

**Examensklausurenkurs**  
**- Klausur im Öffentlichen Recht vom 19. März 2003 -**

Die Sicherheitsbehörden in Bund und Ländern rechnen seit geraumer Zeit mit einem terroristischen Anschlag auf namhafte Politiker in der Bundesrepublik Deutschland. Aus zuverlässiger Quelle erfährt die Polizeidirektion der kreisfreien Hansestadt Rostock (HRO), dass vor dem Wohnhaus des Spitzenpolitikers P in Rostock ein PKW abgestellt worden ist, in dessen Kofferraum sich eine beträchtliche Menge Sprengstoff befinden und mittels eines Fernzünders zur Explosion gebracht werden soll. Nachdem die Polizei den Kofferraum des PKW durch ihre Spezialkräfte gewaltsam aufgebrochen hat, muss sie feststellen, dass in dem Kofferraum entgegen ihrer Annahme keinerlei Sprengstoff vorhanden ist. Da sie den sodann ermittelten Eigentümer E des PKW telefonisch nicht erreichen kann, lässt sie das Auto durch den privaten Abschleppunternehmer U auf einen polizeilich bewachten Sammelplatz bringen, um Beschädigungen des PKW durch Dritte aufgrund des defekten Kofferraumschlusses vorzubeugen. Als die Polizei E später telefonisch erreichen kann, teilt sie diesem die Vorfälle mit.

Frage 1: E ist empört und möchte gerichtlich feststellen lassen, dass das gewaltsame Aufbrechen des Kofferraumes seines PKW durch die Polizei rechtswidrig war. Hat seine Klage vor dem Verwaltungsgericht Aussicht auf Erfolg?

Frage 2: Kann E für die Beschädigung des Kofferraumschlusses seines PKW Ersatz verlangen?

Frage 3: War das Abschleppen des PKW des E durch die Polizei zulässig?

Vermerk für den/die Bearbeiter/-innen: Sofern der/die Bearbeiter/-in bei Frage 1 zur Unzulässigkeit der Klage gelangen sollte, wäre die Begründetheit der Klage im Wege eines Hilfsgutachtens zu prüfen.

Abgabe: 14:00 Uhr vor Raum 314

Hinweis: Bitte dieses Blatt für die Besprechung am 11.04.2003, 14:15 Uhr in Raum 35 mitbringen.



## Lösungsskizze zur Klausur vom 19.03.2003

### Frage 1:

Die Klage des E hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A) Zulässigkeit der Klage

##### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (§ 40 I VwGO)

Mangels einer Spezialzuweisung müssen die Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO erfüllt sein. E wendet sich gegen das gewaltsame Aufbrechen des Kofferraumes seines PKW. Es handelt sich dabei um eine Streitigkeit auf dem Gebiet des SOG MV, dessen Ermächtigungsgrundlagen ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten und daher nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie öffentliches (Sonder-)Recht darstellen. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Ferner liegt keine Sonderzuweisung vor; dass die Polizei auf dem Gebiet der Strafrechtspflege, also nicht präventiv, sondern repressiv tätig geworden ist – mit der verfahrensrechtlichen Konsequenz der §§ 23 ff. EGGVG –, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Damit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

##### II. Statthafte Klageart

###### 1. Fortsetzungsfeststellungsklage

a) Sofern das gewaltsame Öffnen des Kofferraumes des PKW einen VA i.S.d. § 35 VwVfG MV darstellt, wäre die statthafte Klageart die Fortsetzungsfeststellungsklage, und zwar in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO, weil die polizeiliche Maßnahme den E nunmehr nicht mehr beschwert, sie sich also bereits vor Klageerhebung erledigt hat.

