

**Vorlesung: Polizei- und Ordnungsrecht – Fall für die Abschlussstunde**

**Hubschraubereinsatz im Kottenforst**

Am 11.11.2023 meldete Frau B. ihren 62 Jahre alten Ehemann in Bonn beim Polizeipräsidium als vermisst. Herr B. hatte die gemeinsame Wohnung bereits am Morgen des Vortages verlassen. Nach den Angaben von Frau B. sei zu befürchten, dass ihr Mann infolge in jüngster Zeit aufgetretener depressiver Gemütszustände, die auf starke Schmerzen zurückzuführen seien, Selbsttötungsabsichten habe. Bei einer Durchsuchung der Hausapotheke habe sich herausgestellt, dass zwei Packungen des Schlafmittels „Valium 8“ fehlten.

Da die telefonische Überprüfung der Krankenhäuser negativ verlief, wurde auf die Angabe von Frau B., ihr Mann habe sich des Öfteren im Kottenforst und im Königsdorfer Wald aufgehalten, das Waldgebiet von Polizeibeamten durchsucht. Bei der am 12.11.2023 fortgesetzten Suchaktion kam zwischen 6.00 und 13.00 Uhr auch der Polizeihubschrauber „Hummel III“ zum Einsatz. Dabei nahm die Polizei in Kauf, dass im Kottenforst der Baumbestand des Waldbauern W. teilweise schwer beschädigt wurde. Die Suche wurde nach Auffinden der Leiche des B im Kottenforst eingestellt. Die Obduktion ergab als eindeutige Todesursache die Einnahme von ca. 40 Tabletten des Schlafmittels „Valium 8“. Der Todeszeitpunkt lag zwischen dem 11.11., 23.00 Uhr und dem 12.11., 3.00 Uhr.

Die zuständige Polizeibehörde erkannte für das Land Nordrhein-Westfalen die Schadensersatzforderung des W. aus dem Einsatz des Polizeihubschraubers in voller Höhe an. Sie macht anschließend nach ordnungsgemäßer Anhörung die Schadensaufwendungen mittels Leistungsbescheides gestützt auf § 42 Abs. 2 OBG NW bei Frau B. als „Alleinerbin und Rechtsnachfolgerin des Verstorbenen“ geltend.

Frau B. ist empört. Weder sie noch ihr verstorbener Mann hätten jemals gegen geltendes Recht verstoßen. Zudem seien die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 OBG NW nicht gegeben, und ebensowenig habe eine Geschäftsführung in ihrem Auftrag stattgefunden. Zudem müsse das Land seinen behaupteten Anspruch gerichtlich geltend machen.

Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheides der Polizeibehörde. Dabei ist auf sämtliche im Sachverhalt angesprochenen Probleme einzugehen.

## Lösungshinweise

### A. §§ 67 PolG NW, 42 Abs. II OBG NW i.V.m. §§ 670, 683 BGB

Diese Anspruchsgrundlage sollte jeder Bearbeiter finden.

Die **formelle Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheides** wirft keine Probleme auf. Insbesondere kann nach dem Sachverhalt von der Zuständigkeit der Polizeibehörde nicht nur zum Schadensersatz entsprechend § 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW, sondern demgemäß auch zur Geltendmachung der Ersatzpflicht nach § 42 Abs. 2 OBG NW und von ordnungsgemäßer Anhörung ausgegangen werden.

Die **materielle Rechtmäßigkeit des Leistungsbescheides** setzt voraus, dass zum einen der geltend gemachte **Anspruch** tatsächlich besteht und zum anderen auch hoheitlich geltend gemacht werden darf. Die Frage nach der Zulässigkeit des **Leistungsbescheides** kann aber vorab geprüft und mit der Rechtsprechung des BVerwG bejaht werden, wonach bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen im Über-Unterordnungsverhältnis kraft Gewohnheitsrechts der Behörde das Handlungsinstrumentarium des öffentlichen Rechts und damit auch die **VA-Befugnis** zusteht, Selbsttitulierung der öffentlichen Hand.

Demgegenüber wird in der Literatur die Auffassung vertreten, der Erlass des Verwaltungsakts stelle einen zusätzlichen Hoheitsakt dar, für den nach dem Vorbehalt des Gesetzes eine **gesonderte Anspruchsgrundlage** erforderlich sei. Hiernach hätte die Ersatzforderung allein durch (Leistungs-)Klage vor dem Verwaltungsgericht, nicht jedoch per Leistungsbescheid durchgesetzt werden können. (vgl. zu alledem *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 I 2; *Gusy*, Polizeirecht, Rn. 465). Ja nach Argumentation sind beide Auffassungen vertretbar.

