme einer Handlung gerichtet und tauglicher Gegenstand einer Ersatzvornahme.

Anmerkung: Kurze Ausführungen zum Rechtscharakter des Verkehrsschildes (Verwaltungsvorschrift, Verwaltungsakt oder Allgemeinverfügung) sollen nicht negativ bewertet werden. Jedoch sollte klar erkennbar sein, dass der „Streit“ weitgehend historisch ist.

(2) Wirksamkeit des Verwaltungsakts

Voraussetzung ist weiterhin die Wirksamkeit des (Grund-)Verwaltungsaktes. Die Wirksamkeit eines

Verwaltungsaktes und somit auch des Verkehrsschildes als Allgemeinverfügung setzt gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG NRW die Bekanntgabe voraus. Bekanntgegeben ist ein Verwaltungsakt im Regelfall bei individueller Möglichkeit der Kenntnisnahme. Bei Verkehrszeichen ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe umstritten. Auf diesen Streit, ob die Bekanntgabe eines Verkehrszeichens bei Annäherung und konkreter Möglichkeit der Kenntnisnahme erfolgt oder ob eine Bekanntgabe auch unabhängig von der Kenntnisnahme durch Aufstellung – wegen der damit verbundenen abstrakten Kenntnisnahmemöglichkeit – erfolgt, kommt es hier nicht an. M hat von dem Verkehrszeichen tatsächlich Kenntnis, so dass eine Bekanntgabe erfolgt ist.

(3) Vollstreckbarkeit

Der (Grund-)Verwaltungsakt müsste vollstreckbar sein. Dies ist der Fall, wenn er unanfechtbar ist oder ein Rechtsmittel gegen ihn keine aufschiebende Wirkung hat. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels gegen das Verkehrszeichen entfällt gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO analog. Zwar regelt die Vorschrift nach ihrem Wortlaut lediglich unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten, doch müssen Verkehrszeichen aufgrund ihrer Funktionsgleichheit mit entsprechenden verkehrsregelnden Zeichen von Polizeibeamten gleichgestellt werden. Mangels aufschiebender Wirkung gegenüber M ist der (Grund-) Verwaltungsakt vollstreckbar.

(4) Rechtmäßigkeit des (Grund-) Verwaltungsaktes

Umstritten ist, ob es im gestreckten Verfahren auf die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung ankommt. Hier ist das Halteverbot aber rechtmäßig angeordnet worden. Der Streitentscheid kann dahinstehen.

(5) Ordnungsgemäßes Vollstreckungsverfahren

Das gestreckte Vollstreckungsverfahren müsste ordnungsgemäß durchgeführt worden sein.

(a) Taugliches Zwangsmittel gem. § 57 VwVG NRW

Die Ersatzvornahme setzt eine vertretbare Handlung des Betroffenen voraus, die von der Behörde durchgeführt worden ist. Fraglich ist, ob das Wegfahrgebot der M eine durch die Behörde vertretbare Handlung ist. Dies ist umstritten. Während die Lehre von der Handlungsidentität eine behördlich identische Handlung zum Wegbewegen des Smarts fordert, setzt die Lehre von der Erfolgsidentität lediglich denselben Erfolg der behördlichen Handlung voraus. Die Lehre von der Handlungsidentität lehnt ein Abschleppen als vertretbare Handlung für ein Wegfahrgebot ab. Sie sieht ein Abschleppen als unmittelbaren Zwang an, weil es gerade nicht das Wegfahren selbst ist. Dagegen nimmt die Lehre vom Erfolgsunrecht an, dass das behördliche Abschleppen vertretbare Handlung für das Wegfahren ist. Für die Lehre vom Erfolgsunrecht spricht, dass neben der Ersatzvornahme gerade auch noch der unmittelbare Zwang als Vollstreckungsmaßnahme existiert, dessen Wortlaut ebenfalls einschlägig erscheint. Zudem könnte ein gesetzgeberisches Festlegen des Abschleppens als unmittelbarer Zwang gerade gewollt sein. Denn anders als für die Ersatzvornahme gebe es für den unmittelbaren Zwang nicht die Pflicht des polizeirechtlich Pflichtigen, die Kosten zu tragen. Hiergegen spricht jedoch, dass die Handlung bei den polizeirechtlichen Standardmaßnahmen gar nicht im Interesse der Behörde steht, sondern es dieser immer auf den spezifischen Erfolg ankommt. Die Behörde möchte gar nicht abschleppen, muss jedoch, damit der Wagen nicht mehr in einer Gefahrenzone steht. Hier gehe es also um den Erfolg und gar nicht – wie von der Lehre der Handlungsidentität unterstellt – um die Handlung selbst. Zudem sei gesetzgeberisch gerade nicht gewünscht, dass die Allgemeinheit für die Kosten von Rechtsverstößen Einzelner aufkomme. Bereits aus diesem Rückschluss müsse das Abschleppen Ersatzvornahme sein.⁴ Insbesondere, da die Behörde auf eine spezifische Rechtsfolge und nicht auf die Handlung abzielt, sprechen die besseren Argumente für die Lehre von der Erfolgsidentität. Das Weg-