Fraglich ist die Rechtsnatur des gewaltsamen Öffnens des Kofferraumes. Rechtsgrundlage sind hier §§ 81, 90 i.V.m. §§ 13, 16 SOG MV. Dabei ist streitig, ob der sofortige Vollzug ein VA i.S.d. § 35 VwVfG MV ist. Der sofortige Vollzug (Sofortmaßnahme) wird von der herrschenden Meinung nicht als VA angesehen (vgl. hierzu im einzelnen *P. Selmer / H. Gersdorf*, Verwaltungsvollstreckungsverfahren. Typologie und Einzelfragen des Vollstreckungsrechts des Bundes und der Länder bei der Durchführung ordnungs- und polizeirechtlicher Maßnahmen, 1996, S. 64 ff.). Zwar kann man in ihm das Gebot erblicken, die Anwendung des konkreten Zwangsmittels (hier: in der Gestalt des unmittelbaren Zwangs i.S.d. § 90 SOG MV) zu dulden. Gleichwohl ist ein solches Gebot adressatenlos, denn es fehlt ihm an der erforderlichen Bekanntgabe i.S.d. §§ 41 I 1, 43 I 1 VwVfG MV. Auch die spätere Benachrichtigung des E durch die Polizei (für das hier *nicht* einschlägige Zwangsmittel der Ersatzvornahme vgl. § 81 II SOG MV) stellt keine nachträgliche Bekanntgabe dar, weil die entsprechende Verfügung wegen Erledigung der Regelung auf eine unmögliche Handlung gerichtet und der VA dann nach § 44 II Nr. 4 VwVfG MV nichtig wäre. Das gewaltsame Öffnen des Kofferraumes ist demnach nicht als VA, sondern als hoheitlicher *Realakt* zu qualifizieren.

b) Gleichwohl könnte die Fortsetzungsfeststellungsklage die statthafte Klageart sein, und zwar in doppelter Analogie. Zum einen, weil es sich hier nicht um einen erledigten VA, sondern um einen erledigten hoheitlichen *Realakt* handelt, und zum anderen, weil die Erledigung bereits vor der Klageerhebung eingetreten ist.

Nach herrschender Meinung kann § 113 I 4 VwGO nicht analog auf die Fälle erledigter hoheitlicher *Realakte* angewandt werden (vgl. statt vieler OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188; *F. Kopp / W.-R. Schenke*, VwGO, 13. Auflage, 2003, § 113 Rdnr. 116). Dafür spricht, dass es insoweit an der für eine Analogiebildung erforderlichen *Regelungslücke* fehlt, weil der Betroffene in diesen Fällen die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO auf Bestehen oder Nichtbestehen eines vergangenen Rechtsverhältnisses erheben kann. Auch ermangelt es an der *Übertragbarkeit des Normzwecks* als weitere Voraussetzung einer Analogiebildung, weil § 113 I 4 VwGO seiner systematischen Stellung innerhalb der VwGO nach ersichtlich auf eine – das Bestehen eines VA voraussetzende – Anfechtungs- bzw. Verpflichtungssituation zugeschnitten ist.

## 2. Allgemeine Feststellungsklage (§ 43 I VwGO)

### a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO

Es müsste ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO vorliegen.

#### (1) Rechtsverhältnis

Streitgegenstand ist ein Rechtsverhältnis. Unter Rechtsverhältnis versteht man die durch eine Rechtsnorm des öffentlichen Rechts gestaltete *rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache*. Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob die HRO auf der Grundlage des SOG MV zum gewaltsamen Öffnen des Kofferraumes des PKW des E berechtigt war oder nicht. Streitgegenstand ist mithin ein Rechtsverhältnis.

#### (2) Konkretes Rechtsverhältnis

Es müsste sich um ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis handeln. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein *bestimmter* oder *bestimmbarer Sachverhalt* vorliegt. Hier liegt ein bestimmter Sachverhalt vor, so dass das Rechtsverhältnis hinreichend konkret ist.

#### (3) Ein in der Vergangenheit liegendes Rechtsverhältnis als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Auch in der Vergangenheit (oder in der Zukunft) liegende Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähige Rechtsverhältnisse. Demnach steht der allgemeinen Feststellungsklage als statthafte Klageart nicht entgegen, dass das gewaltsame Öffnen des Kofferraumes einen in der Vergangenheit liegenden, bereits erledigten hoheitlichen Realakt darstellt.

### b) Subsidiaritätsklausel

Die Subsidiaritätsklausel des § 43 II 1 VwGO steht der allgemeinen Feststellungsklage nicht entgegen, weil E sein Klageziel mit der Gestaltungs- oder Leistungsklage weder verfolgen kann, noch hätte verfolgen können.