Eine nicht leicht überhaupt zu erkennende Ausgangsfrage ist dann aber zunächst, ob § 42 Abs. 2 OBG eine Rechtsfolgen- oder eine Rechtsgrundverweisung auf die GoA enthält. Die ganz herrschende Meinung geht – in aller Regel allerdings nur implizit – von einem Rechtsfolgenverweis aus, da die Tatbestandsvoraussetzungen der GoA bei strenger Betrachtung andernfalls nie vorliegen würden, insbesondere eine Fremdgeschäftsführungswille letztlich nur per Fiktion annehmbar wäre und § 42 Abs. 2 OBG selbst Anspruchsvoraussetzungen aufstellt (so implizit *Heusch*, in: *Schönenbroicher/Heusch*, Gefahrenabwehrrecht NRW, § 42 OBG Rn. 4; ausführlicher hingegen *Treffler*, Staatshaftung im Polizeirecht, 1993, S. 114 ff. m. w. N. in Fußnote 29). Die Frage auch nur zu erkennen, zeugt von überdurchschnittlichem Problembewusstsein.

Voraussetzung des Anspruchs ist also zum einen, dass das Land „nach § 39 Abs. 1 Buchstabe a) zum Ersatz verpflichtet ist“ (I.); das Anerkenntnis der Schadensersatzforderung durch die zuständige Polizeibehörde ersetzt dabei nicht die Prüfung des § 39

Abs. 1 lit. a) OBG NW. Zum anderen müsste Frau B. Verantwortliche sein (II.).

### **I. Ersatzpflicht des Landes NW gegenüber W. gem. §§ 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW, 67 PolG NW**

Im vorliegenden Fall „nahm die Polizei in Kauf, dass im Kottenforst der Baumbestand des Waldbauern W. teilweise schwer beschädigt wurde“. Wegen dieser gezielten Inanspruchnahme des Eigentums des W. kann von einer **direkten** Anwendung des § 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW und somit auch einer direkten Anwendung des Regressanspruchs gemäß § 40 Abs. 2 OBG NW ausgegangen werden, da W. im Rahmen der Suchaktion zielgerichtet als Nichtstörer in Anspruch genommen wurde.

Abzugrenzen ist diese Fallgruppe von der Konstellation, dass ein **unbeteiligter Dritter** nicht gezielt zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen wird, sondern unbeabsichtigt aus Anlass einer rechtmäßigen Maßnahme einen Schaden erleidet. Nach h.M. kommt dann allenfalls eine **analoge** Anwendung des § 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW in Betracht (*Wolfgang/Hendricks/Merz*, Polizei- und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Rn. 626 m.w.N.). Der Bearbeiter müsste sich dann ggf. mit der Frage einer möglichen analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 OBG NW auseinandersetzen (str.; abl.: *Dietlein*, in: ders./Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, § 3 Rn. 293).

#### **1) Rechtmäßige Inanspruchnahme des W. nach § 6 PolG NW**

Der Aufopferungsanspruch aus § 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW greift nur im Falle einer rechtmäßigen Inanspruchnahme des W. nach § 6 PolG NW. Für eine rechtswidrige Handlung der Polizei besteht zwar eine Ersatzpflicht nach § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NW, aber gerade keine Möglichkeit des Rückgriffs auf den Störer, dem das Verhalten der Polizei insoweit nicht zugerechnet werden kann.

**a) Zuständigkeit** der Polizei gem. § 1 PolG NW (+)

**b) Eingriffsgrundlage** ist § 40 Abs. 1 PolG NW, der der Generalklausel des § 8 PolG NW vorgeht. „Sachen“ im Sinne der Norm sind auch unbewegliche Sachen; zudem sollen die §§ 39-41 PolG NW den Komplex der Durchsuchung ersichtlich vollständig erfassen.

- **Nr. 2 a i.V.m. § 35 Abs. 1 Nr. 1:** (+); hier rechtfertigten Tatsachen die Annahme, dass sich in dem Wald, der durchsucht wurde, der B. befindet, der aufgrund der drohenden Selbstmordgefahr in Schutzgewahrsam genommen werden darf, da er sich dadurch in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet. § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NW ist inzident mit zu prüfen!