⁴ Vgl. dazu *Muckel*, JA 2012, 272 und *Dietlein*, in: *Dietlein/Hellermann*, ÖffR in NRW, 6. Aufl. 2016, POR, Rn. 243 ff.

fahren des Fahrzeugs ist eine vertretbare Handlung, die im Wege der Fremdvornahme durch einen Abschleppunternehmer vollstreckt wurde. Die Ersatzvornahme nach §§ 57 Abs. 1 Nr. 1, 59 Abs. 1 VwVG NRW ist folglich das taugliche Zwangsmittel.

Anmerkung: *Beide Ansichten sind bei entsprechender Begründung vertretbar. Sollte der Bearbeiter der Lehre vom Handlungsunrecht folgen, sollte das Problem aber bereits bei Festlegen der Anspruchsgrundlage bzw. beim Auffinden der Ermächtigungsgrundlage diskutiert werden (s.o.). Im Übrigen kann es dort gleichfalls bereits diskutiert werden.*

(b) Androhung gem. § 63 VwVG NRW

Grundsätzlich muss die vollstreckende Behörde i.S.v. § 63 Abs. 1 S. 1 VwVG NRW das Zwangsmittel androhen. Eine Androhung ist selbstständiger belastender Verwaltungsakt, der das konkrete Zwangsmittel im Falle einer weiteren Nachkommensweigerung nennt und letztmalig eine angemessene Frist zur Erfüllung der Verpflichtung setzt. An dieser Androhung fehlt es hier. Nach § 63 Abs. 1 S. 5 VwVG NRW kann allerdings von der Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist (§ 55 Abs. 2). Fraglich ist aber, ob § 63 Abs. 1 S. 5 VwVG NRW im gestreckten Verwaltungsverfahren überhaupt anwendbar ist. Bedenken daran könnten wegen des Klammerzusatzes in § 63 Abs. 1 S. 5 a.E. VwVG NRW bestehen, der nahelegt, dass eine Androhung nur im Wege des Sofortvollzugs nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW entbehrlich sein kann. Jedoch zeigt die Formulierung mit „insbesondere“, dass nicht ausschließlich sondern lediglich exemplarisch das gekürzte Vollstreckungsverfahren gemeint ist. Auch im gestreckten Vollstreckungsverfahren greift die Ausnahme also grundsätzlich.

Dazu müssten zudem die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschrift vorliegen. Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn die Verletzung des jeweils betroffenen Schutzguts unmittelbar bevorsteht oder bereits begonnen hat. Schutzgut kann unter anderem die öffentliche Sicherheit sein, also auch die gesamte Rechtsordnung. Zugrunde zu legen ist hier die ex ante Sicht des O. Aus der Sicht des O befand sich das Fahrzeug der M in einem Bereich, in dem das Halten und Parken verboten war. Somit lag im Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens aus seiner Sicht ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 StVO i.V.m. den Zeichen 283 lfd. Nr. 62 und 62.2 der Anl. 2 zu § 41 Abs. 1 StVO vor. Normen der StVO sind Teil der Rechtsordnung. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit war also betroffen. Eine Schutzgutverletzung hatte sich wegen des Verstoßes bereits gegenwärtig realisiert. Mithin lag eine gegenwärtige Gefahr vor. Das Abschleppen war auch notwendig, um diese Gefahr abzuwehren. Der Verzicht auf die Androhung des Zwangsmittels diente also zur Abwehr der gegenwärtigen Gefahr. Die Androhung war damit entbehrlich.