## III. Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog)

Für die allgemeine Feststellungsklage gilt nach herrschender Auffassung in der Lehre das Erfordernis des § 42 II VwGO grundsätzlich *nicht* analog, während das BVerwG im Interesse des Ausschlusses der Popularklage diese Vorschrift analog anwendet (vgl. zuletzt BVerwGE 99, 64, 66). Dieser Streit bedürfte hier keiner Entscheidung, wenn wenigstens im vorliegenden Fall das Erfordernis des § 42 II VwGO auf Verwirklichung drängte. Dies wird man immer dann zu bejahen haben, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines sich erledigten hoheitlichen Realaktes begehrt wird. Denn insoweit erscheint die allgemeine Feststellungsklage lediglich als umgewandelte allgemeine Leistungsklage. Gelangt aber das Erfordernis des § 42 II VwGO bei Nichterledigung im Rahmen der Leistungsklage zur analogen Anwend-

barkeit (nahezu einhellige Auffassung), so muss gleiches auch für den Fall der Erledigung des Realaktes und damit insoweit auch für die allgemeine Feststellungsklage gelten.

E kann geltend machen, durch die polizeiliche Maßnahme in seiner grundrechtlich geschützten Eigentumsгарantie (Art. 14 GG) verletzt zu sein, so dass dem Erfordernis des § 42 II VwGO unzweifelhaft entsprochen ist.

#### IV. Feststellungsinteresse (§ 43 I VwGO) und besonderes Feststellungsinteresse

Aufbautechnischer Hinweis: Ebenso wäre es möglich, das Feststellungsinteresse im Sinne des § 43 I VwGO erst am Schluss der Zulässigkeitsprüfung zu behandeln, um auf diese Weise deutlich zu machen, dass es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsschutzinteresses handelt, auf das üblicherweise am Ende der Zulässigkeitsprüfung eingegangen wird.

1. E hat ein rechtliches (vgl. Art. 14 GG) Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das Verwaltungsgericht. Das Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 I VwGO liegt vor.

2. Sofern sich die begehrte verwaltungsgerichtliche Feststellung auf *vergangene* Rechtsverhältnisse bezieht, müssen *weitere* Voraussetzungen erfüllt sein, die neben das allgemeine Feststellungsinteresse im Sinne des § 43 I VwGO treten und die *zusätzlich* zu prüfen sind.

Hinweis: Im Schrifttum wird nicht immer hinreichend deutlich, dass bei Feststellungsklagen, die sich auf vergangene oder zukünftige Rechtsverhältnisse beziehen, zusätzliche Anforderungen gelten, die neben das allgemeine Feststellungsinteresse im Sinne des § 43 I VwGO treten. Diese Voraussetzungen betreffen nicht die schutzwürdigen Interessen rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art und stellen daher keine Konkretisierung des allgemeinen Feststellungsinteresses im Sinne des § 43 I VwGO dar. Es handelt sich um zusätzliche Voraussetzungen, die neben dem allgemeinen Feststellungsinteresse vorliegen müssen.

Es muss – ebenso wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO (analog) – ein *besonderes Feststellungsinteresse* vorliegen. Ein solches besonderes Feststellungsinteresse ist – wie das Fortsetzungsfeststellungsinteresse – in folgenden Fallgruppen zu bejahen:

- Wiederholungsgefahr
- Rehabilitierungsinteresse
- Präjudizielle Wirkung des VG-Urteils zur Vorbereitung eines Schadensersatz- oder Entschädigungsprozesses vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Dies gilt nach herrschender Meinung allerdings nur bei Erledigung *nach* Klageerhebung; denn tritt die Erledigung bereits *vor* Klageerhebung ein, kann der Betroffene den geltend gemachten Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch vor den ordentlichen Gerichten einklagen, ohne dass es insoweit einer Vorklärung durch das VG bedürfte.

Da sich im vorliegenden Fall das Klagebegehren bereits vor Klageerhebung erledigt hat, kann das berechtigte Interesse nicht auf den Gesichtspunkt der Präjudizität gestützt werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr lässt sich aufgrund der Einzelartigkeit des Vorfalls ein besonderes Feststellungsinteresse des E nicht begründen. Allerdings könnte das Rehabilitierungsinteresse ein besonderes Feststellungsinteresse des E begründen. Unter dem Gesichtspunkt eines Rehabilitationsinteresses wurde ein besonderes Feststellungsinteresse bislang nur dann bejaht, wenn der erledigte VA *diskriminierende Wirkung* entfaltet und vor allem einen *schwerwiegenden Grundrechtseingriff* bewirkt. Das BVerfG hat in seiner neuesten Rechtsprechung (BVerfGE 96, 27, 39 ff.; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NJW 1998, 2131 f.; BVerfG [3. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1998, 2432, 2433; BVerfG [1. Kammer des Ersten Senats], NVwZ 1999, 290, 291 f.) den durch Art. 19 IV GG gewährleisteten Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes für die Fälle *erledigter* Grundrechtseingriffe konkretisiert. Danach erfordert Art. 19 IV GG eine gerichtliche Überprüfung erledigter Grundrechtseingriffe, wenn

