

10 BV 08.1422
M 7 K 07.4242

*Großes Staats-
wappen*

Verkündet am 26. Januar 2009
Graiss
als stellvertretende Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

***** * ** *****

- Kläger -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

- Beklagter -

wegen

Sicherstellung eines Motorrads;

hier: Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen
Verwaltungsgerichts München vom 12. März 2008,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dhom,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Simmon,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Häußler

aufgrund mündlicher Verhandlung vom **26. Januar 2009** folgendes

Urteil:

- I. Unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts München vom 12. März 2008 wird festgestellt, dass die Sicherstellung und Verwahrung des klägerischen Motorrads rechtswidrig waren. Der Leistungsbescheid des Beklagten vom 27. August 2007 wird aufgehoben.
- II. Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt der Beklagte.
- III. Die Kostenentscheidung ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten um die Sicherstellung eines Motorrads und die dafür angefallenen Kosten.
- 2
 1. Das Polizeipräsidium Oberbayern beobachtet seit Jahren, dass die Bundesstraße 11 (B 11) im Bereich des sog. Kesselbergs zwischen dem Kochel- und dem Walchensee einen Unfallschwerpunkt darstellt. In den Jahren 2003 bis 2007 kam es durchschnittlich zu mehr als 30 Verkehrsunfällen pro Jahr mit 17 bis 20 Verletzten. An den meisten Unfällen waren Motorradfahrer beteiligt, weil die kurvenreiche Strecke am Kesselberg ein sehr beliebtes Ausflugsziel für Motorradfahrer darstellt. In dem kritischen Streckenbereich zwischen Kilometer 67 und 73 der B 11 starben in den Jahren 2005 bis 2007 drei Verkehrsteilnehmer.

- 3 2. Verschiedene Versuche, den Unfallschwerpunkt durch offene Polizeipräsenz, Geschwindigkeitskontrollen, Öffentlichkeitsarbeit etc. zu entschärfen, führten nach Angaben der Polizei zu keiner durchgreifenden Verbesserung. Angesichts dessen entschloss sich das Polizeipräsidium Oberbayern nach Rücksprache mit dem Bayerischen Staatsministerium des Innern zu einem härteren Vorgehen gegen die am Kesselberg anzutreffende Motorradszene. Nach der Grundsatzweisung des Polizeipräsidiums Oberbayern vom 21. Juni 2007 und 30. August 2007, sollten die Motorräder von sog. „Hardcore-Kradrasern“ sichergestellt werden. Bei einer einmaligen Geschwindigkeitsüberschreitung von mehr als 40 km/h und bei einer zweimaligen Geschwindigkeitsüberschreitung von mehr als 25 km/h innerhalb eines Jahres sollte in der Regel das Motorrad sichergestellt, abgeschleppt und mindestens bis zum nächsten Morgen, an Wochenenden bis zum Montagmorgen verwahrt werden.
- 4 3. Der in Oberbayern wohnende Kläger war am Freitag, den 24. August 2007 mit seinem Motorrad der Marke Suzuki unterwegs. Er wurde zunächst um 16.35 Uhr bei einer Geschwindigkeitskontrolle in Huglfing innerorts wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 11 km/h von der Polizei angehalten und mit einer Verwarnung von 25 Euro belegt. Um 18.21 Uhr fuhr er mit seinem Kraftrad vom Walchensee kommend bergab auf der B 11 und überschritt bei der polizeilichen Geschwindigkeitskontrolle die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h um 42 km/h. Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einem Bußgeld von 100 Euro, der Eintragung von 3 Punkten und einem Fahrverbot von einem Monat geahndet wird. Des Weiteren ordnete die Verkehrspolizeiinspektion Weilheim mündlich die Sicherstellung des Motorrads an, nahm das Kraftrad in Verwahrung und ließ es von einem Abschleppunternehmen zu einer Verwahrstelle nach Murnau bringen. Der Kläger sprach am Montag, den 27. August 2007 bei der Polizeiinspektion Weilheim vor, erhielt gegen Begleichung der mit Leistungsbescheid festgesetzten Kosten von 277,42 Euro (45,00 Euro Gebühren, 232,42 Euro Auslagen) eine Fahrzeugfreigabebescheinigung, mit deren Hilfe er das Motorrad in Murnau abholen konnte.
- 5 3. Die am 25. September 2007 erhobene Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sicherstellung, der Abschleppmaßnahme und des Kostenbescheides ist als unzulässig, die hilfsweise gestellte Anfechtungsklage gegen den Kostenbescheid als unbegründet abgewiesen worden. Das Verwaltungsgericht München

hat im Urteil vom 12. März 2008 (DAR 2008, 411) ausgeführt, dass angesichts einer Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um 42 km/h ohne Zweifel ein besonders schwerwiegender Verkehrsverstoß vorliege. Bei einer Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um mehr als 50 % könne regelmäßig von vorsätzlichem Verhalten ausgegangen werden. Bei einem derart massiven Verstoß auf einer geraden Fahrstrecke sei davon auszugehen, dass der Kläger auch im unfallträchtigeren kurvenreichen Bereich der B 11 mit hoher Wahrscheinlichkeit erneut die dort zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreiten werde. Die Sicherstellung des Motorrads könne daher als Gefahrenabwehrmaßnahme auf Art. 25 Nr. 1 PAG gestützt werden. Die Maßnahme sei verhältnismäßig. Ermessensfehler seien nicht erkennbar.

- 6 4. Im Rahmen der zugelassenen Berufung vertritt der Kläger die Ansicht, dass die
Klage zulässig und begründet sei. Der Kläger habe ein Rehabilitierungsinteresse.
Die Wegnahme des Motorrads stelle eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG dar.
Die Begründetheit der Klage folge schon aus der fehlenden Rechtsgrundlage für
die Sicherstellung. Diese Maßnahme habe im konkreten Fall keinen präventiven,
sondern einen repressiven Charakter gehabt. Darüber hinaus habe keine Gefahr
im Sinne von Art. 25 Nr. 1 PAG bestanden. Außerdem habe es an der Erforder-
lichkeit der Sicherstellung gefehlt, da ein Platzverweis gemäß Art. 16 PAG als
milderes Mittel in Betracht gekommen wäre. Es liege ein Fall des Ermessens-
nichtgebrauchs vor, weil die Beamten vor Ort allein auf Grund der Weisung des
Polizeipräsidiums Oberbayern vom 21. Juni 2007 gehandelt und keine eigenen
Ermessenserwägungen angestellt hätten.

7 Der Kläger beantragt,
8 unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Leistungsbescheid der Be-
klagten vom 27. August 2008 aufzuheben und festzustellen, dass die Sicher-
stellung des klägerischen Motorrads und das anschließende Abschleppen
rechtswidrig waren.

9 Der Beklagte beantragt,
10 die Berufung zurückzuweisen.

11 Die Sicherstellung lasse sich auf Art. 25 Nr. 1 PAG stützen. Die Maßnahme habe
rein präventiven Charakter gehabt. Sie habe dem Schutz von Leib und Leben der

anderen Verkehrsteilnehmer sowie des Klägers selbst gedient und sei Teil eines Gesamtkonzepts von Schutzmaßnahmen zur Reduzierung der Motorradunfälle auf dem streitgegenständlichen Abschnitt der B 11. Insbesondere habe die Verkehrsbehörde angeordnet, dass die B 11 im Bereich des Kesselbergs an Wochenenden von Motorrädern nicht mehr von Kochel in Richtung Walchensee befahren werden dürfe. Des Weiteren seien bestimmte Parkplätze für Motorräder gesperrt worden. Die vom Polizeipräsidium Oberbayern angeordneten Sicherstellungsmaßnahmen hätten sich bewährt. Es sei im zweiten Halbjahr des Jahres 2007 und im Jahr 2008 aufgrund dieser Maßnahmen zu einem erheblichen Rückgang der Verkehrsunfälle gekommen. Die Weisung des Polizeipräsidiums Oberbayern sei als ermessenslenkende Maßnahme grundsätzlich zulässig und führe nicht zu einem Ermessensfehler. Die Beurteilung des Einzelfalls sei dem handelnden Polizeibeamten dadurch nicht entzogen worden.

- 12 5. Das Berufungsgericht hat mit den Parteien am 26. Januar 2009 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die beigezogenen Gerichts- und vorgelegten Behördenakten sowie auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 2009 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 13 Die zulässige Berufung hat überwiegend Erfolg.
- 14 1. Das Verwaltungsgericht München hat allerdings die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Leistungsbescheides vom 27. August 2008 zu Recht als unzulässig zurückgewiesen. Denn dieser Feststellungsklage steht der Grundsatz des Vorrangs der Gestaltungsklage nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegen. Daher hat der Kläger diesen Antrag in der Berufungsverhandlung nicht mehr aufrecht erhalten, so dass das verwaltungsgerichtliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden ist.
- 15 2. Hingegen hat die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sicherstellungsanordnung im Berufungsverfahren Erfolg.

- 16 a) Hinsichtlich der Sicherstellungsanordnung ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig. Zwar hat sich der Verwaltungsakt der Sicherstellung vom 24. August 2007 spätestens mit der Freigabe des Motorrads am 27. August 2007 erledigt. Es ist jedoch anerkannt, dass analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO eine Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden kann, wenn sich der Verwaltungsakt – wie hier – schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist erledigt hat und wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts hat.
- 17 Ein berechtigtes Interesse besteht nicht schon deswegen, weil der Kläger eine Wiederholung des polizeilichen Vorgehens bei anderen Motorradfahrern befürchtet. Denn unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr kann die nachträgliche Überprüfung eines erledigten Verwaltungsakts nur verlangt werden, wenn die Wiederholungsgefahr in Bezug auf die Person des Klägers besteht. Dies hat der Kläger jedoch ausdrücklich bestritten.
- 18 Hingegen kann bei dem Kläger ein Rehabilitationsinteresse festgestellt werden, weil die Sicherstellung des Motorrads im vorliegenden Fall - anders als in sonstigen Abschleppfällen - eine diskriminierende Wirkung gehabt hat. Mit der Sicherstellung des Motorrads ist der Kläger von der Polizei zur Gruppe der besonders gefährlichen „Hardcore-Raser“ zugerechnet worden und hat im Unterschied zu sonstigen Verkehrsteilnehmern mit der Wegnahme des Fahrzeugs eine besonders einschneidende und diskriminierende Behandlung erfahren. Es kommt im vorliegenden Fall auch nicht darauf an, ob die mit dem Fahrzeugentzug verbundene Diskriminierung noch fortwirkt. Im Hinblick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG besteht bei sich regelmäßig kurzfristig erledigenden Polizeimaßnahmen ein Rehabilitationsinteresse schon dann, wenn ein besonders schwerwiegender Grundrechtseingriff festzustellen ist (vgl. BVerfG vom 7.12.1998 NVwZ 1999, 290). Im vorliegenden Fall liegt in der Wegnahme des Fahrzeugs ein erheblicher und schwerer Eingriff in das Eigentumsrecht des Klägers (Art. 14 Abs. 1 GG). Daher besteht ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen verwaltungsgerichtlichen Kontrolle der Sicherstellung.
- 19 Der Kläger kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass eine solche Überprüfung im Rahmen der gegen den Kostenbescheid gerichteten Anfechtungs-

klage inzident stattfinden kann. Weil in diesem Verfahren eine ausdrückliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Polizeimaßnahme nicht erfolgen kann, trägt diese Klagemöglichkeit dem Genugtuungsinteresse des Klägers nicht ausreichend Rechnung (vgl. BVerwG vom 29.4.1997 NJW 1997, 2534).

- 20 b) Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet, weil die Sicherstellungsanordnung vom 24. August 2007 rechtswidrig gewesen ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt hat. Nach Art. 25 Nr. 1 des Gesetzes über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei – PAG – (in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.9.1990, GVBl S. 397, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 22.7.2008, GVBl S. 421) kann die Polizei zwar eine Sache zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr sicherstellen. Eine solche Sicherstellungsanordnung setzt allerdings zum einen eine konkrete Gefahr und zum anderen eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der Polizei voraus.

- 21 Im vorliegenden Fall sind zwar entgegen der Ansicht des Klägers Ermessensfehler beim Erlass der mündlichen Sicherstellungsanordnung nicht nachzuweisen. Eine Überprüfung der von den Polizeibeamten vor Ort angestellten Ermessenserwägungen ist nach Aktenlage schon deswegen nicht möglich, weil eine zeitnahe schriftliche Dokumentation der Ermessensgründe nicht vorliegt und weil der Kläger eine schriftliche Bestätigung und Begründung der Sicherstellungsanordnung nach Art. 37 Abs. 2 Satz 2, Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG nicht beantragt hat. Daher kann er auch nicht mit dem Argument durchdringen, dass die Polizeibeamten die Weisung des Polizeipräsidiums Oberbayern vom 21. Juni 2007 als strikte Anordnung angesehen und im vorliegenden Einzelfall keine eigene Ermessensentscheidung getroffen hätten. Da die Weisung – wie das Polizeipräsidium Oberbayern mit Schreiben vom 30. August 2007 klargestellt hat – nur als Grundsatzweisung anzusehen ist, muss in Ermangelung weiterer Tatsachen davon ausgegangen werden, dass die Polizeibeamten die Weisung lediglich als ermessenslenkende Vorschrift verstanden und eine eigene Ermessensentscheidung getroffen haben. Es liegt daher kein Fall des Ermessensnichtgebrauchs vor.

- 22 Allerdings liegt die für eine entsprechende Ermessensentscheidung unverzichtbare Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefahr nicht vor. Wie der Kläger zutreffend ausgeführt hat, ermächtigt Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 PAG die Polizei grundsätzlich

nur zur präventiven, der Gefahrenabwehr dienenden Sicherstellung von Sachen, nicht hingegen zu repressiven, allein der Bestrafung eines Beschuldigten dienenden Wegnahme von Gegenständen. Eine solche repressive Wegnahme ist etwa in den Vorschriften über die Einziehung von Sachen (vgl. § 74 StGB, § 21 Abs. 3 StVG) geregelt. Die Abgrenzung solcher repressiven von präventiven Maßnahmen ist allerdings nicht immer einfach. Zum einen dienen auch Strafen und Bußgelder nicht allein der Ahndung begangenen Unrechts, sondern zugleich der spezialpräventiven Einwirkung auf den Täter und der generalpräventiven Abschreckung Dritter. Zum anderen kann auch eine der Gefahrenabwehr dienende Sicherstellung von dem Betroffenen als Strafe empfunden werden. Die Abgrenzung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen kann sich darum nur daran orientieren, ob objektiv betrachtet das Schwergewicht einer Maßnahme im präventiven oder im repressiven Bereich liegt (vgl. Geppert, Polizeiliche Sicherstellungen von Kraftfahrzeugen im Rahmen der Verkehrsüberwachung? DAR 1988, 12/13).

- 23 Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Sicherstellung des klägerischen Motorrads schwerpunktmäßig präventiven Charakter gehabt hat. Auch wenn der Entzug des Fahrzeugs nach den in der Weisung aufgestellten Grundsätzen ähnlich wie eine Strafe primär an vergangenes Fehlverhalten anknüpft, spricht schon der vergleichsweise kurze Entzug des Kraftrads eher gegen eine das Handlungsunrecht abgeltende Nebenstrafe. Die Entstehungsgeschichte der Grundsatzweisung des Polizeipräsidiums Oberbayern, ihr erkennbarer Hauptzweck und die gezielte Kontrolle der Motorradfahrer durch die Verkehrspolizei Weilheim legen vielmehr die Annahme nahe, dass es hauptsächlich um die Entschärfung des Unfallschwerpunkts am Kesselberg ging. Der kurzzeitige Entzug des Motorrads sollte vorrangig eine erzieherische und abschreckende Wirkung haben, dadurch weitere Motorrad-Unfälle am Kesselberg verhindern und damit vorbeugend Gefahren für Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer bekämpfen. Daher liegt im vorliegenden Fall wie bei vergleichbaren Sicherstellungen der Schwerpunkt der Maßnahme im präventiven Bereich (vgl. Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, 2. Aufl. 2006, RdNr. 42 zu Art. 25 PAG; Berner/Köhler, PAG, 18. Aufl. 2006, RdNr. 4 zu Art. 25; Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, RdNr. 743; a. A. Geppert, a.a.O., S. 17 f.))

- 24 Allerdings lässt Art. 25 Nr. 1 PAG die Sicherstellung von Sachen nicht zur Bekämpfung abstrakter, sondern nur zur Unterbindung konkreter und gegenwärtiger Gefahren zu. Zur Bekämpfung der im Allgemeinen von „Verkehrssündern“ ausgehenden Gefahr erneuter Verkehrsverstöße hat der Bundesgesetzgeber nicht nur rein repressive Sanktionen in Form von Bußgeldern und Fahrverboten (§§ 24, 25 Straßenverkehrsgesetz – StVG), sondern auch einen Katalog präventiver Maßnahmen in § 4 StVG vorgesehen. Durch das sog. Punktesystem, das bei wiederholten Verstößen zum Entzug der Fahrerlaubnis führen kann, durch das Angebot von sog. Aufbauseminaren und verkehrspsychologischen Beratungen wird vom Bundesgesetzgeber ein – wie dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 StVG klar zu entnehmen ist – präventives System zum Schutz vor Gefahren, die von wiederholt gegen Verkehrsvorschriften verstoßenden Fahrzeugführern und -haltern ausgehen, bereit gestellt. Dieses Regelungssystem knüpft an die abstrakt bestehende Wiederholungsgefahr an, ohne dass die Gefahr im Einzelfall konkret belegt werden müsste oder widerlegt werden könnte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat dieses System als grundsätzlich verfassungsgemäß eingestuft (Beschluss vom 17.1.2005 BayVBI 2005, 278). Es stellt eine geeignete und verhältnismäßige Regelung zur Bekämpfung der von „Verkehrssündern“ im Allgemeinen ausgehenden Wiederholungsgefahr dar.
- 25 Die Vorschrift des Art. 25 Nr. 1 PAG über die Sicherstellung von Sachen knüpft hingegen an eine konkrete und gegenwärtige Gefahr an, setzt also für eine Sicherstellung von Fahrzeugen eine im Einzelfall bestehende Gefahr eines in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang drohenden Verkehrsverstößes voraus. An dieser konkreten Gefahr fehlt es im vorliegenden Fall. Eine solche Gefahr besteht nur dann, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der nächsten Zeit eine Störung der öffentlichen Sicherheit zu erwarten ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNrn. 21 ff, 42 zu Art. 11 PAG). Eine solche Prognoseentscheidung im Einzelfall kann nicht – wie in der Weisung des Polizeipräsidiums Oberbayern vorgesehen – schematisch an die Höhe einer einmaligen oder zweimaligen Geschwindigkeitsübertretung geknüpft werden. Denn es gibt keinen Erfahrungssatz, dass ein von der Polizei erappter „Verkehrssünder“ sich generell unbelehrbar zeigt und von dem ihm angedrohten Bußgeldern, Fahrverboten und Punkten unbeeindruckt bleibt.

- 26 Vielmehr muss im Regelfall davon ausgegangen werden, dass die im Straßenverkehrsrecht vorgesehenen Ordnungsmittel den normalen Verkehrsteilnehmer so nachhaltig beeindrucken, dass er von der umgehenden Begehung erneuter Verkehrsverstöße absieht. Etwas anderes kann nur in Ausnahmefällen gelten. Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Fahrzeugführer infolge von Alkohol- oder Drogenkonsum enthemmt ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 44 zu Art. 25 PAG), wenn er weitere Verkehrsverstöße ausdrücklich ankündigt oder wenn er sich auf dem Weg zu einem unerlaubten Wettrennen befindet (vgl. BayVGH vom 23.5.2008 10 CS 08.1353). Im Regelfall kann die Polizei jedoch bei ihrer Gefahrenprognose nicht davon ausgehen, dass das im Straßenverkehrsgesetz enthaltene System von Sanktionen und Präventivmaßnahmen wirkungslos bleibt. Eine solche Annahme widerspräche nicht nur der allgemeinen Lebenserfahrung, sondern auch den grundlegenden Wertungen des Straßenverkehrsgesetzes.
- 27 Daher überzeugt auch im vorliegenden Fall die polizeiliche Rechtfertigung der Sicherstellung des klägerischen Motorrads nicht. Die von der Polizei aufgestellte Prognose, dass der Kläger nach Feststellung der Geschwindigkeitsüberschreitung von 42 km/h ohne Wegnahme des Motorrads sofort wieder einen Verkehrsverstoß begangen hätte, blendet den Umstand völlig aus, dass der Kläger von der Polizei mit einem Radargerät kontrolliert, angehalten und ermahnt worden ist. Der Kläger ist ein durchschnittlicher Fahrzeugführer, der keine besonders hohe Zahl von Punkten im Verkehrszentralregister aufweist. Er hat sich nicht völlig uneinsichtig gezeigt oder weitere Verkehrsverstöße angekündigt. Er gehört nicht der sog. Rennszene am Kesselberg an und hat sich auch nicht zu einem bevorstehenden Wettrennen verabredet. Auch wenn der Kläger an diesem Tag bereits einmal wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 12 km/h mit einer Verwarnung von 25 Euro belegt worden ist, ist nichts dafür ersichtlich, dass ihm das für die Geschwindigkeitsübertretung am Kesselberg fällige Ordnungsgeld von 100 Euro, das Fahrverbot von einem Monat sowie die Eintragung von drei Punkten im Verkehrszentralregister völlig unbeeindruckt gelassen hätte.
- 28 Auch wenn die B 11 zwischen dem Kochel- und dem Walchensee einen Unfallschwerpunkt darstellt und auch wenn an den Unfällen Motorradfahrer überproportional beteiligt sind, können diese allgemeinen Tatsachen im konkreten Fall zur Begründung einer Wiederholungsgefahr nichts beitragen. Denn bei dem Klä-

ger war – wie bei jedem normalen Verkehrsteilnehmer – zu erwarten, dass er nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Verkehrskontrolle erneut einen vorsätzlichen Verkehrsverstoß begehen würde. Art. 25 Nr. 1 PAG liefert jedoch keine Rechtsgrundlage dafür, an Unfallschwerpunkten bei erheblichen Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung generell Fahrzeuge für einen oder mehrere Tage sicherzustellen. Daher ist im vorliegenden Fall die Rechtswidrigkeit der Sicherstellung festzustellen.

29 3. Die Klage hat auch hinsichtlich der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der Abschleppmaßnahme Erfolg.

30 a) Zwar handelt es sich bei der Abschleppung des Motorrads um einen Realakt, so dass nur die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht kommt. Der Kläger hat jedoch ein berechtigtes Feststellungsinteresse daran, die Rechtmäßigkeit dieses Realakts nachträglich prüfen zu lassen (vgl. dazu Happ in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 34 zu § 43). Der Kläger wurde nicht nur durch die hoheitliche Anordnung der Sicherstellung, sondern auch durch die nachfolgende Verwahrung des Fahrzeugs benachteiligt und diskriminiert, so dass auch insoweit ein berechtigtes Interesse an der Rehabilitierung besteht.

31 b) Die zulässige Feststellungsklage ist auch begründet. Zwar ermächtigt Art. 26 Abs. 1 Satz 1 PAG die Polizei, sichergestellte Sachen in Verwahrung zu nehmen. Auch kann die Polizei nach Art. 26 Abs. 1 Satz 3 PAG insbesondere bei Fahrzeugen, private Dritte mit der Aufbewahrung beauftragen (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNrn. 5 und 6 zu Art. 26 PAG). Das Verbringen eines sichergestellten Fahrzeugs zur Verwahrstelle ist daher regelmäßig zu dessen sicherer Unterbringung erforderlich.

32 Im vorliegenden Fall beruht die Verwahrung jedoch auf einer rechtswidrigen Sicherstellungsanordnung, so dass nach dem in der Lehre teilweise vertretenen Konnexitätsprinzip die Verwahrung schon deswegen rechtswidrig gewesen ist (vgl. Knemeyer, Polizei- und Sicherheitsrecht, 10. Aufl. 2004, RdNr. 358). Anerkennt man dieses Konnexitätsprinzip nicht (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 6 zu Art. 53 PAG m.w.N.) und geht man davon aus, dass angesichts der sofortigen Vollziehbarkeit der Sicherstellungsanordnung ein Verwahrungsverhältnis rechtmäßig begründet worden ist, erweist sich die Abschleppmaßnahme

im vorliegenden Fall gleichwohl als rechtswidrig. Denn der Kläger hat schon vor der Abschleppmaßnahme einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gehabt, so dass sein Fahrzeug nicht an einen anderen Ort gebracht werden durfte. Nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 PAG besteht ein Herausgabeanspruch, sobald die Voraussetzungen für eine Sicherstellung weggefallen sind. Dieser Anspruch ist Ausdruck des allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruchs und greift unabhängig davon ein, ob die Voraussetzungen einer Sicherstellung bei deren Erlass vorgelegen haben oder nicht (vgl. Berner/Köhler, a.a.O., RdNr. 2 zu Art. 28). Da im vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer Sicherstellungsanordnung nicht vorgelegen haben, hat der Kläger einen Anspruch auf sofortige Herausgabe seines Motorrads gehabt. Demzufolge sind das Abschleppen des Motorrads nach Murnau und die Verwahrung bei dem Abschleppunternehmen bis zum folgenden Montag rechtswidrig gewesen.

- 33 4. Schließlich hat auch die gegen den Kostenbescheid gerichtete Anfechtungsklage Erfolg. Zwar kann die Polizei nach Art. 28 Abs. 3 Satz 1 PAG für die Sicherstellung Kosten (Gebühren und Auslagen) erheben. Auch ist der Gebührenrahmen (§ 1 Nr. 2 PolKV) mit der erhobenen Gebühr von 45,00 Euro nicht überschritten worden. Ferner ist die Abrechnung von Auslagen, die durch Einschaltung eines privaten Verwahrers entstanden sind, nach Art. 28 Abs. 3 Satz 2 PAG grundsätzlich möglich (Berner/Köhler, a.a.O., RdNr. 12 zu Art. 28). Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass die Kostenerhebung des Weiteren davon abhängt, dass die Polizeimaßnahme rechtmäßig gewesen ist (vgl. Schmidbauer/Steiner, a.a.O., RdNr. 28 zu Art. 76, Berner/Köhler, a.a.O., RdNr. 23 zu Art. 76). Diese Einschränkung der Kostenerhebung wurzelt im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip und hat ihre konkrete Ausgestaltung in Art. 16 Abs. 5 des Kostengesetzes (KG) gefunden, auf den Art. 38 Abs. 3 Satz 4 PAG verweist. Danach werden Kosten nicht erhoben, die bei richtiger Sachbehandlung nicht angefallen wären. Da sich im vorliegenden Fall die Sicherstellung und die Abschleppmaßnahme als rechtswidrig erwiesen haben, ist folglich auch die Erhebung der dafür angefallenen Gebühren und Auslagen nicht zulässig. Demzufolge ist der Leistungsbescheid vom 27. August 2007 aufzuheben.
- 34 5. Die Entscheidung über die Gerichtskosten beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Da der Kläger in der ersten Instanz nur zu einem geringen Teil unterlegen ist, sind dem Beklagten die gesamten Kosten beider Rechtszüge aufzuerlegen.

- 35 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 VwGO in Verbindung mit § 709 ZPO.
- 36 Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen. Der vorliegende Rechtsstreit wirft im Wesentlichen nur Fragen des nicht revisiblen Landesrechtes auf.

Rechtsmittelbelehrung

- 37 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 38 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an einer deutschen Hochschule im Sinn des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen.

40

Beschluss:

41

Der Streitwert wird auf 5.277,42 Euro festgesetzt.

42

Dhom

Simmon

Dr. Häußler