Anmerkung: *Die Notwendigkeit sofortiger Anwendung des Zwangsmittels (und damit das Absehen von der Androhung) könnte wegen des langen Zuwartens des O zweifelhaft sein. § 63 Abs. 1 S. 5 HS. 2 a.E. VwVG NRW („insbesondere“) beschreibt aber nur einen denkbaren Fall des Androhungsverzichts. In Abschleppfällen dürften die Umstände eine Androhung aber i.S.d. § 63 Abs. 1 S. 5 HS. 2 a.A. VwVG NRW niemals zulassen, weil diese gem. § 63 Abs. 6 S. 1 VwVG NRW zuzustellen ist. A.A. mit sehr guter Begründung ebenfalls vertretbar.*

(c) Festsetzung gem. § 64 VwVG NRW

Gem. § 64 S. 1 VwVG NRW ist im gestreckten Verfahren stets eine Festsetzung des Zwangsmittels erforderlich. Eine solche liegt nicht vor. Entsprechend § 64 S. 2 VwGO NRW ist diese – insoweit eindeutig – nur in den Fällen des gekürzten Vollstreckungsverfahrens entbehrlich.

(d) Zwischenergebnis

O hat das gestreckte Vollstreckungsverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt.

bb. Gekürztes Vollstreckungsverfahren nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW

Es könnten allerdings die Vollstreckungsvoraussetzungen des gekürzten Vollstreckungsverfahrens vorliegen (§ 55 Abs. 2 VwVG NRW) und O könnte dieses ordnungsgemäß durchgeführt haben.

(1) Anwendbarkeit

Gem. § 55 Abs. 2 VwVG NRW kann das gekürzte Verfahren ohne einen vollstreckbaren (Grund-) Verwaltungsakt angewandt werden. Wie zuvor geprüft, liegt eine Grundverfügung vor. Zweifelhaft ist daher, ob auf die Vorschriften über das gekürzte Vollstreckungsverfahren zurückgegriffen werden kann. Wenn aber ein sofortiger Vollzug nach § 55 Abs. 2 VwVG NRW ohne Vorliegen eines (Grund-) Verwaltungsaktes möglich ist, dann muss ein solcher erst recht möglich sein, wenn eine Grundverfügung vorliegt. Demzufolge ist das gekürzte Vollstreckungsverfahren gem. § 55 Abs. 2 VwVG NRW anwendbar.

***Anmerkung:** Die Annahme eines Erst-recht-Schlusses wird in der Literatur teilweise abgelehnt. Nach dieser Sicht soll es der Behörde im Falle einer gegenwärtigen Gefahr aber jederzeit erlaubt sein, auch bei Vorliegen einer wirksamen Grundverfügung in das abgekürzte Verfahren zu wechseln.⁵*

(2) Gegenwärtige Gefahr

Aufgrund des Parkverstößes liegt eine gegenwärtige Gefahr vor (s.o.).

(3) Handeln im Rahmen der Befugnisse

Die Behörde müsste innerhalb ihrer Befugnisse gehandelt haben. Die Vollzugsbehörde handelt dann im Rahmen ihrer Befugnisse, wenn eine rechtmäßige Grundverfügung ergangen ist oder hätte ergehen können. Das Verkehrszeichen wurde rechtmäßig aufgestellt, die Grundverfügung ist rechtmäßig.