- ein effektiver Rechtsschutz gegen den noch fortdauernden, nicht erledigten Grundrechtseingriff typischerweise nicht erlangt werden kann und
- der Grundrechtseingriff „schwerwiegend“ (BVerfG: „jedenfalls dann“) ist.

Hier war es dem E unmöglich, vor der Erledigung des Realaktes Rechtsschutz zu erlangen. Auch dürfte mit Blick darauf, dass die Rechtsgutbeeinträchtigung wegen der Beschädigung des Kofferraumes des PKW des E gegenwärtig noch fortwirkt, ein solcher „schwerwiegender“ Grundrechtseingriff gegeben sein. Daher kann hier dahingestellt bleiben, ob man auf dieses Erfordernis überhaupt abstellen darf (vgl. nochmals BVerfG: „jedenfalls dann“). Demnach besteht ein Rehabilitierungsinteresse des E. Ein besonderes Feststellungsinteresse des E liegt vor.

### **V. Richtiger Klagegegner**

Richtiger Klagegegner ist nach dem Rechtsträgerprinzip das Land M-V.

### **VI. Beteiligtenfähigkeit**

Beteiligte des Rechtsstreits sind E (§§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 1 VwGO) und das Land M.-V. (§§ 61 Nr. 1, 63 Nr. 2 VwGO).

### **VII. Zwischenergebnis**

Die Klage des E ist zulässig.

### **B) Begründetheit der Klage**

Die allgemeine Feststellungsklage ist begründet, wenn das gewaltsame Öffnen des Kofferraumes des PKW rechtswidrig war und E dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

#### **I. Ermächtigungsgrundlage**

##### **1. § 57 SOG MV**

Als Ermächtigungsgrundlage für das Öffnen des Kofferraumes kommt § 57 SOG MV (Durchsuchung von Sachen) in Betracht. Das Aufbrechen war lediglich eine vorbereitende Maßnahme, um die Durchsuchung des Kofferraumes zu ermöglichen. Es ist streitig, ob dies noch unter den Begriff der „Durchsuchung“ i.S.d. § 57 SOG MV fällt.

Die Regelungen über die Standardmaßnahmen scheiden als Ermächtigungsgrundlagen aus, sofern bei der Vorbereitung oder Durchführung der betreffenden Standardmaßnahme weitere Maßnahmen erforderlich sind, welche die Durchführung der Standardmaßnahme erst ermöglichen sollen. Diese Eingriffe beruhen in der Regel auf der polizeilichen Generalklausel und werden demnach nach Maßgabe allgemeiner vollstreckungsrechtlicher Regelungen vollstreckt (vgl. hierzu *P. Selmer / H. Gersdorf*, Verwaltungsvollstreckungsverfahren, a.a.O., S. 32). Es bedarf lediglich dann keiner weiteren Befugnis für die Polizei, wenn die Polizei den unmittelbar und begriffsnotwendig in der Durchführung der Maßnahme liegenden Zwang anwendet (*K. Habermehl*, Polizei und Ordnungsrecht, Rdnr. 513 f., 530 mit mehreren Beispielen).

Ein erheblicher Teil der Literatur versteht indes den Begriff der „Durchsuchung“ recht weit und subsumiert darunter auch das Aufreißen eines Bodens oder die sachgemäß erfolgte Öffnung von Gegenständen (*C. Gusy*, Polizeirecht, 4. Auflage, 2000, S. 140). Eine solch weite Auslegung ist jedoch vor dem Hintergrund des rechtsstaatlich geschuldeten Bestimmtheitsgebots bedenklich. Es ist eher von einer restriktiven Auslegung der einschlägigen Tatbestände der Standardmaßnahmen auszugehen (vgl. in diesem Zusammenhang BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW

1996, 3146). Richtigerweise ist zwischen der Durchführung der Standardmaßnahme und den Maßnahmen, die diese vorbereiten bzw. begleiten, zu unterscheiden. Ermächtigungsgrundlage für das Öffnen sind kann daher § 57 SOG MV nicht sein; a.A. gut vertretbar.

