

## Artikel 19

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen,

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind,

(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.\*

### Materialien:

HChProt, GSA, 1. Les. 2. (Vormittags-) Sitz. v. 18. 8. 48 (Prot. Bl. 63); 4. (Nacht-) Sitz. v. 18. 8. 48 (Prot. Bl. 104 ff.); 6. (Nacht-) Sitz. v. 19. 8. 48. Art. U (Prot. Bl. 146—162, auch 144); 7. (Vormittags-) Sitz. v. 21. 8. 48, Art. S (Prot. Bl. 190); 8. (Abend-) Sitz. v. 21. 8. 48, Art. U (Prot. Bl. 223 ff.); 3. (Vormittags-) Sitz. v. 11. 8. 1948 (Prot. Bl. 13); 9. (Nacht-) Sitz. v. 21. 8. 48 (Prot. Bl. 30); 11. (Vormittags-) Sitz. v. 23. 8. 48 (Prot. Bl. 62); 12. (Nachmittags-) Sitz. v. 23. 8. 48 (Prot. Bl. 5 ff.), HChE. Art. 19, 21, 138 (S. 63, 133); Darstell. Teil S. 22 f., 58, PR 94. Art. 19, zunächst 2 III/20, 21 III, 2 IV, 20 a/21, 20 a—c; GSA. 1. Les. 4. Sitz. v. 23. 9. 48, Art. 2 III (StenProt. Bl. 23 f.; KurzProt. Drucks. Nr. 79; Fass. Art. 2 IV, 20. Drucks. Nr. 143/203); ARA v. 16. 11. 48. Art. 20 (Drucks. Nr. 282); GSA. 2. Les. 26, Sitz. v. 30. 11. 48. Art. 20, 21 (StenProt. Bl. 69 f.; KurzProt. Ziff. 11 u. 12. Drucks. Nr. 338; Pass. Art. 2 IV, 21, Drucks. Nr. 326 Anl.); 27. Sitz. v. 1. 12. 48, Art. 2 IV, 20 (StenProt. Bl. 1—4; KurzProt. Drucks. Nr. 326; Fass. Drucks. Nr. 326 Anl.); 28. Sitz. v. 3. 12. 48, Art. 21 III (StenProt. Bl. 1—3; KurzProt. Ziff. 2. Drucks. Nr. 339); HptA. 1. Les. 17. Sitz. v. 3. 12. 48, Art. 2 IV (StenBer. S. 205 f.; KurzProt. Drucks. Nr. 378); 18. Sitz. v. 4. 12. 48, Art. 20 a, 21 (StenBer. S. 213 f.; KurzProt. Drucks. Nr. 456; Fass. Art. 20 a, b, Drucks. Nr. 340); ARA v. 13. 12. 48. Art. 20 a, c, Drucks. Nr. 370); GSA. 32. Sitz. v. 11. 1. 49 (StenProt. Bl. 35 ff.; KurzProt. Art. 2, Drucks. Nr. 578. Fass. Art. 20 a—c, Drucks. Nr. 493); HptA. 2, Les. 44. Sitz. v. 19. 1. 49, Art. 20 a—c (StenBer. S. 538—592; KurzProt. Drucks. Nr. 541; Fass. Drucks. Nr. 535); ARA v. 25. 1. 49, Art. 20 a—c (Drucks. Nr. 543); FünferA v. 5. 2. 49, Art. 20 a—c (Drucks. Nr. 591); HptA. 3. Les. 47. Sitz. v. 8. 2. 49, Art. 20 a—c (StenBer. S. 619 f.; KurzProt. Drucks. Nr. 612); 51. Sitz. v. 10. 2. 49, Art. 20 a (StenBer. S. 673; KurzProt. Drucks. Nr. 657; Fass. Drucks. Nr. 604/679); FünferA v. 28. 2. 49. Art. 20 a, c (Drucks. Nr. 675); Bericht des Abg Dr. v. Mangoldt f. d. Plen. (Amtl. Berichte S. 13); ARA v. 2. 5. 49, Art. 20 a, c (Drucks. Nr. 751); HptA. 4. Les. 57. Sitz. v. 5. 5. 49, Art. 20 a—c (StenBer. S. 748; KurzProt. Drucks. Nr. 932; Fass. Drucks. Nr. 850); Plen. 2. Les. 9. Sitz. v. 6. 5. 49 (StenBer. S. 179 f.; Fass. Drucks. Nr. 883); Plen. 3. Les. 10. Sitz. v. 8. 5. 49 (StenBer. S. 238)

(Forts. der Materialien s. umseitig)

\* **H i n w e i s** : Durch 17. ÄndG v. 24. 6. 1968 (BGBl I S. 709) wurde in Abs 4 der Satz 3 angefügt.

Die **Zweitbearbeitung** des Art. 19 Abs. 1—4 erfolgt durch verschiedene Bearbeiter. Verantwortlich für den Inhalt der Erläuterungen der einzelnen Absätze des Art. 10 ist jeweils der Verfasser, der in der Kopfleiste einer jeden Seite und nochmals am Ende der Erläuterung des Absatzes genannt ist: **Menger** für Abs. 1, von **Mutius** für Abs. 3, **Schenke** für Abs. 4. — Bis zum Vorliegen aller Erläuterungen dieser Zweitbearbeitung verbleibt die Erstbearbeitung des ganzen Art. 19 Erstfassung 1949 von **Wernicke** im Kommentar.

### I. Entstehungsgeschichte:

1. Die Entstehungsgeschichte des Art. 19 ist sehr unübersichtlich. Für den hier zu regelnden Fragenkomplex, der im wesentlichen auf Garantie und Schutz der GR. — z. B. durch Formalisierung der GR.-Einschränkungen — hinausläuft, kommen aus dem *HChE.* die Art. 19, 21 und 138 in Frage, die hier — zur besseren Übersicht — mit ihrem Wortlaut gebracht werden:

Artikel 19. „Jeder hat die Pflicht der Treue gegen die Verfassung und hat Verfassung und Gesetz zu achten und zu befolgend.“

Artikel 21. „(1) Die Grundrechte dürfen nicht beseitigt werden. Auf ein solches Ziel: gerichtete Anträge sind unzulässig.

(2) Die Grundrechte binden den Gesetzgeber, den Richter und die Verwaltung unmittelbar.

(3) Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen.

(4) Eine Einschränkung der Grundrechte ist nur durch Gesetz und unter der Voraussetzung zulässig, daß es die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit zwingend erfordert. Die Einschränkung eines Grundrechtes oder die nähere Ausgestaltung durch Gesetz muß das Grundrecht als solches unangetastet lassen.

(5) Das Notstandsgesetz (Art. 111 Abs. 3 und 4) bleibt unberührt.“

Artikel 138. „(1) Wer sich durch eine Anordnung oder durch die Untätigkeit einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Pflicht beschwert glaubt, kann gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen.

(2) Das Nähere bestimmen die Bundes- und Landesgesetze.“

Hiervon ist die allgemeine Treuepflicht gegenüber der Verfassung (Art. 19 *HChE.*) im *GSA.* wegen ihrer unsicheren Tragweite von Anfang an als ungeeignete Schutzbestimmung angesehen und nur bei der Meinungs- und Lehrfreiheit behandelt worden (vgl. Art. 5 Entstehungsgeschichte). Die Regelung des Art. 21<sup>I</sup> *HChE.* ist in gewissem Umfang in die Unabänderlichkeitsklausel des Art. 79<sup>III</sup> *BGG.* übergegangen. Art. 21<sup>II</sup> *HChE.* hat in Art. 1<sup>III</sup> *BGG.* Aufnahme gefunden und Art. 21<sup>II, V</sup> *HChE.* sind ganz weggefallen. Während von Art. 21<sup>IV 1</sup> *HChE.* noch Spuren in Art. 19<sup>I</sup> *BGG.* zu finden sind, hat der Gedanke des Art. 21<sup>IV 2</sup> *HChE.* den Art. 19<sup>II</sup> *BGG.* maßgeblich beeinflusst. Für Art. 19<sup>III</sup> *BGG.* lag kein Vorschlag vor. Art. 19<sup>IV</sup> *BGG.* schließlich hatte seinen Ausgangspunkt in Art. 138<sup>I</sup> *HChE.*

2. Art. 19<sup>I</sup> *BGG.* geht in seinen Grundgedanken auf einen Vorschlag des *ARA.* vom 13. 12. 1948 (Art. 20 c<sup>I</sup>) zurück, in dem bereits das Erfordernis der allgemeinen Geltung des, Einschränkungen zulassenden. Gesetzes, sowie die Notwendigkeit der ausdrücklichen Nennung des davon betroffenen GR. enthalten war. Der Vorschlag des *ÄRA.* hatte folgenden Wortlaut:

„Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht nur auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß die Einschränkung des Grundrechtes in dem Gesetz allgemein geregelt sein. Es darf nur als förmliches Gesetz erlassen werden und muß das Grundrecht namentlich unter Angabe der es regelnden Gesetzesstelle bezeichnen.“

Der *HptA.* übernahm die vorgeschlagene Formulierung in 2. Les, ohne Änderungen, In 3. Les. nahm er — auf Vorschlag des *FünferA.* vom 5. 2. 1949 — lediglich die Streichung des (7.) Wortes „nur“ vor. Danach brach-

te der *ÄRA*. am 2. 5. 1949 — unter gleichzeitiger Berücksichtigung der vom *Fünfer A.* bei Satz 1 vorgeschlagenen Verwendung des Begriffs „durch Gesetz“ die endgültige, ins BGG. übergegangene Fassung vor, die vorn *HptA.* in 4. Les. — nunmehr als Art. 19<sup>I</sup> — übernommen wurde. Bei dieser Fassung blieb es dann.

3. Im Falle des Art. 19<sup>II</sup> BGG. erfolgte die 1. Formulierung durch den *GSA.*, der — auf Art. 21<sup>IV 2</sup> HChE. aufbauend — in 1. Les. als Art. 20 folgende Bestimmung beschloß:

„Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden.“

Der *ARA.* schlug hierfür am 16. 11. 1948 lediglich einen veränderten Satzbau sowie die Einordnung dieser Bestimmung als Art. 20<sup>II</sup> vor. Nachdem die 2. Les. im *GSA.* lediglich den Einbau dieser Bestimmung in Art. 21<sup>I</sup> ergeben hatte, brachte sie der *HptA.* in 1. Les. in Art. 20 b<sup>I</sup> unter. Als dann schlug der *ÄRA.* am 13. 12. 1948, wie auch am 25. 1. 1949 und schließlich durch Abg. Zinn in der 47. Sitz, des *HptA.* als Art. 20 c<sup>II</sup> die endgültige Fassung vor, Diese wurde dann vom *HptA.* in 3. Les. angenommen. Durch Zusammenlegung von GR.-Artikeln änderte sich dann nur noch die Artikelnummer (*HptA.*, 4. Les.).

4. Die Materie des Art. 19<sup>III</sup> BGG. geht auf die Vorschläge des, Im *Bay. STMdl.* auf der Grundlage des HChE, ausgearbeiteten „Deutschen Grundgesetzes“ (Entw. eines GG. des Deutschen Volkes) zurück. Dort heißt es in Art. 29:

„Die GR. gelten, soweit anwendbar, für juristische Personen, die im Bundesgebiet ihren Sitz haben, entsprechend.“

Der *GSA.* griff diesen Vorschlag in 2. Les. (27. Sitz.) auf und beschloß in der 28. Sitz. als Art. 21<sup>III</sup> eine Bestimmung, die — abweichend von der allgemein gehaltenen Fass. des *Bay. Entw.* — die hierfür in Frage kommenden GR.-Artikel im einzelnen ausdrücklich nannte und auch als Rechtsträger nicht schlechthin die juristischen Personen, sondern „Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit“ aufführte. Der *HptA.* übernahm diese Fass. in 1. Les. mit einer — lediglich stilistischen — Änderung als Art. 20 a. Während der *ARA.* am 13. 12. 1948 eine — im wesentlichen schon dem Art. 19<sup>III</sup> BGG, entsprechende — allgemein gehaltene Bestimmung vorschlug, beließ es der *GSA.* bei der erneuten Durchsicht des GR.-Katalogs in der 32. Sitz. bei der alten, das Enumerationsprinzip verwendenden Fass. und übernahm lediglich die vorgeschlagene Beschränkung auf „Inländische“ Rechtsträger. Der *HptA.* schloß sich in 2. Les. dem *GSA.* an. Hierauf empfahl der *ÄRA.* am 25. 1. 1949 den Wortlaut des Art. 19<sup>III</sup> BGG. Der darauf folgende Vorschlag des *FünferA.* vom 5. 2. 1949 behielt zwar noch die Aufzählung der in Frage kommenden GR. Bei, enthielt aber schon die vom *ÄRA.* vorgeschlagene Änderung der Bezeichnung der Rechtsträger („Inländische juristische Personen“). In der 3. Les. des *HptA.* wurde die Bestimmung wegen eines Antrags des Abg. Dr. v. Mangoldt auf Erweiterung der katalogartigen Aufzählung der GR.

zunächst dem *FünferA.* zur Beratung überwiesen, dann aber in der 51. Sitz. — auf Grund der Empfehlung des *FünferA.* — in der vom *ÄRA.* vorgeschlagenen Fass. angenommen. Damit war die endgültige Fassung erreicht. In 4. Les. des *HptA.* wurde dann nur noch, die vom *ARA.* am 2. 5. 1949 vorgeschlagene Verlegung dieser Bestimmung nach Art. 19<sup>III</sup> beschlossen.

5. Zu Art. 19<sup>IV</sup> BGG.: Hierzu beschloß der *GSA.* als Art. 2<sup>IV</sup> bereits in 1. Les. den endgültigen Wortlaut des Art. 19<sup>IV 1</sup> BGG. Die 2. Les. im *GSA.* wie auch die 1. Les. im *HptA.* brachten keine Änderungen. Hierauf empfahl der *ARA.* am 13. 12. 1948 die Verlegung dieser Bestimmung in den letzten Artikel des GR.-Abschnitts als Art. 20 c<sup>III</sup>. Außerdem schlug der *ARA.* eine ergänzende Bestimmung über den „ordentlichen Rechtsweg“ vor, für die er den Wortlaut des Art. 19<sup>IV 2</sup> BGG. Wählte. Der *HptA.* folgte in 2. Les. diesen Vorschlägen, baute aber diese Bestimmungen zunächst als Art. 20 c<sup>II</sup> ein. In der 3. Les. des *HptA.* wurde hieraus Art. 20 c<sup>III</sup>. In der 4. Les. erfolgte — entsprechend dem Vorschlag des *ÄRA.* vom 2. 5. 1949 (dort noch Art. 20 c<sup>IV</sup>) — die endgültige Bezifferung als Art. 19<sup>IV</sup>.

## II. Erläuterungen:

Art. 19 dient im wesentlichen dem Schutz der GR. und damit — neben Art. 18 — zugleich der Sicherung der freiheitlichen Demokratie. Während sich aber Art. 18 gegen die von GR.-Trägern herrührende Gefahr für die freiheitliche demokratische Grundordnung wendet, will Art. 19 die von den öffentlichen Gewalten — möglicherweise — ausgehende Gefahr bannen.

1. In Abs. I sind verschiedene Garantievorschriften für GR. eingebaut. Sie sollen einen gewissen Schutz gegenüber dem Gesetzgeber gewährleisten. Der 1. Halbs. von Abs. I 1 behandelt einen bestimmten, tatbestandsmäßig abgegrenzten Kreis von Fällen, in denen für Gesetze zur Vermeidung ihrer Ungültigkeit die durch Halbs. 2 sowie durch Abs. I 2 genau bezeichneten Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. Hierbei handelt es sich einmal um sachliche, zum anderen um formelle Erfordernisse (vgl. Wolf; JR. 1950, S. 738 r.).

a) Der in Betracht kommende Kreis von Fällen ist im 1. Halbs. durch folgende Worte abgegrenzt; „Soweit nach diesem Grundgesetz ein GR. . . . eingeschränkt werden kann“. In Frage kommen hierbei also diejenigen GR.-Bestimmungen, für die das BGG. einen Gesetzesvorbehalt vorgesehen hat. Welcher Art dieser Gesetzesvorbehalt ist, spielt keine Rolle, Neben dem inhaltlich unbeschränkten kommt ebenso auch der inhaltlich beschränkte Gesetzesvorbehalt in Betracht (vgl. z. B. Art 2 II 3, 10 2, 14 I 2; bzw. Art. 6 III, 8 II, 11 I, 12 I 2, 13 III, 14 III 2 15 1, 16 I 2). Wie sich aber schon aus dem Wortlaut des 1. Halbs. ergibt, handelt es sich nur um

die Fälle, wo das BGG. dem Gesetzgeber die Möglichkeit vorbehalten hat, unmittelbar oder mittelbar bestimmte GR.-Einschränkungen vorzunehmen. Dagegen bezieht sich Abs. I nicht auf solche Fälle, wo das BGG. keinen Gesetzesvorbehalt, sondern Schranken vorgesehen hat (vgl. hierbei Erl. II 2 b).

b) Bei den für die Anwendbarkeit des Abs. I in Betracht kommenden Fällen muß es sich um eine Einschränkung „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ handeln. Diese beiden Begriffe sind — wie auch sonst im GR.-Katalog — als termini technici anzusehen, für die nur förmliche Gesetze, nicht auch VO.- und Gewohnheitsrecht in Frage kommen (vgl. hierzu neben Erl. II 1 f insbes. Art. 8 II 2 Erl. II 2 b, c; sowie Art. 2 Erl. II 2 f; vgl. ferner Jahrreiß, NJW, 1950, S. 3, insbes. Fußnote 4; auch Vf. Hess., 1946, Art 63). Die Frage, ob hierunter Bundesgesetze oder — bzw. und — Landesgesetze zu verstehen sind, regelt sich nach den Bestimmungen über die Gesetzgebungszuständigkeit (vgl BGG. Abschn. VI-II).

c) Halbs. 2 enthält eine, und zwar die sachliche Gültigkeitsvoraussetzung. In den Fällen des 1. Halbs. nämlich „muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten“. Die Doppelgleisigkeit dieser Gültigkeitsvoraussetzung dürfte jedoch nur scheinbar sein, da dem negativen Erfordernis wohl nur die Bedeutung einer — authentischen — Interpretation des positiv gefaßten Erfordernisses zukommt (umgekehrt gilt dasselbe). — Das negative Erfordernis ist übrigens — streng genommen — nicht einwandfrei formuliert, da hier statt des „muß“ ein „darf“ stehen müßte. Diese Gültigkeitsvoraussetzung bestätigt bzw. verstärkt die grundsätzlich schon aus dem Gleichheitssatz (vgl. Art. 3, auch 1 III) herzuleitende Ausschließung nicht „allgemein“ geltender Gesetze. Erfasst sind damit insbesondere jene Fälle, wo der Gleichheitssatz nicht ausreichen sollte, denn Art. 19 I 1 verbietet ausnahmslos jegliche Einzelaktgesetzgebung wie z. B. Enteignung oder Sozialisierung eines bestimmten Unternehmens (vgl. Erl. II 1 f β; hierzu auch Krüger, DVBl. 1950, S. 626 Ziff 1 b; v.Mangoldt, GG.-Komm., 1950, Art. 19 Erl. 3, S. 119; Nawiasky, Grundgedanken des GG., 1950, S. 23, Ziff. 6; Jellinek, Verwaltungsrecht, Nachtrag 1950, S. 5). Besonders hinzuweisen ist noch auf den Gleichheitssatz (vgl. Art. 3. Erl. II 1 b; vgl. auch Krüger a. a. O.). — (Zum Begriff „allgemeine Gesetze“ vgl. auch Rothenbücher und Smend in Veröff. VStRL., Heft 4, 1928, S. 18 ff., 51 ff.; Köttgen bei Nipperdey, GR. usw. Bd. I. 1929, S. 350 Ziff. c). .

d) Für das sachliche Erfordernis des Abs. I 1 ist danach als Ergebnis festzuhalten, daß die Legislative gehalten ist, Gesetze, die — nach dem BGG. zulässige Einschränkungen von GR. selber festlegen („durch Gesetz“) oder solche Einschränkungen durch die beiden anderen öffentlichen Gewalten, nämlich Verwaltung und Rechtsprechung für zulässig erklären („auf Grund eines Gesetzes“), nur mit „allgemeiner“ Geltungskraft zu er-

lassen.