(4) Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des Verwaltungszwangs

Der Sofortvollzug müsste notwendig und auch im Übrigen verhältnismäßig sein. Er ist notwendig, wenn das gestreckte Verfahren im Rahmen effektiver Gefahrenabwehr nicht rechtzeitig möglich ist oder keinen Erfolg verspricht. Er ist verhältnismäßig, soweit für O kein gleich geeignetes aber milderes Mittel zur Gefahrenabwehr bestand und der O die beiderseitig betroffenen Rechtsgüter angemessen gegeneinander abgewogen hat. Aus der ex-ante-Sicht des O könnte die Anwendung des Verwaltungszwangs aufgrund des gegebenen Verstoßes gegen die StVO geboten gewesen sein.

O hätte mildere Mittel in Erwägung ziehen können, um den Verstoß gegen das Halteverbot zu beseitigen. So wäre eine Halterfeststellung und Benachrichtigung der M in Betracht gekommen und aufgrund der angegebenen Kontaktdaten auf dem Fahrzeug auch möglich gewesen. Dies gilt, zumal die M krank war und nur wegen ihrer Krankheit den Parkverstoß vergessen hatte. Polizei- bzw. Ordnungsbehörden sind selbst bei im Kraftfahrzeug hinterlegten Telefonnummern angesichts der ungewissen Erfolgsaussichten und nicht abzusehender weiterer Verzögerungen dennoch grundsätzlich nicht verpflichtet, den Versuch einer Halterbenachrichtigung zu unternehmen.⁶ Zunächst kennen sie die Umstände des Einzelfalls nicht, wissen hier also gar nicht, dass M krank war und können dies auch nicht herausfinden. Auch hat die M in noch gesundem Zustand das Fahrzeug im Parkverbot abgestellt, sodass ihre Krankheit ohnehin keine Auswirkung im Sinne eines „Notfalls“ o.ä. hatte. Hinzu kommt, dass M nicht einen Zettel mit der Bitte hinterlassen hat, ggf. anzurufen. Vielmehr ergibt sich die Kontaktmöglichkeit lediglich aus den Werbeangaben auf dem Smart.

⁵ Muckel, JA 2012, 355, 358.

⁶ Vgl. etwa BVerwG, NJW 2002, 2122; OVG NRW, Beschluss vom 10.04.2006 - 5 A 994/06 -; VG Köln, Urteil vom 18.12.2008 - 20 K 2947/08 -

Eine vorrangige Pflicht zur Benachrichtigung wäre trotzdem insbesondere dann zu erwägen, wenn erkennbar wäre, wo sich der Berechtigte befindet und dieser deshalb in kürzester Frist das Fahrzeug würde erreichen können. Lediglich das Hinterlassen einer Telefonnummer ist nicht hinreichend.⁷ Zudem ergab sich aus der Adressangabe auf dem Smart der M, dass ein Berechtigter erst nach einem – nach Aussage der M – circa einstündigem Weg von etwa 25 Kilometern quer durch die Stadt vom Betrieb der M zum abgestellten Fahrzeug gelangen konnte.

Damit hätte der ordnungswidrige Zustand zumindest eine Stunde länger Bestand gehabt. Auch war nicht sicher, dass unter der auf dem Fahrzeug angegebenen Nummer tatsächlich jemand erreichbar gewesen wäre bzw. ob ein Mitarbeiter zur Beseitigung des Fahrzeugs zur Verfügung gestanden hätte. Dass für O die Beseitigung des Fahrzeugs – in Anbetracht der von ihm angenommenen negativen Vorbildwirkung, vor allem wegen des fortdauernden Parkverstößes – vorrangig war, ist nicht schlichtweg unverhältnismäßig. Dies gilt, zumal das Abschleppen lediglich eine Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzes und keine Eigentumsbeeinträchtigungen mit sich bringt, also ein vergleichsweise schwacher Grundrechtseingriff ist. Eine rechtmäßige Abschlepppraxis darf grundsätzlich auch spezial- und generalpräventive Zwecke verfolgen. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf sich den Parkverstößen anschließende andere Verkehrsteilnehmer. Dies gilt vor allem auch dann, wenn droht, dass Verkehrsteilnehmer dazu übergehen, mit Hilfe von entsprechenden Angaben unter Inkaufnahme von Bußgeldern, aber in Erwartung eines hieraus folgenden „Abschlepp-Schutzes“ Verkehrsverstöße zu begehen, die andere Verkehrsteilnehmer behindern.⁸ Dass dies im konkreten Fall nicht das Ziel der M gewesen sein mag, ist bei der gebotenen ex-ante-Betrachtung des O irrelevant.