## 2. §§ 80 I, II SOG MV

Mangels Vorliegens eines GrundVA ist hier das gestreckte (§ 80 I SOG MV) oder das abgekürzte (§ 80 II SOG MV) *mehraktige* Verwaltungsvollstreckungsverfahren nicht einschlägig.

## 3. Sofortiger Vollzug gem. §§ 81 13, 16, 90 SOG MV

In Betracht kommt allein ein Vorgehen im Wege einer Sofortmaßnahme. Der sofortige Vollzug könnte einschlägig sein.

a) Kein Grund-VA: (+)

b) Abgrenzung zur unmittelbaren Ausführung (§ 70a SOG MV)

Durch das Gesetz zur Änderung des SOG MV vom 25. März 1998 (GVOBl., S. 335) wurde das Rechtsinstitut der unmittelbaren Ausführung in das SOG MV aufgenommen (vgl. § 70a SOG MV). Seitdem bestehen als Sofortmaßnahmen die unmittelbare Ausführung (§ 70a SOG MV) und der sofortige Vollzug (§ 81 SOG MV). Beide Institute sind dadurch gekennzeichnet, dass ohne vorausgegangenen (Grund-)VA gehandelt wird. In den Fällen, in denen landesgesetzlich beide Sofortmaßnahmen geregelt sind – wie im Lande MV –, sind diese Institute wie folgt gegeneinander abzugrenzen (vgl. hierzu ausführlich *P. Selmer / H. Gersdorf*, Verwaltungsvollstreckungsverfahren, a.a.O., S. 52 ff.):

- Sofortiger Vollzug als Maßnahme der *Verwaltungsvollstreckung* zur Überwindung oder Beugung eines (mutmaßlich) entgegenstehenden Willens des Betroffenen (vgl. § 81 SOG MV: „Verwaltungszwang“): Der sofortige Vollzug gehört demnach zum *formellen* Recht der Verwaltungsvollstreckung;
- Unmittelbare Ausführung: Maßnahmen *ohne Zwangscharakter*, also Maßnahmen, die mit dem (mutmaßlichen) Willen und im Interesse des Betroffenen erfolgen. Die unmittelbare Ausführung ist eine spezialgesetzliche Ausprägung der *Geschäftsführung ohne Auftrag im Öffentlichen Recht*, die sich an die entsprechenden Bestimmungen im BGB (§§ 677 ff.) anlehnt (so nun auch die Amtliche Begründung zu § 70a SOG MV, LT-Drs. 3/2049, S. 40). Damit zählt die unmittelbare Ausführung zum *materiellen* (Verwaltungs-)Recht.

Dementsprechend geht auch die Amtliche Begründung zu § 70a SOG MV davon aus, dass Vollzugsmaßnahmen nach dem VIII. Abschnitt des Gesetzes einen „entgegenstehenden Willen des Betroffenen“ voraussetzen (LT-Drs. 2/2468, S. 31, siehe auch S. 19). Sofern hingegen im Interesse des Betroffenen und mit seinem (mutmaßlichen) Willen gehandelt wird (die Amtliche Begründung nennt insoweit die Fälle des „Umsetzens von Fahrzeugen“ und „andere Maßnahme zur Eigentumssicherung“), ist das Institut der unmittelbaren Ausführung einschlägig.

Unter Zugrundelegung dieser Abgrenzungskriterien kann hier allein der sofortige Vollzug als Maßnahme des Verwaltungszwanges in Betracht kommen. Denn es ging im gegebenen Zusammenhang um die Beugung eines (mutmaßlich) entgegenstehenden Willens des Betroffenen. Es handelt sich daher um ein Vorgehen im Wege des sofortigen Vollzugs (§ 81 SOG MV).

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Zuständigkeit der Polizei ergibt sich aus §§ 81 III, 82 SOG MV.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

#### 1. Rechtmäßigkeit des fingierten / hypothetischen GrundVA

Erläuterung: Für die Überprüfung der Sofortmaßnahmen (sofortiger Vollzug, unmittelbare Ausführung) wird der – in Wirklichkeit nicht vorliegende – GrundVA fingiert, um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für dessen Erlass gegeben sind. Denn die Behörde ist im Vollstreckungsverfahren ohne vorgängigen GrundVA, also bei den Sofortmaßnahmen, so zu stellen, als hätte sie einen solchen GrundVA erlassen. Beide Fälle sind insoweit nach denselben Maßstäben zu beurteilen. Deshalb müssen die Voraussetzungen des GrundVA vorliegen, sofern die Behörde im Wege des sofortigen Vollzugs vorgeht. Zu diesem Zwecke wird der GrundVA fingiert.