- **Nr. 2 c:** (+); aufgrund der bestehenden Suizidgefahr bei B. befand sich dieser auch in einer hilflosen Lage

§ 40 PolG NW ist also anwendbar. Die These von *Dietlein*, in: ders./Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, § 3 Rn. 188, § 40 PolG NW gestatte nur die Durchsuchung, das Betreten der Sache müsse hingegen auf die Generalklausel gestützt werden, bedarf hier keiner Würdigung, da die Polizei den Wald jedenfalls mit dem Hubschrauber nicht betreten hat.

**c) Abwehr einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr**, § 6 Abs. 1 Nr. 1 PolG NW:

**aa)** Vorliegen einer Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut (kann vertretbar auch bereits im Rahmen des § 40 PolG NW geprüft werden).

- Selbsttötung als Störung der **öffentlichen Sicherheit** (+)

Nach BVerfG, NJW 2020, 905 ff- umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben und damit auch die Freiheit, sich das Leben zu nehmen.; jedoch ist gerade bei Selbstmordkandidaten im Regelfall eine freie Willensentscheidung nicht anzunehmen, vgl. dazu auch § 35 Abs. 1 Nr. 1 PolG NW, der ein Einschreiten auch gegen den Willen des potentiellen Selbstmörders als zulässig behandelt.

- Störung der **öffentlichen Ordnung** (??); die These, das allgemeine Sittengesetz missbillige den Selbstmord, ist durch die obige Rspr. überholt.

**bb)** erheblich: Gefahr für Leib und Leben des B.

**cc)** gegenwärtig:

- nach maßgeblichem Zeitpunkt des polizeilichen Einsatzes (+), so dass unerheblich, dass (rückschauend betrachtet) beim Einsatz des Hubschraubers und Eintritt des Schadens der B bereits tot war;

- jedenfalls **Anscheinsgefahr** (+), da irrige, aber objektiv begründete Annahme einer Gefahr.

**2. W.** als Geschädigter ist **Nichtstörer** i.S.d. § 6 PolG NW.

**3. W.** hat **durch eine Maßnahme der Polizei** („Hubschrauber-Einsatz“) einen **Schaden** (vgl. § 40 Abs. 1 OBG NW) erlitten, da der Baumbestand im Kottenforst teilweise beschädigt wurde.

**4. Ersatzpflicht** trifft das Land NRW als Träger der Polizei, § 1 POG NW.

## **II. Polizeipflichtigkeit der Frau B.**

Frau B. muss **polizeipflichtige Person** nach §§ 4 oder 5 PolG NW sein, vgl. § 42 Abs. 2 OBG NW (§§ 4, 5 PolG NW entsprechen den in § 42 Abs. 2 OBG NW in Bezug genommenen §§ 17, 18 OBG NW):

### **1. aus eigener Verantwortlichkeit**

**a) § 4 Abs. 1 PolG NW (-)**, da kein eigenes Verhalten der B.

**b) § 5 PolG NW:** Eine Zustandsstörerschaft könnte, da B. bereits tot war, nur auf die Leiche bezogen werden, was fraglich erscheint, da die Öffentlichkeit von ihrem Vorhandensein keine Kenntnis genommen hat.

**aa) § 5 Abs. 1 PolG NW (-)**, da Frau B. kein Eigentum an der Leiche ihres Mannes hatte, weil eine Leiche nach ganz h.M. eine herrenlose Sache ist (*Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 958 Rn. 5 und 12).

**bb) § 5 Abs. 2 PolG NW (-)**, da es Frau B. an der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit fehlte.

### **2. Verantwortlichkeit kraft Rechtsnachfolge**

**a)** Eine mögliche **Polizeipflichtigkeit** des B. könnte durch Erbfall nach §§ 1922, 1967 BGB auf Frau B. übergegangen sein.

**aa)** Mangels entsprechender Vorschriften ist der Rechtsgedanke der §§ **1922, 1967 BGB** auch **im öffentlichen Recht** anwendbar, BVerwG, NVwZ 2008, 928, 930 m.w.N.

**bb)** B. müsste **polizeipflichtig** gewesen sein. In Betracht kommt eine Verhaltensverantwortlichkeit nach **§ 4 Abs. 1 PolG NW**.