Gegen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme könnte sprechen, dass O beim erstmaligen Erkennen des Parkverstößes eine Woche vorher den Smart der M nicht abschleppen ließ und er sich somit selbst gebunden hat. Allerdings war – insbesondere mit Blick auf die Dauer des Parkverstößes – eine Beendigung dieses rechtswidrigen Zustandes durch die berechnete M nicht absehbar. So spricht gerade für die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, dass O der M mit der zunächst nur ausgesprochenen „Verwarnung“ die Möglichkeit eingeräumt hat, den Parkverstoß zu beseitigen. Dass er bereits am 05.03.2018 hätte abschleppen lassen können und dies unterlassen hat, hat keine Wirkung, die einer Selbstbindung gleicht. Würde man dies annehmen, müsste auf verbotswidriges Parken jeweils so früh wie möglich mit dem Abschleppen reagiert werden. Vor allem hierdurch würde der den Einzelfall berücksichtigende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in sein Gegenteil verkehrt werden.

Verstöße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind im Übrigen nicht ersichtlich. Die Kostenhöhe von 150 EUR ist für einen Abschleppvorgang insbesondere angemessen. Das Vorgehen des O war damit notwendig und verhältnismäßig.

Anmerkung [Schwerpunkt]: A.A. vertretbar. Die Bearbeiter können aufgrund einer lebensnahen Auslegung des Sachverhalts davon ausgehen, dass sich – im Falle eines Telefonanrufs des O bei dem Unternehmen der M – jemand um die zeitnahe Abholung des PKW gekümmert hätte. Mit den überwiegend im Sachverhalt genannten Argumenten sollten sich die Bearbeiter aber jedenfalls auseinandersetzen. Selbstverständlich können die Bearbeiter auch zwischen Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit in der Gliederung unterteilen und/oder die Verhältnismäßigkeit sogleich im Rahmen des Ermessens (Ermessensüberschreitung) prüfen.

(5) Ermessen

Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

⁷ In diesem Sinne BVerwG, NJW 2014, 2888, 2889; VG Köln, Urt. v. 16.01.2014 – 20 K 4199/13, BeckRS 2014, 48258.

⁸ Vgl. BVerwG, NJW 2002, 2122.

(6) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen der Vollstreckung im gekürzten Verfahren liegen vor. Die Abschleppmaßnahme war also rechtmäßig.

cc. Durchführung der Vollstreckung: Richtige Kostenschuldnerin

Nach § 77 Abs. 1 VwVG NRW sind die Kosten von dem Pflichtigen zu erheben.

M ist gleichermaßen Halterin und Fahrerin des Fahrzeugs und damit richtige Kostenschuldnerin. Die Kosten für die Ersatzvornahme sind auch erstattungsfähig.

dd. Rechtsfolge

§ 77 Abs. 1 VwVG NRW i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 1 VO VWVG NRW sieht kein Ermessen vor (gebundene Entscheidung).

ee. Zwischenergebnis

Die Kostenerhebung gegenüber M ist materiell rechtmäßig.

d. Zwischenergebnis

O hat die Ersatzvornahme auf Basis der Ermächtigungsgrundlage des §§ 59 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 1, 55 VwVG NRW formell und materiell rechtmäßig durchgeführt.

3. Zwischenergebnis

B hat einen Anspruch gegen M auf Kostentragung in Höhe von 150 EUR. M hat zur Erfüllung dieses Anspruchs geleistet.

III. Zwischenergebnis

Die Vermögensverschiebung von M an B ist nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs gemäß § 21 GebG NRW i.V.m. 77 Abs. 1 VwVG NRW liegen nicht vor.

C. Ergebnis

M hat keinen Anspruch gegen B auf Rückzahlung der Abschleppkosten i.H.v. 150 EUR.