##### a) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei ist hier zum Erlass des hypothetischen Grund-VA gem. § 7 I Nr. 1, 3 SOG MV zuständig gewesen.

##### b) Materielle Rechtmäßigkeit

###### (1) Materieller Gefahrentatbestand

Ermächtigungsgrundlage für das Öffnen des Kofferraumes sind §§ 13, 16 SOG MV.

Es muss gem. § 13 SOG MV eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bestehen. Öffentliche Sicherheit umfasst Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Vermögen (Individualrechtsgüter), die geschriebene Rechtsordnung, Einrichtungen des Staates oder anderer Träger von Hoheitsgewalt und die ungehinderte Ausübung der Hoheitsgewalt (Universalrechtsgüter). Es bestehen grundrechtliche Schutzpflichten des Staates für die Rechtsgüter des P aus Art. 2 II 1 GG als Bestandteile des geschriebenen Rechts. Damit ist die öffentlichen Sicherheit betroffen.

Gefahr betrifft ein Sachverhalt, der bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Rechtsgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führen wird. Problematisch ist hier, dass bei ex post-Betrachtung tatsächlich keine Gefahr bestand. Aber nach herrschender Meinung ist polizeiliches Einschreiten auch bei Anscheinsgefahr (objektiv besteht keine Gefahrenlage, aber aus ex ante Sicht musste jeder verständige Dritte von dem Bestehen einer Gefahr ausgehen - Gefahrenprognose: 100%) und bei Gefahrenverdacht (objektiv besteht keine Gefahrenlage; der verständige Dritte hat Zweifel an dem Bestehen einer Gefahr, geht hiervon aber aus – Gefahrenprognose 100% minus x) zulässig. Hier bestand keine Anscheinsgefahr, aber ein *Gefahrenverdacht*.

###### (2) Ordnungspflichtigkeit

Fraglich ist, ob E Verdachts-Handlungsstörer gem. § 69 I SOG MV und Verdachts-Zustandsstörer gem. § 70 I SOG MV ist. Es ist streitig, ob eine ex ante-Betrachtung oder eine ex post-Betrachtung unter Berücksichtigung der Zurechenbarkeit des Gefahrenverdachts Anknüpfungspunkt ist.

- Die herrschende Meinung (vgl. etwa BGH, NJW 1992, 2639) vertritt, dass auf der Primärebene wegen der Effektivität der Gefahrenabwehr eine ex ante-Betrachtung vorzunehmen ist. Auf der Sekundärebene hingegen ist eine ex post-Betrachtung unter Berücksichtigung der Zurechenbarkeit des Gefahrenverdachts durchzuführen. E ist demnach Verdachts-Handlungsstörer und Verdachts-Zustandsstörer.
- Eine andere Auffassung nimmt an, dass Verdachtsstörer derjenige ist, der bei ex post-Betrachtung den Gefahrenverdacht in zurechenbarer Weise gesetzt hat, sonst ist er Nichtstö-



rer. Da dem E der Gefahrenverdacht nicht zugerechnet werden kann, ist er nach dieser Meinung kein Verdachts-Handlungs- / Zustandsstörer.

- Stellungnahme: Für die herrschende Meinung spricht, dass sich sowohl der Gefahrentatbestand als auch die Störereigenschaft nach objektiven Gesichtspunkten bemessen müssen, weil nur dann eine effektive Gefahrenabwehr möglich ist. Daher verbleibt bei der Feststellung der Ordnungspflichtigkeit für wertende, auf den Gedanken subjektiver Zurechenbarkeit beruhende Überlegungen kein Raum.

### (3) Ermessensentscheidung

Der Polizei ist bei ihrer Entscheidung nach §§ 13, 16 SOG MV gem. § 14 SOG MV Ermessen eingeräumt. Sie ist daher lediglich auf Ermessensfehler (§§ 40 VwVfG MV, 114 VwGO) zu überprüfen. Die Entscheidung würde unter einem Ermessensfehler in der Gestalt einer Ermessensüberschreitung leiden, wenn der in § 15 SOG MV verankerte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wäre. In Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. sind bei Gefahrenverdacht nur Maßnahmen zur Erforschung der Gefahr zulässig. Hier ist nicht ersichtlich, dass die Polizei das ihr eingeräumte Ermessen überschritten hat.

**Hinweis:** Nach herrschender Meinung sind beim Gefahrenverdacht nur Duldungsverfügungen, nicht aber auf positives Tun gerichtete Anordnungen zulässig (arg. e §§ 24, 26 VwVfG MV).

### 2. Besondere Eilvoraussetzungen (§ 81 I SOG MV)

Als besondere Eilvoraussetzung für den sofortigen Vollzug verlangt § 81 I SOG MV, dass die Gefahr auf andere Weise nicht abgewehrt werden kann. Der Erlass einer Grundverfügung war hier mangels Anwesenheit des E nicht möglich. Eine Grundverfügung wäre im übrigen auch unzweckmäßig gewesen, weil der Eigentümer des PKW verdächtigt wurde, im Zusammenhang mit den geplanten Sprengstoffanschlag zu stehen. Daher konnte hier ohne vorausgegangene VA gegen E vorgegangen werden.

3. Die Polizei hat auch das richtige Zwangsmittel (vgl. § 90 SOG MV) gewählt und auf ordnungsgemäße Art und Weise, also ermessensfehlerfrei angewendet.

## II. Ergebnis

Das gewaltsame Öffnen des Kofferraumes ist durch §§ 81, 90 i.V.m. §§ 7, 13, 16 SOG MV gedeckt und damit rechtmäßig. Die allgemeine Feststellungsklage des E ist als unbegründet zurückzuweisen und hat damit keine Aussicht auf Erfolg.

**Anmerkung:** Wenn § 57 SOG MV als Ermächtigungsgrundlage herangezogen wird, ist hingegen nicht die Rechtmäßigkeit eines hypothetischen Grund-VAs, sondern direkt die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Öffnens des Kofferraumes mit der Standardmaßnahme als Ermächtigungsnorm zu überprüfen.

**Frage 2:****A) Anspruch aus § 72 I SOG MV**

§ 72 I SOG MV gibt dem Nichtstörer i.S.d. § 71 SOG MV einen Anspruch auf Entschädigung für den durch die Inanspruchnahme entstandenen Schaden. E müsste daher als Nichtstörer nach § 71 SOG MV in Anspruch genommen worden sein.

Nach herrschender Meinung ist auf der Sekundärebene eine ex post-Betrachtung unter Berücksichtigung der Zurechenbarkeit des Gefahrenverdachts vorzunehmen (vgl. oben). E ist demnach nur dann Handlungs- bzw. Zustandsstörer, wenn er den Gefahrenverdacht in zurechenbarer Weise gesetzt hat. Da E aber den Gefahrenverdacht nicht in zurechenbarer Weise gesetzt hat, ist er auf der Sekundärebene kein Handlungs-/ Zustands-Verdachtsstörer, sondern Nicht-Störer.

Nach anderer Ansicht findet keine Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärebene statt. Auch auf der Sekundärebene ist Verdachtsstörer derjenige, der bei ex post-Betrachtung den Gefahrenverdacht in zurechenbarer Weise gesetzt hat. Demnach wäre R kein Handlungs-/ Zustands-Verdachtsstörer, sondern Nicht-Störer.

Somit ist E wegen der Beschädigung des Kofferraumschlusses seines PKW gem. § 72 I SOG MV zu entschädigen.

**B) Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**

Der Anspruch aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG besteht, wenn der Staat durch hoheitliches Handeln rechtswidrig und schuldhaft eine drittschützende Amtspflicht verletzt hat und dem E dadurch ein (materieller oder immaterieller) Schaden entstanden ist.

**I. Hoheitliches Handeln**

Es müsste ein Handeln eines sog. „Beamten im haftungsrechtlichen Sinn“ vorliegen. Die Amtshaftung stellt allein auf das Merkmal des hoheitlichen Handelns, d.h. auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ab. Der Kofferraum wurde durch Polizeibeamte in Ausführung ihrer hoheitlichen Aufgaben aufgebrochen.

**II. Amtspflichtverletzung**

Es liegt keine Amtspflichtverletzung vor, da das gewaltsame Öffnen des PKW, wie gezeigt, rechtmäßig war.

**C) Anspruch aus enteignendem Eingriff (§§ 74, 75 Einl. ALR in der Ausprägung der höchstrichterlichen Rechtsprechung)**

Ein Anspruch aus dem allgemeinen Institut des enteignenden Eingriff scheidet aus, weil dieses Institut seine spezialgesetzliche Ausprägung in § 72 I SOG MV gefunden hat (vgl. zur Spezialitätsregel *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, 1998, S. 141 f.).

**Frage 3:**

Ermächtigungsgrundlage für das Abschleppen des PKW ist § 61 I Nr. 3 SOG MV. Dessen Voraussetzungen müssten erfüllt sein.

**A) Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit der Polizei ergibt sich aus § 7 I Nr. 1, 3 SOG MV.

**B) Materieller Gefahrentatbestand****I. Abschleppen des PKW als Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV**

Die Einordnung des Abschleppens eines PKW als Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV ist umstritten:

1. Auffassung: Die Besitzbegründung („Ansiehbringen“) und die Begründung eines Obhutsverhältnisses (z.B. Verwahrung auf einem polizeilich bewachten Sammelplatz) unterfallen dem Begriff der Sicherstellung. Demnach wäre das Abschleppen des PKW wegen der hierin enthaltenen Besitzbegründung eine Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV.

2. Auffassung: Die Besitzbegründung stellt keine Sicherstellung dar; sofern diese Maßnahme jedoch auf die Begründung eines Obhutsverhältnisses gerichtet ist, fällt bereits die Besitzbegründung unter den Begriff der Sicherstellung (h.M.). Danach ist das Abschleppen des PKW hier eine Sicherstellung.

3. Auffassung: Nur die Begründung eines Obhutsverhältnisses, nicht aber bereits die Besitzbegründung als solche ist eine Sicherstellung. Hiernach ist das schlicht Abschleppen des PKW noch keine Sicherstellung, sondern erst das Verbringen des PKW auf den polizeilich bewachten Sammelplatz.

4. Stellungnahme: Die zweite Auffassung verdient Zustimmung: Sicherstellung ist eine amtliche Verwahrung, was die Begründung eines Obhutsverhältnisses bedeutet. Aus Sinn und Zweck des § 61 I SOG MV folgt, dass unter Sicherstellung nur die Gefahrenabwehr *durch* die Begründung eines Obhutsverhältnisses zu verstehen ist. Die Obhutsbegründung muss also zum Zwecke der Gefahrenabwehr erfolgen. Der PKW wurde vorliegend zum Zwecke des Eigentümerschutzes in polizeilichen Gewahrsam genommen (vgl. § 61 I Nr. 3 SOG MV), so dass bereits der Abschleppvorgang der Gefahrenabwehr diene und damit eine Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV darstellt.

**Hinweis:** Sofern man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV verneinte, müsste man die Rechtmäßigkeit des Abschleppens am Maßstab der §§ 70 a, 89 i.V.m. §§ 13, 16 SOG MV prüfen. Wie bereits oben gezeigt (vgl. Frage 1, B) I. 2., S. 5 f.), unterfallen Maßnahmen zur Eigentumssicherung des Betroffenen dem Institut der unmittelbaren Ausführung (§ 70a SOG MV) und *nicht* dem Institut des sofortigen Vollzugs (§ 81 SOG MV).

**II. Schutz des Eigentümers vor Beschädigung (vgl. § 61 I Nr. 3 SOG MV)**

Der Eigentümer sollte auch vor Verlust oder Beschädigung des PKW geschützt werden. Die Voraussetzungen des materiellen Gefahrentatbestandes sind erfüllt.

**C) Ordnungspflichtigkeit: § 71 I SOG MV**

Die Verantwortlichkeit des E gem. §§ 69 f SOG MV scheidet aus. Er konnte jedoch als Nichtstörer gem. § 71 I SOG MV in Anspruch genommen werden.

**D) Ermessen**

Die Entscheidung über die Sicherstellung i.S.d. § 61 I SOG MV steht gem. § 14 SOG MV im Ermessen der Polizei und ist daher lediglich auf Ermessensfehler (vgl. § 40 VwVfG MV) zu überprüfen. Das Vorliegen eines Ermessensfehlers, insbesondere in der Gestalt eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. § 15 SOG MV), ist hier nicht ersichtlich.

Das Abschleppen des PKW des E durch die Polizei war rechtmäßig und damit zulässig.

---