e) Als weitere Gültigkeitsvoraussetzung ist in Abs. 1 2 bestimmt: „Außerdem muß das Gesetz das GR. unter .Angabe des Art, nennen“. Bei diesem formellen Erfordernis stellt das Wort „außerdem“ klar, daß es sich nicht um eine Alternativ-Voraussetzung, sondern um eine weitere, zu der des Abs. I 1 hinzutretende Gültigkeitsvoraussetzung handelt. Der Ansicht von v. Mangoldt (a. a. O., Anm. 3 S. 119), diese Bestimmung könne „nur als Formalismus und unnötige Erschwerung- der Arbeit des Gesetzgebers bezeichnet werden“ kann kaum gefolgt werden. Das von v. Mangoldt zur Begründung seiner Ansicht gebrachte Beispiel entbehrt zwar nicht einer gewissen Berechtigung, geht jedoch daran vorbei, daß sich der Verfassungsgeber bewußt für einen so weitgehenden GR.-Schutz entschieden hat (vgl. HptA. 47. Sitz. StenBer S. 620 lks., Abg. Dr. Dehler; „Wir wollen diese Fessel des Gesetzgebers . . .“). Das neuartige Erfordernis des Art. 19 I 2 enthält die Wertung, daß der Schutz des Individuums — nach heutiger Auffassung — wichtiger und höherwertiger sei als die Gültigkeit eines Gesetzes, bei dessen Erlaß — wie in dem von v. Mangoldt (a. a. O. S. 120) angeführten Beispiel — „der Gesetzgeber sich im Augenblick . . . nicht des Eingriffs bewußt geworden ist und daher die Anführung von Art. und GR.“ unterlassen hat. Der Gesetzgeber soll eben nicht mehr in die GR. „unbewußt“ eingreifen dürfen, Er darf es sich jedenfalls dann nicht mehr „bequem“ machen, wenn GR. angetastet werden. Unter der Herrschaft des BGG. sollen Eingriffe in GR. etwas so Außergewöhnliches sein- daß sich der Gesetzgeber dazu nur nach reiflichster Überlegung und in einer für jedermann von vornherein-erkennbaren Weise entschließen darf (vgl. hierbei Mannheim bei Nipperdey, GR. usw., Bd. I, 1929, S. 328). In der Kette der Maßnahmen zur Verwirklichung des als maßgeblich erkann- ten Grundsatzes, jeder nur denkbaren Gefahr einer erneuten Aushöhlung der GR. in wirkungsvollem Umfange von vornherein zu begegnen, bildet Abs. I2 somit ein nicht unwesentliches Glied (vgl auch Vf. Hess., 1946, Art. 63 II 1). Für die Gesetzgebung gelegentlich entstehende Schwierigkeiten müssen dabei in Kauf genommen werden. — (Vgl. noch Krüger a. a. O., Ziff. 1 c; Figge, Die Bedeutung des BGG, f. d. prakt RPfl., 1950, S.42; auch BReg.-Entw. V. 28. 6. 1950 für ein Ges. üb. d. Vertrieb jugendge- fährdender Schriften, dessen Präambel mit der ausdrücklichen Nennung des Art 5 I BGG. dem Art 19 I 2 entspricht [DBT. Drucks. Nr. 1101 S. 2, 9], während das gleichartige Ges. v. 12, 10. 1949 in Rh,-Pf. den Art. 19 I 2 BGG. nicht beachtet [GVB1. S. 505]).

f) Die Fortgeltung von „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages“ bestimmt sich nach Art. 123 I. Solches Recht darf dem BGG. nicht widersprechen.

α) Hierbei ist zunächst festzuhalten, daß GR.-Einschränkungen ein förm- liches Gesetz voraussetzen, VO.- und Gewohnheitsrecht also nicht in Fra-

ge kommt (vgl. Erl. II I b), Das ergibt sich aber nicht, wie v. Mangoldt (a. a. O.) offenbar annimmt, aus Art. 19 I 2, sondern folgt daraus, daß der Begriff „Gesetz“ im GR.-Katalog als terminus technicus mit dieser alleinigen Auslegungsmöglichkeit verwendet worden ist (vgl. Erl. II I b, sowie Art. 2, Erl. II 2 f). Weder Art 19 I 1 noch Art. 19 I 2 sagen etwas über die Art der GR.-einschränkenden Rechtsnormen aus. Art. 19 I stellt lediglich für die in ihrer Art bereits festliegende Rechtsnorm bestimmte Erfordernisse auf (vgl. Erl. II 1 c, e). Die Art der Rechtsnorm, ergibt sich vielmehr allein aus den Formulierungen derjenigen GR.-Artikel, die eine Einschränkung von GR. überhaupt vorsehen. Diese GR.-Bestimmungen kennen aber ausnahmslos nur eine Einschränkung „durch Gesetz“ bzw. „auf Grund eines Gesetzes“. Da schließlich, wie oben festgestellt, der Begriff „Gesetz“ in all diesen Fällen als terminus technicus für „förmliches Gesetz“ verwendet worden ist, ist auch die weitere Folgerung v. Mangoldts (a. a. O.) unrichtig, daß der, ein förmliches Gesetz erheischende „Grundsatz“ nicht für die Vergangenheit gelten könne. Hier in Betracht kommendes „früheres“ Recht, das nicht formelles Gesetzesrecht ist, widerspricht vielmehr dem BGG. und kommt daher nach dem klaren Wortlaut des Art 123 I für eine Fortgeltung nicht in Frage (vgl. Holtkotten, hier, Erl. 6 zu Art 123 I; vgl, aber auch Nebinger, DÖV 1949, S. 163; Nawiasky, Grundgedanken des GG., 1950, S. 23 Ziff. 6; a. A. v. Mangoldt a. a. O.; Kracht, DVB1. 1950, S.517).

β) Nachdem geklärt ist, daß für eine Weitergeltung bisherigen Rechts überhaupt nur förmliches Gesetzesrecht in Betracht kommt, ist außerdem zu prüfen, ob solches Recht zu seiner Fortgeltung auch noch den Erfordernissen des Art. 19 I entsprechen muß (zweifelnd' Wolff, JR. 1950, S. 738, Fußnote 8). Für die sachliche Gültigkeitsvoraussetzung des Art. 19 I 1 dürfte diese Frage zu bejahen sein. Hierfür spricht jedenfalls stark der vom Verfassungegeber mit dieser Bestimmung verfolgte Zweck, einen über Art. 3 noch hinausgehenden Schutz insbesondere gegen jegliche Einzelaktgesetzgebung zu gewähren (vgl. Erl. II I c). Bei dem formellen Erfordernis des Satz 2 kann dagegen der Wille des Verfassungegebers, es nur auf die Zukunft bezogen zu wissen, wohl unbedenklich unterstellt werden, denn diesem — im früheren Recht als Problem nicht in Erscheinung getretenen — formellen Erfordernis kann logisch erweise nur die künftige Gesetzgebung entsprechen, — (Unklar v Mangoldt, a, a, O., der insbes. die Probleme zu α) und β) vermengt.)

Nach den Formvorschriften des Art. 19 I bringt Abs. II als weitere Gültigkeitsvoraussetzung eine Bestimmung, die auf den materiellen Inhalt GR.-einschränkender Gesetze abstellt.

- (1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.**
- (2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.**
- (3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.**
- (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.**

Literatur: Baur, Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung in DRZ. 4 (1949) S. 395 ff. — Friesenhahn, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz in DVerw. 2 (1949) S. 478 ff. — Grewe, Die Bundesrepublik als Rechtsstaat in DRZ. 4 (1949) S. 392 ff. — Heidenhain, Die Amtshaftung in der Bundesrepublik in NJW. 2 (1949); S. 841 ff. — Loening, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bonner Grundgesetz in ÖffVerw. 2 (1949) S. 324 ff. — Nebinger, Die Ermächtigung der Polizei und die Bonner Beschlüsse in ÖffVerw. 2 (1949) S. 161 ff. — Vgl. auch das Referat von Friedrich Klein zu Art. 19 Abs. 4 auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer vom 19.—21. Oktober 1949 in dem demnächst im Druck erscheinenden Bericht über diese Tagung.

1. Auf die Fassung dieses Artikels ist Art. 21 HChEntw., wie schon ein kurzer Vergleich der Texte zeigt, von gewissem Einfluß gewesen. In den Einzelheiten ist bei seiner Ausgestaltung der Gesetzgeber aber doch eigene Wege gegangen. Art. 21 HChEntw. lautete:

- „(1) Die Grundrechte dürfen nicht beseitigt werden. Auf ein solches Ziel gerichtete Anträge sind unzulässig.“
- „(2) Die Grundrechte binden den Gesetzgeber, den Richter und die Verwaltungsbehörden.“
- „(3) Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen.“
- „(4) Eine Einschränkung der Grundrechte ist nur durch Gesetz und unter der Voraussetzung zulässig, daß es die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit zwingend erfordert. Die Einschränkung eines Grundrechts oder die nähere Ausgestaltung durch Gesetz muß das Grundrecht als solches unangetastet lassen.“
- „(5) Das Notstandsgesetz (Art. 111 Abs. 3 und 4) bleibt unberührt.“

Der Gedanke des Abs. 1 dieses Entwurfs ist teilweise, d. h. nur mit Bezug auf den Grundgedanken des Art. 1 GrG., in Art. 79 Abs. 3 GrG. übernommen,



Abs. 2 kehrt in Art. 1 Abs. 3 GrG. wieder. Die Abs. 3 und 4 Satz 1 sind, wie bereits in Anm. 4 der Vorbemerkungen ausgeführt wurde, nicht übernommen, weil das Grundgesetz in der Ausgestaltung der Ermächtigungen zu Eingriffen ganz andere Wege als der HChEntw. einschlägt. Abs. 4 Satz 2 ist in der Form des Art. 19 Abs. 2 Gesetz geworden. Eine Abs. 5 entsprechende Norm schließlich war im Grundgesetz nicht erforderlich, weil dort die Aufhebung von Grundrechten, selbst bei Notständen, nicht vorgesehen ist. In der Konferenz von Herrenchiemsee ist außerdem, wie sich aus dem Darstellenden Teil des Berichtes S. 22 ergibt, die Frage eines individuellen Widerstandsrechtes gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt erörtert worden. Die Mehrheit hat die Aufnahme eines Widerstandsrechts aber seiner unabsehbaren Tragweite wegen abgelehnt. Zu Abs. 4 Satz 1 des Entwurfs bemerkt ferner der Darstellende Teil ebd., daß, auch wenn diese Form nicht voll befriedige, sie einstweilen hingenommen werden müsse.

Art. 19 Abs. 1, 2 und 4 enthalten neue erhebliche Sicherungen des einzelnen gegenüber dem Staat. Der bereits vor etwa 100 Jahren begonnene und unter der Weimarer Verfassung fortgeführte Ausbau unseres Staatswesens zum Rechtsstaat wird hier in bedeutsamer Weise vervollständigt. Wie diese Absätze, so ist auch Abs. 3 neu, mag sein Inhalt gewohnheitsrechtlich auch für das eine oder andere Grundrecht unter der Weimarer Verfassung schon Geltung beansprucht haben. Der Artikel ist aus drei Wurzeln gewachsen, d. h. der jetzige Inhalt ist zunächst auf drei Artikel ( a ) Art. 20 bzw. 21, später 20b; b) Art. 21 Abs. 3, später 20a; c) Art. 2 Abs. 4, später 20c) aufgeteilt gewesen. Abs. 1 ist auf einen erst in der 44. Sitzung des Hauptausschusses am 19. Januar (Kurzprot. S. 8 ff.) gestellten Antrag des «Abg. Dr. Dehler zurückzuführen, mit dem dieser einen Vorschlag des allgemeinen Redaktionsausschusses aufnahm. Nach seinen eigenen Worten handelt es sich dabei um einen außerordentlich wichtigen Grundsatz. Abs. 1 »(damals Art. 20 c) lautete in dieser Fassung: „Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht nur auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß die Einschränkung des Grundrechts in dem Gesetz allgemein geregelt sein. Es darf nur als förmliches Gesetz erlassen werden und muß das Grundrecht namentlich unter Angabe der es regelnden Gesetzesstelle bezeichnen.“ In der 47. Sitzung des Hauptausschusses am 8. Februar (Kurzprotokoll S. 19 ff.) wurde aus dieser Fassung in Satz 1 Halbs. 1 das Wort „nur“ gestrichen, der von mir gestellte Antrag auf Streichung des Satz 2 aber abgelehnt. Zur Begründung dieses Antrages hatte ich ausgeführt, daß Satz 2 dem Gesetzgeber Fesseln anlege, die seine Arbeit unnötig erschweren müßten. Der Abs. 1 erhielt endlich in der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 5. Mai (Kurzprot. S.11f.) auf Vorschlag des allgemeinen Redaktionsausschusses seine heutige Fassung. Weil materielle Änderungen nicht zur Zuständigkeit des Redaktionsausschusses gehörten, habe ich dort zwar meinen Antrag aus der 47. Sitzung des Hauptausschusses nicht wiederholen, wenigstens aber die aus der heutigen Fassung ersichtliche redaktionelle Änderung des Textes des Satz 2 durchsetzen können.

Abs.2 (damals Art.20 bzw. 21, später 20b) ist in der 26.Sitzung des Grundsatzausschusses am 30. November (Kurzprot. Z. 11 und 12) eingefügt worden. Er lautete zu der Zeit: Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden.“ In der 18. und 44. Sitzung des Hauptausschusses am 4. Dezember bzw. 19. Januar wurde er ohne Änderung angenommen, in der 47. Sitzung des Hauptausschusses aber auf meinen An-

trag beschlossen, ihn in den Art. 20 c) als Abs. 2 zu übernehmen. Er erhielt zugleich seine heutige Fassung.

Abs. 3 geht auf eine Anregung von mir zurück. In der 27. Sitzung des Grundsatzausschusses am 1. Dezember (Kurzprot. Z. 2) schnitt ich die unter der Weimarer Verfassung umstrittene Frage an, ob und wie weit auch juristische Personen sich auf die Grundrechte berufen könnten. Ich wurde darauf beauftragt, dem Ausschuß nach eingehenderer Untersuchung gegebenenfalls Vorschläge zu machen. In der 28. Sitzung des Grundsatzausschusses am 3. Dezember (Kurzprot. Z. 2) wurde auf Grund des vorliegenden Vorschlages Art. 21 folgender Abs. 3 angehängt: „Der Gleichheitssatz (Art. -1) sowie die Grundrechte der ungestörten Religionsübung (Art. 5), der Freizügigkeit (Art. 11), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13) und des Privateigentums (Art. 14 und 15) sind auf Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit entsprechend anzuwenden.“ In der 18. Sitzung des Hauptausschusses am folgenden Tage (Kurzprot. S. 7) wurde daraus ein neuer Art. 20 a gemacht, in der 44. Sitzung des Hauptausschusses am 19. Januar in diesem Artikel die Worte: „sind auf...anzuwenden“ durch die Worte: „gelten. Für“ ersetzt und das Wort „inländisch“ eingefügt. Dagegen wurde einem Vorschlag des allgemeinen Redaktionsausschusses, statt; des zweiten Halbsatzes zu sagen: „gelten für Körperschaften usw. insoweit, als das ihrem Wesen nach möglich ist“, in dieser Sitzung noch nicht gefolgt. Die Einzelaufzählung würde vorgezogen und Bedenken des Abg. Dr. Schmid gegen die Einfügung des Grundrechts der freien Religionsübung nicht geteilt. Der 47. Sitzung des Hauptausschusses am 8. Februar lag ein Vorschlag des interfraktionellen Fünferausschusses vor, die Worte: „Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit“ zu ersetzen durch: „Juristische Personen“. Ferner wurde von mir der Antrag gestellt, als weitere Grundrechte noch die freie Meinungsäußerung, das Recht auf Einrichtung von Privatschulen und das Briefgeheimnis einzufügen, da auch diese Grundrechte von juristischen Personen in Anspruch genommen, werden könnten. Der Ausschuß traf aber noch keine Entscheidung, sondern verwies den Artikel zur Beratung an den Fünferausschuß zurück. Aus diesen Beratungen kam er in der heutigen Fassung heraus, wurde in der 51. Sitzung des Hauptausschusses am 10. Februar (Kurzprot. S. 2) angenommen und in der 57. Sitzung des Hauptausschusses am 5. Mai (Kurzprot. S. 11f.) in den Artikel 20 c) eingeschaltet.

Abs. 4 war ursprünglich Bestandteil des Art. 2, in dem das Grundrecht der allgemeinen menschlichen Freiheit statuiert wird. Die Vorschrift war in diesem Rahmen als Schutz gegen Eingriffe der Verwaltung gedacht, die sich auf die im Abs. 3 des Artikels erteilte weite Ermächtigung stützen. Der Absatz lautete in dieser ersten Fassung (Grundsatzaussch. 4. Sitzung am 23. September; Kurzprot. S. 3): „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Er wurde in der 17. und 44. Sitzung des Hauptausschusses am 3. Dezember (Kurzprot. S. 2) und 19. Januar unverändert angenommen, in der letzteren Sitzung aber auf einen Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses zu einem besonderen Artikel 20c gemacht. In der gleichen Sitzung wurde einem Antrag des Abg. Dr. von Brentano entsprechend, der damit einen Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses aufnahm, Satz 2 des Abs. 4 eingefügt, dagegen ein Antrag des Abg. Dr. Seeböhm (DP) abgelehnt, folgenden Artikel 20d hinzuzufügen: „(1) Bei Verfassungsbruch sowie rechts- oder sittenwidrigem Mißbrauch der Staatsgewalt wird ein

Widerstandsrecht anerkannt." „(2) öffentliche Amtsträger sind in diesen Fällen zum Widerstand verpflichtet." Der Absatz ist dann noch in der 47. und 57. Sitzung des Hauptausschusses am 8. Februar und 5. Mai und in der 9. Plenarsitzung am 6. Mai (StenBer. S. 179 f.) Gegenstand der Verhandlungen gewesen. Die in den beiden letzteren Sitzungen von dem Abg. Dr. Seebohm gestellten Anträge, Halbs. 1 des Satz 2 die Fassung zu geben: „Soweit nicht eine andere gerichtliche Zuständigkeit begründet ist", wurden „abgelehnt. Zur Begründung dieses Antrags führte S. aus, mit dieser Änderung solle bewirkt werden, daß die Generalklausel im Grundgesetz klarer und eindeutiger verankert werde. Die Generalklausel solle auf diese Weise in ihrem vollen Umfange eingeführt und die Zuständigkeiten, die sich aus dem Verwaltungsweg ergäben, ausdrücklich ausgeschaltet werden.

**2. Formale Sicherung der Grundrechte.** - Art. 19 fügt den Grundrechten der Art. 2—17 keine weiteren Grundrechte an. Das gilt auch für Abs. 4. Wie Art. 18 GrG. den Mißbrauch von Grundrechten durch den einzelnen verhindern soll, so soll Art. 19 den Mißbrauch der in den Art. 2—17 gegebenen Eingriffsermächtigungen unterbinden. Dem dient es, wenn in Abs. 1 und 4 die Grundrechte durch die formalen Mittel des Verbots jeden Spezialeingriffs durch Gesetz und der Generalklausel für den Rechtsweg geschützt werden, und in Abs. 2 und 3 der eingriffsfreie Bereich der Grundrechte dadurch umgrenzt wird, daß sie einerseits ihrer Substanz nach gewährleistet, andererseits ihre Wirksamkeit auf juristische Personen ausgedehnt wird. Die volle Bedeutung aller dieser Vorschriften wird aber erst erkennbar, wenn man sie in Verbindung mit den Sätzen über die Rechtsprechung, insbesondere das richterliche Prüfungsrecht des Art. 100 GrG. sieht. Weder Loening a. a. O. S. 325 1. kann also zugestimmt werden, wenn er meint, die Generalklausel des Abs. 4 stelle ein Grundrecht dar, noch kann Kleins Ausführungen auf der Staatsrechtslehrertagung 1949 gefolgt werden, der dem materiellen Hauptgrundrecht des Art. 1 (s. dazu aber meine Ausführungen oben Anm. 1 zu Art. 1) das „formelle Hauptgrundrecht" des Art. 19. Abs. 4 und andere formelle Einzelgrundrechte gegenüberstellen will. Die Grundrechte des Grundgesetzes tragen viel zu sehr den Charakter von Freiheiten vom Staat, um eine solche Deutung zuzulassen.