Vgl. bereits oben zur nicht selbstbestimmten depressiven Selbsttötung als Störung der **öffentlichen Sicherheit (+)**.

**cc)** Die **Störereigenschaft könnte** durch den Tod des B. **erloschen sein**. B. war zum Zeitpunkt des Schadenseintritts bereits tot.

Wird jedoch nicht allein auf die eigentliche Selbstmordhandlung abgestellt, so führte bereits das Verlassen des Hauses unter Mitnahme der Valium-Tabletten zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit/Ordnung, **Selbstmordgefahr**.

**dd)** Die auch unter diesen Vorzeichen somit bereits bestehende Polizeipflicht des B. hat mangels einer konkreten behördlichen Verfügung allerdings bloß abstrakt bestanden. Im Schrifttum wird demgegenüber vielfach vertreten, eine solche **abstrakte Verhaltensverantwortlichkeit** normiere keine subjektiv öffentlichen Pflichten des Bürgers, sondern nur Eingriffsermächtigungen, und könne daher keine übergangsfähige Rechtspflicht darstellen (so etwa *Zacharias*, JA 2001, 720 (722 f.) m.w.N.). Die auch durch das BVerwG vertretene Gegenauffassung begreift die sog. materielle Polizeipflicht demgegenüber als eine echte Pflicht zur Mitwirkung bei der Gefahrenbeseitigung, die bereits unmittelbar mit dem Eintritt der Gefahr entstehe und nur noch der Umsetzung durch einen Verwaltungsakt bedürfe. Diese materielle Verpflichtung könne im Wege der Rechtsnachfolge auf den Gesamtrechtsnachfolger übergehen.

Allerdings ist auch eine abstrakte Pflicht nur vererblich, wenn durch sie kein **höchstpersönliches** Rechtsverhältnis begründet wird. Das ist bei Verhaltenspflichten i.S.v. § 4 Abs. 1 PolG NW der Fall, wenn die Erfüllungshandlung vertretbar ist, d.h. auch vom Erben erbracht werden kann. Die dem B. obliegende Pflicht, „Unterlassen eines Verhaltens, das einen Selbstmord erwarten lässt“, ist eine höchstpersönliche Pflicht, die mit dem Tod des Störers erloschen ist.

**b)** Demgegenüber stellt die **Kostenerstattungspflicht** keine höchstpersönliche Pflicht dar, da ihre Erfüllung vertretbar ist. Kosten sind jedoch erst mit dem Eintritt des Schadens entstanden, d.h. nachdem der B. bereits tot war. B. war daher nie Kostenschuldner.

Der auch im öffentlichen Recht anwendbare Rechtsgedanke des § 1967 BGB, s.o., umfasst auch, dass der Erbe in die vom Erblasser begründeten **schwebenden Rechtsbeziehungen** eintritt, auch wenn die Verpflichtung erst nach dem Tode entsteht (vgl. Palandt, § 1967, Anm. 2). Andererseits steht zu bedenken, dass die Kostenerstattungspflicht auch nur eine **Folge der höchstpersönlichen Polizeipflicht** des Verhaltensstörers ist und deshalb nicht weiter gehen kann als diese, die mit dem Tod des Störers endet. Somit lässt sich aus guten Gründen auch ein Übergang der Kostenerstattungspflicht verneinen.

Je nach Argumentation somit Anspruch aus § 39 Abs. 1 lit. a) OBG NW i.V.m. § 67 PolG NW, § 42 Abs. 2 OBG NW (+/-)

### **B. § 670 BGB analog**

Gefahrenabwehr ist eine hoheitliche Aufgabe, die nicht durch ein Auftragsverhältnis zwischen Bürger und Polizei begründet wird. Zudem dürfte es bereits an einer rechtsgeschäftlichen Auftragserteilung fehlen, da die Vermisstenmeldung lediglich als Anregung zu einem Tätigwerden von Amts wegen zu verstehen sein wird.

Kein Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis.

### **C. §§ 683, 670 BGB analog**

Das Institut der öffentlich-rechtlichen GoA findet nur dort Anwendung, wo es an einer gesetzlichen Regelung fehlt. Die Verweisung auf die Vorschriften der §§ 670, 683 BGB in § 42 Abs. 2 OBG ist als abschließende Regelung zu werten. Es besteht also auch kein Anspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA.