

# VERWALTUNGS ARCHIV

*Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*

69. BAND

HEFT 2

1. APRIL 1978

## Das Angebot des anderen Mittels

*Von Wiss. Ass. Dr. Klaus Grupp, Mannheim*

§ 3 Abs. 2 Satz 2 des »Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes«<sup>1</sup> enthält, ebenso wie § 41 Abs. 2 Satz 3 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes<sup>2</sup> und die diesem nachgebildeten Vorschriften in den meisten Gesetzen über die Befugnisse der Polizei- bzw. Ordnungsbehörden<sup>3</sup>, eine – soweit ersichtlich –

1 Stand: 20. 6. 1975.

2 Vom 1. 6. 1931 (GS S. 77, berichtet S. 136). Das Gesetz gilt weitgehend noch im Saarland, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. 11. 1974 (ABl. S. 1011).

3 Vgl. für den *Bund*: § 12 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz – BGS) vom 18. 8. 1972 (BGBl. I S. 1834), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. 9. 1974 (BGBl. I S. 2152); für *Bremen*: § 36 Abs. 2 Satz 2 des Polizeigesetzes vom 5. 7. 1960 (GBl. S. 73), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. 12. 1974 (GBl. S. 351); für *Hamburg*: § 4 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) vom 14. 3. 1966 (GVBl. S. 77), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. 12. 1974 (GVBl. S. 381); für *Hessen*: § 8 Satz 2 des Hessischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) i. d. F. vom 26. 1. 1972 (GVBl. I S. 24), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 9. 1974 (GVBl. I S. 361); für *Niedersachsen*: § 30 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes zum Schutz von Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951 (GVBl. S. 79), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. 2. 1974 (GVBl. S. 57); für *Nordrhein-Westfalen*: § 21 Satz 1 des Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Ordnungsbehördengesetz – OBG) i. d. F. vom 28. 10. 1969 (GV. NW S. 732), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. 11. 1973 (GV. NW S. 488), sowie § 22 des Polizeigesetzes (PolG) i. d. F. vom 28. 10. 1969 (GV. NW S. 740), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3. 12. 1974 (GV. NW S. 1514); für *Rheinland-Pfalz*: § 48 Abs. 2 Satz 3 des Polizeiverwaltungsgesetzes von Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 29. 6. 1973 (GVBl. S. 180), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. 11. 1974 (GVBl. S. 469); in *Baden-Württemberg*, *Bayern* und *Schleswig-Holstein* bestehen keine gleichartigen Regelungen. In *Berlin* gilt das Allgemeine Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz – ASOG Bln) vom 11. 2. 1975 (GVBl. S. 688), das auf einer früheren Fassung des Musterentwurfs beruht (vgl. dazu Hans-Joachim Rose, Neues Berliner Polizeirecht, in: JR 1975, 309 ff.; Karl-Heinz Schumann, Das Allgemeine Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin [ASOG Bln] als Wegweiser für ein einheitliches Polizeirecht, in: DV 1976, 264 ff.) und dessen § 9 Abs. 2 Satz 2 wörtlich mit § 3 Abs. 2 Satz 2 des Musterentwurfs übereinstimmt.

einzigartige Regelung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts: Wem zum Zwecke der Beseitigung einer Störung bzw. der Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eine bestimmte Maßnahme vorgeschrieben wird, dem »ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird«. Die Aufnahme dieser Vorschrift in den Musterentwurf wird lapidar damit begründet<sup>4</sup>, das sog. Austauschmittel sei ein typisches polizeirechtliches Institut<sup>5</sup>, das im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes nicht behandelt worden sei und deshalb im Musterentwurf inhaltlich übereinstimmend mit einer Reihe geltender Polizeigesetze geregelt werden müsse<sup>6</sup>. Diese Begründung erscheint in sich widersprüchlich: Wenn das Angebot des anderen Mittels ein spezifisch polizeirechtliches Institut ist, warum sollte dann in ein Gesetz zur Regelung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens eine Bestimmung aufgenommen werden, die ihrer Natur nach viel sinnvoller ihren Platz in einem Gesetz über die Polizei- und Ordnungsbehörden hat? Jedoch schließt sich dem eine zweite Frage an: Ist das Austauschmittel wirklich eine Eigentümlichkeit des Polizeirechts, wie immer gelehrt wird<sup>7</sup>, oder wäre nicht die Übernahme dieses Rechtsinstituts in andere Bereiche des Verwaltungsrechts geboten? Eine Beantwortung dieser Fragen soll im folgenden versucht werden (unten III), nachdem zuvor Voraussetzungen und Wirkungen des Angebots des anderen Mittels, wie Rechtsprechung und Lehre sie entwickelt haben, kurz dargelegt wurden (sogleich unter I) und erörtert wurde, welchen Rechtscharakter dieses Angebot durch den Betroffenen und die Gestattung oder Ablehnung durch die Polizei haben (dazu unten II).

## I.

Die nach § 41 Abs. 2 Satz 3 PrPVG mögliche Gegenwahl des anderen, milderen Mittels ist keine Neuschöpfung des preußischen Gesetzgebers gewesen, sondern schon vor nahezu 100 Jahren von der Rechtsprechung entwickelt und erst später kodifiziert worden.

4 Vgl. die Begründung zu § 3 Abs. 2 des Musterentwurfs (S. 25).

5 So noch Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S. 153; anders die 4. Aufl. 1977, in der der entsprechende Passus weggefallen ist.

6 Entsprechend lautet die Begründung zu § 9 Abs. 2 ASOG Bln (vgl. Begründung zum Entwurf des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin, Stand: 30. 5. 1974).

7 So zwar ausdrücklich nur Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S. 153 (die 4. Aufl. 1977 enthält diese Charakterisierung nicht mehr; s. jedoch dort S. 75, 191), aber eine Behandlung dieses Instituts findet sich im übrigen nur in den Darstellungen des Polizei- und Ordnungsrechts, ohne daß dabei etwa gesagt würde, es handele sich hierbei um ein allgemeines Prinzip – vgl. z. B. Bill Drews/Gerhard Wacke/Klaus Vogel, Gefahrenabwehr (Allgemeines Polizeirecht), 8. Aufl. 1975, Bd. 1, S. 194 ff.; Karl Heinrich Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht (hrsg. von Ingo von Münch), 4. Aufl. 1976, S. 153 ff. (183); Walter Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. Aufl. 1966, S. 57 ff.; Heinrich Scholler/Siegfried Broß, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 133; Carl Hermann Ule/Ernst Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1965, S. 181 f.; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973, § 129 V h 2 (S. 82).

1. Das *Preußische Oberverwaltungsgericht* hatte bereits in einigen frühen Entscheidungen<sup>8</sup> grundsätzlich die Berechtigung des Polizeipflichtigen anerkannt, einen polizeiwidrigen Zustand statt auf dem von der Behörde vorgeschriebenen Weg durch ein Mittel eigener Wahl zu beseitigen<sup>9</sup>. Auch in der Folgezeit hielt das Gericht an dieser Rechtsprechung fest<sup>10</sup>; denn die Verpflichtung der Polizei, gemäß § 10 II 17 PrALR zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung die »nötigen Anstalten« zu treffen, beinhalte nicht die Befugnis, einen bestimmten Weg zur Gefahrenabwehr bindend vorzuschreiben<sup>11</sup>. Polizeiliche Verfügungen, die das Wahlrecht des Betroffenen ausdrücklich oder konkludent ausschlossen<sup>12</sup>, waren somit rechtswidrig<sup>13</sup> und mit Beschwerde bzw. Klage anfechtbar<sup>14</sup>. Jedoch durfte die Polizei nicht dem Pflichtigen überlassen, wie die Gefahr beseitigt werden sollte, sondern mußte in der Verfügung mindestens ein Mittel benennen<sup>15</sup>, um dem Bestimmtheitserfordernis zu genügen<sup>16</sup>. Allerdings galt der Grundsatz der Gegenwahl des anderen Mittels nicht unbeschränkt: Zum einen mußte das angebotene Mittel dem von der Polizei vorgeschriebenen gleichwertig sein – d. h., es mußte objektiv zur Gefahrenabwehr geeignet<sup>16</sup> und ebenso schnell durchführbar sein<sup>17</sup> –, zum anderen durfte nicht durch Gesetz oder Verordnung die Form der Gefahrenbeseitigung abschließend geregelt sein<sup>18</sup>; denn dann hätte die Einräumung der Austauschbefugnis gegen den Vorrang des Gesetzes verstoßen. Lagen aber die erforderlichen Voraussetzungen vor, so hatte die Behörde dem Betroffenen die Gefahrenabwehr durch das von ihm angebo-

- 8 Vgl. z. B. die Entscheidungen vom 8. 12. 1879 (PrOVGE 6, 290), vom 22. 4. 1880 (PrOVGE 6, 318), vom 18. 1. 1886 (PrOVGE 13, 397), vom 3. 7. 1886 (PrOVGE 13, 426) und vom 6. 1. 1891 (PrVBl. 12, 303).
- 9 Vgl. dazu A. W. *Jebens*, Verwaltungsrechtliche Aufsätze in Anlehnung an die Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1899, S. 319; s. auch St. *Genzmer*, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze, Erster Band, 22. Aufl. 1918, § 127 LVG Anm. 5 (S. 231).
- 10 Vgl. z. B. PrVBl. 13, 341; 19, 342 (344); 29, 684 (685); 31, 566 (567); PrOVGE 78, 431 (433); 79, 371 (373); 79, 393 (397); 85, 283 (285 ff.); 86, 410 (411).
- 11 Vgl. Bill *Drews*, Die »nötigen Anstalten« i. S. des § 10 II 17 ALR, in: RuPrVBl. 50, 2 ff. (3); *ders.*, Preussisches Polizeirecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1929, S. 59.
- 12 Ein ausdrücklicher Hinweis auf das Wahlrecht war allerdings nicht erforderlich (PrOVGE 79, 371).
- 13 PrOVGE 78, 431 (433); 79, 371 (373); *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3; *ders.*, Preussisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 59.
- 14 Vgl. §§ 127 ff. des preussischen Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883 (GS. S. 195). Näher dazu *Genzmer*, aaO (Fußn. 9), Anm. zu §§ 127 ff. LVG (S. 221 ff.).
- 15 Vgl. PrOVGE 31, 216 (223); 55, 267 (269); 79, 393 (394); *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3; *ders.*, Preussisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 58; anders aber PrOVGE 79, 371 (373); *Genzmer*, aaO (Anm. 9), § 121 LVG Anm. 5 (S. 231).
- 16 Vgl. z. B. PrOVGE PrVBl. 19, 342 (343); PrOVGE 78, 431 (433); *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3.
- 17 Siehe z. B. PrOVGE 79, 393 (397 f.); *Drews*, Preussisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 59.
- 18 *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 4; *ders.*, Preussisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 60.

tene Mittel zu gestatten, auch wenn dieses Mittel ihn stärker belastete als das in der Polizeiverfügung genannte<sup>19</sup> – es sei denn, er war zur Anwendung des Austauschmittels ernstlich nicht bereit<sup>20</sup>. Das Wahlrecht stand dem Polizeipflichtigen bis zum Ablauf der für die Polizeiverfügung geltenden Anfechtbarkeitsfrist<sup>21</sup> zu<sup>22</sup>, jedoch war die Polizei bei Verfügungen mit Dauerwirkung auch noch nach Eintritt der Vollstreckbarkeit verpflichtet, das vorgeschlagene andere Mittel zu gestatten, wenn so die fortbestehende Polizeigefahr beseitigt werden konnte<sup>23</sup>.

2. Das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Gegenwahl des anderen Mittels wurde nahezu unverändert in das Polizeiverwaltungsgesetz von 1931 übernommen<sup>24</sup>. Allerdings beschränkte sich der Gesetzgeber darauf, dem Polizeipflichtigen die Möglichkeit zum Anbieten eines Ersatzmittels einzuräumen und die Polizei zur Gestattung eines tauglichen Mittels zu verpflichten, ohne Inhalt und Grenzen des Instituts näher zu regeln. Lediglich § 41 Abs. 2 Satz 4 PrPVG stellte klar, daß die Ablehnung des angebotenen Austauschmittels als neue Polizeiverfügung galt; jedoch wurde diese Bestimmung wenig später aufgehoben und durch die Regelung ersetzt, daß das Ersatzmittel nur bis zum Ablauf der Klagefrist gegen die (ursprüngliche) Polizeiverfügung angeboten werden konnte<sup>25</sup>.

Das Preußische Oberverwaltungsgericht bestätigte in seiner Rechtsprechung zu § 41 Abs. 2 Satz 3 PrPVG die früher entwickelten Grundsätze zum Austauschmittel<sup>26</sup> und stellte ausdrücklich klar, daß auch nach der neuen Rechtslage jede polizeiliche Verfügung, »welche nur eines (oder eine beschränkte Zahl) von mehreren tauglichen Mitteln ohne ausdrückliche Zulassung der anderen vorschreibt, einen ungeschriebenen Zusatz enthält, nämlich die Erklärung der Polizei zu ihrer Bereitschaft, auf Antrag die Anwendung eines anderen von ihr nicht vorgeschriebenen tauglichen Mittels zu erlauben . . . Für das Vorhandensein des ungeschriebenen Zusatzes spricht an sich die Vermutung; ergeben jedoch die Umstände, daß es an dem Zusatz mangelt, so entbehrt die polizeiliche Verfügung der Rechtmäßigkeit«<sup>27</sup>. In einer seiner letzten Entscheidungen<sup>28</sup> wich das Gericht aller-

19 Vgl. z. B. PrOVGE 78, 431; s. schon *Jebens*, aaO (Fußn. 9), S. 319.

20 PrOVGE 86, 410 (411 f.).

21 Gemäß § 129 Abs. 3 PrLVG betrug die Frist zwei Wochen.

22 *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3.

23 PrOVGE 85, 283.

24 Vgl. die Begründung zum Entwurf des Polizeiverwaltungsgesetzes, Preußischer Landtag, 3. Wahlperiode, Drucks. Nr. 5933, zu § 41.

25 Art. X Nr. 2 der Verordnung zur Regelung einiger Punkte des Gemeindeverfassungs-, Verwaltungs- und Abgabenrechts sowie zur Änderung und Ergänzung der Ersten Verordnung zur Vereinfachung und Verbilligung der Verwaltung vom 17. 3. 1933 (GS S. 43). Mit dieser Änderung sollte verhindert werden, daß der Betroffene noch im Verwaltungsstreitverfahren ein Austauschmittel anbieten und so das Verfahren verzögern konnte (vgl. PrOVGE 97, 131 [133]; Wilhelm *Franzen*, Lehrkommentar zum Polizeiverwaltungsgesetz, 1932/1934, § 41 Erl. 3 a. E.).

26 Vgl. z. B. PrOVGE 90, 270 (274); 96, 77 (82); 97, 131; 102, 168 (172 f.); 102, 173 (177); 106, 65 (72).

27 PrOVGE 96, 92 (96 f.).

28 Urteil vom 20. 2. 1941, PrOVGE 106, 65 (73 ff.).

dings von seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung ab und erklärte, durch den – ausdrücklichen oder konkludenten – Ausschluß des Gegenwahlrechts werde nicht die gesamte polizeiliche Verfügung rechtswidrig; nur der die Austauschmöglichkeit ausschließende Zusatz sei rechtswidrig und vom Verwaltungsgericht aufzuheben bzw. in einen das Mittelangebot gestattenden Zusatz abzuändern.

3. Bei dem Erlaß der neuen Gesetze über die Befugnisse der Polizei- und Ordnungsbehörden im Bund und in den Ländern wurde das Institut der Austauschbefugnis in den meisten Fällen ausdrücklich normiert<sup>29</sup>. Ungeachtet einiger Unterschiede im Wortlaut stimmen die einschlägigen Vorschriften inhaltlich untereinander und mit der Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 3 PrPVG überein; lediglich die Fristbestimmungen sind verschieden<sup>30</sup>. Bei der Auslegung knüpfen sowohl Rechtsprechung<sup>31</sup> als auch Literatur<sup>32</sup> an die Judikatur des Preussischen Oberverwaltungsgerichtes an; allerdings ist die oben erwähnte<sup>33</sup> Entscheidung, wonach der Ausschluß des Gegenwahlrechts nicht zur Rechtswidrigkeit der gesamten Polizeiverfügung führen soll, teilweise auf Widerspruch gestoßen<sup>34</sup>. Dem ist zuzustimmen: Zwar ist es nicht erforderlich, daß auf die Austauschbefugnis ausdrücklich hingewiesen wird<sup>35</sup>, schließt aber die Polizeibehörde expressis verbis oder konkludent die Gegenwahl des anderen Mittels aus, so beschränkt sie ohne rechtliche Grundlage ein dem Betroffenen gesetzlich gewährtes Recht. Die hierin liegende Rechtswidrigkeit kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Zusatz vom Verwaltungsgericht aufgehoben und die Gegenwahl zugelassen wird. Zum einen hat die Behörde zu erkennen gegeben, daß sie ohne die rechtswidrige Beschränkung die Verfügung nicht in dieser Form erlassen hätte; zum anderen dürfte

29 Vgl. die Nachweise oben in Fußn. 3.

30 In *Bremen* (§ 36 Abs. 2 Satz 3 PolG), *Hessen* (§ 8 Satz 3 HSOG) und *Rheinland-Pfalz* (§ 48 Abs. 2 Satz 4 PVG) kann das Mittel nur bis zum Ablauf einer von der Behörde gesetzten Frist angeboten werden, in *Hamburg* (§ 4 Abs. 3 Satz 2 SOG), *Niedersachsen* (§ 30 Abs. 2 Satz 4 SOG) und *Nordrhein-Westfalen* (§ 21 Satz 2 OBG) bis zum Ablauf der Klagefrist, sofern nicht in der Verfügung eine Frist gesetzt ist. Im *Saarland* gilt die alte Regelung des § 41 Abs. 2 Satz 4 PrPVG, in *Berlin* bestimmt § 9 Abs. 2 Satz 3 ASOG Bln – gleichlautend mit § 3 Abs. 2 Satz 3 des Musterentwurfs –: »Ist dem Betroffenen eine Frist gesetzt, so ist der Antrag nur bis zum Ablauf dieser Frist zulässig« (inhaltlich übereinstimmend § 12 Abs. 2 Satz 3 BGG).

31 Vgl. z. B. BVerwGE 2, 192; HessVGH, VerwRspr. 5 Nr. 96 (S. 447 ff.); ESVGH 15, 222; OVG Hamburg, MDR 1958, 61; OVG Lüneburg, OVGE 10, 341; 11, 360; VerwRspr. 15 Nr. 249 (S. 841 f.); OVG Münster, DOV 1955, 91; 1962, 617.

32 Vgl. die Nachweise oben in Fußn. 7 sowie Hans De Clerck/Hermann W. Schmidt, Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz. Kommentar (Stand: August 1975), § 48 Anm. 3; Eberhard Ksoll/Günther Küchenhoff/Anton Schöndorf, Polizei- und Ordnungsrecht. Allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1973, S. 80, 126 f.; Dieter Böckenförde, in: Fritz Rietdorf/Gerd Heise/Dieter Böckenförde/Bert Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1972, Anm. zu § 21 OBG.

33 Siehe oben I 2 a. E. (nach Fußn. 27).

34 Scheerbarth, aaO (Fußn. 7), S. 59; Ule/Rasch, aaO (Fußn. 7), S. 182; vgl. auch OVG Lüneburg, OVGE 11, 360 (367 f.); a. A. Bernd Bender (Urteilsanmerkung), in: DVBl. 1957, 278 ff. (279); Drews/Wacke/Vogel, aaO (Fußn. 7), S. 195.

35 PrOVGE 96, 92 (96 f.); Böckenförde, aaO (Fußn. 32), § 21 OBG Rdnr. 3; Drews/Wacke/Vogel, aaO (Fußn. 7), S. 196.

die Frist zur Gegenwahl im Zeitpunkt der Aufhebung des Zusatzes in den meisten Fällen bereits verstrichen sein, so daß das Wahlrecht nicht mehr ausgeübt werden kann<sup>36</sup>. Wegen der darin liegenden Verkürzung der Rechte des Betroffenen muß eine die Austauschbefugnis ausschließende polizeiliche Maßnahme insgesamt als rechtswidrig aufgehoben werden; im übrigen ist aber das vom Preußischen Oberverwaltungsgericht entwickelte Rechtsinstitut in der von ihm geprägten Form Bestandteil auch des modernen Sicherheits- und Ordnungsrechts<sup>37</sup>.

## II.

In der Judikatur des Preußischen Oberverwaltungsgerichts ist nicht nur die Ablehnung<sup>38</sup>, sondern auch die Gestattung des von dem Betroffenen angebotenen Austauschmittels stets als polizeiliche Verfügung angesehen worden<sup>39</sup>; die neuere Rechtsprechung<sup>40</sup> sowie die Literatur<sup>41</sup> sind dieser Ansicht gefolgt. Folgerichtig werden Widerspruch und ggf. Verpflichtungsklage als geeignete Möglichkeiten des Betroffenen genannt, gegen die rechtswidrige Ablehnung des Austauschangebots vorzugehen und die Gestattung des Ersatzmittels zu erreichen<sup>42</sup>. Für die Annahme, daß die Zulassung des Austauschmittels eine Polizeiverfügung ist, spricht der Wortlaut der Regelung: Auf *Antrag* des Polizeipflichtigen hat die Behörde die Anwendung des anderen Mittels zu *gestatten*; die Zulassung wäre demnach ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt<sup>43</sup>.

1. Gegenüber dem typischen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt weist das Austauschangebot allerdings eine bedeutsame Besonderheit auf. Der Polizeipflichtige beeinflusst damit nicht nur die Wirksamkeit der beantragten Gestattung, sondern entscheidend auch ihren Inhalt; denn im Rahmen der Tauglichkeit kann er selbst bestimmen, wie die Polizeigefahr beseitigt werden soll, und damit der Behörde zumindest vorläufig die Möglichkeit nehmen, ihre ursprüngliche Verfügung zu vollziehen<sup>44</sup>.

36 Dies wird auch vom PrOVG in PrOVGE 106, 65 (74) erkannt, jedoch als unvermeidliche Folge der gesetzlichen Fristenregelung angesehen.

37 Vgl. zur Geltung des Instituts in *Baden-Württemberg*: Hermann Reiff/Günter Wöhrle, Kommentar zum Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 2. Aufl. 1971, § 5 Rdnr. 4; in *Bayern*: BayVGHE n. F. 22, 37 (39 f.); in *Schleswig-Holstein*: Klaus von der Groeben/Hans J. Knack, Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz), Kommentar, § 73 Anm. 5.3, § 171 Anm. 4.5.

38 Wie schon aus der ursprünglichen Fassung des § 41 Abs. 2 Satz 4 PrPVG hervorgeht (s. oben I 2 vor Fußn. 25).

39 Vgl. z. B. PrOVGE 85, 283 (285); 106, 65 (74).

40 So z. B. OVG Lüneburg, OVG 11, 360 (368); OVG Münster, DÖV 1962, 617.

41 Vgl. *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3; *ders.*, Preußisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 59; *Ule/Rasch*, aaO (Fußn. 7), S. 182; *Drews/Wackel/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 196; *Böckenförde*, aaO (Fußn. 32), § 21 OBG Rdnrn. 7, 8; *Scheerbarth*, aaO (Fußn. 7), S. 59.

42 Vgl. z. B. *Ule/Rasch*, ebda.; *Drews/Wackel/Vogel*, ebda.; *De Clerck/Schmidt*, aaO (Fußn. 32), § 48 Anm. 3.

43 Vgl. dazu allgemein z. B. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 211 ff.; Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 48 (S. 402 ff.).

44 Vgl. *Drews/Wackel/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 196 f.

Die Befugnis zur inhaltlichen Einflußnahme und die damit ausgelöste Wirkung lassen es fraglich erscheinen, ob hier tatsächlich ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt vorliegt – diese Umstände deuten vielmehr darauf hin, daß zwischen dem Polizeipflichtigen und der Behörde ein verwaltungsrechtlicher Vertrag geschlossen wird<sup>45</sup>, der ein einseitiges Eingreifen erübrigt<sup>46</sup> und damit zu der von *Lerche* als »normabwendender Vertrag« bezeichneten Kategorie verwaltungsrechtlicher Verträge<sup>47</sup> gezählt werden könnte. Dafür spricht auch, daß durch die Zulassung des Ersatzmittels die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Betroffenen individuell ausgestaltet<sup>48</sup> und diesem so die Erfüllung der auferlegten Pflicht erleichtert werden soll<sup>49</sup>. Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, die Gestattung des Austauschmittels sei nur eine einseitige Maßnahme der Behörde und könne deshalb nicht als Bestandteil einer Vereinbarung angesehen werden. Zum einen kennt das öffentliche Recht – über die in den §§ 55 und 56 VwVfG geregelten Fälle hinaus<sup>50</sup> – eine Vielzahl von atypischen Verträgen zwischen Verwaltung und Bürger und darunter auch einseitig verpflichtende Verträge<sup>51</sup>, zum anderen ist die durch die Gestattung bewirkte Aussetzung des Vollzugs des ursprünglich festgesetzten Mittels zwar keine »Leistung« der Behörde, aber für den Betroffenen wird gerade hierin das Äquivalent für die von ihm erbrachte »Gegenleistung« liegen, zumal die Gestattung häufig mit einer Verlängerung der Frist zur Beseitigung der Polizeigefahr verbunden sein dürfte.

2. Wenn auch der Gesetzgeber in § 9 VwVfG die Tätigkeit der Verwaltung mittels Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichem Vertrag prinzipiell als gleichrangig angesehen und in § 54 Satz 2 VwVfG die Austauschbarkeit beider Handlungsformen weitgehend anerkannt hat, so bedarf es doch einer Unterscheidung beider Institute. Die Notwendigkeit hierfür besteht schon angesichts des durch § 57 VwVfG statuierten Formerfordernisses, sie ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang aber auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt: Wäre die Gestattung des Austauschgebots ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, so stellte sich die Frage, ob und inwieweit die Behörde auf ihre ursprüngliche Verfügung zurückgreifen und das dort angedrohte Mittel zur Beseitigung der Polizeigefahr durchsetzen könnte<sup>52</sup>. Zwar dienen Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag

45 Vgl. *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II a 2 (S. 345), § 48 I (S. 402 f.).

46 *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II vor a (S. 344).

47 Peter *Lerche*, Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2, 1963, S. 59 ff. (62).

48 Vgl. hierzu insbesondere *Forsthoff*, Lehrbuch (Fußn. 43), S. 275; Klaus *Stern*, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: *VerwArch.* 49 (1958), 106 ff. (146 f.); s. auch *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II vor a (S. 344).

49 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt die Begründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (BT-Drucks. 7/910), Zu Teil IV, S. 76 f. (77).

50 Siehe dazu vor allem Albert *Bledemann*, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in: *VerwArch.* 63 (1972), 404 ff. (410 f.).

51 Hans-Uwe *Erichsen/Wolfgang Martens*, Das Verwaltungshandeln, in: dies. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1977, S. 219; a. A. Christian-Friedrich *Menger*, *VerwArch.* 52 (1961), 196 ff. (209).

52 Bejahend *Drews/Wacke/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 197.

gleichermaßen der Funktion, das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger zu konkretisieren, aber die unterschiedlichen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Hinblick auf Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit legen die Annahme nahe, daß die Verwaltung nicht mehr auf die ursprüngliche Polizeiverfügung zurückgreifen kann, wenn sie vertraglich die Beseitigung der Polizeigefahr durch ein anderes Mittel gestattet hat. Aus diesem Grunde wäre auch zu untersuchen, ob die Behörde die Durchführung des vom Bürger angebotenen und vertraglich gestatteten Mittels durch Verwaltungsakt erzwingen<sup>53</sup> oder nur nach vorangegangener Leistungsklage aufgrund eines rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils gemäß § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Erfüllung der Vertragspflichten erreichen könnte<sup>54</sup>.

a) Für die Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrages vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt sind in der Literatur teilweise unterschiedliche Kriterien entwickelt worden. Im allgemeinen wird im Anschluß an Walter *Jellinek*<sup>55</sup> darauf abgestellt, ob innerhalb des allgemeinen subordinationsrechtlichen Verhältnisses bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses eine »Gleichwertigkeit der beiderseitigen Willenserklärungen« oder doch wenigstens ein »Mindestmaß gleichrangiger Mitwirkung«<sup>56</sup> festzustellen sei: Wenn dies gegeben sei, so liege ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor, während es sich bei einem Überwiegen der staatlichen Willensäußerung um einen Verwaltungsakt handle – für die Abgrenzung komme es also entscheidend auf das jeweilige Maß der inhaltlichen Einflußnahme an<sup>57</sup>. Demgegenüber will *Salzwedel*<sup>58</sup> den mitwirkungsbedürftigen

53 So wohl *Lerche*, Verwaltungsgerichtliche Klage, aaO (Fußn. 47), S. 83 f.; vgl. auch BVerwG, DOV 1976, 353 (355); OVG Hamburg, VerwRspr. 8 Nr. 52 (S. 228 ff. [230]); OVG Münster, DOV 1960, 798 (800).

54 So generell die überwiegende Meinung, vgl. z. B. Heinz J. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1978, § 61 Rdnr. 6; Ferdinand O. *Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, § 61 Anm. 1; Hans *Meyer*, in: Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, § 61 Rdnrn. 3 f.; *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II f (S. 349); H. *Grund*, Die Konkurrenz zwischen subordinationsrechtlichem Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, in: DVBl. 1972, 884 ff. (885, 887); Hans-Uwe *Erichsen*, VerwArch. 68 (1977), 65 ff. (71 – zu BVerwG, DOV 1976, 353); OVG Münster, DOV 1967, 722 f.; BSG, NJW 1973, 776.

55 Walter *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 253.

56 Hans P. *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 70.

57 Vgl. z. B. Fritz *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 193; Klaus *Stern*, Grundlegung, aaO (Fußn. 48), S. 146 (mit Anm. 181); *ders.*, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, in: AöR 84 (1959), 137 ff., 273 ff. (276 ff., 287 f.); *ders.*, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in: JZ 1960, 518 ff., 557 ff. (560); Ekkehart *Stein*, Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, in: AöR 86 (1961), 320 ff. (321); Gerd *Beinhardt*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, in: VerwArch. 55 (1964), 151 ff., 210 ff. (249 f.); Manfred *Zuleeg*, Die Rechtsform der Subventionen, 1965, S. 59 f.; *Kopp*, aaO (Fußn. 54), § 54 Anm. 2 c; Joachim *Kottke*, System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages, 1966, S. 3, 25, 28; s. auch die weiteren Nachweise bei Wolfgang *Bosse*, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 32 Anm. 60; OVG Saarlouis, DOV 1959, 708 (709 f.); OVG Münster, DOV 1967, 271.

58 Jürgen *Salzwedel*, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958, S. 48 f.



Verwaltungsakt vom verwaltungsrechtlichen Vertrag danach unterscheiden, ob die Behörde eine Gegenleistung erwirke, die sie nicht mittels Auflage oder Bedingung erzwingen könne, oder ob sonst eine atypische Interessensituation vorliege, während *Rüfner*<sup>59</sup> einen Vertrag dann annehmen will, wenn die Willenserklärung des Bürgers notwendiger Bestandteil des auch ihn verpflichtenden Rechtsgeschäfts sei, weil seine Bindung an gesetzlich nicht festgelegte Pflichten nur willentlich von ihm übernommen werden könne. In neuerer Zeit hat *Bosse*<sup>60</sup> vorgeschlagen, bei der Unterscheidung beider Institute darauf abzustellen, ob die Beteiligten die Rechtsfolgen eines Verwaltungsakts oder eines Vertrages wollen, und das Vorhandensein gegenseitiger Leistungspflichten als Charakteristikum des verwaltungsrechtlichen Vertrages bezeichnet.

Die verschiedenen Abgrenzungsversuche haben teilweise erhebliche Kritik erfahren. So ist insbesondere gegenüber dem Kriterium der inhaltlichen Einflußnahme eingewendet worden, daß aus der Faktizität des Vorgangs – dem tatsächlichen Aushandeln – nicht auf die rechtliche Qualität des Ergebnisses geschlossen werden könne<sup>61</sup>; denn die Möglichkeit einer Mitwirkung des Bürgers bei der inhaltlichen Festlegung bestehe unabhängig von der Regelungsform, und das Maß der Mitbestimmung hänge oft von Faktoren ab, die mit der Regelung nicht oder nur indirekt im Zusammenhang stünden<sup>62</sup>. Auch das Kriterium der Atypizität<sup>63</sup> wurde für die Abgrenzung als bedenklich bezeichnet, vor allem in dem ihm von *Salzwedel* zugewiesenen Anwendungsbereich: *Bullinger*<sup>64</sup> hat überzeugend darauf hingewiesen, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht der Behörde die Möglichkeit eröffnen könne, gesetzwidrige Gegenleistungen für eine Verwaltungsvergünstigung zu erwirken. Im übrigen beruht das Kriterium der Atypizität auf dem Gedanken der grundsätzlichen Priorität des Verwaltungsakts<sup>65</sup> und kann deshalb angesichts der Regelung in den §§ 9 und 54 VwVfG nicht mehr zur Abgrenzung herangezogen werden<sup>66</sup>; denn wegen der grundsätz-

59 Wolfgang *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 336.

60 AaO (Fußn. 57), S. 35, vgl. auch Christian-Friedrich *Menger*, VerwArch. 69 (1978), 93 ff. (99 – zu BVerwG NJW 1977, 1838).

61 Martin *Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 34 f., 249, 251; Joachim *Schmidt-Salzer*, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, in: VerwArch. 62 (1971), 135 ff. (138, 141 ff.); *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 33 f.; Hans-Joachim *Knack*, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar, 1976, § 54 Anm. 5.1; vgl. auch BVerwG, DÖV 1967, 268 (270); *Stern*, Problematik, aaO (Fußn. 57), S. 292.

62 Vgl. von der *Groeben/Knack*, aaO (Fußn. 37), § 121 Anm. 4.2; *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 33 f.; s. auch *Schmidt-Salzer*, aaO (Fußn. 61), S. 141 f., *Knack*, aaO (Fußn. 61), § 54 Anm. 5.1.

63 *Salzwedel*, aaO (Fußn. 58), S. 48 f.

64 AaO (Fußn. 61), S. 36; ebenso *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 31; vgl. auch *Stein*, aaO (Fußn. 57), S. 326. Siehe nunmehr die Regelung des § 56 VwVfG.

65 Vgl. insoweit auch *Schmidt-Salzer*, aaO (Fußn. 61), S. 148 ff.; *Beinhardt*, aaO (Fußn. 57), S. 250 f.

66 Anderer Auffassung *Bledemann*, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag, aaO (Fußn. 50), S. 412 f., der allerdings auch die Ansicht vertritt, der Verwaltungsakt entspreche in weiten Bereichen besser den Prinzipien des öffentlichen Rechts als der verwaltungsrechtliche Vertrag.

lichen Austauschbarkeit beider Handlungsformen<sup>67</sup> und der verbreiteten Verwendung des Vertrages bei der Gestaltung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse<sup>68</sup> kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Verwaltung außerhalb atypischer Situationen keine verwaltungsrechtlichen Verträge schließen will. Eine Abgrenzung ist aber auch anhand der von *Rüfner* aufgestellten Merkmale nicht zuverlässig möglich: Zum einen ist für das Wirksamwerden des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts eine Willenserklärung des Bürgers ebenso notwendig wie für den Abschluß des verwaltungsrechtlichen Vertrages, zum anderen ist fraglich, inwieweit die Verwaltung durch das Mittel des Vertrages eine Verpflichtung des Bürgers über den gesetzlich abgesteckten Rahmen hinaus erwirken kann<sup>69</sup>. Das Kriterium der willentlichen Übernahme gesetzlich nicht festgelegter Pflichten steht im übrigen in bedenklicher Nähe zu dem von *Salzwedel* genannten Merkmal der durch Verwaltungsakt nicht erreichbaren Gegenleistungen für eine Verwaltungsvergünstigung<sup>70</sup> und ist – wie auch *Rüfner*<sup>71</sup> selbst einräumt – relativ unscharf für eine Abgrenzung beider Handlungsformen<sup>72</sup>; das Kriterium der Willenserklärung als notwendigem Bestandteil des Rechtsgeschäfts dagegen ist, wenn es mehr als eine Wirksamkeitsvoraussetzung umschreiben soll, wohl nur als notwendige inhaltliche Einflußnahme zu begreifen und unterscheidet sich damit nicht mehr wesentlich von dem in der Literatur überwiegend betonten Unterscheidungsmerkmal, das *Rüfner* als nicht eindeutig feststellbar ablehnt<sup>73</sup>.

Gegen das Kriterium der inhaltlichen Einflußnahme wendet sich auch *Bosse*<sup>74</sup> mit der Begründung, die vertragliche Gestaltungsfreiheit bestehe auch im Privatrecht nicht mehr, so daß das öffentliche Recht nicht länger auf ein Merkmal abstellen könne, das im Zivilrecht nicht mehr als konstitutiv anerkannt sei. Ohnehin sei der Grad der Einwirkungsmöglichkeiten des Bürgers unabhängig von der Rechtsform, und ihr Maß bliebe unbestimmt; überdies habe der einzelne im Verhältnis zur Verwaltung oft keine andere Wahl, als das Vertragsangebot unverändert zu akzeptieren. Das Kriterium gleichrangiger inhaltsbestimmender Mitwirkung sei deshalb weder begriffsnotwendig noch sinnvoll. An seiner Stelle will *Bosse*<sup>75</sup> die Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags vom mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt nach den Merkmalen des Rechtsfolgewillens der

67 *Meyer*, in: *Meyer/Borgs*, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 25.

68 Vgl. z. B. die Begründung zum EVwVfG (Fußn. 49), Zu Teil IV, S. 76 f. (77); *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 16 f.

69 Vgl. dazu auch *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 31.

70 Daher gilt insoweit auch das von *Bullinger* hierzu erhobene Bedenken (vgl. oben im Text nach Fußn. 64 sowie nunmehr die Regelung des § 56 VwVfG).

71 AaO (Fußn. 59), S. 336.

72 Allerdings will *Rüfner* (aaO [Fußn. 59], S. 337 ff.) ohnehin Vertrag und Verwaltungsakt weitgehend gleich behandeln, so daß für ihn die Unterscheidung nur geringe Bedeutung hat; im Hinblick auf die unterschiedlichen Folgen (vgl. oben im Text II 2 vor a) bedarf es jedoch einer Abgrenzung.

73 AaO (Fußn. 59), S. 336.

74 AaO (Fußn. 57), S. 32 ff.; teilweise zustimmend *Albert Bleckmann* in der Rezension hierzu in: DVBl. 1977, 227; vgl. auch *Menger*, aaO (Fußn. 60), S. 98.

75 AaO (Fußn. 57), S. 35.

Beteiligten und des Vorliegens gegenseitiger Vertragspflichten vornehmen und nur hilfswise darauf zurückgreifen, ob ein Verhandlungsspielraum besteht. Hiergegen ist eingewendet worden, es herrsche weder Einigkeit über die unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Handlungsformen noch sei zu erwarten, daß Bürger und Verwaltung die relevanten Rechtsfolgen eindeutig festlegten; hierbei auf die Terminologie abzuheben sei etwas willkürlich<sup>76</sup>. Jedenfalls ist mindestens das Element gegenseitiger Vertragspflichten wenig tauglich, eine Unterscheidung zu ermöglichen; denn es gibt sowohl Verwaltungsakte, die Bürger und Verwaltung verpflichten<sup>77</sup>, als auch Verträge, die nur einseitig Leistungspflichten auferlegen<sup>78</sup>.

b) Der vorstehende Überblick über die unterschiedlichen Versuche zur Abgrenzung des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts vom verwaltungsrechtlichen Vertrag scheint die Ansicht zu bestätigen, zwischen den beiden Rechtsinstituten in ihrer idealtypischen Form liege eine Zone gleitender Übergänge<sup>79</sup>, die auch nach voluntativ ausgewählten Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten nicht überwunden, sondern nur verkleinert werden könne<sup>80</sup>. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen, die durch die Verwendung der einen oder der anderen Handlungsform eintreten, und vor allem im Hinblick auf die Bestimmung des § 54 Satz 1 VwVfG, wonach vertragliche Regelungen nur zulässig sind, »soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen«, bedarf es jedoch der Möglichkeit der Abgrenzung für jeden Einzelfall; denn der Verstoß gegen § 54 Satz 1 VwVfG führt – schon wegen § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. mit § 134 BGB – zur Nichtigkeit des Vertrages<sup>81</sup>.

Der Versuch einer Abgrenzung beider Rechtsinstitute muß sich an ihrem grundsätzlichen Unterschied orientieren: Während der Verwaltungsakt idealtypisch die einseitige hoheitliche Anordnung ist, erfordert der Vertrag zwei Willenserklärungen<sup>82</sup> der Vertragspartner, die im Hinblick auf den Inhalt und die Geltung der getroffenen Regelung übereinstimmen<sup>83</sup>. Daran ändert nichts, daß für die Wirk-

76 Bleckmann, Rezension, aaO (Fußn. 74).

77 Zu denken wäre an begünstigende Verwaltungsakte, die mit einer Auflage verbunden sind oder eine Bedingung als Nebenbestimmung enthalten (vgl. z. B. den der Entscheidung BVerwGE 29, 261 zugrundeliegenden Sachverhalt); s. auch Rüfner, aaO (Fußn. 59), S. 335; Kopp, aaO (Fußn. 54), § 54 Anm. 2 c m. w. N.

78 Vgl. Bleckmann, Rezension, aaO (Fußn. 74); Erichsen/Martens, aaO (Fußn. 51), S. 219.

79 Vgl. z. B. Lerche, Verwaltungsgerichtliche Klage, aaO (Fußn. 47), S. 64; Rüfner, aaO (Fußn. 59), S. 340; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, 1956, S. 24.

80 Rüfner, ebda.

81 Vgl. dazu ausführlich Wolf-Rüdiger Schenke, Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, in: JuS 1977, 281 ff. (287 ff.) m. w. N.; s. auch Meyer, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 51, § 59 Rdnrn. 8 f.; Kopp, aaO (Fußn. 54), § 59 Anm. 2; Knacke, aaO (Fußn. 61), § 54 Anm. 6.1; Bonk in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 47.

82 Vgl. hierzu Peter Krause, Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, in: VerwArch. 61 (1970), 297 ff.

83 Vgl. z. B. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, S. 601 f.; Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1972, S. 432; a. A. für den öffentlich-rechtlichen Vertrag Meyer, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 26; wie hier Wolff/Bachof, aaO

samkeit des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts gerade diese Mitwirkung des Betroffenen erforderlich ist und daß die Vertragsfreiheit – auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts – vielfachen faktischen Einschränkungen begegnet. Zwar führen diese Momente in der Realität zu einer weitgehenden Annäherung der beiden Handlungsinstrumente, aber sie vermögen deren grundsätzliche Verschiedenheit nicht aufzuheben: Die für die Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts notwendige Mitwirkung des Betroffenen bezieht sich immer nur auf die Rechtsfolge – sei sie nun rechtsfolgebegründend oder rechtsfolgebedingend –, sie kann jedoch keinen Einfluß auf den Inhalt des Verwaltungsakts haben<sup>84</sup>. Dem steht nicht entgegen, daß der Betroffene durch Vorschläge, Gegenvorstellungen o. ä. tatsächlich eine inhaltliche Einflußnahme ausübt; denn seine Beteiligung ist insoweit für die Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit des Verwaltungsakts irrelevant. Demgegenüber bildet die Beteiligung des Bürgers bei dem Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages nicht nur die erforderliche Voraussetzung für die Geltung der getroffenen Regelung, sondern ist vor allem wesentlich im Hinblick auf deren inhaltliche Ausgestaltung. Allerdings kann nicht – wie bisher überwiegend vertreten wurde – auf das Maß der inhaltlichen Einflußnahme abgestellt werden, weil z. B. der vielfach abgeschlossene, typisierte Formularvertrag<sup>85</sup> dann nicht mehr zur Kategorie der Verträge zu rechnen wäre. Ausschlaggebend ist nicht, ob und inwieweit der Bürger im Einzelfall tatsächlich die inhaltliche Ausgestaltung prägt; denn auch wenn ein Vertragspartner vorbehaltlos das ihm unterbreitete Angebot akzeptiert, so liegt darin seine Willenserklärung – die der des Anbieters gleichwertig ist –, daß er mit dem Inhalt der vorgeschlagenen Regelung einverstanden sei und diese für beide Parteien gelten solle. Auch im Verhältnis zwischen Verwaltung und Bürger gilt, daß ein Angebot in der Regel so beschaffen ist, daß die Annahme durch schlichte Zustimmung erfolgen kann<sup>86</sup>.

Wenn aber ein Aushandeln des Vertragsinhalts nicht notwendige Voraussetzung für die Annahme eines Vertrages ist, so kann das Maß der inhaltlichen Einflußnahme nicht als Abgrenzungskriterium verwendet werden<sup>87</sup>; ein Abstellen hierauf trägt eher dazu bei, die Grenzen zum tatsächlichen ausgehandelten Verwaltungsakt zu verwischen. Allerdings ist auch die Unterscheidung nach der rechtlichen Mitwirkungsbefugnis des Bürgers<sup>88</sup> – die bei dem Verwaltungsakt nur das »Ob«,

(Fußn. 43), § 44 II a 2 (S. 345); *Forsthoff*, Lehrbuch (Fußn. 43), S. 278; Carl-Hermann *Ule/Hans-Werner Laubinger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 1977, S. 271; *Grund*, aaO (Fußn. 54), S. 885.

84 *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 48 I (S. 402 f.), § 48 IV (S. 408).

85 Vgl. das Beispiel bei *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 17 mit Anm. 14; s. auch *Menger*, aaO (Fußn. 60), S. 98 f.

86 Für den Bereich des zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts vgl. z. B. *Flume*, aaO (Fußn. 83), S. 609, 636; anders für den verwaltungsrechtlichen Vertrag wohl *Stern*, *Problematik*, aaO (Fußn. 57), S. 289 f.; s. dazu auch BGH, NJW 1977, 624 (625) m. w. N.

87 *Schmidt-Salzer*, aaO (Fußn. 61), S. 141 ff.; *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 33 f.; *Knack*, aaO (Anm. 61), § 54 Anm. 5.1; *Menger*, aaO (Fußn. 60), S. 98.

88 So *Kottke*, aaO (Fußn. 57), S. 19 ff.

bei dem Vertrag aber auch das »Wie« umfaßt – nicht möglich: Zum einen erlaubt dieses Kriterium nur eine negative Abgrenzung dahin gehend, wann ein Vertragsschluß nicht vorliegen kann, zum anderen gestattet § 56 VwVfG nunmehr eindeutig, in einem verwaltungsrechtlichen Austauschvertrag auch solche Leistungen der Behörde zu vereinbaren, die andernfalls in der Form des Verwaltungsakts ergehen würden<sup>89</sup>. Damit wird es auch weitgehend unmöglich, bei umfangreichen und komplexen Rechtsverhältnissen zwischen Privaten und der öffentlichen Verwaltung eine Aufgliederung in die einzelnen Strukturelemente dieser Rechtsverhältnisse vorzunehmen<sup>90</sup>. Die Schwierigkeiten einer Unterscheidung treten jedenfalls dann auf, wenn die Vereinbarung selbst nicht nur die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsakts enthält, sondern schon die Erfüllung als Surrogat eines Verwaltungsakts<sup>91</sup>, oder wenn es sich um sog. »hinkende Austauschverträge«<sup>92</sup> handelt.

Deshalb ist eine Abgrenzung des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts vom verwaltungsrechtlichen Vertrag – soweit sie nicht anhand formaler Kriterien erfolgen kann – nur nach dem Willen der Beteiligten möglich<sup>93</sup>; denn allein darin kommt der Unterschied beider Handlungsformen, der sich in den verschiedenartigen Rechtsfolgen fortsetzt, zum Ausdruck<sup>94</sup>. Dies bedeutet allerdings, daß für die Bestimmung des Rechtscharakters im Einzelfall auf ein subjektives Kriterium zurückgegriffen werden muß, aber das geschieht auch bei der Vertragsauslegung. Im übrigen kann – und muß – sich die Ermittlung des subjektiven Willens der Beteiligten an objektiven Elementen orientieren. Als Indizien hierfür kommen vor allem die einzelnen inhaltlichen Bestimmungen der Regelung in Betracht, darüber hinaus aber auch, allerdings nicht in gleichem Maße<sup>95</sup>, die Bezeichnung und die Wortwahl: Ein Verwaltungsakt dürfte im allgemeinen dann vorliegen, wenn der Bürger allein die Gewährung einer gesetzlich vorgesehenen Leistung oder die Genehmigung eines unter Erlaubnisvorbehalt gestellten Vorhabens beantragt<sup>96</sup> bzw. die Verwaltung lediglich gesetzlich vorgegebene Ver-

89 Vgl. dazu z. B. *Kopp*, aaO (Fußn. 54), § 56 Anm. 2; *Meyer*, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 56 Rdnrn. 1–3.

90 So *Stern* im Jahre 1959: Problematik, aaO (Fußn. 54), S. 293.

91 *Meyer*, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 56 Rdnr. 3.

92 Vgl. dazu *Meyer*, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnrn. 17 und 22, § 56 Rdnr. 2; s. auch Christian-Friedrich *Menger*, *VerwArch.* 64 (1973), 203 ff. (206 ff.).

93 *Ule/Laubinger*, aaO (Fußn. 83), S. 271; ähnlich wohl *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 35; *Peter Krause*, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, S. 229.

94 Zutreffend betonen *Ule/Laubinger*, aaO (Fußn. 83), S. 271 Anm. 2, daß die Entscheidung darüber, was im konkreten Fall vorliegt, nicht ein Abgrenzungs-, sondern ein Subsumtionsproblem ist; die Abgrenzung ist in der Tat dogmatisch durch das Abstellen auf zwei miteinander übereinstimmende, vertragsbegründende Willenserklärungen einerseits bzw. den einseitigen Erlaß einer Maßnahme andererseits ausreichend erfolgt.

95 Zu sehr diese Aspekte betonend *Bosse*, aaO (Fußn. 57), S. 35; kritisch *Bleckmann*, *Rezension*, aaO (Fußn. 74); vgl. auch BVerwGE 25, 72 (78 ff.); BVerwG, *VerwRspr.* 24 Nr. 157 (S. 688 ff.).

96 Vgl. BVerwGE 25, 72 (79).

pflichtungen des Privaten durchsetzen will<sup>97</sup>, wenn also die Beteiligung des Bürgers nur die Geltung einer gesetzlich abschließend geregelten Rechtsfolge bewirken soll<sup>98</sup>. Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird häufig durch die Gewährung von Begünstigungen bzw. die Auferlegung von Pflichten gekennzeichnet sein, die in dieser konkreten Form nicht gesetzlich determiniert sind und so nur aufgrund der Einigung zwischen Bürger und Behörde Inhalt des Rechtsverhältnisses sein können, z. B. indem sie gesetzliche Regelungen näher bestimmen, ergänzen oder ersetzen<sup>99</sup>. Darüber hinaus wird etwa das Vorliegen eines Austauschvertrages vielfach deutlich durch ein synallagmatisches Verhältnis der beiderseitigen Leistungen charakterisiert; im übrigen dürften auch Regelungen über die Rechtsfolgen, die von den für den Verwaltungsakt geltenden abweichen, eindeutig zu erkennen geben, daß die Beteiligten das Rechtsverhältnis durch Vertrag gestalten wollen.

c) Werden diese Gesichtspunkte bei der Untersuchung, welchen Rechtscharakter das Angebot des anderen Mittels und seine Gestattung haben, herangezogen, so zeigt sich, daß darin im allgemeinen kein Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages liegt. Zwar kann der von einer Polizeiverfügung Betroffene ein anderes als das von der Behörde genannte Mittel zur Beseitigung der Polizeigefahr vorschlagen und damit eine Veränderung des ursprünglichen Verwaltungsakts erreichen, aber in aller Regel handelt es sich bei dem Angebot des Austauschmittels und seiner Gestattung nicht um eine Konkretisierung des Rechtsverhältnisses durch übereinstimmende Willenserklärungen, sondern um die von der Behörde einseitig hoheitlich dem Polizeipflichtigen erteilte Erlaubnis, die Gefahr durch das von ihm aufgrund der gesetzlichen Befugnis einseitig bestimmte Mittel zu beseitigen. Die Gestattung weist damit das typische Charakteristikum des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts auf: Auf Antrag des Bürgers erlaubt die Verwaltung einseitig ein bestimmtes Verhalten, weil das Gesetz dessen Gestattung vorsieht. Die Behörde ersetzt damit nicht den ursprünglichen Verwaltungsakt, sondern ergänzt ihn auf Antrag; die erste Verfügung wird nur erweitert und kann – wenn sie den objektiv geringeren Eingriff enthält – vollzogen werden, sofern der Polizeipflichtige die Frist untätig verstreichen läßt<sup>100</sup>.

Die Gestattung des Austauschmittels könnte allerdings in einzelnen Fällen auch in einem verwaltungsrechtlichen Vertrag erfolgen; denn ein Vertragsformverbot gemäß § 54 Satz 1 VwVfG besteht insoweit weder ausdrücklich<sup>101</sup> noch ausnahmslos nach dem Sinn oder Zweck der einschlägigen Rechtsvorschriften<sup>102</sup>.

97 Siehe dazu aber BVerwG, DOV 1976, 353 (355).

98 Anderer Auffassung Meyer, in: Meyer/Borgs, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 26, wenn die vertraglichen Formerfordernisse erfüllt sind.

99 Vgl. Kopp, aaO (Fußn. 54), § 54 Anm. 2 b m. w. N.

100 Drews/Wackel/Vogel, aaO (Fußn. 7), S. 197; anders wohl Böckenförde, aaO (Fußn. 32), § 21 OBG Rdnr. 8.

101 Durch § 40 PrPVG (bzw. die entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen, z. B. § 47 rhpfPVG oder § 20 nwOBG) wird dieser Fall nicht erfaßt.

102 Daß das Vertragsformverbot nicht nur bei ausdrücklicher Untersuchung gilt, sondern auch dann, wenn Sinn und Zweck einer Norm ein anderes als das vertragliche Hand-

Zwar ist in weiten Bereichen des Sicherheits- und Ordnungsrechts die Konkretisierung von Rechtsverhältnissen zwischen Verwaltung und Bürger nicht durch verwaltungsrechtliche Verträge, sondern nur durch Verwaltungsakte möglich<sup>103</sup>, aber das gilt nicht in jedem Falle auch für die Gestattung des Austauschmittels. Der Ausschluß des Vertrages als mögliche Handlungsform der Sicherheits- und Ordnungsbehörden beruht auf der Funktion der die Materie regelnden Vorschriften: Sie sollen die Abwehr einer dem einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahr ermöglichen; die erforderlichen Maßnahmen müssen deshalb u. U. unmittelbar ausgeführt und ggf. mit den polizeilichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden können. Aus diesem Grunde ist der Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages über die Frage, ob eine Polizeigefahr besteht, nicht möglich; denn hierüber hat die Behörde allein aufgrund der gesetzlichen Vorschriften zu entscheiden<sup>104</sup>. Deshalb sind aber auch die sich hieran anschließenden Fragen, ob zur Beseitigung einer eingetretenen Gefahr eingeschritten werden soll und welche Maßnahmen dabei erforderlich sind, einer vertraglichen Regelung nicht zugänglich, weil hierdurch die notwendige Effizienz des Verwaltungshandelns beeinträchtigt wird: Die Regelung durch Vertrag vereitelt die Möglichkeit der unmittelbaren Ausführung und den Einsatz der im Verwaltungszwangsverfahren zulässigen Mittel; die Entscheidung der Verwaltung für die Handlungsform des Vertrages schließt es aus, die hierin geregelten Fragen noch einmal durch Verwaltungsakt zu regeln<sup>105</sup>, weil andernfalls die Unterschiede zwischen beiden Handlungsformen bezüglich der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit ihren Sinn verlieren. Eine Ausnahme wird nur insoweit zulässig sein, als die Polizeibehörde mit dem Betroffenen vereinbart, welches unter verschiedenen geeigneten Mitteln in Betracht kommt, sofern dadurch nicht die Wirksamkeit des polizeilichen Einschreitens beeinträchtigt wird. In diesem eingeschränkten Rahmen kann auch der Austausch der Mittel Gegenstand eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sein – dies vor allem dann, wenn die vertragliche Regelung der Behörde die Möglichkeit beläßt, ein anderes zulässiges Mittel (bzw. das ursprünglich gewählte) nach wie vor zwangsweise durchzusetzen, wenn der Betroffene seine Vertragspflichten nicht erfüllt.

lungsinstitut vorschreiben, dürfte wohl herrschende Meinung sein; vgl. *Bonk* in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, aaO (Fußn. 54), § 54 Rdnr. 45; *Kopp*, aaO (Fußn. 54), § 54 Anm. 4; *Knack*, aaO (Fußn. 61), § 54 Anm. 6.1; *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II c 2 (S. 346); *Erichsen/Martens*, aaO (Fußn. 51), S. 220; BVerwGE 42, 331 (334); s. auch die Begründung zum EVwVfG (Fußn. 49), zu § 50, S. 77 ff. (79), kritisch *Beckmann*, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag, aaO (Fußn. 50), S. 408 ff.

103 Vgl. dazu *Stern*, Grundlegung, aaO (Fußn. 48), S. 146; *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 44 II c 2 a. E. (S. 347); *Kopp*, aaO (Fußn. 54), § 54 Anm. 4; OVG Lüneburg, OVG 16, 471 (475); vgl. aber OVG Münster, DÖV 1960, 798 (hierzu Hans Heinrich *Rupp*, Zum Anwendungsbereich des verwaltungsgerichtlichen Vertrages, in: JuS 1961, 59 ff.; *Bullinger*, aaO [Fußn. 61], S. 66, 78 f.; Volkmar *Götz*, Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrages, in: JuS 1970, 1 ff. [6]).

104 OVG Lüneburg, OVG 16, 471 (475); *Rupp*, aaO (Fußn. 103), S. 62; s. auch *Bullinger*, aaO (Fußn. 61), S. 78 f.; vgl. auch BVerwG, NJW 1957, 555 (556); *Stern*, Grundlegung, aaO (Fußn. 48), S. 141 f.

105 *Erichsen*, VerwArch. 68 (1977), 65 ff. (71); offengelassen in BVerwG, DÖV 1976, 353 (355).

Soweit hiernach eine Gestattung des Ersatzmittels durch Vertrag möglich ist, kann sie auch im Wege eines Austauschvertrages erfolgen. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, daß auf die Gestattung – wenn nicht durch Vertrag, so doch durch Verwaltungsakt – nach den einschlägigen Vorschriften ein Anspruch des Betroffenen besteht, so daß die in § 56 Abs. 2 VwVfG enthaltene Bestimmung zu beachten ist und als Gegenleistung des Betroffenen nur vereinbart werden kann, was die Behörde auch als Nebenbestimmung des das Austauschmittel gestattenden Verwaltungsaktes verlangen könnte. Da die gesetzlichen Vorschriften über die Gestattung des von dem Betroffenen angebotenen Ersatzmittels in aller Regel keine Ermächtigung für die Beifügung von Nebenbestimmungen mit Ausnahme einer Fristbestimmung vorsehen, können als Gegenleistung nur solche Verpflichtungen vereinbart werden, die die gesetzliche Erfüllung des gestatteten Austauschmittels garantieren<sup>106</sup>. Zulässig sind deshalb Gegenleistungen, die unmittelbar mit dem Ersatzmittel in Zusammenhang stehen und dazu dienen, daß die Polizeigefahr beseitigt wird, nicht aber solche, die die unabdingbaren Voraussetzungen für die Gestattung des Austauschmittels<sup>107</sup> erst herstellen sollen<sup>108</sup>.

Die Erfüllung der von dem Betroffenen eingegangenen vertraglichen Verpflichtung kann aber nur im Klagewege erzwungen werden, so daß die Verwendung des Vertrages zur Regelung der Gefahrenbeseitigung unzweckmäßig ist, wenn die Behörde sich den Rückgriff auf die ursprüngliche Polizeiverfügung nicht vorbehalten hat. In der Regel wird deshalb die Gestattung des Austauschmittels durch einen – mitwirkungsbedürftigen – Verwaltungsakt erfolgen, auf dessen Erlaß der Bürger einen Anspruch hat, wenn das von ihm angebotene Mittel die Voraussetzungen erfüllt; lehnt die Behörde die Gestattung dennoch ab, so kann der Betroffene nach erfolglosem Widerspruch Verpflichtungsklage erheben<sup>109</sup>.

### III.

Das vorstehende Ergebnis der Erörterungen zum Rechtscharakter des Angebots und der Gestattung des Austauschmittels ist auf die Anwendung dieses Instituts im Sicherheits- und Ordnungsrecht begrenzt. Diese Beschränkung rechtfertigt sich aus der Tatsache, daß das Angebot des Ersatzmittels in diesem Bereich entwickelt und bisher auch nur dort kodifiziert und anerkannt ist, obwohl dafür kein zwingender Grund besteht.

1. Das Preußische Oberverwaltungsgericht hatte das Recht zur Gegenwahl des anderen Mittels aus der Bestimmung des § 10 II 17 PrALR hergeleitet<sup>110</sup> und

106 Vgl. hierzu allgemein im Hinblick auf Bedingungen und Auflagen Gerd Roellecke, *Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen*, in: *DOV* 1968, 333 f. (339 f.).

107 Das heißt vor allem die Tauglichkeit und schnelle Durchführbarkeit des Mittels.

108 Vgl. *Kopp*, aaO (Fußn. 54), § 36 Anm. 3.

109 *Ule/Rasch*, aaO (Fußn. 7), S. 182; *Drews/Wacke/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 196; *De Clerck/Schmidt*, aaO (Fußn. 32), § 48 Anm. 3; *Böckenförde*, aaO (Fußn. 32), § 21 OBG Rdnrn. 6 ff.

110 Diese Vorschrift wurde zwar nicht immer explizit herangezogen, aber aus den Urteilsgründen geht vielfach hinreichend deutlich hervor, daß das Gericht auch hierauf



damit auf den Grundsatz der *Erforderlichkeit* (bzw. Notwendigkeit) polizeilicher Maßnahmen abgestellt, der heute als wesentlicher Bestandteil des Übermaßverbots<sup>111</sup> neben dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (i. e. S.)<sup>112</sup> allgemeine Geltung im öffentlichen Recht<sup>113</sup> besitzt<sup>114</sup>: Eine den Bürger belastende Maßnahme ist nicht nur dann rechtswidrig, wenn sie völlig außer Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg steht, sondern auch dann, wenn unter mehreren geeigneten Mitteln nicht dasjenige gewählt worden ist, das die am wenigsten beeinträchtigenden Folgen hervorruft<sup>115</sup>.

Die Verpflichtung der Behörden, den Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, hatte das Preußische Oberverwaltungsgericht weiterhin auch allgemein aus dem der Eingriffsermächtigung zugrundeliegenden Normzweck abgeleitet: Aufgabe der Polizei war nicht, die Anwendung eines bestimmten Mittels zu erzwingen, sondern die Abwehr einer Gefahr und die Beseitigung eines normwidrigen Zustandes<sup>116</sup>, so daß nur die hierzu notwendigen Belastungen rechtmäßig waren, also die Polizei auch bei dem Vorhandensein gleich tauglicher Mittel nur

rekurrierte; eindeutige Hinweise finden sich in PrOVGE 13, 426; 75, 339 (343); 78, 267 (270); 90, 293 (295); vgl. auch *Genzmer*, aaO (Fußn. 9), § 127 LVG Anm. 5 (S. 231); *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3.

- 111 Vielfach auch als Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (i. w. S.) bezeichnet, so z. B. auch in § 11 BGG, § 8 ASOG Bln, § 15 nwOBG und § 2 des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes.
- 112 Zur Unterscheidung vom Verhältnismäßigkeitsprinzip i. w. S. wird hierfür teilweise auch der Terminus »Proportionalität« verwendet, so etwa von Manfred *Gentz*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in: NJW 1968, 1600 ff. (1601); Eberhard *Grabitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AÖR 98 (1973), 568 ff. (571).
- 113 Die Geltung ist allerdings nicht auf den Bereich des öffentlichen Rechts beschränkt; vgl. z. B. die Regelungen in § 227 Abs. 2, §§ 228, 230 Abs. 1, § 904 BGB, § 32 Abs. 2 StGB, § 116 Abs. 1–3, § 119 Abs. 3 StPO.
- 114 Vgl. grundlegend (jeweils m. w. N.) neben den in Fußn. 112 Genannten vor allem Rupprecht *von Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1955; Peter *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; Hans *Schneider*, Zur Verhältnismäßigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S. 390 ff.; Klaus *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 1977, § 20 IV 7 (S. 671 f.); Peter *Wittig*, Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, in: DÖV 1968, 817 ff.; zur Terminologie s. insbesondere *Grabitz* (S. 570 f.) und *Lerche* (S. 20 f.), auch insoweit jeweils mit ausführlichen Nachweisen.
- 115 Vgl. z. B. BVerfGE 25, 1 (18); 30, 292 (316); 33, 171 (187); 40, 196 (223); BVerwGE 5, 50 (52); 5, 179 (180 f.); 13, 75 (77); 19, 171 (173); 23, 280 (283 f.); 26, 131 (133); 28, 139 (143); 32, 299 (307); 35, 326 (331 f.); 38, 68 (70 f.); BAWüStGH, ESVGH 25, 1 (18 f., 21); VGH Mannheim, ESVGH 7, 41 (43); OVG Lüneburg, OVG 10, 341 (345); 11, 360 (366); OVG Münster, OVG 10, 82 (85); 27, 157 (159 f.); *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 24 mit Anm. 12; *Gentz*, aaO (Fußn. 112), S. 1603 f. m. w. N.; *Grabitz*, aaO (Fußn. 112), S. 573 ff.; *Drews/Wackel/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 191 ff. m. w. N.; *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 30 II b 1 (S. 179) m. w. N.; *Wolff*, aaO (Fußn. 7), § 129 V h 1 (S. 82), § 138 V b (S. 175), jeweils m. w. N.; B. *Bender*, Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns, in: NJW 1955, 938 f., ebenfalls m. w. N.
- 116 Vgl. z. B. die Ausführungen in PrOVGE 1, 326 (328); 13, 424 (425); 13, 426 (427); 51, 313 (314, 315); s. auch *Jebens*, aaO (Fußn. 9), S. 306 f.; *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11), S. 3.

das den Betroffenen am wenigsten beeinträchtigende verlangen konnte, weil nur dies zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlich war<sup>117</sup>. Das Schrifttum folgte dieser Rechtsprechung und erkannte den Grundsatz der Erforderlichkeit und des mildesten Mittels als eine allgemeine Schranke polizeilichen Handelns an<sup>118</sup>, die schließlich in § 41 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 PrPVG kodifiziert wurde und auch im gegenwärtigen Polizeirecht gilt<sup>119</sup>, aber hierauf nicht beschränkt blieb. War das Prinzip der Erforderlichkeit ursprünglich nur für das Handeln der Polizeibehörden, aber wegen der umfassenden Bedeutung des Polizeibegriffs<sup>120</sup> damit für weite Bereiche der Eingriffsverwaltung anwendbar, so wurde es – wenn auch teilweise mit beträchtlicher zeitlicher Verzögerung – in mindestens dem Maße auf die außerpolizeilichen Gebiete des Verwaltungsrechts übertragen<sup>121</sup>, in dem der Polizeibegriff zunehmend verengt wurde<sup>122</sup>, und beansprucht heute allgemeine Gültigkeit für das gesamte Verwaltungshandeln<sup>123</sup>.

2. Demgegenüber blieb der Anwendungsbereich des Austauschgebots auf das Polizeirecht beschränkt<sup>124</sup>, obwohl dieses Rechtsinstitut in engem Zusammenhang

- 117 Vgl. etwa die bei *Jebens*, aaO (Fußn. 9), S. 309 ff., aufgeführten Beispiele aus der Judikatur des PrOVG sowie die Entscheidungen PrOVGE 19, 371 (373 f.); 23, 355 (360 f.); 27, 422 (427); 45, 416 (424).
- 118 Vgl. z. B. Fritz *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 404 f.; Walter *Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 289 ff.; *ders.*, Verwaltungsrecht (Fußn. 55), S. 438 ff.; Otto *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd., 3. Aufl. 1924, S. 222 ff.
- 119 Vgl. z. B. *Drews/Wackel/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 186 ff. mit ausführlichen Nachweisen; *Ule/Rasch*, aaO (Fußn. 7), S. 180 f.; *Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht (Fußn. 5), S. 70 f.; *Scholler/Broß*, aaO (Fußn. 7), S. 132 ff.; Franz-Ludwig *Knemeyer*, Der Schutz der Allgemeinheit durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, in: VVDStRL 35 (1977), 221 ff. (245 f.).
- 120 Vgl. dazu z. B. Franz-Ludwig *Knemeyer*, Polizeibegriffe in Gesetzen des 15. bis 18. Jahrhunderts, in: AöR 92 (1967), 153 ff.; Klaus *Vogel*, Über die Herkunft des Polizeirechts aus der liberalen Staatstheorie, in: Verfassung, Verwaltung, Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag, 1972, S. 375 ff.; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, S. 11 ff.; Bill *Drews/Gerhard Wackel/Wolfgang Martens*, Gefahrenabwehr (Allgem. Polizeirecht), 8. Aufl. 1977, Bd. 2, S. 1 ff.
- 121 Vgl. die Darstellung bei *von Krauss*, aaO (Fußn. 114), S. 6 ff., 18 f.; s. dazu aber *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 24 Anm. 13.
- 122 Vgl. zur Diskussion um den Polizeibegriff z. B. *Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht (Fußn. 5), S. 17 ff.; Alfons *Galette*, Zur Entwicklung des »Polizei- und Ordnungsrechts«, in: DVBl. 1955, 276 ff., 313 ff.; *Drews/Wackel/Vogel*, aaO (Fußn. 7), S. 10 ff.; Fritz *Werner*, Wandlung des Polizeibegriffs?, in: DVBl. 1957, 806 ff.; *Drews/Wackel/Martens*, aaO (Fußn. 120), S. 31 ff.
- 123 Vgl. z. B. BVerwGE 5, 50 (52); 5, 179 (180 f.); 13, 75 (77); 19, 171 (173); 23, 280 (283 f.); 26, 131 (133); 28, 139 (143); 32, 299 (307); 35, 326 (331 f.); 38, 68 (70 f.); *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 24 mit Anm. 14 und 15; *Wolff/Bachof*, aaO (Fußn. 43), § 30 II b 1 (S. 179).
- 124 Siehe die Nachweise in Fußn. 7; allerdings finden sich in der Rechtsprechung sehr vereinzelt Ansätze zu einer erweiterten Anwendung (BVerwGE 13, 75 [77]; 29, 248 [254 ff.]; BVerwG, DVBl. 1977, 194 [195]); vgl. auch *von der Groeben/Knack*, aaO (Fußn. 37), § 73 Anm. 5.3; im Hinblick auf die Berücksichtigung der Ersatzmöglichkeit in der Gesetzgebung s. *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 194 f.; bei der kommunalen Neugliederung vgl. insbesondere BaWüStGH, ESVGH 25, 1 (21 f.); NWVerf-

mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit steht. Erklärt sich der Betroffene bereit, die Gefahr durch ein Mittel eigener Wahl zu beseitigen, so ist das von der Polizei genannte Mittel – auch wenn es das mildeste ist – nicht mehr erforderlich; Walter *Jellinek*<sup>125</sup> folgerte daher schon 1913 zutreffend, daß Polizeibefehle »nur eine Verpflichtung mit *facultas alternativa*, mit anderweiter Befreiungsmöglichkeit« begründeten. So ergab sich zwingend ein Anspruch des Betroffenen auf die Wahl des Mittels<sup>126</sup> und damit auch auf die polizeiliche Gestattung von ihm vorgeschlagener geeigneter Maßnahmen<sup>127</sup>.

Die Begrenzung belastender Verwaltungsakte auf die Beseitigung des normwidrigen Zustandes bei gleichzeitiger Befugnis des Betroffenen, das Mittel zur Zweckerreichung selbst zu bestimmen, muß aber nicht notwendig auf polizeiliche Verfügungen beschränkt bleiben. Aus der generellen Geltung des Erforderlichkeitsprinzips folgt vielmehr, daß in allen Fällen, in denen die Verwaltung in Rechte des Bürgers eingreift, der Eingriff auf die Zweckerreichung zu begrenzen ist, wenn nicht durch Gesetz die Durchführung einer bestimmten Maßnahme vorgeschrieben ist. Der Grundsatz der Erforderlichkeit des Mittels verlangt nur, daß die Behörde den Eingriff in die Rechte des einzelnen so gering wie möglich hält, nicht aber die unbedingte Durchsetzbarkeit einer spezifischen Maßnahme, sofern der Adressat des Verwaltungsakts ein die Allgemeinheit nicht stärker beeinträchtigendes Mittel anbietet, das gleichermaßen geeignet ist, den mit dem Erlaß des Verwaltungsakts erstrebten Zweck zu erfüllen<sup>128</sup> – auch wenn das vom Betroffenen angebotene Mittel einen ihn objektiv stärker belastenden Eingriff enthält als das von der Verwaltung genannte<sup>129</sup>. Zwar wäre die Behörde nicht befugt, eine über das Notwendige hinausgehende Belastung zu fordern, aber das objektiv mildeste Mittel entspricht dann nicht mehr dem Grundsatz der Erforderlichkeit, wenn der Betroffene ein Ersatzmittel anbietet; denn in diesem Falle enthält das von ihm gewählte Mittel den für ihn geringstmöglichen Eingriff und ist damit das allein erforderliche Mittel im Sinne des Übermaßverbots. Bei der Anwendung des Erforderlichkeitsprinzips kann dieses subjektive Element nicht unbeachtet bleiben<sup>130</sup>, weil nur so gewährleistet ist, daß die aus Gründen des Allgemeinwohls notwendige Freiheitsbeschränkung so wenig spürbar wie möglich bleibt: Zwar braucht die Verwaltung nicht zu erforschen, welche Maßnahme den Betroffenen subjektiv am geringsten beeinträchtigt, und kann deshalb nur nach

GH, NJW 1976, 2209 (2210); zur Mittelwahl der Gemeinden bei Planungsprozessen vgl. Wolfgang *Roters*, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, 1975, S. 80.

125 Gesetz, Gesetzesanwendung (Fußn. 118), S. 209 f.; *ders.*, Verwaltungsrecht (Fußn. 55), S. 439; *Reiff/Wöhrlé*, aaO (Fußn. 37), § 5 Rdnr. 4; Alfred *Einwäg/Gerd-Dieter Schoen*, Bundesgrenzschutzgesetz. Kommentar, 1972, § 12 Rdnrn. 7, 8.

126 Walter *Jellinek*, ebda.; *Jebens*, aaO (Fußn. 9), S. 319; PrOVGE 78, 431 (433).

127 Vgl. *Drews*, Die »nötigen Anstalten«, aaO (Fußn. 11) S. 3; *ders.*, Preußisches Polizeirecht (Fußn. 11), S. 59; vgl. auch PrOVG, RuPrVBl. 50, 173.

128 Vgl. BVerwGE 13, 75 (77); 29, 248 (254 ff.) zu einem vergleichbaren Sachverhalt.

129 Dazu BVerwG, DVBl. 1977, 194 (195).

130 Siehe dazu *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 30 f.

objektiven Kriterien das mildeste Mittel bestimmen, aber wenn sie aufgrund des Austauschgebots erkennt, daß das von ihr bezeichnete Mittel den Betroffenen stärker belastet als ein von ihm gewähltes, so hat sie das zu berücksichtigen<sup>131</sup>, weil Zweck ihres Handelns nicht die Freiheitsbeschränkung, sondern die Verfolgung des Allgemeinwohls unter geringstmöglicher Beeinträchtigung der Individualrechte ist.

Daraus ergibt sich, daß die Verwaltung jedenfalls nicht die Durchführung eines von ihr angegebenen Mittels erzwingen kann, wenn der Betroffene den mit dem Erlaß eines belastenden Verwaltungsakts erstrebten Zweck auf einem von ihm gewählten Weg erreicht; auch darf sie die Erteilung einer Erlaubnis nicht deswegen verweigern, weil der Antragsteller die hierzu in einer Nebenbestimmung verlangte Maßnahme durch ein Mittel eigener Wahl ersetzen und damit deren Zweck erfüllen will<sup>132</sup>. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als das von der Verwaltung auferlegte Mittel gesetzlich bindend vorgeschrieben ist; denn Abweichungen hiervon verstießen gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – die Erforderlichkeit des Mittels ist in diesem Falle bereits vom Gesetzgeber bestimmt und kann nur im Rahmen einer Kontrolle des Gesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit<sup>133</sup> überprüft werden.

3. Fraglich bleibt jedoch, ob aus dem Erforderlichkeitsprinzip ein Anspruch des Betroffenen auf Gestattung des Ersatzmittels folgt<sup>134</sup> oder ob die Nichtberücksichtigung des Austauschgebots lediglich als Verstoß gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts – bzw. seiner Ablehnung – führt. Für die Einräumung eines eigenen Anspruchs spricht schon, daß vielfach allein die Festsetzung eines bestimmten Mittels durch die Behörde den Grund für Rechtsstreitigkeiten bildet, die durch die Möglichkeit der Mittelwahl vermieden werden könnten. Dagegen spricht auch nicht, daß in den meisten Polizei- und Ordnungsbehördengesetzen der Anspruch auf Gestattung des Ersatzmittels *expressis verbis* festgelegt ist; denn der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts kann unter Berufung auf das Erforderlichkeitsprinzip auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage die Abänderung des Verwaltungsakts verlangen, wenn die Behörde nicht das objektiv mildeste Mittel gewählt hat. Besteht die Beschwer des Betroffenen nun darin, daß zwar objektiv der geringstmögliche Eingriff festgesetzt wurde, er dadurch aber subjektiv stärker belastet wird als durch einen objektiv schwereren Eingriff, so entspricht bei gleicher Geeignetheit nur das von ihm angebotene Mittel dem Grundsatz der Erforderlichkeit; das Austauschmittel muß neben dem ursprünglich festgesetzten Mittel dann auch zugelassen werden, wenn ein Anspruch hierauf gesetzlich nicht vorgesehen ist. Sofern das vom Betroffenen angebotene Mittel objektiv weniger beeinträchtigend

131 Vgl. *von der Groeben/Knack*, aaO (Fußn. 37), § 73 Anm. 5.3.

132 Vgl. BVerwG, DVBl. 1977, 194 (195).

133 Zum Grundsatz der Erforderlichkeit als Verfassungsprinzip und Schranke der Gesetzgebung vgl. z. B. – jeweils m. w. N. – *Gentz*, aaO (Fußn. 112), S. 1603 f.; *Grabitz*, aaO (Fußn. 112), S. 584 ff.; *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 61 ff.

134 Ablehnend *von der Groeben/Knack*, aaO (Fußn. 37), § 73 Anm. 5.3.

als das von der Behörde festgesetzte ist, richtet sich der Anspruch auf die Ersetzung des ursprünglichen Mittels durch das Austauschmittel; bietet der Betroffene dagegen ein ihn objektiv stärker belastendes Mittel an, so ist die Behörde nur verpflichtet, dieses Mittel neben dem ursprünglich angeordneten zuzulassen, damit sie das mildere Mittel erzwingen kann, wenn das Austauschmittel nicht durchgeführt wird. Der Antrag auf Gestattung eines anderen Mittels zielt somit jedenfalls auf eine Abänderung des (ursprünglichen) belastenden Verwaltungsakts und muß deshalb gestellt werden, bevor dieser bestandskräftig und damit vollziehbar wird; lediglich bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung besteht der Austauschanspruch auch noch nach Eintritt der Unanfechtbarkeit. Die Gestattung kann durch Verwaltungsakt oder – soweit ein Vertragsformverbot gemäß § 54 Satz 1 VwVfG nicht besteht – durch verwaltungsrechtlichen Vertrag erfolgen, die Ablehnung ist jedenfalls ein Verwaltungsakt, gegen den der Betroffene nach erfolglosem Widerspruch Klage auf Gestattung des Austauschmittels erheben kann. In diesem Falle bilden wegen des Begehrens auf Abänderung des ursprünglichen Verwaltungsakts dieser und die Ablehnung gemeinsam den Gegenstand der Klage<sup>135</sup>. Erweist sich das vom Kläger angebotene Mittel als dem ursprünglich festgesetzten gleichwertig zur Zweckerfüllung, so hat das Verwaltungsgericht die Behörde zu verpflichten, den abändernden Verwaltungsakt zu erlassen, nicht aber den ursprünglichen Verwaltungsakt aufzuheben<sup>136</sup>; eine Aufhebung käme nur dann in Betracht, wenn der erste Verwaltungsakt rechtswidrig nicht das objektiv mildeste Mittel festgesetzt oder die Austauschmöglichkeit ausgeschlossen hätte.

#### IV.

Ist der Anwendungsbereich des Austauschgebots nach alledem nicht auf das Polizeirecht beschränkt, so löst sich auch der Widerspruch in der Begründung zu § 3 Abs. 2 Satz 2 des Musterentwurfs eines einheitlichen Polizeigesetzes auf: Zwar handelt es sich bei der Befugnis zur Wahl eines Ersatzmittels um ein Rechtsinstitut, das im Polizeirecht entwickelt worden ist und dort typischerweise in weitem Umfang angewendet wird, aber als Ausfluß des allgemein geltenden Prinzips der Erforderlichkeit muß es ebenso im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht Anwendung finden – dies auch ohne ausdrückliche Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz. Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in die Gesetze über die Befugnisse der Polizei- und Ordnungsbehörden rechtfertigt sich deshalb, weil in diesem Bereich die Eingriffe in Rechtspositionen des einzelnen besonders häufig und intensiv sind, nur kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, hiermit sei der Anwendungsbereich abschließend begrenzt; die Kodifizierung hat nicht rechtsbegründende, sondern nur -verdeutlichende Funktion<sup>137</sup>. Deshalb be-

135 Böckenförde, aaO Fußn. 32), § 21 OBG Rdnr. 7.

136 So aber Böckenförde, ebda.; ebenso wohl auch Scheerbarth, aaO (Fußn. 7), S. 59.

137 Daher gilt der Rechtsgedanke des § 41 Abs. 2 Satz 3 PrPVG auch in Baden-Württemberg, Bayern und Schleswig-Holstein; vgl. BayVGHE n. F. 22, 37 (39 f.); Reiff/Wöhrl, aaO (Fußn. 37), § 5 Rdnr. 4.

steht in den Fällen, in denen das Gesetz die zur Erreichung seines Zwecks geeigneten Mittel nicht oder nicht abschließend vorschreibt und damit deren Festsetzung in das Ermessen der Verwaltung stellt, gegenüber den von der Behörde angeordneten Maßnahmen immer ein Anspruch auf Ersatz durch ein gleich taugliches Mittel eigener Wahl. Dies gilt für belastende Verwaltungsakte<sup>138</sup> oder begünstigende Verwaltungsakte mit belastenden Nebenbestimmungen<sup>139</sup> unabhängig vom Regelungsbereich<sup>140</sup>, nicht aber bei faktischen Beeinträchtigungen, weil es hierbei schon an dem gezielten, Maßnahmen des einzelnen erfordernden Eingriff fehlt.

Diese Befugnis, unter mehreren möglichen Belastungen die subjektiv am wenigsten beeinträchtigende zu wählen, hat auch der Gesetzgeber über die Grenzen des Sicherheits- und Ordnungsrechts hinaus ansatzweise anerkannt, indem er verschiedentlich den jeweils von einer Regelung Betroffenen »Optionsmöglichkeiten«<sup>141</sup> eingeräumt hat<sup>142</sup>. Allerdings besteht in diesen Fällen die Wahl der Belastungsform nur innerhalb des vorgegebenen Rahmens; sie ist beschränkt auf diejenigen Maßnahmen, die der Gesetzgeber selbst als gleichermaßen geeignet befunden hat – eine darüber hinausgehende Austauschbefugnis besteht wegen der abschließenden gesetzlichen Regelung nicht, sofern die Beschränkung selbst verfassungsgemäß ist<sup>143</sup>. Aufgrund der weitgehenden Freiheit des Gesetzgebers, Zweck und Mittel des Eingreifens zu bestimmen, kommt ein zur Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften führender Verstoß gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit aber nur ausnahmsweise in Betracht<sup>144</sup>.

Dies beruht nicht zuletzt darauf, daß mit der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft und den sich verändernden gesellschaftlichen Strukturen das Bedürfnis nach immer mehr und immer umfangreicheren Regelungen der sozialen Umwelt durch den Gesetzgeber wächst. Die gesellschaftlichen Wandlungen erfordern vom Gemeinwesen zunehmend sowohl die verstärkte Abwehr von Durchbrechungen der gesetzlich geregelten Ordnung als auch vermehrte Maßnahmen zur Lenkung einer aus sich selbst heraus nicht mehr funktionierenden Sozialordnung

138 Vgl. etwa BVerwGE 13, 75 (77).

139 Siehe dazu z. B. BVerwG, DVBl. 1977, 194 (195); BVerwGE 31, 15 (18 f.).

140 Beispielhaft wäre zu denken an Maßnahmen im Rahmen des § 20 BSHG, an Nebenbestimmungen gemäß § 13 GüKG oder an die Auflösung bereits vollzogener Fusionen nach § 24 Abs. 6 GWB.

141 *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 194.

142 Vgl. z. B. § 37 Abs. 2 BAföG (dazu BVerwG, VerwRspr. 27 Nr. 207 [S. 921 ff.]); § 39 b Abs. 2, § 39 c Abs. 4, § 39 h Abs. 6, § 40 Abs. 2 BBauG; § 10 BundesleistungsG; § 13 LandesbeschaffungsG; § 15 SchutzbereichG; § 18 Abs. 3 und § 56 StBauFG; § 4 KVLG; §§ 173 b und 173 d RVO; § 712 Abs. 1 ZPO; s. auch die Nachweise bei *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 194 Anm. 137.

143 Vgl. dazu beispielsweise BVerfGE 30, 292 (319 ff.); BaWüStGH, ESvGH 25, 1 (22); NWVerfGH, NJW 1976, 2209 (2210).

144 Vgl. dazu im einzelnen *Grabitz*, aaO (Fußn. 112), S. 573 ff., 601 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG; s. auch *Stern*, Staatsrecht (Fußn. 114), § 20 IV 7 b  $\beta$  (S. 674).

und zur Befriedigung existentieller Bedürfnisse der Bürger. Das Sozialstaatsprinzip verlangt eine ständige erneute Konkretisierung und inhaltliche Aktualisierung, um der Dynamik wechselnder sozialer Verhältnisse gerecht werden zu können<sup>145</sup>, die in weitem Maße nur durch gesetzliche Regelungen erreichbar sind<sup>146</sup>. Die Erfüllung des sozialstaatlichen Auftrags bedingt aber eine damit einhergehende zunehmende Beschränkung des Freiheitsraums des einzelnen, die mit der herkömmlichen Anwendung der Grundsätze des Übermaßverbots nur teilweise abgewehrt, vielfach aber nicht mehr verhindert werden kann<sup>147</sup>: Die im Sozialstaatsgrundsatz angelegte Offenheit des Aufgabenkatalogs<sup>148</sup> erweitert die Kompetenz und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers in einem Maße, das den Bürger mehr als zuvor zwingt, staatliche Eingriffe als rechtmäßig anzuerkennen und hinzunehmen.

Versagt aber das Übermaßverbot allzu häufig als Mittel der Eingriffswehr – und besteht auch nicht die Möglichkeit seiner Wandlung zur Eingriffskompensation<sup>149</sup> –, so bedarf es seiner Anwendung als Mittel der Eingriffsmilderung: Die Grundrechtsbeschränkung kann zwar nicht vermieden, aber in ihren Auswirkungen weniger fühlbar werden, wenn der Gesetzgeber mehr als bisher den Betroffenen die Wahl läßt, welche von mehreren gleichermaßen zur Erfüllung des Eingriffszwecks tauglichen Belastungen sie auf sich nehmen wollen<sup>150</sup>. Der Grundsatz der Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen gebietet, daß der Eingriff in die Rechte des einzelnen nicht nur objektiv, sondern auch nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen so gering wie möglich gehalten wird, und verlangt deshalb, daß der Gesetzgeber Optionsmöglichkeiten schafft, wo immer dies möglich und geboten ist. Dabei bedarf es nicht der umfassenden Ausgestaltung im Gesetz selbst – dies dürfte schon wegen der notwendigen Anpassungsfähigkeit gesetzlicher Regelungen an sich verändernde Umstände oft wenig praktikabel sein, würde aber auch vielfach zu einer unnötigen Beschränkung der Optionsmöglichkeiten führen. Teilt man die hier vertretene Ansicht, daß immer, wenn die Verwaltung in Erfüllung ihrer gesetzeskonkretisierenden Aufgabe gegenüber einem einzelnen eine belastende Maßnahme festsetzt, die nicht vom Gesetzgeber bindend vorgeschrieben ist, ein Anspruch des Betroffenen auf Gestattung eines von ihm angebotenen gleichwertigen Mittels besteht, so wird eine eingriffsmildernde Wirkung durch die Einräumung von Ermessen bei der Mittelwahl er-

145 Rupert *Scholz*, Öffentliche und Privatversicherung unter der grundgesetzlichen Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Festschrift für Karl Sieg, 1976, S. 507 ff. (511).

146 Vgl. etwa das von *Scholz*, ebda., S. 509, herangezogene Beispiel der Erweiterung der Kranken- und Sachversicherungen; allgemein Ernst *Forsthoff*, Der Staat der Industrie-Gesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 99 ff.

147 Siehe dazu z. B. *Scholz*, ebda., S. 524 f.; Klaus *Grupp*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter dem Grundgesetz, in: ZHR 140 (1976), 367 ff. (386 ff.).

148 *Scholz*, ebda., S. 511.

149 Vgl. dazu *Scholz*, ebda., S. 525.

150 Vgl. *Lerche*, Übermaß (Fußn. 114), S. 194; s. auch BVerfGE 30, 292 (326).

reicht<sup>151</sup>. Die Ermessensgewährung schafft damit nicht nur die Möglichkeit, daß die Verwaltung bei ihrem an das Erforderlichkeitsprinzip gebundenen Handeln das objektiv mildeste Mittel zur Zweckerreichung auswählt, sondern bietet auch dem Betroffenen die Gelegenheit, durch das Angebot des ihn subjektiv am wenigsten beeinträchtigenden anderen Mittels den Eingriff individuell weniger fühlbar und damit die unumgängliche Beschränkung seiner Freiheit erträglicher werden zu lassen.

151 Vgl. dazu BVerfGE 9, 137 (148 f.); Günter *Dürig* in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, Kommentar (Stand: Mai 1977), Art. 3 Rdnr. 17, 54 (mit Anm. 3); s. auch Karl-August *Bettermann*, Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit, in: *Der Staat* 1 (1962), 79 ff. (84); Ulrich *Battis*, Systemgerechtigkeit, in: Hamburg, Deutschland, Europa. Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 11 ff. (23); Klaus *Stern*, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964, S. 17: Ermessen erstrebt »die Gerechtigkeit des Einzelfalls«.