**3. Verbot des Spezialeingriffs durch Gesetz.** — Abs. 1 richtet sich gegen den Gesetzgeber. Nicht wie die Verwaltung, welche die ihr in diesem Abschnitt verliehenen Rechte in der Regel durch Einzeleingriff verwirklichen wird, darf der Gesetzgeber durch Einzeleingriff in die gewährleisteten Grundrechte eingreifen oder zu einem Einzeleingriff ermächtigen. Er darf vielmehr Grundrechte entweder nur selbst generell, d. h. für alle, unter den gesetzlichen Tatbestand fallenden Fälle in gleicher Weise einschränken oder mit allgemeiner Wirkung vorsehen, daß, wo sich ein bestimmter Tatbestand verwirklicht, in Grundrechte - eingegriffen werden kann. Das ist insbesondere für den Sozialisierungsartikel (Art. 15; vgl. dazu Anm. 2 Abs. 3 zu diesem Artikel) von Bedeutung, da dadurch die Sozialisierung eines Einzelunternehmens durch Gesetz ausgeschlossen wird. Satz 2 fordert darüber hinaus, daß bei jedem Eingriff das Grundrecht angeführt wird, in das eingegriffen werden soll, und daß gleichzeitig der Artikel genannt wird, in dem dieses Grundrecht gewährleistet wird. Diese Bestimmung kann nur, wie ich das auch schon in den Beratungen des Parlamentarischen Rates getan habe (vgl. dazu oben Anm. 1), als Formalismus und eine unnötige Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers bezeichnet werden. Man stelle sich nur ein Gesetz vor, das im Rahmen der im Grundgesetz gegebenen Ermächtigungen

in eines der Grundrechte eingreift, das also materiell rechtsgültig erlassen wäre, bei dem der Gesetzgeber sich im Augenblick aber nicht des Eingriffs bewußt geworden ist und daher die Anführung von Artikel und Grundrecht unterläßt. Ein solches Gesetz würde wegen Nichteinhaltung der formellen Erfordernisse nicht als gültig angesehen werden können, der Gesetzgeber also ggf. gezwungen sein, es in dem umständlichen und langwierigen Verfahren der Gesetzgebung erneut zu beschließen, und das nur, um Artikelnummer und Grundrecht nachzutragen. Es konnte hier doch nur darauf ankommen zu sichern, daß der Gesetzgeber nicht allmächtig in jede Äußerung der gewährleisteten Freiheiten eingreifen kann, d. h. dagegen Schranken aufzurichten. Dafür ist aber schon durch die Formulierung der Grundrechte und die Gewährung eines richterlichen Prüfungsrechtes gesorgt. Die Hinzufügung des Satzes 2 hat zugleich zur Folge, daß in Zukunft Gesetze, welche zu Eingriffen ermächtigen, nur in der Form eines förmlichen Gesetzes ergehen können, d. h. auf Grund neuen Gewohnheitsrechts solche Eingriffe nicht mehr zulässig sind. Dieser Grundsatz kann aber nicht für die Vergangenheit gelten. Denn bei allen vor Erlaß des Grundgesetzes in Kraft getretenen Normen mit Ermächtigungen zu Eingriffen konnte dieser Grundsatz ja gar nicht erfüllt werden. Auch ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber sie aus diesem Grunde mit einem Strich beseitigen wollte. Soweit in der Vergangenheit Eingriffe auf Gewohnheitsrecht gestützt werden konnten, so insbesondere im Polizeirecht, verbleibt es auch dabei (s. aber die Anm. zu Art. 104 Abs. 1 GrG). Die Bedenken von N e b i n g e r a. a. O.; S. 163, die sich im übrigen auf eine spätere Fassung der Vorschrift beziehen, können damit — wenigstens zum überwiegenden Teil — als überholt gelten.

**4. Substanzgarantie.** — Abs. 2 sichert für jedes Grundrecht einen unantastbaren Kern, in den unter keinen Umständen eingegriffen werden darf. Was zu diesem Kern eines jeden Grundrechts, seinem Wesensgehalt, gehört, läßt sich in allgemeinen Worten und mit allgemeingültiger Wirkung nicht umschreiben. Auch wird sich das mit dem Wechsel der Zeit ändern können. Es wird daher eine besondere Aufgabe der Rechtsprechung über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze sein müssen, diesen gegen jeden Eingriff widerstandsfähigen Kern eines jeden Grundrechts näher zu umschreiben und die gezogenen Grenzen in Übereinstimmung mit dem Wechsel der Grundanschauungen in den Zeiten zu halten.

Von den vom Grundgesetz zugelassenen Eingriffen, von denen Art. 19 Abs. 1 und 2 handeln, sind Änderungen der Grundrechte streng zu scheiden. Sie bleiben mit der einen in Art. 79 Abs. 3 GrG. vorgesehenen Ausnahme möglich, und es gilt für sie Art. 79 GrG. (vgl. dazu die Anm. zu diesem Artikel).

**5. Juristische Personen als Nutznießer von Grundrechten.** — Die vermehrte Ausgestaltung der Grundrechte zu allgemeinen Menschenrechten (vgl. dazu Anm. 8 der Vorbemerkungen) mußte es besonders zweifelhaft erscheinen lassen, ob auch juristische Personen sich auf ihren Schutz berufen können. C. S c h m i t t, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung in Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd. 2 S. 101 z. B. vertritt die Auffassung, daß Menschenrechte nur physischen Einzelpersonen, nicht aber den verschiedenartigen juristischen Personen der verschiedenen Rechtsgebiete (Privatrecht, Staatsrecht, Sozialversicherungsrecht, Staatskirchenrecht, sonstiges öffentliches Recht usw.) zugestanden werden können. Abs. 3 entscheidet diese Frage nunmehr eindeutig zugunsten der „inländi-

ischen" juristischen Personen. Das entspricht der besonderen Betonung des Rechtsstaatscharakters unseres Staatswesens, die das Grundgesetz auszeichnet. Denn der Satz von der Allgemeinheit des Gesetzes, der für den Rechtsstaat besonders kennzeichnend ist, bedeutet, daß grundsätzlich die Gesetze, soweit in ihnen nichts anderes vorgesehen ist, auch auf juristische Personen Anwendung zu finden haben. So gesehen wird übrigens auch den im Inland anerkannten ausländischen juristischen Personen dieser Schutz nicht versagt werden können. Anders als die früheren Fassungen zählt allerdings Abs. 3 die Grundrechte nicht auf, auf die sich die juristischen Personen berufen können, sondern überläßt es den Beteiligten, festzustellen, ob im Einzelfall ein Grundrecht seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist. Diese Feststellung wird bei Grundrechten wie der Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 und 15) oder der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13) kaum Schwierigkeiten machen, in anderen Fällen, die Beteiligten aber vor nicht unerhebliche Zweifelsfragen stellen. Einen Anhalt dafür, an welche Grundrechte gedacht wurde, geben die Ausschlußverhandlungen des Parlamentarischen Rates (vgl. oben Anm. 1). Auch hier wird der Praxis, insbesondere der Rechtsprechung, die Aufgabe zufallen, durch eine Kette von Entscheidungen zu einer dauerhaften Klärung dieser Zweifelsfragen beizutragen.

**6. Generalklausel für den Rechtsweg.** - Abs. 4 gewährt Rechtsschutz vor den Gerichten in allen verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, in denen jemand behauptet, in seinen Rechten durch die öffentliche Gewalt, d. h. den Staat, oder m. a. W. alle mit der Ausübung von Hoheitsrechten betrauten Behörden, oder eine dem Staat eingeordnete öffentliche Körperschaft verletzt worden zu sein. Die Vorschrift erstreckt sich also, worauf Friesenhahn a. a. O. S. 482 mit Recht hingewiesen hat, nur auf die sog. Anfechtungsstreitigkeiten, nicht aber auch auf die Parteistreitigkeiten. Über die Gründe für die Aufnahme in den Art. 19 ist in Anm. 2 oben das Nötige gesagt. Die Kritik von Friesenhahn a. a. O. S. 481 unter II über die Stellung der Vorschrift im Grundgesetz kann danach nicht als berechtigt anerkannt werden. Ebensoviel wie nach Friesenhahn für die Aufnahme in den Abschnitt „Die Rechtsprechung“ spricht, spricht nach der obigen Begründung für die Aufnahme an der jetzigen Stelle. Daß Abs. 4 nicht nur Schutz gegenüber Verletzungen der in Abschnitt 1 gewährleisteten Grundrechte verbürgt, sondern eine über den Rahmen dieses Abschnittes hinausgehende Bedeutung hat, ergibt sich ohne weiteres aus seiner Fassung. Im übrigen ist der schwerwiegendere Fehler, daß nicht alle Grundrechte im ersten Abschnitt zusammengefaßt worden sind.

Art. 19 geht hinsichtlich der Forderung nach Einrichtung von Verwaltungsgerichten nicht so weit wie Art. 107 WeimRV. Während letzterer ihre Einrichtung zwingend vorsieht, setzt ersterer zwar grundsätzlich das Bestehen von Verwaltungsgerichten voraus, enthält aber keine Verpflichtung zur Einrichtung (s. aber für den Bund Art. 96 Abs. 1 GrG.). Wie sich aus Halbs. 1 des Satzes 2 von Art. 19 Abs. 4 ergibt, wird davon ausgegangen, daß für den gewährleisteten Rechtsschutz in erster Linie die Verwaltungsgerichte zuständig sein werden (mit Recht so etwa Loening a. a. O. S. 321). Dagegen ist nach dem Wortlaut nur an eine subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gedacht. Der wesentliche Fortschritt liegt danach darin, daß bei jeder Rechtsverletzung die Möglichkeit zur Anrufung eines Gerichts gegeben sein soll. Weder durch Bundes- noch durch Landes-

gesetz kann also für die Anfechtungsklagen des Satzes 1 generell der Rechtsweg ausgeschlossen werden. Ob und inwieweit die Verwaltungsgerichte oder andere Gerichte zuständig sein sollen, darüber können aber im Rahmen ihrer gesetzgeberischen Zuständigkeiten Bund und Länder frei entscheiden. Abs. 4 macht also die Generalklausel für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nicht allgemein verbindlich (so richtig Grewe a. a. O. S. 393). Die Gesetzgebung könnte auch zum Enumerationsprinzip zurückkehren. Das würde für alle damit aus der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte herausfallenden Sachen nur automatisch den ordentlichen Rechtsweg begründen. Nach alledem erscheinen unter den gegenwärtigen Verhältnissen praktisch die Möglichkeiten eines Überganges zum Justizstaat so gering, daß Grewes Warnung (a. a. O.) und Kleins in der Staatsrechtslehrertagung geäußerten Bedenken wohl mehr theoretische Bedeutung zukommt. Baur a. a. O. S. 396 und besonders Anm. 18 hat schon recht, wenn er den Streit darüber, ob sich aus der Bestimmung ein „Übergewicht“ der ordentlichen Gerichte über die Verwaltungsgerichte ergebe, oder umgekehrt, für bedeutungslos erklärt. Nur eine vollständige Beseitigung der Verwaltungsgerichte oder ihrer Zuständigkeit aus Art. 19 Abs. 4 wird nach Satz 2 in Verbindung mit der Verpflichtung des Art. 96 Abs. 1 GrG. zur Errichtung eines oberen Bundesgerichtes für die Verwaltungsgerichtsbarkeit als ausgeschlossen gelten müssen. Der subsidiäre „ordentliche Rechtsweg“ andererseits wird immer dann nicht gegeben sein, wenn die Möglichkeit zur Anrufung unabhängiger Gerichte (Verwaltungs-, Arbeits-, Finanzgerichte usw.) besteht. Diese Voraussetzung muß auch als erfüllt gelten, wenn das Verwaltungsgericht im Einzelfall wegen Fristablaufs nicht mehr entscheiden kann (so Schleswig-Holsteinisches OLG. II vom 28. Juni 1949 in SchlHAnz. 196 [1949] S. 320, 322. Sie wird indes dort nicht als erfüllt gelten können, wo nur ein — wenn auch formeller — Beschwerdezug vorgesehen ist (so richtig Baur a. a. O. S. 396). Dagegen wird (so mit Recht Friesenhahn a. a. O. S. 483 Z. 6 und Zinn, Die Rechtsprechung in ÖffVerw. 2 [1949] S. 278, 279; anders aber zu Unrecht Apelet, Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz in NJW. 2 [1949] S. 482) die subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht durch die Regelung des Art. 93 Abs. 1 Z. 4 GrG. ausgeschlossen, welche, „soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist“, das Bundesverfassungsgericht „in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ... innerhalb eines Landes“ für zuständig erklärt. Denn unter die Zuständigkeiten des Art. 93 können nach Aufgabe, Charakter und Zusammensetzung des Bundesverfassungsgerichts nur die eigentliche Staatsgerichtsbarkeit, die echten Verfassungstreitigkeiten, nicht aber die Verwaltungsgerichtsbarkeit fallen.

Umstritten ist in der Literatur der Begriff „jemand“ in Satz 1. Während Friesenhahn a. a. O. S. 481 Z. 2 a) das Recht aus Abs. 4 für ein Individualrecht, und zwar ein Menschenrecht, hält, auf das sich öffentliche Körperschaften nicht berufen können, fallen nach der von Friedrich Klein auf der Staatsrechtslehrertagung 1949 vertretenen Auffassung unter den Begriff „jemand“ sowohl natürliche wie juristische Personen, Inländer wie Ausländer und Staatenlose. Der letzteren weiteren Auslegung wird zuzustimmen sein. Denn es dürfte kaum anzunehmen sein, daß der Gesetzgeber, der sich in Abs. 3 für die Geltung von Grundrechten für juristische Personen ausspricht, in Abs. 4 des gleichen Artikels sie vom Rechtsschutz bei einer Verletzung dieser Grundrechte ausschließen wollte. Eine solche

Auslegung würde auch am ehesten der oben in Anm. 2 niedergelegten Auffassung über Zweck und inneren Zusammenhang des Artikels gerecht werden. Unter der Verletzung eines Rechts im Sinne des Satz 1 ist, wie sich aus der Stellung des Absatzes im ganzen ergibt, jeder Eingriff in die geschützten Freiheiten und Rechte zu verstehen. Dazu rechnen nicht nur alle subjektiven Rechte, sondern auch sonstige rechtlich geschützte Interessen und Reflex-rechte (ähnlich Klein a. a. "Ö.; etwas enger anscheinend aber Friesenhahn a. a. O. S. 482).

Daraus, daß in Satz 2 in diesem Zusammenhang die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet wird, ist mit Recht im Schrifttum (so Friesenhahn a. a. O. S. 483 Z. 5 und mit noch ausführlicherer Begründung Heidenhain a. a. O. S. 843, dem ich aber nicht hinsichtlich aller Folgerungen zustimmen kann) geschlossen worden, daß das Grundgesetz in Abs. 4 dem Verletzten eine echte Anfechtungsklage vor den ordentlichen Gerichten geben will. Das würde bedeuten, daß diesen Gerichten die gleichen Befugnisse wie den Verwaltungsgerichten zustehen sollen und daß dem Verletzten nicht etwa nur ein vor den ordentlichen Gerichten verfolgbare Entschädigungsanspruch gegeben werden sollte.

Für besondere Gewaltverhältnisse wird im Verhältnis zum Dienstherrn in der Regel Abs. 4 keine Anwendung finden können (so auch Friesenhahn a. a. O. S. 481 Z. 2b; anders anscheinend aber Klein a. a. O.). Das allein entspricht den beschränkteren Rechten, die, wie zu verschiedenen Grundrechten oben ausgeführt wurde, derjenige meistens nur hat, der in Seinem solchen Gewaltverhältnis steht.

7. Die vorstehend entwickelten Grundsätze finden auch auf alle Grundrechte Anwendung, die nicht in Abschnitt I enthalten sind (vgl. dazu Anm. 11 der Vorbemerkungen).

eigenen Person Stellung zu nehmen, wie das ja auch viele Deutsche in der Vergangenheit bewiesen haben.

Vorsitzender **Dr. Schmid**: Ich bin ganz Ihrer Meinung, nur glaube ich nicht,

(Renner: daß Sie einen finden werden, der das macht!)

daß die Bestimmung zu diesem Behuf nötig und besonders dienlich sein wird. Ich fürchte nur, daß wir damit viele arme Teufel eigentlich recht in eine Versuchung führen — aus deren Folgen wir sie nicht werden herausholen können, weil wir dann nicht bei ihnen sein werden.

Ich lasse abstimmen. Wer ist dafür, daß ein Artikel des verlesenen Inhalts eingefügt wird? — Mit überwältigender Mehrheit abgelehnt.

Wir kommen zu

#### Artikel 20 c:

Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.

**Dr. von Mangoldt** (CDU): Wir haben hier entsprechend dem Vorschlag des Redaktionsausschusses den Absatz 4 des Artikel 2 nach hinten gezogen, um diese Generalklausel der Zuständigkeit der Gerichte auf alle Grundrechte zu erstrecken. Auf der anderen Seite haben wir uns nicht entschließen können, den Absatz 1, wie er vom Redaktionsausschuß vorgeschlagen war, zu übernehmen. In diesem Absatz 1 des Artikel 20 c hat der Redaktionsausschuß gesagt:

Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht nur auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann,

— wir haben ja bei jedem Grundrecht eine solche Ermächtigung an den Gesetzgeber —

muß die Einschränkung des Grundrechts in dem Gesetz allgemein geregelt sein. Es darf nur als förmliches Gesetz erlassen werden und muß das Grundrecht namentlich unter Angabe der es regelnden Gesetzesstelle bezeichnen.

Wir haben nicht geglaubt diese Vorschrift aufnehmen zu können, weil sie eine sehr weitgehende Fesselung des Gesetzgebers bedeutet. Bei jedem Gesetz — man stelle sich einmal vor! — muß hier der Gesetzgeber vorher eingehend erwägen, ob nicht irgendwie in ein Grundrecht eingegriffen wird, und das geschieht fast immer. Er muß dann dieses Grundrecht bezeichnen. Vergißt er das einmal, so können die Folgen schwer sein. Wir wollen einmal überlegen, wie sich die Dinge in der Praxis gestalten.

In der Vergangenheit war es sehr umstritten, ob ein bestimmtes Gesetz einen Eingriff in ein Grundrecht bedeutet. Die Richter und ebenso die juristische Praxis haben darum gestritten, denn es ist sehr schwer festzustellen. Nun mutet man diese Prüfung dem Gesetzgeber zu. Mit welchem Erfolg? Wenn das in der Verfassung steht, dann erscheint namentlich ein bestimmter Mann, der sich verletzt fühlt, erhebt Klage und kommt an das Oberste Bundesgericht oder an das Bundesverfassungsgericht, je nach der gesetzlichen Bestimmung. Und nun wird das Gesetz für verfassungswidrig erklärt, weil hier eine dieser kleinen Klauseln des Artikel 20 c Absatz 1 nicht richtig eingehalten ist, und der Gesetzgeber muß mit der Arbeit von neuem anfangen. Dabei liegt vielleicht oft die Berechtigung vor, ohne weiteres ein solches Gesetz zu erlassen. Der Gesetzgeber hat aber in der Fülle der Arbeit oder vielleicht aus Gründen, die man erst später übersehen kann, vergessen, daß hier auch eine Grundrechtsvorschrift beeinträchtigt wird. Ich glaube also, daß wir diesen Weg nicht gehen können, weil wir hier den Gesetzgeber zu weitgehend fesseln. Im Grundsatzausschuß war deshalb die Stimmung ziemlich einhellig dafür, daß man diesen Absatz nicht übernehmen sollte.

Absatz 2 ist bereits in unserem Vorschlag des Absatz 1 des Artikel 20 b berücksichtigt worden, in dem bestimmt ist, daß ein Grundrecht nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden darf.

**Dr. von Brentano** (CDU): Ich hatte nicht die Absicht, den Artikel 20 c in der Fassung des Redaktionsausschusses wieder aufzunehmen, weil das durch die Abstimmung zu Artikel 20 b Absatz 2 erledigt ist. Ich persönlich bedaure allerdings, daß man sich nicht zu dieser Formulierung entschlossen hat. Ich bin nach wie vor der Meinung, der Gesetzgeber darf eben nicht vergessen, das Eingreifen in ein Grundrecht zu erwähnen. Wir waren der Meinung — und ich habe diese Meinung heute noch —, daß die Grundrechte tatsächlich so ausdrücklich unter den Schutz des Gesetzes gestellt werden sollten, daß ein Eingriff in ein Grundrecht nur dann statthaft sein sollte, wenn das Grundrecht in diesem Gesetz ausdrücklich bezeichnet wird, so daß auch derjenige, der das Gesetz anwendet und auf den es Anwendung findet, sich darüber im klaren ist, daß eine gesetzliche Berechtigung und Ermächtigung zu diesem Eingriff vorliegt.

Man hat sich im Grundsatzausschuß entschlossen, den Artikel 20 b so vorzulegen, wie er vorhin angenommen wurde. Ich möchte deshalb nicht mehr darüber sprechen. Ich möchte nur vorschlagen, daß wir in dem jetzigen Artikel 20 c als Satz 2 das aufnehmen, was der Redaktionsausschuß in Artikel 20 c Absatz 3 Satz 2 vorgeschlagen hat, nämlich die generelle Vorschrift:

Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Es wird hier lediglich der Rechtsweg eröffnet. Es gibt verschiedene Rechtswege, den verwaltungsgerichtlichen, den verfassungsgerichtlichen und den über die ordentlichen Gerichte. Das soll hier ausgesprochen werden, damit keine Kompetenzstreitigkeiten entstehen und nicht etwa derjenige, der als Richter angerufen wird, seine eigene Unzuständigkeit zu behaupten vermag, so daß in jedem Fall, in dem nicht durch ein besonderes Gesetz ein anderer Rechtsweg — an das Verwaltungsgericht oder das Verfassungsgericht — gegeben ist, der ordentliche Richter verpflichtet ist, sich der Sache anzunehmen. Das ist nur eine Verstärkung der Garantie, daß der Rechtsweg unter allen Umständen orientiert und daß der Betroffene nicht erst suchen muß, welcher Rechtsweg das ist.

**Dr. von Mangoldt** (CDU): Ich hätte nur nach einer Richtung Bedenken, und zwar, ob zum Beispiel dieser Satz auch auf dem Gebiet der Finanzgerichtsbarkeit oder der Sozialversicherung gelten sollte, wo ja besondere Gerichte vorgesehen sind. Das scheint doch etwas sehr weit zu führen.

**Dr. von Brentano** (CDU): Das ist ein Mißverständnis. Es heißt ausdrücklich: Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Wenn also in der Finanzgerichtsbarkeit ein Finanzgericht zuständig ist, unterliegt der Fall natürlich nicht der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Es ist deswegen Aufgabe des Gesetzgebers, jedesmal den Rechtsweg klar zu bestimmen. Wenn er das unterläßt, soll der Staatsbürger das Recht haben, das ordentliche Gericht anzurufen.

Vorsitzender **Dr. Schmid**: Also praktisch ein Ausschluß des negativen Kompetenzkonflikts.

**Dr. von Mangoldt** (CDU): Es kann aber so sein, daß in der Praxis bewußt für bestimmte Fragen der Rechtsweg ausgeschlossen ist. Dann würde auf einmal der ordentliche Richter für die Finanzgerichtsbarkeit zuständig sein. Das scheint mir nicht ganz zweckmäßig.

**Dr. von Brentano** (CDU): Das ist doch kein Fall der Grundrechtsverletzung.

**Dr. Dehler** (FDP): Ich halte Absatz 1 in der Fassung des Redaktionsausschusses nicht für entbehrlich, ebenso nicht die Bestimmung in Absatz 2. Ich bin der Meinung, daß man auf diese Bestimmung keinesfalls verzichten kann, daß sie im Gegenteil die Garantie der Grundrechte darstellt. Besonders bedeutsam erscheint mir der Satz 1 des Absatz 1 des Artikel 20 c, in dem festgestellt wird, daß die Einschränkung eines Grund-



rechts in dem Gesetz allgemein geregelt sein muß, daß es also niemals ein Spezialgesetz geben darf, durch das in einem einzelnen Fall ein Grundrecht ausgeschlossen wird. Damit ist zum Beispiel ein Spezialenteignungsgesetz ausgeschlossen. Das ist der Sinn dieser generellen Festlegung, daß nur die allgemeine Einschränkung eines Grundrechts auf Grund eines Gesetzes zulässig ist.

Die Bedeutung von Absatz 1 Satz 2 hat Herr Dr. von Brentano schon dargelegt. Entgegen seinen Bedenken halte ich es für notwendig, daß die Einschränkung eines Grundrechts in ordentlicher Weise erfolgt, so daß in der Praxis keine Schwierigkeiten möglich sind. Wir müssen das verlangen, wenn eine Sanktion der Grundrechte überhaupt möglich sein soll. Wenn mit leichter Hand in jedem Fall über die Grundrechte weggegangen werden kann, werden die Grundrechte ausgehöhlt. Darin liegt die praktische Bedeutung. Ich mache deshalb Absatz 1 des Artikel 20 c in der Fassung des Redaktionsausschusses zum Gegenstand meines Antrags.

Vorsitzender **Dr. Schmid**: Ich lasse abstimmen über den Antrag, in Artikel 20 c den Absatz 1 aus dem Vorschlag des Redaktionsausschusses aufzunehmen. — Es ist mit 11 gegen 7 Stimmen so beschlossen.

Dann kommen wir zur Abstimmung über Artikel 20 c nach dem Vorschlag des Grundsatzausschusses. — Artikel 20 c ist in dieser Fassung angenommen.

Es ist ferner beantragt, dem Artikel 20 c folgenden Satz zuzufügen:

Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Ich lasse darüber abstimmen. — Angenommen.

Ich lasse über den gesamten Artikel abstimmen. — Angenommen gegen 1 Stimme.

Wir haben damit den Abschnitt „Die Grundrechte“ erledigt.

Der Hauptausschuß vertagt sich auf 15 Uhr.

Schluß der Sitzung 13.10 Uhr.

### Artikel 19

**Dr. von Brentano (CDU):** Zu Artikel 19 wird vom Fünferausschuß vorgeschlagen, den ersten Absatz zu streichen und seine Bestimmungen in Artikel 27 b zu übernehmen. Im übrigen soll Absatz 2 in der Fassung des Redaktionsausschusses beschlossen werden. Diesem einzigen Absatz wäre der Satz hinzuzufügen: „Das Nähere regelt das Gesetz.“

Vorsitzender **Dr. Schmid:** Ich lasse über den Antrag abstimmen. Absatz 1 zu streichen und in Artikel 27 b, den Beamtenartikel, herüberzunehmen. — Keine Gegenstimme. Angenommen.

Ich lasse über Artikel 19 mit der Maßgabe, daß nunmehr der bisherige Absatz 2 Absatz 1 wird und daß ein weiterer Satz „Das Nähere regelt das Gesetz“ hinzugefügt wird, abstimmen. — Keine Gegenstimmen: Angenommen.

### Artikel 20

**Dr. von Brentano (CDU):** Zu Artikel 20 schlägt der Fünferausschuß die Fassung des Redaktionsausschusses vor.

**Dr. Löwenthal (SPD):** Es liegt eine Eingabe von der Vereinigung für fortschrittliche Sozialpolitik in Darmstadt vor, in der angeregt wird, innerhalb des Parlaments eine verantwortliche Stelle zu schaffen, die sich mit den Anträgen der Parteien und Eingaben von Privatpersonen und ihrer Weiterleitung zu befassen und über deren Erledigung in gewissen Teilabschnitten dem Parlament Bericht zu erstatten hat, dem damit Gelegenheit zu einer erneuten Stellungnahme gegeben werden soll.

Ich schlage vor, die Eingabe dem kommenden Bundestag zur Berücksichtigung zu überweisen.

**Dr. von Brentano (CDU):** Das ist eine Frage der Geschäftsordnung, mit der wir uns hier nicht zu beschäftigen brauchen.

Vorsitzender **Dr. Schmid:** Ich lasse über Artikel 20 abstimmen. — Ohne Gegenstimmen. Angenommen.

### Artikel 20 a

**Dr. von Brentano (CDU):** Zu Artikel 20 a wird vom Fünferausschuß die Fassung des Hauptausschusses mit der Maßgabe vorgeschlagen, daß die Worte „Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit entsprechend“ durch die Worte „juristische Personen entsprechend“ ersetzt werden sollen.

**Dr. von Mangoldt (CDU):** Zu Artikel 20 a schlagen wir entsprechend dem Fünferausschuß vor, die Worte „Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit“ durch „juristische Personen“ zu ersetzen.

Wir schlagen ferner vor, hinter „(Artikel 5)“ noch folgende weiteren Grundrechte einzuschalten: „der freien Meinungsäußerung (Artikel 6), auf Einrichtung privater Schulen (Artikel 7 b), des Briefgeheimnisses (Artikel 10)“. Es hat sich herausgestellt, daß auch diese Grundrechte noch von juristischen Personen in Anspruch genommen werden können.

**Dr. Bergstraeßer (SPD):** Ich glaube, daß das Verhältnis dieses Artikels zu den angezogenen Artikeln in bezug auf das, was neu hinzukommen soll, nicht recht geklärt ist, und beantrage, den Antrag an den Fünferausschuß zurückzuverweisen.

Vorsitzender **Dr. Schmid:** Besteht Einverständnis darüber?

(Zustimmung.)

Artikel 20 a und der Antrag werden also an den Fünferausschuß zurückverwiesen.

### Artikel 20 b

**Dr. von Brentano (CDU):** Zu Artikel 20 b wird vom Fünferausschuß die Fassung des Hauptausschusses in zweiter Lesung mit der Maßgabe vorgeschlagen, daß wieder „Fernsprech- und Telegraphengeheimnis“ in „Fernmeldegeheimnis“ geändert wird, wie wir es vorher beschlossen haben.

**Dr. von Mangoldt (CDU):** Zu Artikel 20 b ist von uns beantragt worden (PR. 2. 49 — 583 a) daß der Absatz 1 entsprechend dem Vorschlag des Redaktionsausschusses in Artikel 20 c übernommen wird, so daß in Artikel 20 b nur die Verwirkung der Grundrechte stehen würde. Bei der Verwirkung der Grundrechte hatte der Redaktionsausschuß noch den Vorschlag gemacht, das Asylrecht aufzunehmen, so daß hinter „(Artikel 10)“ noch „Asylrecht“ einzuschalten wäre. Diesen Antrag haben wir aufgenommen.

Ferner beantragen wir, den Schlußsatz: „Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen“ zu streichen. Wenn Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht werden, kann nicht gewartet werden, bis in dem sehr langwierigen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht eine Entscheidung ergeht. Wir schlagen deshalb vor, diesen Satz zu streichen. Es besteht für denjenigen, der betroffen ist, bei der jetzt bestehenden Generalklausel die Möglichkeit, sich mit einer Klage sofort an die Verwaltungsgerichte zu wenden.

Vorsitzender **Dr. Schmid:** Ich mache darauf aufmerksam, daß das Verfassungsgericht die Möglichkeit hat, einstweilige Anordnungen zu erlassen. Diese können in einem sehr raschen Verfahren erlassen werden.

**Dr. Dehler (FDP):** Wir haben das Problem schon das letztemal erörtert und sind uns schlüssig geworden. Ich warne noch einmal davor, diese Bestimmung zu streichen, weil dadurch diese Grundrechte vollkommen gegenstandslos werden. Sie könnten dann durch jede polizeiliche Maßnahme außer Kraft gesetzt werden.

Vorsitzender **Dr. Schmid:** Dann lasse ich zunächst über den Antrag abstimmen, den Absatz 1 aus Artikel 20 b wegzunehmen und nach Artikel 20 c zu nehmen. — Angenommen.

Ich lasse weiter über den Antrag abstimmen, statt „Fernsprech- und Telegraphengeheimnis“ zu sagen „Fernmeldegeheimnis“. — Angenommen.

Dann ist beantragt, hinter „(Artikel 10)“ einzufügen: „und das Asylrecht (Artikel 17 Absatz 2)“. Ich lasse über diesen Antrag abstimmen. — Gegen 1 Stimme angenommen.

Dann kommt der Antrag auf Streichung des letzten Satzes in Absatz 2. — Der Antrag ist mit überwiegender Mehrheit gegen 4 Stimmen abgelehnt.

Ich lasse nun über den Artikel 20 b in der jetzigen Fassung abstimmen. — Angenommen.

### Artikel 20 c

**Dr. von Brentano (CDU):** Zu Artikel 20 c wird vom Fünferausschuß die Fassung des Hauptausschusses mit der aus der vorausgegangenen Beschlußfassung sich ergebenden Änderung vorgeschlagen. Wir schlagen lediglich vor, in Absatz 1 hinter dem Wort „Grundrecht“ das Wort „nur“ zu streichen.

**Dr. von Mangoldt (CDU):** Nachdem der Absatz 1 aus Artikel 20 b in der Fassung übernommen worden ist: „Soweit nach den Bestimmungen dieses Grundgesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann, darf es in seinem Wesensgehalt nicht angetastet werden“, muß der Absatz 2 etwas umformuliert werden. Er muß heißen (PR. 2. 49 — 583 a):

Schränkt ein Gesetz ein Grundrecht ein, so darf das nur durch eine allgemein geltende Regelung erfolgen.

Außerdem beantragen wir hier die Streichung des zweiten Satzes aus den Gründen, die im Hauptausschuß schon bei der zweiten Lesung angeführt worden sind. Durch die Vorschrift des zweiten Satzes: „Es darf nur als förmliches Gesetz erlassen werden und muß das Grundrecht namentlich unter Angabe der es regelnden Gesetzesstelle bezeichnen“ werden dem Gesetzgeber Fesseln angelegt. Es ist damit zu rechnen, daß die gesetzgebenden Körperschaften sehr häufig vor der Notwendigkeit stehen werden, ein Gesetz wegen irgendeines formellen Fehlers erneut zu erlassen, etwa wenn man nicht daran gedacht hat, welches Grundrecht dadurch etwa verletzt werden könnte. Das ist eine sehr schwierige Frage. Wir wissen, daß man in der Rechtsprechung sehr lange und sehr häufig darüber gestritten hat, welches Grundrecht überhaupt und wie weit es verletzt ist. Diese Prüfung, die der Rechtsprechung obliegt und die doch einige Schwierigkeiten gemacht hat, will man jetzt dem Gesetzgeber überlassen. Das sind Fesseln für den Gesetzgeber, die ihm seine Arbeit unnötig erschweren.

**Dr. Dehler (FDP):** Wir wollen diese Fessel des Gesetzgebers und bitten daher, den Satz 2 aufrechtzuerhalten.

**Zinn (SPD):** Nachdem jetzt der Absatz 1 von Artikel 20 b in Artikel 20 c übernommen worden ist, empfehle ich die Fassung des Redaktionsausschusses, weil sonst beide Sätze gleich anfangen. Der Redaktionsausschuß hat einfach folgenden Absatz 2 gewählt:

In keinem Falle darf ein Grundgesetz in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(Zustimmung.)

**Vorsitzender Dr. Schmid:** Aber das Wort „nur“ würden auch Sie streichen?

(Zinn: Ja!)

Es ist schon beschlossen, den bisherigen Absatz 1 des Artikel 20 b als Absatz 2 des Artikel 20 c zu nehmen.

Weiter ist der Antrag gestellt, das Wort „nur“ in der Fassung des Absatz 1 des Redaktionsausschusses, der nunmehr Absatz 2 werden würde, zu streichen.

**Zinn (SPD):** Ich würde es so lassen, wie es der Redaktionsausschuß formuliert hat, und lediglich das Wort „nur“ streichen. Ich würde also auch die Absätze lassen.

**Vorsitzender Dr. Schmid:** Also Absatz 1, 2 und 3. So bekommt der Artikel 20 c vier Absätze.

(Zustimmung.)

Absatz 1 ist der frühere Absatz 1 von 20 b.

**Zinn (SPD):** Nein, das ist Absatz 2 in der Fassung des Redaktionsausschusses.

**Vorsitzender Dr. Schmid:** Ja, das ist richtig. Absatz 1 wird Absatz 1 in der Fassung des Redaktionsausschusses. Der frühere Absatz 1 von Artikel 20 b ist nunmehr Absatz 2 in der Fassung des Redaktionsausschusses. Dazu käme noch Absatz 3 in der Fassung des Redaktionsausschusses. Ich lasse hierüber abstimmen. — Ohne Gegenstimmen angenommen.

Der Hauptausschuß vertagt sich auf Mittwoch, den 9. Februar 1949, 9.30 Uhr.

Schluß der Sitzung 18.55 Uhr.

5. § 38 I, S.1 PolGBW als Eingriffsgrundlage für die Datenverwendung .....	256
a.) Der Tatbestand der Norm .....	256
b.) Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 38 I, S.1 PolGBW .....	259
(1) Verstoß gegen das Zweckbindungsgebot .....	259
(2) Das Zitiergebot des Art.19 I, S.2 GG .....	267
6. Allgemeine Rechtfertigungsgründe als Eingriffsgrundlage .....	271
7. Rechtspolitische Stellungnahme .....	275
8. Exkurs: Die Verwendung rechtswidrig erlangter Daten .....	277
<b>E. Betrachtung der Zitierklauseln der restlichen Bundesländer .....</b>	<b>285</b>
I. Einleitung .....	285
II. Vergleichende Betrachtung der Vorschriften .....	285
1. Gesetzestechnische Umsetzung des Zitiergebotes des Art.19 I, S.2 GG .....	285
2. Die genannten Grundrechte und die daraus resultierenden Konsequenzen hinsichtlich der Zulässigkeit polizeilicher Maßnahmen .....	287
III. Vereinzelte Besonderheiten .....	291
1. Das Grundrecht auf Leben (Art.2 II, S.1 GG) .....	291
2. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung .....	294
<b>F. Vorschlag und Begründung einer Änderung des § 4 PolGBW .....</b>	<b>297</b>
I. Vorschlag eines geänderten § 4 PolGBW .....	297
II. Begründung .....	298
<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>303</b>
<b>SACHVERZEICHNIS .....</b>	<b>317</b>

### A. Einleitung

Jede Betrachtung des Polizeirechts als Recht der Gefahrenabwehr und dessen Auswirkungen auf das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte, steht in einem Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Ohne Sicherheit ist die Wahrnehmung von Freiheit nicht möglich. Allerdings können zu viele bzw. zu weit reichende staatliche Maßnahmen zur Gewährleistung von Sicherheit ihrerseits die Wahrnehmung von Freiheit behindern. Freiheit und Sicherheit sind deshalb in einem Gleichgewicht zu halten. Aus dieser relativ unbestimmten Aussage ist als Kern zu entnehmen, dass nicht jede Maßnahme, die die Sicherheit erhöht, von vornherein zulässig sein muss. Vielmehr ist jede einzelne Maßnahme zu überprüfen und jede dieser Prüfungen bewegt sich zwangsläufig in diesem beschriebenen Spannungsfeld. Es besteht auf der einen Seite die Pflicht des Staates, das Sicherheitsbedürfnis seiner Bürger zu befriedigen, aber es existiert auf der anderen Seite eben auch die Pflicht, hierbei rechtsstaatliche Grundsätze zu wahren, da nicht zuletzt diese Garantien der Freiheit sind. Beide Aspekte erfuhren bei den nachfolgend dargestellten Untersuchungen Berücksichtigung.

Eine Arbeit, die sich mit polizeirechtlichen Grundrechtsbeschränkungen befasst, bedarf, um nicht zu einem Handbuch zu werden, einer thematischen Begrenzung. Diese erfolgt vorliegend über das grundgesetzliche Zitiergebot des Art.19 I, S.2 GG. Dem Zitiergebot tragen die Landesgesetzgeber Rechnung, indem sie in einem oder mehreren Paragraphen die Grundrechte benennen, die aufgrund des jeweiligen Polizei- und Ordnungsgesetzes eingeschränkt werden können. Es sind zum einen die zitierten Grundrechte und zum anderen die nicht-zitierten, aber der Zitierpflicht unterliegenden Grundrechte zu betrachten und die polizeirechtlichen Maßnahmen an diesen Freiheitsrechten zu messen. Die Zitierklauseln der Bundesländer sind im Hinblick auf die Grundrechte, die sie aufzählen, nicht einheitlich, weshalb im Rahmen dieser Arbeit § 4 PolGBW besondere Beachtung zukommt und sich der Aufbau an den dort zitierten bzw. nicht-zitierten Freiheitsrechten orientiert.

Die Arbeit beginnt mit einer kurzen Darstellung des Zitiergebots des Art.19 I, S.2 GG (B.), um darzulegen, welche Grundrechte der Zitierpflicht des Art.19 I, S.2 GG unterliegen und auch welche Rechtsfolgen sich aus einem Verstoß ergeben.

Im Anschluss wird der Komplex der zitierten Grundrechte behandelt (C.). Es ist die Frage zu beantworten, warum der Gesetzgeber das entsprechende Grundrecht genannt hat, d.h. welche polizeirechtliche Maßnahme einen Eingriff darstellt. Bei Art.11 GG ist überdies fraglich und noch immer sehr umstritten, ob der Landesgesetzgeber überhaupt eine Regelungskompetenz im Bereich der Freizügigkeit hat. Dem könnte Art.73 Nr.3 GG entgegenstehen (C., III., 2.). Darüber hinaus werden einige ausgewählte polizeirechtliche Maßnahmen aus dem Bereich dieser Grundrechte einer genaueren Untersuchung hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit unterzogen. Hierzu zählen beispielsweise der finale Rettungsschuss oder polizeiliche Todesschuss im Rahmen des Art.2 II, S.1 GG und das Aufenthaltsverbot als Eingriff in Art.11 GG. Außerdem ist zu der neuartigen Maßnahme der Wohnungsverweisung Stellung zu nehmen. Bei der Beurteilung dieser Einzelmaßnahmen geht es nicht um eine vollumfängliche Erörterung jedes Detailproblems. Dies würde sicherlich den Rahmen der Arbeit sprengen. Deshalb beschränkt sich die Behandlung auf die Hauptprobleme der jeweiligen Maßnahme, worauf an der entsprechenden Stelle nochmals hingewiesen wird. Zwar liegt dem, soweit es um die Prüfung landesrechtlicher Regelungen geht, im Wesentlichen das baden-württembergische Polizeigesetz zugrunde. Es wird aber an einigen Stellen, an denen sich Abweichungen ergeben, auch auf die Rechtslage in den anderen Bundesländern eingegangen.

Des Weiteren sind Grundrechte zu betrachten (D.), die im Polizeigesetz Baden-Württemberg nicht zitiert sind, die allerdings der Zitierpflicht des Art.19 I, S.2 GG unterliegen und gefahrenabwehrrechtlich von Relevanz sind. Dies ist bei der Versammlungsfreiheit, Art.8 GG, und dem Fernmeldegeheimnis, Art.10 GG, der Fall. Bei Letzterem stellt sich die Frage eines Eingriffs hinsichtlich der Verwendung strafprozessual, im Wege einer Telefonüberwachung nach § 100a StPO erlangter Daten zu präventiven Zwecken.

Die meisten Fragen stellen sich in diesem Kapitel hinsichtlich des Grundrechts der Versammlungsfreiheit (D., II.). Mit Ausnahme öffentlicher Versammlungen in geschlossenen Räumen finden sich überall Berührungspunkte zum Landespolizeirecht, die es aufzuzeigen und einer dogmatisch abgesicherten Lösung zuzuführen gilt.

In einem weiteren Kapitel (E.) werden die Zitierklauseln der restlichen Länder betrachtet und verglichen. Einzugehen ist hier auf einige, von der baden-württembergischen Regelung abweichende Besonderheiten und deren Folgen für die Anwendung der polizeigesetzlichen Normen des jeweiligen Landes.

Im Schlusskapitel (F.), das einen geänderten § 4 vorstellt, fließen die gefundenen Ergebnisse der Untersuchung zusammen. Dieser § 4 wird nach hier vertretener Auffassung der Zitierpflicht des Art.19 I, S.2 GG umfassend gerecht und erweitert unter Berücksichtigung grundrechtlicher Schutzpflichten zugleich auch das polizeirechtliche Handlungsinstrumentarium.

## B. Das Zitiergebot des Art. 19 I, S.2 GG

### I. Sinn der Regelung

Das in Art.19 I, S.2 GG festgeschriebene Zitiergebot gehört in das System der Grundrechtssicherungen. Letztere sind im Grundgesetz zahlreich vertreten. Sie können, wie das Zitiergebot, formeller, aber auch, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, materieller Gestalt sein. Weitere Schranken-Schranken sind in unmittelbarer Nähe zum Zitiergebot zu finden, so das Verbot des Einzelfallgesetzes, Art.19 I, S.1 GG, und die Wesensgehaltsgarantie, Art.19 II GG.

Die Aufforderung an den Gesetzgeber, das einzuschränkende Grundrecht zu nennen, hat im Wesentlichen zwei Funktionen.

Erstens soll sie verhindern, dass in Grundrechte eingegriffen wird, ohne dass sich der Gesetzgeber dessen bewusst ist, und ohne dass Vor- und Nachteile sorgfältig gegeneinander abgewogen worden sind. Dies wird zumeist als Warnfunktion bezeichnet<sup>1</sup>. Der Gesetzgeber wird darauf aufmerksam gemacht, dass er im Bereich der Grundrechte operiert und somit zu besonderer Sensibilität angehalten. Einer schleichenden Grundrechtsaushöhlung soll damit Einhalt geboten werden.

Zweitens wird aber auch dem Gesetzesanwender vor Augen geführt, in welche Grundrechte das Gesetz einzugreifen ermächtigt. Dies wird als Verdeutlichungs<sup>2</sup>- oder Klarstellungsfunktion<sup>3</sup> bezeichnet. Deshalb verhindert Art. 19 I, S.2 GG auch eine Auslegung einer Norm, die zum Eingriff in ein nicht-zitiertes - aber zitierpflichtiges - Grundrecht führen würde.

Des Weiteren dient die Klarstellungsfunktion auch dem Informationsinteresse des Bürgers. Er kann durch das Zitat erkennen, in welchem Grundrechtsbereich sich der Eingriff bewegt, und sich somit leichter verteidigen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Pieroth/Schlink, StR, Rn.310; Kilian, S.2; Stern, StR, III/2, S.747.

<sup>2</sup> Kilian, S.2.

<sup>3</sup> Pieroth/Schlink, StR, Rn.310.

<sup>4</sup> Selk, JuS 92, 816 (817).

## II. Anwendungsgebiet des Zitiergebots

### 1. Tendenz der Auslegung

Das Zitiergebot sah sich von Anfang an starker Kritik ausgesetzt. Bereits im Grundgesetzgebungsverfahren wurde es insbesondere durch den Abgeordneten von Mangoldt abgelehnt, da es seiner Ansicht nach eine „unnötige Fessel“ des Gesetzgebers sei. Dieser Formalismus könne einen „Rattenschwanz von Prozessen“ nach sich ziehen, so von Mangoldt<sup>5</sup>.

Auch im Schrifttum wurde das Zitiergebot nach der Aufnahme im Grundgesetz weiterhin kritisch betrachtet. Als Beispiel hierfür sei die Meinung Dürigs angeführt, der Art. 19 I, S.2 GG als Ausdruck „formalistischer Hypertrophie“<sup>6</sup> bezeichnete.

Nicht zuletzt die umstrittene Aufnahme ins Grundgesetz und die kritische Betrachtung im Anschluss daran hat zu einer, nachfolgend näher zu beschreibenden, engen Auslegung der formalen Schranken-Schranke geführt. Zu dieser Beurteilung gelangte auch das Bundesverfassungsgericht. Es erachtete eine enge Auslegung für notwendig, damit Art. 19 I, S.2 GG nicht zu einer „leeren Förmlichkeit erstarre“ und den die verfassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit nicht „unnötig behindere“<sup>7</sup>.

### 2. Welche Grundrechte erfasst Art. 19 I, S.2 GG?

#### a.) Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt

Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt sind solche, die *durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes* eingeschränkt werden können. Es wird ein bestimmter Freiheits-

<sup>5</sup> JöR, N. F., Bd.1, S.178-180.

<sup>6</sup> Dürig, AöR 79 (1954), 57 (61) Fn.13.

<sup>7</sup> BVerfGE 28, 36 (46); 35, 185 (188).

bereich gewährt, der durch den einfachen Gesetzgeber konstitutiv wieder beschränkt werden kann. Die Beschränkung resultiert folglich nicht aus der Verfassung selbst, sondern aus der Tätigkeit des Gesetzgebers<sup>8</sup>.

Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt sind daraus folgend: Art.2 II, S.1 und S.2 GG, Art.6 III GG, Art.8 für Versammlungen unter freiem Himmel, Art.10 GG, Art.11 GG und Art.13 GG.

Auf diese findet das Zitiergebot allgemeiner Auffassung zufolge Anwendung<sup>9</sup>. Dies folgt bereits aus Art.19 I GG selbst. Dessen S.1 schreibt für Grundrechte, die nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden dürfen, das Verbot der Beschränkung durch Einzelfallgesetze vor. Außerdem, so Art.19 I, S.2 GG, müsse das Gesetz das Grundrecht nennen. Es folgt bereits unmittelbar aus Wortlaut und Systematik, dass Art.19 I, S. 2 GG jedenfalls Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt meint.

Wenn also durch Polizeirecht in eines dieser, oben genannten Grundrechte eingegriffen wird, so muss das Polizeigesetz das Grundrecht zitieren.

#### b.) Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt

Diese Grundrechte enthalten, was den Wortlaut der Verfassung angeht, keinerlei Schranken und können deshalb als vorbehaltlose Grundrechte bezeichnet werden. Als Beispiele sind Art.4 I GG und Art.5 III GG zu erwähnen. Es entsteht der Eindruck, als gewährleisteten sie unbeschränkte Freiheitsbereiche.

Dies ist nach allgemeiner Auffassung<sup>10</sup> nicht der Fall. Auch Art.4 I GG und Art.5 III GG sind beschränkbar. Teilweise wird vertreten, diese Grundrechte könnten im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung eingeschränkt werden, da die Schranke des Art.2 I GG übertragbar sei<sup>11</sup>. Die herrschende Meinung geht allerdings zutreffend davon aus, dass die Grundrechte ohne Gesetzesvor-

<sup>8</sup> Umstritten ist, ob Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt zusätzlich durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt werden. Dieses Problem wird unter D., II., 4., d. behandelt. Im Anschluss wird auch zu der Frage Stellung genommen, ob für diese Fälle das Zitiergebot beachtet werden müsste.

<sup>9</sup> Siehe nur: BVerfGE 64, 72 (79); Kilian, S.2; Alberts, JA 86, 72 (73); Jarass, in: J/P, GG, Art.19, Rn.3.

<sup>10</sup> Statt aller: Pieroth/Schlink, StR, Rn.260, 318 ff.; Maurer, StR, § 9, Rn.58 ff.

behalt nur durch kollidierende Grundrechten Dritter und andere Verfassungsgüter beschränkt werden können<sup>12</sup>.

Diese konfligierenden Verfassungsrechte müssen dann derart in einen Ausgleich gebracht werden, dass beide größtmögliche Geltung erlangen. Dieses Verfahren wird als praktische Konkordanz bezeichnet<sup>13</sup>. Sollte es nach dieser Abwägung notwendig sein, einen Eingriff in ein Grundrecht vorzunehmen, so bedarf dieser, wegen des Vorbehalts des Gesetzes, einer gesetzlichen Grundlage<sup>14</sup>. Hierfür ist es grundsätzlich möglich, auf die polizeiliche Generalklausel, in Baden-Württemberg § 3 i.V.m. § 1 des Polizeigesetzes, zurückzugreifen<sup>15</sup>.

Nunmehr stellt sich die Frage, ob die der Durchsetzung kollidierenden Verfassungsrechts dienenden Gesetze das Zitiergebot zu beachten haben. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird diese Frage gelegentlich bejaht<sup>16</sup>.

Die Eingriffe erfolgen bei Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt nicht konstitutiv „von außen“<sup>17</sup> durch den einfachen Gesetzgeber des Polizeigesetzes, sondern unmittelbar durch die Verfassung selbst. Das Polizeigesetz dient nur der Durchsetzung des zuvor aufgrund einer verfassungsrechtlichen Beurteilung erlangten Ergebnisses. Die Warnfunktion könnte in dieser Konstellation nicht die gleiche Wirkung wie bei echten Gesetzesvorbehalten entfalten. Durch die Warnfunktion soll der Gesetzgeber dazu angehalten werden, mit besonderer Sensibilität vorzugehen, da er im Bereich der Grundrechte tätig ist. Ziel des Art.19 I, S.2 GG ist es, eine schleichende Aushöhlung der Grundrechte zu vermeiden. Eine solche schleichende Grundrechtsaushöhlung steht bei den Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt nicht zu befürchten. Die Begrenzungen der Grundrechte ohne

<sup>11</sup> Eine eingehende Auseinandersetzung und Ablehnung dieser Auffassung erfolgt unter D., II., 3., c.

<sup>12</sup> BVerfGE 28, 243 (261); Pieroth/Schlink, StR, Rn.544; Morlok, in: Dreier, GG, Art.4, Rn.93; Kott, in: Sachs, GG, Art.4, Rn.117; Dreier, in: Dreier, GG, Vorb., Rn. 88, 89.

<sup>13</sup> Hesse, VerfR, Rn.317 f.

<sup>14</sup> Zur Begründung hierfür vgl. die Ausführungen unter D., II., 3., e., (3).

<sup>15</sup> Morlok, in: Dreier, GG, Art.4, Rn.94. Ausführlich zu dieser Frage für die Fälle nicht-öffentlicher Versammlungen in geschlossenen Räumen unter D., II., 3., e., (4), (b).

<sup>16</sup> Sachs, VerfR, A 10, Rn.16 f.

<sup>17</sup> Kilian, S.19.

Gesetzesvorbehalt ergeben sich aus der Verfassung selbst. Der Gesetzgeber kann nur noch Regelungen schaffen, die die ohnehin vorhandenen Beschränkungen umsetzen, um damit dem Vorbehalt des Gesetzes Genüge zu tun. Eine Beachtung des Zitiergebotes ist deshalb entbehrlich.

Sachs<sup>18</sup> wendet hiergegen ein, dass es sich heute nicht mehr leugnen lasse, dass auch bei vorbehaltlosen Grundrechten zulässigerweise echte gesetzliche Grundrechtseingriffe erfolgen könnten. Als Beispiel führt er das Gesetz über jugendgefährdende Schriften (GjS) an, das, soweit es um künstlerische Schriften gehe, ersichtlich die Kunstfreiheit, Art.5 III, S.1 GG, einschränke. Diesem Einwand ist Folgendes entgegenzuhalten: Im Bereich der vorbehaltlosen Grundrechte können die von Sachs angesprochenen echten gesetzlichen Einschränkungen in keinem Falle über das hinausgehen, was aus der Verfassung selbst als Beschränkung hervorgeht. Die konstitutive Beschränkungswirkung ergibt sich somit bei vorbehaltlosen Grundrechten immer aus kollidierenden Verfassungsgütern. Einfachen Gesetzen kann insofern nur die Funktion der Konkretisierung dieser bereits bestehenden Schranken zukommen. Sie können keine weiter gehenden materiellen Eingriffe verfassungsrechtlich legitimieren. Als Beispiel hierfür können die Vorschriften des Versammlungsgesetzes über öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen herangezogen werden. Die dortigen Regelungen, insbesondere das Verbot (§ 5 VersG) und die Auflösung (§ 13 VersG), stellen nach - soweit ersichtlich - einhelliger Auffassung<sup>19</sup> die Konkretisierung bereits aufgrund der Verfassung bestehender Beschränkungen öffentlicher Versammlungen in geschlossenen Räumen dar. Es sind hier vor allem die verfassungsunmittelbaren, sachlichen Schutzbereichsbegrenzungen der Friedlichkeit<sup>20</sup> und der Waffenlosigkeit<sup>21</sup> zu nennen, auf die sich die beiden Eingriffsnormen im Wesentlichen beziehen. Diese Normierungen dürfen Eingriffe in öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen nur insoweit zulassen, als sie im Grundgesetz bereits angelegt sind. Materielle Voraussetzungen und Grenzen ergeben sich folglich unmittelbar aus Verfassungsrecht. Deshalb ist

<sup>18</sup> Sachs, VerfR, A 10, Rn.16.

<sup>19</sup> Statt aller: Zeitler, VersR, Rn.226 und 617.

<sup>20</sup> § 5 Nr.3 VersG; § 13 I, S.1 Nr.2 VersG.

<sup>21</sup> § 5 Nr.2 VersG; § 13 I, S.1 Nr.3 VersG.



Sachs darin zu widersprechen, es handle sich hierbei um echte gesetzliche Einschränkungen. Die Rechtslage bei vorbehaltlosen Freiheitsrechten ist mit der bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt und darauf begründeten Beschränkungen nicht vergleichbar.

Weiterhin ist eine Zitierung nach herrschender Meinung auch unter dem Aspekt der Klarstellungsfunktion nicht zweckdienlich, da sich die Beschränkungen in materieller Hinsicht unmittelbar aus der Verfassung und nicht aus dem Polizeigesetz ergeben<sup>22</sup>.

Außerdem spricht gegen die Anwendung des Zitiergebots auf Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt eine Betrachtung des Wortlauts des Art.19 I GG. Die formale Schranken-Schranke des Zitiergebots bezieht sich, wie sich aus dem Zusammenspiel des Wortlauts des Art.19 I, S.1 und S.2 GG ergibt, nur auf ein Grundrecht, das durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann. Hiermit greift der Verfassungsgesetzgeber bewusst eine Formulierung auf, die in manchen Grundrechten vorkommt. Als Beispiel sei Art.8 II GG erwähnt. Gerade diese Formulierung kommt bei den vorbehaltlosen Grundrechten nicht vor, was darauf schließen lässt, dass bei ihnen auch das Zitiergebot keine Geltung beanspruchen kann und soll.

Nach ganz herrschender und auch hier vertretener Auffassung ist die Zitierung eines vorbehaltlosen Grundrechtes in einem Gesetz, das die von Verfassung wegen bestehenden Schranken kollidierenden Verfassungsrechts konkretisiert, mithin entbehrlich.

### c.) Sonstige Grundrechte

In die beiden bisher genannten Rubriken lassen sich nicht alle Grundrechte einordnen. Darüber hinaus gibt es noch Freiheitsrechte mit Schrankenvorbehalt,

<sup>22</sup> Kilian, S.19 ff.; Pieroth/Schlink, StR, Rn.311; Krebs, in: Mü/K, GG, Art.19, Rn.16.

Art.2 I GG, Art.5 I und II GG, mit Ausgestaltungsvorbehalt, Art.14 GG und solche mit Regelungsvorbehalt, Art.12 I und Art.4 III, S.2 GG.

Entscheidend für die vorliegende Arbeit ist, ob das Zitiergebot auf diese Grundrechte anwendbar ist. Herrschend ist in Literatur und Rechtsprechung die Auffassung, dass auf diese Arten von Beschränkungen das Zitiergebot unanwendbar ist<sup>23</sup>.

Insbesondere Art.2 I GG und Art.5 I, II GG betreffend, kann dem zugestimmt werden, da hier die Schranken dem jeweiligen Grundrecht zu entnehmen sind. Letztere werden nicht zunächst - unter Vorbehalt - gewährt und dann „von außen“ durch den einfachen Gesetzgeber beschränkt, sondern sie sind innerhalb des Grundrechts selbst beschränkt.

So steht die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art.2 I GG, von vornherein unter verfassungsunmittelbaren Schranken der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz. Bei Art.2 I GG kommt hinzu, dass seit der Elfes-Entscheidung<sup>24</sup> des Bundesverfassungsgerichtes hierunter eine allgemeine Handlungsfreiheit verstanden wird. Art.2 I GG schützt somit nicht einen bestimmten Lebensbereich, sondern jegliches menschliche Verhalten. Bürger dürfen nur dann mit einem Nachteil belastet werden, wenn dies formell und materiell verfassungsmäßig ist. Müsste nun jede dieses Recht im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung begrenzende Vorschrift Art.2 I GG nennen, so führte dies zu einer inflationären Zitierung, die auch durch den Schutzzweck des Art.19 I, S.2 GG nicht angezeigt ist. Der Gesetzgeber ist sich bewusst, dass nach der Elfes-Entscheidung nahezu jede Regelung in den Schutzbereich des Art.2 I GG eingreift. Die Warnfunktion ist deshalb in Bezug auf Art.2 I GG von geringerer Bedeutung<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Kilian, S.20 ff.; Menger, in: BK, GG, Art.19 I, S.2, Rn.168; Röhl, AöR 81 (1956), 195 (206); Jarass, in: J/P, GG, Art.19, Rn.4; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.19, Rn.8; für die einzelnen Grundrechte: BVerfGE 28, 36 (46) zu Art.2 I GG; E 28, 282 (289) zu Art.5 I, II GG; E 13, 97 (122) zu Art.12 I, S.2 GG; E 21, 92 (93) zu Art.14 I, S.2 GG.

<sup>24</sup> BVerfGE 6, 32 (36 ff.).

<sup>25</sup> Herzog, in: M/D, GG, Art.19 I, Rn.57.

Art.5 I GG hat ebenfalls solche verfassungsunmittelbaren Schranken in dessen Absatz 2. Die Freiheitsrechte des Art.5 I GG finden ihre Schranken beispielsweise in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Die Beschränkung der allgemeinen Gesetze, wie auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und das Recht der Ehre als Schranken des Art.5 I GG, ergeben sich unmittelbar aus der Verfassung. Ein struktureller Unterschied zu den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt besteht mithin darin, dass bei letzteren ausschließlich der Gesetzgeber „von außen“ eingreift, wohingegen sich bei den anderen Grundrechten bereits aus der Verfassung eine Begrenzung ergibt. Bethge<sup>26</sup> weist auf diesen Unterschied hin, indem er anmerkt, dass Art.5 II GG die Freiheiten des Art.5 I GG schon deshalb nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stellt, weil er gegen eine bestimmte Meinung um dieser selbst willen gerichtete Einschränkungen nicht gestatte. Infolgedessen ist Art.5 I GG<sup>27</sup>, wie Art.2 I GG, nicht als zitierpflichtiges Grundrecht anzusehen.

Die Frage der Zitierpflichtigkeit stellt sich des Weiteren bei der in Art.12 GG verankerten Berufsfreiheit. Art.12 I, S.2 GG legt fest, dass die Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes *geregelt* werden kann. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Regelungsbefugnis des Art.12 I, S.2 GG bereits im Apotheken-Urteil<sup>28</sup> über die Berufsausübung auf die Berufswahl und später auch auf die Wahl der Ausbildungsstätte und des Arbeitsplatzes ausgedehnt wurde. Zum Begriff der Regelung führte das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung aus, „daß eher an eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her, d.h. der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen, gedacht ist als an Beschränkungen, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen, nämlich seinen natürlichen, sich aus rationaler Sinnerschließung ergebenden Geltungsbereich von außen her einengen würde“<sup>29</sup>. Dies korrespondiert weit gehend mit den oben zu Art.2 I GG und Art.5 I, II GG angeführten Gründen einer Ablehnung der Zitierpflicht bezüglich

<sup>26</sup> Bethge, DVBl 72, 365 (368).

<sup>27</sup> A.A. Herzog, in: M/D, GG, Art.19 I, Rn.58.

<sup>28</sup> BVerfGE 7, 377.

<sup>29</sup> BVerfGE 7, 377 (404).

dieser Grundrechte. In späteren Entscheidungen zu Art.12 GG wich das Bundesverfassungsgericht von der eben geschilderten Linie zumindest in terminologischer Hinsicht ab und sprach im Hinblick auf Art.12 I, S.2 GG ausdrücklich von einem Gesetzesvorbehalt<sup>30</sup>.

Sieht man Art.12 I, S.2 GG als einen (echten) Gesetzesvorbehalt an, lässt sich die Auffassung vertreten, die Berufsfreiheit unterliege dem Zitiergebot<sup>31</sup>. Unabhängig davon, ob man den Art.12 I, S.2 GG terminologisch als Gesetzesvorbehalt bezeichnet oder nicht, sollte dies letztlich nicht entscheidend sein. Bei der Frage der Zitierpflicht sollte vordergründig der Wortlaut des Art.19 I GG in Verbindung mit den jeweiligen Grundrechten Berücksichtigung finden. In Abweichung von anderen Grundrechten, die dem Zitiergebot unterliegen, spricht Art.12 I, S.2 GG von der *Regelung* der Berufsausübung<sup>32</sup>. Bei den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt, auf die das Zitiergebot unstreitig anwendbar ist, formuliert der Grundgesetzgeber anders. In Art.2 II, S.3 GG heißt es, in diese Rechte dürfe *eingegriffen* werden, Art.8 II GG spricht von *Beschränkung* von Versammlungen unter freiem Himmel, Gleiches gilt für Art.10 II GG hinsichtlich der Rechte aus Art.10 I GG und Art.13 VII GG, in Art.11 GG ist von der *Einschränkung* der Freizügigkeit die Rede. Hierbei ist von einer bewussten Abweichung auszugehen<sup>33</sup>. Aus Art.19 I, S.2 GG, der sich durch den Terminus „außerdem“ auf Art.19 I, S.1 GG bezieht, geht hervor, dass eine Nennung eines Grundrechts erforderlich ist, wenn dieses durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes *eingeschränkt* werden darf. Alle soeben zitierten Formulierungen haben gemeinsam, dass sie ausdrücklich davon ausgehen, es komme durch das Tätigwerden des Gesetzgebers zu einer Verkürzung des jeweiligen Freiheitsbereichs. Dem Begriff der Regelung ist diese Bedeutung nicht von vornherein beizumessen<sup>34</sup>. Art.12 I, S.2 GG stellt somit eine bewusste Abweichung hinsichtlich des Wortlauts im Vergleich zu den anderen dem Zitiergebot unterliegenden Grundrechten dar, weshalb das Zitiergebot nicht auf die Berufsfreiheit anzuwenden

<sup>30</sup> So in BVerfGE 54, 224 (234) und E 54, 237 (246).

<sup>31</sup> In der Literatur geht Bethge, DVBl 72, 365 (368) davon aus, dass Eingriffe in Art.12 GG der Zitierung bedürfen.

<sup>32</sup> Auf die Ausdehnung des Regelungsvorbehalts wurde bereits hingewiesen.

<sup>33</sup> BVerfGE 7, 377 (404).

<sup>34</sup> Pieroth/Schlink, StR, Rn.219.

ist<sup>35</sup>. Diese (formale) streng am Wortlaut orientierte Betrachtung dient insbesondere auch der Rechtsklarheit bei der Frage der Anwendbarkeit der (formalen) Schranken-Schranke des Art.19 I, S.2 GG.

Polizeirechtliche Eingriffe in diese Grundrechte machen somit eine Zitierung derselben nicht erforderlich.

Ob Art.14 GG zitierpflichtig ist, wird, da es sich um ein in § 4 Nr.5 PolGBW zitiertes Grundrecht handelt, dem Aufbau der Arbeit gemäß, an späterer Stelle behandelt<sup>36</sup>.

### 3. Vom Zitiergebot betroffene Gesetze und Eingriffe

Neben der, eben beschriebenen, nur auf Grundrechte mit „echten“ Gesetzesvorbehalt beschränkten Anwendung seitens des Bundesverfassungsgerichts, erfuhr das Zitiergebot von gleicher Seite weitere Restriktionen als Ausfluss der immer wieder propagierten „engen“ Auslegung.

a.) Vorkonstitutionelle und nachkonstitutionelle Gesetze, die vorkonstitutionell bestehende Eingriffe wiederholen

Sowohl auf vorkonstitutionelle<sup>37</sup>, als auch auf nachkonstitutionelle Gesetze, die bereits - vorkonstitutionell - bestehende Grundrechtsbeschränkungen unverändert wiederholen<sup>38</sup>, ist das Zitiergebot nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht anzuwenden.

Art.19 I, S.2 GG auf vorkonstitutionelle Gesetze nicht zu applizieren, ist Zustimmungswürdig, da der damalige Gesetzgeber rein faktisch der Aufforderung des Zitiergebotes nicht folgen konnte, weil das Grundgesetz zu dieser Zeit noch

<sup>35</sup> Dem entspricht die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (E 13, 97 (122)).

<sup>36</sup> Hierzu unter C., IV.

<sup>37</sup> BVerfGE 2, 121 (122).

nicht bestand<sup>39</sup>. Somit konnte das Zitiergebot die ihm zugedachte Warnfunktion bei vorkonstitutionellen Gesetzen nicht erfüllen.

Für das PolGBW ist diese Ausnahme irrelevant, da dieses erst am 01.04.1956 in Kraft trat und mithin nachkonstitutionelles Recht darstellt.

Die nächste Ausnahme, die Nichtanwendung auf Regelungen, die vorkonstitutionell bestehende Einschränkungen der Grundrechte ausschließlich wiederholen, wird auch von großen, wohl überwiegenden Teilen der Literatur mitgetragen<sup>40</sup>. Gegen diese Auffassung werden aber auch Bedenken erhoben<sup>41</sup>.

Es wird vorgebracht, dass diese Einschränkung nicht mit der ratio des Art.19 I, S.2 GG in Einklang zu bringen sei<sup>42</sup>. Die Warnfunktion greife deshalb, weil der Gesetzgeber bei der Übernahme alter Grundrechtsbeschränkungen gehalten sei, diese am Grundgesetz zu messen. Somit erfülle das Zitiergebot gerade auch hier seine Funktion. Wenn der nachkonstitutionelle Gesetzgeber der Auffassung ist, es liege eine notwendige Grundrechtsbeschränkung vor, dann soll er dies auch durch Angabe des Grundrechtsartikels bestätigen.

Die Rechtsprechung und die ihr folgenden Teile der Literatur entgegnen, dass Art.19 I, S.2 GG lediglich verhindern solle, dass neue, dem bisherigen Recht fremde Grundrechtseingriffe ermöglicht werden, ohne dass der Gesetzgeber darüber Rechenschaft ablegt<sup>43</sup>.

Dieser Ansicht stehen durchgreifende Bedenken entgegen. Bereits aus dem Wortlaut lässt sich eine Beschränkung auf neue Eingriffe nicht begründen. Dem Wortlaut folgend, unterliegen vielmehr alle Gesetze, die ein Grundrecht mit Gesetzesvorbehalt beschränken und vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber erlassen werden, dem Zitiergebot.

**es wird Art. 123 GG völlig verkannt**

<sup>38</sup> BVerfGE 5, 13 (16); E 15, 288 (293).

<sup>39</sup> Menger, in: BK, GG, Art. 19 I, S.2, Rn.163; Herzog, in: M/D, GG, Art.19 I, Rn.51; Röhl, AöR 81 (1956), 195 (208); Dreier, in: Dreier, GG, Art.19 I, Rn.20.

<sup>40</sup> Röhl, AöR 81 (1956), 195 (209 f.); Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art.19, Rn.7; Menger, in: BK, GG, Art. 19 I, S.2, Rn.167; Jarass, in: J/P, GG, Art.19, Rn.5.

<sup>41</sup> Kilian, S.43 f.; Bethge, DVBl 92, 365 (367); Herzog, in: M/D, GG, Art.19 I, Rn.52.

<sup>42</sup> Kilian, S.44.

<sup>43</sup> BVerfGE 5, 13 (16); Menger, in: BK, GG, Art. 19 I, S.2, Rn.167.

Wenn der Gesetzgeber ein vorkonstitutionelles Gesetz wiederholt, so macht er es sich inhaltlich zu eigen. Er setzt einen neuen, eigenen Normbefehl, der besagt, dass er die früher geltende Grundrechtsbeschränkung auch angesichts des Grundrechtsteils des seit dem 24.5.1949 geltenden Grundgesetzes aufrecht erhalten will. Hat der Gesetzgeber diese Prüfung vollzogen, so entspricht es, wenn er der Auffassung ist, das eingreifende Gesetz beizubehalten, gerade der Warnfunktion, den Grundrechtsartikel im Gesetz zu benennen. Ebenso greift auch bei dieser Art von Gesetzen die Klarstellungsfunktion. Dem Gesetzesanwender und auch dem Bürger wird vor Augen geführt, dass es sich bei dem vorkonstitutionellen Gesetz, das sich der Gesetzgeber nunmehr zu eigen gemacht hat, um ein Tätigkeitsfeld im Bereich der Grundrechte handelt.

Auch teleologische Aspekte sprechen sonach für die vom Bundesverfassungsgericht abweichende Ansicht.

#### b.) Offenkundige Grundrechtseingriffe

Eine weitere Einschränkung nimmt das Bundesverfassungsgericht<sup>44</sup> hinsichtlich offenkundiger Grundrechtseingriffe, die den am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bewusst seien, vor. Auch dann solle das Zitiergebot nicht gelten.

Im genannten Urteil findet sich nur der Verweis auf die gebotene enge Auslegung, um Art. 19 I, S.2 GG nicht zu einer leeren Förmlichkeit zu degradieren und die Arbeit des Gesetzgebers nicht unnötig zu behindern.<sup>45</sup>

Diese Argumentation überzeugt nicht.

Wiederum gibt bereits der Wortlaut keinen Anhaltspunkt, offenkundige Eingriffe vom Zitiergebot auszunehmen. Überdies greifen hier die Funktionen des Zitiergebotes. Auch wenn sich der Gesetzgeber bewusst ist, dass er sich im Grundrechtsbereich befindet, greift die Warnfunktion, da er auch hier durch das Zitiergebot zu größerer Sorgfalt angehalten werden kann, worin gerade das Ziel dieser Funktion liegt.

<sup>44</sup> BVerfGE 35, 185 (189).

Der verdeutlichende Charakter ist ebenfalls hilfreich. Selbst bei offenkundigen Eingriffen ist es richtig, den Gesetzesanwender durch das Zitat auf den Grundrechtseingriff hinzuweisen, um ihm die Grundrechtsbetroffenheit klar zu machen.

Da grammatische und teleologische Argumente gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sprechen, ist der Polizeigesetzgeber auch dort zur Zitierung des grundrechtsbeschränkenden Gesetzes verpflichtet, wo der Eingriff evident ist. Im übrigen käme die gegenteilige Auffassung zu merkwürdigen Ergebnissen. Sie hätte zur Folge, dass eine polizeirechtliche Ingewahrsamnahme, als offenkundiger Eingriff, von der Zitierpflicht des Art.2 II, S.2 GG befreit wäre. Ebenso könnten Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs vorgenommen werden, ohne im Hinblick auf die körperliche Unversehrtheit (Art.2 II, S.1 GG) Art.19 I, S.2 GG beachten zu müssen.

#### c.) Mittelbare Grundrechtseingriffe

Ursprünglich entschied über die Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung der so genannte klassische Eingriffsbegriff<sup>46</sup>. Er ist gekennzeichnet durch vier Kriterien: Imperativität, Finalität, Unmittelbarkeit und die Qualität als Rechtsakt. Imperativität meint, dass es eines Befehles (Ge- oder Verbot) als einseitig verbindliche Verhaltensanordnung bedarf. Die staatliche Maßnahme muss darüber hinaus final sein, d.h. sie darf nicht bloß unbeabsichtigte Nebenfolge eines auf ein ganz anderes Ziel gerichteten Handelns sein. Außerdem muss sie unmittelbar gegen einen bestimmten Adressaten gerichtet sein. Die Voraussetzung „Qualität als Rechtsakt“ soll klarstellen, dass nur Staatshandeln als Eingriff zu bewerten ist, das rechtliche Wirkung entfaltet und nicht nur rein tatsächlich wirkt.

<sup>45</sup> BVerfGE 35, 185 (188).

<sup>46</sup> Siehe nur Sachs, in: Sachs, GG, vor Art.1, Rn.78 ff.

In der modernen Grundrechtsdogmatik wird der klassische Eingriff durchweg als zu eng betrachtet<sup>47</sup>. Eingriff ist demnach jedes staatliche Handeln, das dem einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, unabhängig davon, ob dessen Wirkung final oder unabsichtlich, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder faktisch, mit Befehl oder ohne erfolgt ist<sup>48</sup>. Auch mittelbare und faktische Beeinträchtigungen können somit Eingriffsqualität besitzen<sup>49</sup>.

Ob auch diese mittelbaren oder faktischen Eingriffe dem Zitiergebot des Art.19 I, S.2 GG unterliegen, ist nachfolgend zu untersuchen.

Dies wird, soweit die Problematik überhaupt erörtert wird, allgemein abgelehnt<sup>50</sup>. Für diese Auffassung lässt sich anführen, dass eine Einbeziehung sämtlicher mittelbarer Grundrechtseingriffe in den Bereich der Zitierpflicht des Art.19 I, S.2 GG den Gesetzgeber nahezu zwangsläufig vor unlösbare Aufgaben stellen würde und dieser vermutlich zunehmend dazu übergehen müsste, vorsorglich Grundrechte aufzulisten. Dies wäre wenig sinnvoll, da zu befürchten wäre, dass die Warnfunktion an Wirkung verlieren würde.

Gerade, wenn man diese Begründung betrachtet, erscheint es allerdings zweifelhaft, ob die Aussage in der obigen Allgemeinheit zutreffend ist. Es sind nämlich auch Eingriffe denkbar, die zwar mittelbar bzw. faktisch wirken, aber dennoch als zielgerichtet zu bezeichnen sind<sup>51</sup>. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein Verein, dessen Zweck es ist, über eine bestimmte Gruppierung zu informieren und zu warnen, staatliche Fördermittel erhält, die es ihm erlauben, seine Tätigkeit auszuüben. Die staatliche Subvention wirkt sich mittelbar auf die Grundrechte der betroffenen Organisation aus. Gleichzeitig ist die staatliche Maßnahme aber als zielgerichteter Eingriff zu bewerten.

<sup>47</sup> Stellvertretend: Jarass, in: J/P, GG, Vorb. vor Art.1, Rn.26; aus der neuesten Rechtsprechung: BVerfG, NJW 02, 2626 (2627).

<sup>48</sup> Pieroth/Schlink, StR, Rn.240.

<sup>49</sup> Problematisch ist hier, wann die Eingriffsschwelle überschritten ist, Jarass, in: J/P, GG, Vorb. vor Art.1, Rn.27.

<sup>50</sup> Selk, JuS 92, 816 (818); Jarass, in: J/P, GG, Art.19, Rn.3; Kilian, S.39; Krebs, in: Mü/K, GG, Art.19, Rn.16; Manssen, StR, Rn.148; Menger, in: BK, GG, Art.19, Rn.144.

<sup>51</sup> Deshalb ist es zumindest ungenau, wenn behauptet wird, mittelbare Eingriffe zielten nicht auf Eingriffe ab. So aber Krebs, in: Mü/K, GG, Art.19, Rn.16.

Liegt ein mittelbar-finaler Eingriff vor, so lässt sich nicht behaupten, dem Staat werde durch eine ihm auferlegte Zitierpflicht eine unlösbare Aufgabe aufgebürdet. Die staatliche Institution ist sich im Falle eines zielgerichteten Handelns grundsätzlich bewusst, welche Auswirkungen ihr Verhalten auf die Grundrechte der Bürger hat, weshalb auch eine Zitierung nicht als unlösbare Aufgabe angesehen werden kann. Entscheidend ist folglich für die Anwendbarkeit des Zitiergebots, ob ein Eingriff das Kriterium der Finalität erfüllt. Ist dies der Fall und handelt es sich um ein zitierpflichtiges Grundrecht, muss der Gesetzgeber das Grundrecht nennen, auch wenn der Eingriff als mittelbar zu beurteilen ist. Diese Auffassung steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>52</sup>. Das Gericht sieht es ebenfalls als ausschlaggebend an, ob ein zielgerichteter - nicht hingegen ein mittelbarer - Eingriff vorliegt. In dem vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fall ging es um die Entnahme von Organen bei lebenden Personen zum Zwecke der Transplantation. § 8 I, S.2 des Transplantationsgesetzes (TPG) begrenzt die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können. Die Entnahme ist nur zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten und zweiten Grades oder anderer Personen zulässig, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahe stehen. Die Norm greift damit in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit derjenigen ein, die nicht zu diesem Personenkreis gehören, da zu ihren Gunsten eine Entnahme unmöglich ist. Trotz des offensichtlich mittelbaren Charakters des Eingriffs prüft das Bundesverfassungsgericht, ob ein Verstoß gegen das Zitiergebot vorliegt und erkennt damit an, dass es mittelbare Eingriffe geben kann, die dem Zitiergebot unterliegen. Es lehnt die Zitierpflicht im konkreten Fall aber ab, da es sich nach Auffassung des Gerichts nicht um einen zielgerichteten Eingriff handelt<sup>53</sup>.

Fraglich ist allerdings des Weiteren, wann ein Grundrechtseingriff final ist. Unbestreitbar ist dies der Fall, wenn der Staat den Eingriff gerade beabsichtigt und somit zielgerichtet in ein bestimmtes Grundrecht eingreift.

<sup>52</sup> BVerfG, NJW 99, 3399.

<sup>53</sup> BVerfG, NJW 99, 3399 (3401).

Schwieriger ist die Konstellation zu behandeln, in der es dem Staat um einen bestimmten Zweck geht, der nicht in dem Grundrechtseingriff liegt, der Staat aber gleichzeitig erkennt und sicher davon ausgeht, dass die Realisierung dieses Zweckes geradezu zwangsläufig zu einem Grundrechtseingriff führt.

Das Bundesverfassungsgericht sieht hier kein Bedürfnis für eine Zitierpflicht, ansonsten hätte es in dem angesprochenen Fall anders entscheiden müssen<sup>54</sup>. Die Begrenzung der Entnahme von Organen auf den genannten Personenkreis führt nämlich notwendigerweise dazu, dass bestimmte Personen kein Organ erhalten werden. Dennoch verneinte das Bundesverfassungsgericht die Pflicht zur Zitierung des Art. 2 II, S. 1 GG, da es dem Gesetzgeber in erster Linie um einen anderen Zweck und nicht um diesen Grundrechtseingriff ging<sup>55</sup>.

In einer solchen Konstellation, in der der Staat bei seinem Vorgehen einen bestimmten Zweck verfolgt und die Realisierung dieses Zweckes zwangsläufig zu einem Grundrechtseingriff führt, der nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit diesem Primär-Ziel steht, ist das Zitiergebot entgegen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anwendbar.

Hierfür spricht insbesondere die Warnfunktion. Sie kann in diesen Fällen ihre volle Wirkung entfalten. Wenn der Gesetzgeber weiß, dass sein Handeln zwangsläufig zu einem Grundrechtseingriff führt, auch wenn dieser nicht primär intendiert ist, ist es besonders sinnvoll, wenn die Zitierpflicht nochmals an das Wirken im Grundrechtsbereich erinnert und zu einer sorgfältigen Abwägung anleitet.

Gutmann weist mit Recht darauf hin, dass Rechtsfolgen, die sich aus einer Norm mit unmittelbarer logischer Notwendigkeit ergeben, Folge dieser Vorschrift sind<sup>56</sup>. Derartige Konstellationen aus dem Finalitätsbegriff und damit aus dem Anwendungsbereich des Zitiergebotes auszuklammern, erscheint mithin in teleologischer Hinsicht wenig überzeugend.

Dieses Ergebnis ist auch in Anbetracht seiner praktischen Konsequenz sehr gut vertretbar, da eine Überforderung des Gesetzgebers und eine daraus resultierende vorsorgliche Zitierung zahlreicher Grundrechte hier nicht zu besorgen ist.

<sup>54</sup> Kritisch hierzu Gutmann, NJW 99, 3387 (3388).

<sup>55</sup> BVerfG, NJW 99, 3399 (3400).

Mittelbare Grundrechtseingriffe unterliegen somit dem Zitiergebot, sofern ihnen finaler Charakter im hier vertretenen Umfang zukommt.

Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht die neueste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu öffentlichen Warnungen<sup>57</sup>. Im Beschluss über die Informationstätigkeit der Bundesregierung vor religiösen und weltanschaulichen Vereinigungen schränkt das Gericht die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes bei mittelbaren Grundrechtseingriffen ein<sup>58</sup>. Wenn für einen Eingriff der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt, so verliert insoweit auch das Zitiergebot seine Bedeutung. Denn wenn Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage möglich sind, so kann der Eingriff verständlicherweise auch nicht zitiert werden.

Die Reichweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ist allerdings auf mittelbar-faktische Eingriffe begrenzt. Hierauf weist das Gericht ausdrücklich hin<sup>59</sup>. Überdies trägt die Begründung, die geliefert wird, wenn überhaupt, nur die Begrenzung des Vorbehalts des Gesetzes auf mittelbar-faktische Eingriffe. Hierzu merkt das Gericht an, dass aufgrund geänderter Gefährdungslagen eine Ausdehnung des Eingriffsbegriffs notwendig wurde. Zur Stärkung demokratischer Legitimität sei daraufhin auch der Gesetzesvorbehalt ausgeweitet worden. Wegen der unterschiedlichen Gründe der Ausdehnungen sei aber nicht angezeigt, dass der Gesetzesvorbehalt zwangsläufig in gleichem Maße wachse wie die Ausweitung der Eingriffsebene. Im Rahmen der mittelbar-faktischen Eingriffe entstehe die Beeinträchtigung aus einem komplexen Geschehensablauf, bei dem die Wirkungen nur indirekt mit dem eingesetzten Mittel zusammenhängen. Diese Wirkungen entzögen sich typischerweise der Normierbarkeit. Eine Regelung müsste um alle Eingriffe abzudecken derart allgemein gehalten werden, dass sie hinsichtlich des Aspektes der Rechtsstaatlichkeit keinerlei Fortschritt zeitigten<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Gutmann, NJW 99, 3387 (3388).

<sup>57</sup> BVerfG, NJW 02, 2621 – Glykolwein; BVerfG, NJW 02, 2626 – Osho-Bewegung. Zusammenfassend und kritisch zu diesen Entscheidungen Ruge, ThürVBl 03, 49.

<sup>58</sup> BVerfG, NJW 02, 2626 (2629); in diese Richtung bereits BVerwG, JZ 89, 997 (999).

<sup>59</sup> BVerfG, NJW 02, 2626 (2629).

<sup>60</sup> BVerfG, NJW 02, 2626 (2629 f.).

Dies trifft aber von vornherein nur auf mittelbar-faktische nicht aber auf finale Grundrechtseingriffe zu. Bei letzteren ist es dem Gesetzgeber möglich, eine hinreichend exakte Regelung zu schaffen, da finale Eingriffe bereits ihrem Wesen nach der Normierung zugänglich sind, sodass hieraus in rechtsstaatlicher Hinsicht durchaus ein Vorteil resultiert. Des Weiteren ist es erforderlich, finalen Eingriffen durch eine gesetzliche Grundlage demokratische Legitimität zu verschaffen.

Somit unterliegen sämtliche – also auch die mittelbar - finalen Eingriffe dem Vorbehalt des Gesetzes. Darüber hinaus gilt bei ihnen auch das Zitiergebot im Rahmen des hier vertretenen Umfangs der Finalität.

### III. Form der Nennung

Es gibt unterschiedliche Arten, zu versuchen, dem Zitiergebot Rechnung zu tragen.

Eine Methode besteht darin, die entsprechenden Grundrechte in einem Paragraphen zusammenzufassen. Dieser kann dann entweder am Anfang des jeweiligen Gesetzes stehen, wie in § 4 PolGBW geschehen, oder an dessen Ende, wie in Art. 74 des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes.

Eine davon abweichende Vorgehensweise wäre es, immer bei den ganz konkreten Eingriffsnormen das entsprechende Grundrecht zu nennen. Am Polizeirecht veranschaulicht bedeutete dies, dass direkt im Anschluss an die Vorschrift über den Gewahrsam, Art. 2 II, S. 2 GG zu nennen wäre. Im neuen Polizeigesetz des Landes Bremen gibt es ein derartiges Zitat in Verbindung mit dem finalen Rettungsschuss, der dort nunmehr ausdrücklich geregelt ist. Direkt im Anschluss an die dortige Regelung wird das Grundrecht auf Leben als eingeschränkt zitiert<sup>61</sup>. Die Aufzählung der restlichen durch das Bremische Polizeigesetz betroffenen

<sup>61</sup> § 46 II, S. 2 PolGBrem.

Grundrechte erfolgt allerdings wie in den anderen Bundesländern innerhalb eines Paragraphen<sup>62</sup>.

Eine solche Nennung wird von einer im Schrifttum vertretenen Ansicht als alleine mit dem Zitiergebot in Einklang stehende Vorgehensweise angesehen<sup>63</sup>. Die anderen Varianten genügten den Zwecken des Art. 19 I, S. 2 GG nicht.

Anders sieht dies dagegen die h.M. Sie geht davon aus, dass auch durch Zitat in einem eigenen Paragraphen den Funktionen des Art. 19 I, S. 2 GG Genüge getan wird<sup>64</sup>. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht gegen diese Ansicht gestellt.

Im Hinblick auf die Warnfunktion ist es von untergeordneter Bedeutung, an welcher Stelle das Gesetz das Grundrecht nennt. Die Hauptsache ist, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zeigt, dass er sich des Grundrechtseingriffes bewusst ist und darum den jeweiligen Artikel zitiert.

Zweifelhafter ist dies schon, wenn es um die Verdeutlichungs- oder Klarstellungsfunktion geht. Es ist durchaus fraglich, ob der Bürger oder auch der Gesetzesanwender bei dieser Vorgehensweise unschwer erkennen kann, welche konkrete Norm in welches Grundrecht eingreift<sup>65</sup>.

Allerdings verfehlt diese Art der Zitierung nicht gänzlich ihren klarstellenden Charakter. Auch durch die Darstellung in einer Norm, wie sie die Polizeigesetze nahezu aller Bundesländer<sup>66</sup> praktizieren, erhält der Bürger einen deutlichen Anhaltspunkt, wenn er sich gegen behördliche Maßnahmen wehren möchte. Er kann außerdem auf dieser Basis weitere Erkundigungen einholen, um zu erfahren, ob tatsächlich in seine Grundrechte eingegriffen wurde. Deshalb muss nicht

<sup>62</sup> § 9 PolGBrem.

<sup>63</sup> Selk, JuS 92, 816 (819); Herzog, in: M/D, GG, Art. 19 I, Rn. 56; nach Alberts, JA 86, 72 (74) „sollte“ dies so sein.

<sup>64</sup> Rasch, DVBl 87, 194 (195); Röhl, AöR 81 (1956), 212 f.; Jarass, in: J/P, GG, Art. 19, Rn. 2; Stern, StR, III/2, S. 757.

<sup>65</sup> Dies verneint Selk, a.a.O., ausdrücklich.

<sup>66</sup> Auf die Ausnahme in Bremen wurde bereits hingewiesen.

davon ausgegangen werden, dass die Zitierpraxis aller Polizeigesetze gegen das Zitiergebot verstoßen. Sonach genügt auch § 4 PolGBW Art. 19 I, S. 2 GG.

Aus rechtspolitischer Sicht wäre es aber durchaus wünschenswert, wenn der Gesetzgeber das Grundrecht, das er einschränkt, an der Stelle zitiert, an dem der Eingriff geregelt wird, um so einen direkten Bezug zwischen Beschränkung und Freiheitsrecht herzustellen. Beispielhaft kann hier nochmals die bereits angesprochene Regelung des Bremischen Polizeigesetzes zum polizeilichen Tode-schuss erwähnt werden, die direkt im Anschluss das Grundrecht auf Leben als eingeschränkt zitiert<sup>67</sup>.

#### IV. Rechtsfolge eines Verstoßes

Nach einer - als ganz herrschend zu bezeichnenden - Meinung ist einzig adäquate Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 19 I, S. 2 GG die Nichtigkeit des betreffenden Gesetzes<sup>68</sup>. Dies entspricht auch der Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes<sup>69</sup>.

Nur ganz vereinzelt wurde hiergegen Widerstand bekundet. F. Klein behauptete, es handle sich um eine bloße Sollvorschrift<sup>70</sup>. Ansonsten wäre der Gesetzgeber unnötig behindert, da auch dann ein Gesetz unwirksam wäre, wenn es materiell mit der Verfassung vereinbar sei, der Gesetzgeber aber nicht an das Zitiergebot gedacht habe.

Stern<sup>71</sup> möchte Art. 19 I, S. 2 GG als Rechtsfolge nur Appellcharakter zuweisen. Konsequenz hieraus wäre, dass das Bundesverfassungsgericht den Verstoß feststellt und der Gesetzgeber eine Frist erhält, den Fehler zu beheben. So würden die Funktionen des Zitiergebots, wenn auch erst im zweiten Anlauf, erfüllt.

<sup>67</sup> § 46 II, S. 2 PolGBrem.

<sup>68</sup> Jarass, in: J/P, GG, Art. 19, Rn. 2; Krüger/Sachs, in: Sachs, GG, Art. 19, Rn. 32; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 19 I, Rn. 17; Menger, in: BK, GG, Art. 19 I, S. 2, Rn. 145; Bethge, DVBl 72, 365; Röhl, AöR 81 (1956), 213; Stein/Frank, StR, S. 239; Ipsen, StR, Rn. 190; Krebs, in: Mü/K, GG, Art. 19, Rn. 18; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 19, Rn. 6.

<sup>69</sup> BVerfGE 5, 13 (15 f.).

<sup>70</sup> Klein, in: M/K, GG (2. Auflage), Art. 19, IV., S. 547 f.

Gegen die Annahme einer Sollvorschrift bestehen bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift erhebliche Bedenken. Hiernach „muß“ das Gesetz das Grundrecht nennen. Um von diesem klaren Wortlaut abzuweichen, wenn dies überhaupt mit dem möglichen Wortsinn als äußerster Grenze der Auslegung vereinbar wäre, werden keine überzeugenden Argumente vorgetragen. Insbesondere trägt der Verweis auf die unnötige Behinderung des Gesetzgebers nicht, da dieser im Grundrechtsbereich handelt, der ihn, was gerade der Warnfunktion entspricht, zu besonderer Sensibilität und Sorgfalt anhalten soll. Außerdem wurden diese Bedenken bereits durch von Mangoldt im Rahmen der Erörterung zum Erlass des Grundgesetzes vorgetragen und trotzdem kam das Zitiergebot mit der bestehenden Formulierung zustande. Somit spricht auch die Genese des Zitiergebots für die auch hier vertretene, herrschende Auffassung.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass es in Anbetracht der Tatsache, dass die Grundrechte die elementarsten Normen unserer Rechtsordnung sind, angemessen erscheint, rechtswidrige staatliche Eingriffe in diese Rechte mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit zu ahnden.

Somit führt jeder Verstoß gegen das Zitiergebot nach zutreffender Auffassung zur Nichtigkeit des Gesetzes.

<sup>71</sup> Stern, StR, III/2, S. 760.



**PROF. DR. OTFRIED SEEWALD**

*Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Sozialrecht*

# **POLIZEI- UND** **SICHERHEITSRECHT**

**EIN GEMEINSCHAFTS-SKRIPT**

## **I n h a l t**

<b>A.</b>	<b>Vorwort</b>	<b>S. 2</b>
<b>B.</b>	<b>Schrifttum</b>	<b>S. 3 - 6</b>
<b>C.</b>	<b>Prüfungsschema „Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (Bayern)“</b>	<b>S. 7 - 13</b>
<b>D.</b>	<b>Übersichten</b>	<b>S. 14 - 22</b>
<b>E.</b>	<b>Exkurs: Polizei und Grundrechte</b>	<b>S. 23 - 26</b>
<b>F.</b>	<b>Ausführungen zu den einzelnen Abschnitten des Prüfungsschemas</b>	<b>S. 27 - 307</b>

## A. Vorwort

Dieses Skript ist ein Ergebnis unseres Seminars „Grundprobleme des Polizei- und Sicherheitsrechts“, das im Wintersemester 1995/96 an der Universität Passau stattgefunden hat.

Die **Abfolge der Beiträge** ist im Wesentlichen entsprechend **einem Schema „Prüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (Bayern)“** gegliedert. Dieses Prüfungsschema, das nachfolgend abgedruckt ist, ist als Anleitung zur Prüfung sowohl polizei- als auch sicherheitsrechtlicher Maßnahmen entwickelt worden.

Nicht alle Prüfungspunkte sind durch einen Beitrag belegt - entweder weil sich kein Referent gefunden hat oder ein Referent kurzfristig „abgesprungen“ ist (insoweit sind lediglich Literaturhinweise sowie ggf. Hinweise auf einschlägige Fälle gegeben, die Kati Richter gefertigt hat) - oder weil die diesbezüglichen Probleme bereits in anderen Beiträgen abgehandelt worden sind.

Wir haben uns bemüht, ein Skript zu fertigen, das für jedermann (mit Interesse am Polizeirecht) hilfreich sein kann und sowohl Kenntnisse als auch Hinweise zur Lösung von Fällen vermittelt. Für den Inhalt der einzelnen Beiträge, an denen i.d.R. nur unwesentliche Änderungen, vor allem redaktioneller Art, vorgenommen worden sind, ist jeder Verfasser selbst verantwortlich; auch aus diesem Grunde sind in dem nachfolgend abgedruckten Prüfungsschema die Verfasser kenntlich gemacht.

<i>Abt, Boris</i>	<i>Piehler, Andreas</i>
<i>Achatz, Kerstin</i>	<i>Ramsauer, Siegfried</i>
<i>Antlsperger, Daniela</i>	<i>Reischl, Andrea</i>
<i>Bittler, Susanne</i>	<i>Riedi, Andrea</i>
<i>Geiger, Tamara</i>	<i>Schmidbauer, Michaela</i>
<i>Görlich, Peter</i>	<i>Schriever, Jan</i>
<i>Heitzer, Thomas</i>	<i>Schunke, Tim</i>
<i>Hillinghäuser, Andreas</i>	<i>Seewald, Otfried</i>
<i>Jaworski, Thomas</i>	<i>Thulke, Carola</i>
<i>Klapprott, Christina</i>	<i>Trusheim, Anja</i>
<i>Laroche, Nicola</i>	<i>Volkman, Anja,</i>
<i>Leiers, Anja</i>	<i>Zellner, Veronika</i>
<i>Ötvös, Anita</i>	

## B. Schrifttum

### I. Lehrbücher

#### 1. Allgemein

- Drews/Wacke/Vogel/Martens**, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986  
31/PN 355 G 299 (9)
- K.-H.Friauf**, Polizei- und Ordnungsrecht, in: v.Münch (ab 11. Aufl.: Badura u.a.):  
Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1994, S. 106 ff. -  
31/PN 280 B 556 (10);  
11. Aufl. 1995, S. 101 ff. 31/PN 280 B 556 (11)  
13. Aufl. 2005, A 121 ff. 31/PN 280 B 556 (13)
- V. Götz**, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 1993  
31/PN 355 G 611 (11)
- Gusy**, Polizeirecht, 6. Aufl. 2006 304/PN 355 G 982 (6)
- Habermehl**, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 1993  
31/PN 355 H 114 (2)
- Hansen-Dix**, Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen  
Sicherheitsrecht, 1982 31/PN 356 H 249
- Lisken/Denninger** (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4 Aufl. 2007  
31/PN 355 L 769 (4)
- R. Riegel**, Polizei- und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1981  
31/PN 355 R 554
- W.-R. Schenke**, Polizei- und Ordnungsrecht, in: U. Steiner: Besonderes Verwal-  
tungsrecht, 8. Aufl. 2006, S. 171 ff. 31/PN 280 A 747 (8)
- W.-R. Schenke**, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007  
31/PN 355 S 324 (5)
- D. Schipper**, Gefahrenabwehr und Zwangsmittel der Polizei (Grundriß Allg. Verwal-  
tungsrecht und Polizeirecht), 1981 31/PN 355 S 336 G 2
- Scholler/Schloer**, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepub-  
lik Deutschland, 4. Aufl. 1993 31/PN 355 S 358 (4)
- Pieroth/Schlink/Kniesel**, Polizei und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007  
31/PN 355 P619 (4)
- Wolff, Verwaltungsrecht II**, 6 Aufl. 2000 31/PN 225 W 855 (6)
- Wolff/Bachof**, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl. 2004 31/PN 225 W 855 (5)
- Th. Würtenberger**, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Achterberg/ Püttner, Besonderes  
Verwaltungsrecht, Bd. II 1992, S. 329 ff. 31/PN 280 A 179-2
- Lambiris**, Klassische Standardbefugnisse im Polizeirecht, 2002 31/PN 356 L 224
- Honigl**, Tätigwerden von Privaten auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und  
Ordnung, 1985 00/PN 717 H 773

## **2. Bayern**

- H.-U. Gallwas/W. Mößle**, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 3: Aufl. 2004  
31/PN 358 G 177 (4)
- L. Knemeyer**, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2007  
17/PN 355 K 68 (11)
- H.-G. König**, Bayerisches Polizeirecht, 2. Aufl. 1985  
31/PN 358 K 78 (2)
- Scholz/Decker**, Bayerisches Sicherheits- und Polizeirecht, 7. Aufl. 1994  
31/PN 358 S 368 (7)
- Becker/Heckmann/Kempen/Mansen**, Öffentliches Recht in Bayern, 3. Aufl. 2005  
31/PN 280 B 396 (3)

## **3. Nordrhein-Westfalen**

- A. Dietel/K. Gintzel**, Allgemeines Verwaltungs- und Polizeirecht für Nordrhein-Westfalen, 10. Aufl. 1982  
31/PN 367 D 565 (10)
- W. Oetelshoven**, Polizei- und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen,  
3. Aufl. 1977  
00/PN 367 O 29 (3)
- E. Schleberger**, Das Ordnungs- und Polizeirecht des Landes Nordrhein-Westfalen,  
4. Aufl. 1976  
00/PN 367 S 339 (4)
- P.J. Tettinger**, Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 9. Aufl. 2007  
31/PN 280 T 348 (9)

## **4. Berlin**

- G. Berg/K.-E. Hein**, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht für Berlin,  
6. Aufl. 1990  
31/PN 362 B 493 (6)
- K.-H. Schumann**, Grundriß des Polizei- und Ordnungsrechts (Berliner ASOG, VwVG, UZwG, MEPolG), 1978  
00/PN 362 S 392

## **5. Niedersachsen**

- Saipa**, Polizeirecht, in: Faber/Schneider, Niedersächsisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1985, S. 350 ff.  
00/PL 454 F 115

# **II. Kommentare**

## **1. Bayern**

- K. Bendl/E. Emmerig**, Bayerisches Landesstraf- und Verordnungs-  
gesetz, 1957  
31/PN 358 B 466 B 3

- Bengl/Berner/Emmerig**, Bay LStVG, 5. Aufl. 1983, Loseblatt,  
31/PN 358 B 466-1
- G. Berner/G.M. Köhler**, Polizeiaufgabengesetz, 18. Aufl. 2006  
31/PN 357 B 525 (18)
- E. Emmerig**, Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz (Handkommentar),  
8. Aufl. 1979 00/PN 380 E 54-1
- Käüb/Rösch**, Bayerisches Landesstrafrecht-LStVG, 2. Aufl. 1961  
00/PN 358 K 11 (2)
- R. Samper/Honnacker**, Polizeiorganisationsgesetz - POG, 6. Aufl. 1998  
(Taschenkommentar) 31/PN 380 S 192 (6)
- Honnacker/Beinhofer**, Polizeiaufgabengesetz - PAG, 18. Aufl. 2004  
31/PN 357 S 194 (18)
- Schiedermaier/König**, Landesstraf- und Verordnungsgesetz  
31/PN 357 S 332
- Schmidbauer/Steiner**, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisations-  
gesetz, 2. Aufl. 2006 31/PN 357 S 348 (2)
- Meder**, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Handkommentar, 4 Aufl. 1992  
31/PL 430 M 488 (4)

## **2. Baden-Württemberg**

- Reiff/Wöhrle/Wolf**, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 5. Aufl. 1999  
302/PN 361 R 361 (5)
- E. Rheinwald/Kloesel**, Polizeigesetz für das Land Baden-Württemberg und Landes-  
verwaltungsvollstreckungsgesetz (erläuterte Textausgabe), 5. Aufl. 1975  
00/PN 361 R 469 (5)
- Wöhrle/Belz**, Polizeigesetz für Baden-Württemberg (Taschenkommentar),  
6. Aufl. 2001 302/PN 361 W 843 (6)

## **3. Nordrhein-Westfalen**

- G. Heise**, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen (Taschenkommentar),  
6. Aufl. 1987 00/PN 367 H 473 (6)
- N. Klapper**, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen - Text und Kommentar,  
2. Aufl. 1980 31/PN 367 K 63 (2)
- R. Riegel**, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen - POG mit Erläuterungen  
(Kurzkomentar), 1980 31/PN 367, R 554

## **4. Hessen**

- Groß**, Hessisches Gesetz für die öffentliche Sicherheit und Ordnung  
(HSOG), 1979 (Kurzkomentar) 00/PN 365 G 878

**K. Meixner**, Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges (Taschenkommentar), 5. Aufl. 1993  
00/PN 365 M 515 (5)

**Bernet/Gross**, Polizeirecht in Hessen, Stand 1985 (Loseblatt)

### III. Fallsammlungen u.ä.

**Gornig/Jahn**, Fälle zum Sicherheits- und Polizeirecht, 3. Aufl. 2006 (Jus-Schriftenreihe)  
31/PN 355 G 671 (3)

**Knemeyer**, Prüfe dein Wissen. Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2003  
31/PN 358 K 68P7 (3)

**Prümm/Thiess**, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht - Fälle mit Lösungen, 2. Aufl. 1994  
00/PN 362 P 971

**Schoch**, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, Jus-Schriftenreihe, Jus 1994, S. 391 ff., S. 479 ff., S. 570 ff., S. 667 ff. S. 754 ff., S. 849 ff., S. 932 ff., S. 1026 ff.; Jus 1995, S. 30 ff., S. 215 ff., S. 307 ff.

**Seidel/Römer/Möstel**, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2007  
31/PN 280 S 458 (3)

**Becker**, Klausurenbuch Öffentliches Recht in Bayern, 2006  
31/PN 280 B 396 K6

### IV. Sonstiges

**Bender**, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981  
31/PN 278 B 458 (3)

**Bracher**, Gefahrenabwehr durch Private, 1987  
00/PN 356 B 796

**Büllebach**, Die öffentlich-rechtliche Verwahrung, 1994  
31/PN 244 B 92802

**Dietel/Gintzel/Kniesel**, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl. 2005  
304/PN 403 D 565 (14)

**König**, Polizei und Datenschutz in Bayern, 1993  
302/PZ 4700 K 78

**Krüger**, Versammlungsrecht, 1994  
31/PN 403 K94

**Mahlberg**, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, 1988  
00/PN 717 M 214

**Ossenbühl**, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998  
31/PN 278 O84 (5)

**Ott**, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, 6. Aufl. 1996  
31/PN 403 O89 (6)

**Schenke**, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2003  
31/PN 942 5 324 (10)

## C. Prüfungsschema

### „Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (Bayern)“

#### Vorüberlegungen

Vorüberlegungen hinsichtlich der getroffenen Maßnahmen (Entscheidung, Vorgehen)

- welche Behörde ist tätig geworden?
- betroffener Lebensbereich, Personen, Sachen, Institutionen (Schutzgüter)
- tatsächliche Auswirkungen der Maßnahme (Beeinträchtigungen; Vergünstigungen)

Vorüberlegungen hinsichtlich der in Betracht kommenden Aufgabenzuweisungsnormen und Ermächtigungsgrundlage(n)

- Aufgabenzuweisung und Spezialermächtigung außerhalb des PAG und LStVG (z.B. § 10 BSeuchG, § 15 VersammlG, Art. 81, 82 BayBO)
- Spezialermächtigung und Aufgabenzuweisung innerhalb des PAG oder LStVG (für sog. Standardmaßnahmen: Art. 12 - 48 PAG, Art. 12 - 41 LStVG); insb. auch Rechtsverordnungen als Ermächtigung für sog. unselbständige Verfügungen
- Polizeiliche - oder eingeschränkt ordnungsbehördliche - Generalklausel (Art. 11 PAG; Art. 7 Abs. 2 LStVG)

<b>I.</b>	<b>Darstellung des Problems; Hinweis auf die zu prüfende(n) Rechtsgrundlage(n)</b>	<b>27</b>
	<i>SEEWALD</i>	
<b>II.</b>	<b>Zuständigkeit</b>	<b>27</b>
	<b>1. Handeln der Polizei (im formellen/institutionellen Sinn, vgl. Art. 1 PAG, POG), oder Sicherheitsbehörde (Art. 6 Abs. 1 LStVG) - SEEWALD</b>	<b>27</b>
	<b>2. Sachliche Zuständigkeit; Aufgaben (Art. 2 PAG oder Art. 7 LStVG)</b>	<b>31</b>
	a) <b>Art. 2 Abs. 4 PAG (z.B. § 163 Abs. 1 StPO, § 53 OWiG, Art. 7 AG VersammlG, Art. 7 Abs. 3 LStVG) - SEEWALD</b>	<b>31</b>
	b) <b>Amtshilfe (Art. 35 I GG, Art. 9 POG, Art. 4-8VwVfG) - PIEHLER</b>	<b>38</b>
	c) <b>Vollzugshilfe (Art. 2 III, 50 - 52 PAG) - PIEHLER</b>	<b>43</b>
	d) <b>Art. 2 Abs. 1 PAG</b>	<b>47</b>
	<b>(1) Ist die „öffentliche Sicherheit“ betroffen? - JAWORSKI</b>	<b>47</b>
	(a) <b>Vorliegen der speziell definierten Gefahrenlagen das Art. 11 Abs. 2 PAG (Art. 7 Abs. 2, 5 LStVG)</b>	<b>47</b>
	(b) <b>(ggf.) Definition und Subsumtion „öffentliche Sicherheit“ gem. Art. 11 Abs. 1 PAG (keine genaue Entsprechung in LStVG!)</b>	<b>48</b>

(2)	Nur PAG: Ist die „öffentliche Ordnung“ betroffen (insb. dann zu prüfen, wenn „öffentliche Sicherheit“ nicht betroffen ist)? - <i>TRUSHEIM</i>	60
(3)	Liegt eine „Störung“ eines dieser (oder beider) „polizeilichen“ Schutzgüter vor?	75
(4)	Liegt (ggf. zusätzlich) eine („im einzelnen Fall bestehende“) Gefahr vor?	75
(5)	(Ggf.) Verdacht einer Gefahr? Anscheinsgefahr? Scheingefahr? - <i>ANTLSPERGER</i>	76
(6)	Abstrakte („allgemein bestehende“) Gefahr, insb. auch für VOen gem. LStVG (Art. 12 ff., 42 ff.)	87
e)	Art. 2 Abs. 2 PAG	87
f)	Art. 3 PAG; Art. 10 LStVG (Zusammenwirken der Gefahrenabwehrbehörden) - <i>VOLKMANN</i>	88
(1)	Verhältnis der Polizei zu den allgemeinen Sicherheitsbehörden	88
(2)	Zusammenwirken innerhalb der allgemeinen Sicherheitsbehörden	99
(3)	Verhältnis zu den Sonderbehörden	101
g)	Zuständigkeit bei polizeiwidrigem Verhalten anderer (u.U. „polizeipflichtiger“) Hoheitsträger? - <i>SEEWALD</i>	103
3.	Örtliche Zuständigkeit (Art. 3, 4 POG; Art. 6 LStVG und Spezialregelungen)	109
III.	Formelle Voraussetzungen von „Polizei-Verfügungen“ Art. 37 Abs. 2 bayVwVfG	109
IV.	Wirksamkeit (Art. 41, 43 ff. bayVwVfG; §§ 80, 123 VwGO)	110
V.	Weitere Voraussetzungen des bayVwVfG - <i>SEEWALD</i>	111
1.	Anhörung, Art. 28	111
2.	Bestimmtheit, Art. 37 BayVwVfG	111
3.	Begründung, Art. 39 (VwVfG)	112
VI.	Voraussetzungen der Befugnisnormen (§§ 11 ff. PAG; §§ 7 ff. LStVG)	114
1.	Außerhalb des PAG (Art. 11 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 4) oder des	115



	<b>LStVG (Art. 7 Abs. 1, Abs. 2, 1.HS) - KLAPPROTT</b>	
<b>2.</b>	<b>Spezielle Befugnisnormen</b>	<b>125</b>
a)	im PAG (Art. 12 - 29) - <i>RIEDI</i>	125
b)	im LStVG (Art. 12 ff.) - <i>SCHRIEVER</i>	153
<b>3.</b>	<b>Polizeiliche (sicherheitsrechtliche) Generalklausel (Art. 11 Abs. 1 PAG; Art. 7 Abs. 2 LStVG) - auch i.V.m. spezialgesetzlicher Aufgabenzuweisung (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG)</b>	<b>164</b>
	Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklausel (s.o. II.1.d) insb. Vorliegen einer konkreten, „im einzelnen Fall bestehenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 1 PAG, Art. 7 Abs. 2 LStVG: „für den Einzelfall“)	
<b>VII.</b>	<b>Fehlerfreie Ausübung des sog. Entschließungsermessens? (Art. 5 Abs. 1 PAG, § 40 VwVfG) - ACHATZ</b>	<b>165</b>
1.	Opportunitätsprinzip	165
2.	Ggf. Anspruch auf polizeiliches Einschreiten (bei diesbezüglicher „Ermessensschumpfung“)	172
<b>VIII.</b>	<b>„Richtung des polizeilichen Handelns“ - richtiger Adressat (insb.: verantwortlicher „Störer“)</b>	<b>176</b>
1.	Bei speziellen Befugnisnormen (außerhalb des PAG oder bei „Standardmaßnahmen“ gem. Art. 12 - 29): Adressat ergibt sich regelmäßig aus der jeweiligen Befugnisnorm - vgl. dazu oben <i>KLAPPROTT</i> (VI.1.) und <i>RIEDI</i> (VI.2.a.)	176
2.	„Störer“ bei Maßnahmen nach Art. 11 PAG und Art. 7 Abs. 2 LStVG	176
a)	Verhaltensstörer („Handlungsstörer“) (Art. 7 PAG; Art. 9 Abs. 1 LStVG) - <i>ABT</i>	178
b)	Zustandsstörer (Art. 8 PAG; Art. 9 Abs. 2 LStVG) - <i>ABT</i>	182
c)	„Unmittelbare Ausführung“ der Maßnahme (Art. 9 PAG) - <i>BITTLER</i>	185
d)	Nichtstörer (sog. polizeilicher Notstand) (Art. 10 PAG; Art. 9 Abs. 3 LStVG; vgl. dazu Art. 70 Abs. 1 PAG, Art. 11 LStVG: u.U. Aufopferrungsanspruch) - <i>ABT</i>	189
e)	Auswahl unter mehreren Störern; Auswahlermessen (Art. 8 Abs. 2, 3, 10 Abs. 1; § 40 VwVfG) - <i>BITTLER</i>	191
f)	Einschreiten gegen Rechtsnachfolger - <i>BITTLER</i>	195
<b>IX.</b>	<b>Wahl des richtigen Mittels („angemessener Umfang des Eingriffs“); Auswahlermessen</b>	<b>200</b>

1.	Bestimmung eines „möglichen“ Mittels (Art. 4 Abs. 1 PAG; Art. 8 Abs. 1 LStVG)	200
2.	Bestimmung eines „geeigneten“, „zweckmäßigen“ Mittels (Art. 4 Abs. 1 - vgl. auch Abs. 3 - PAG; Art. 8 Abs. 1, 3 LStVG)	200
3.	Erforderlichkeit der Maßnahme (Art. 4 Abs. 1 PAG; Art. 8 Abs. 1 LStVG)	200
4.	Maßnahmedauer (Art. 4 Abs. 3 PAG)	201
5.	Verhältnismäßigkeit (i.e.S., „Angemessenheit“, „Zumutbarkeit“) (Art. 4 Abs. 2 PAG; Art. 8 Abs. 2 LStVG) - <i>GEIGER</i>	201
6.	Austauschmittel (Art. 5 Abs. 2 S. 2 PAG) - <i>GEIGER</i>	206
X.	Insb.: Beachtung der Voraussetzungen des polizeirechtlichen Datenschutzes (Art. 30 - 49 PAG; BayDSG)	208
1.	Datenerhebung	208
a)	Allgemeine Anforderungen (Art. 30, 31 PAG) - <i>ZELLNER</i>	208
b)	Besondere Anforderungen (Art. 33 - 36 PAG)	210
aa)	Lauschangriff (Art. 34 PAG) - <i>ZELLNER</i>	210
bb)	Die besonderen Mittel der Datenerhebung (Art. 33 I) - <i>LAROCHE</i>	214
cc)	Einsatz Verdeckter Ermittler (Art. 35 PAG) - <i>LAROCHE</i>	218
dd)	Polizeiliche Beobachtung (Art. 36 PAG) - <i>LAROCHE</i>	221
2.	Datenverarbeitung - <i>RAMSAUER</i>	224
a)	Allgemeine Regeln der Datenspeicherung, Datenveränderung und Datennutzung (Art. 37) - <i>RAMSAUER</i>	224
b)	Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten (Art. 38 PAG)	224
c)	Die allgemeinen Regeln der Datenübermittlung (Art. 39) - <i>RAMSAUER</i>	226
d)	Datenübermittlung innerhalb des öffentlichen Bereichs (Art. 40) - <i>RAMSAUER</i>	226
e)	Datenübermittlung an Personen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs (Art. 41 PAG) - <i>RAMSAUER</i>	227
f)	Datenübermittlung an die Polizei (Art. 42) - <i>RAMSAUER</i>	228
g)	Datenabgleich innerhalb der Polizei (Art. 43) - <i>RAMSAUER</i>	229

h)	Rasterfahndung (Art. 44) - <i>RAMSAUER</i>	229
i)	Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten (Art. 45) - <i>RAMSAUER</i>	230
k)	Automatisiertes Abrufverfahren (Art. 46) - <i>RAMSAUER</i>	231
l)	Errichtungsanordnung für Dateien (Art. 47) - <i>RAMSAUER</i>	232
m)	Auskunftsrecht (Art. 48) - <i>RAMSAUER</i>	232
<b>XI.</b>	<b>Vorliegen der besonderen Voraussetzungen bei zwangsweiser Durchsetzung einer polizeilichen Maßnahme (Art. 53 ff. PAG) - <i>GÖRLICH</i></b>	<b>234</b>
1.	Vorliegen und Rechtmäßigkeit eines durchzusetzenden VA (der „Primär- maßnahme“)? - <i>GÖRLICH</i>	236
2.	Andauernde Gefahr- <i>GÖRLICH</i>	239
3.	Notwendigkeit der Zwangsanwendung- <i>GÖRLICH</i>	239
4.	Unanfechtbarkeit der Maßnahme oder fehlende aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels (Art. 53 PAG) - <i>GÖRLICH</i>	241
5.	Androhung der Zwangsanwendung (Art. 59, 64 PAG) - <i>GÖRLICH</i>	242
6.	Anwendung (Art. 37 VwZVG) - <i>GÖRLICH</i>	247
7.	Fristsetzung (Art. 59 I PAG) - <i>GÖRLICH</i>	247
8.	Spezielle Zulässigkeitsvoraussetzungen des eingesetzten Zwangsmittels	251
a)	Ersatzvornahme (Art. 55 PAG)	251
b)	Zwangsgeld einschl. Ersatzzwangshaft (Art. 56, 57 PAG)	251
c)	Unmittelbarer Zwang (Art. 58, 61 PAG)	251
9.	Beachtung der Maßstäbe für polizeiliches Handeln (Art. 4 PAG)	252
10.	Besondere Vorschriften für die Art und Weise der Anwendung unmittel- baren Zwangs (Art. 61 ff. PAG)	252
<b>XII.</b>	<b>Entschädigungs-, Ersatz- und Erstattungsansprüche (Art. 49 - 52 PAG)</b>	<b>253</b>
1.	Ansprüche des Bürgers	253
a)	Entschädigungsansprüche des Störers - <i>THULKE</i>	253
b)	Entschädigungsansprüche des Nichtstörers, Art. 70 PAG - <i>THULKE</i>	259
c)	Entschädigungsansprüche unbeteiligter Dritter, Art. 70 II i.V.m. Art. 70 III ff. - <i>THULKE</i>	261

d) Schadensersatz - <i>ÖTVÖS</i>	262
e) Haftung für („positive“) Forderungsverletzung - <i>ÖTVÖS</i>	264
f) Folgenbeseitigung - <i>ÖTVÖS</i>	264
2. Ansprüche des Polizeiträgers	266
a) bei Ersatzvornahme - <i>REISCHL</i>	269
b) bei unmittelbarem Zwang - <i>REISCHL</i>	270
c) bei unmittelbarer Ausführung	274

**Besonderheiten beim Vorliegen von Rechtsverordnungen im Bereich des „Polizei- und Sicherheitsrechts“ (nicht gem. PAG)**

<b>XIII. Vereinbarkeit einer Maßnahme (insb. VA) mit der Rechtsverordnung</b>	<b>275</b>
1. Zuständigkeit (z.B. Art. 43 LStVG); Form; Verfahren (des VA)	275
2. Vorliegen der Tatbestands-(Handlungs-)Voraussetzungen der RechtsVO <u>beachte:</u> sog. unselbständige Verfügung - Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht erforderlich (str.)	275
3. Beachtung der allgemeinen Handlungsmaßstäbe (LStVG; PAG entsprechend)	275
<b>XIV. Prüfung der Rechtsverordnung</b>	<b>276</b>
Allgemeines - <i>SCHMIDBAUER</i>	276
Zuständigkeitsprobleme - <i>HEITZER</i>	278
1. Sachliche Zuständigkeit (z.B. Art. 43 LStVG); Form; Verfahren (des VA)	278
a) Spezielle Zuweisungs-/Ermächtigungsnormen	278
b) Allgemeine Zuweisungs-/Ermächtigungsnormen gem. Art.12 ff. LStVG	278
c) Pflicht zum Erlaß von Rechtsverordnungen gem. Art. 46 I LStVG	281
2. Örtliche Zuständigkeit	282
3. Instanzielle Zuständigkeit (Art. 44 LStVG)	283
4. Organzuständigkeit	284

5.	<b>„Formelle“ Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen - <i>SCHMIDBAUER</i></b>	<b>285</b>
	<b>Angabe der Rechtsgrundlage Art. 45 Abs. 2 LStVG und weitere Voraussetzungen gem. Art. 46 ff. LStVG</b>	
a)	<b>Verfahren, Art. 47 LStVG („Vorlage und Genehmigung“)</b>	<b>285</b>
b)	<b>Form, Art. 45 II LStVG</b>	<b>286</b>
c)	<b>Inhaltliche Bestimmtheit</b>	<b>286</b>
d)	<b>Amtliche Bekanntmachung, Art. 51 LStVG</b>	<b>287</b>
6.	<b>Vereinbarkeit der VO mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage</b>	<b>289</b>
a)	<b>Insb. Vorliegen einer Störung oder (abstrakten) Gefahr (falls nicht bereits bei XIV. 1. geprüft) - <i>SCHMIDBAUER</i></b>	<b>289</b>
b)	<b>Beachtung der Grundsätze des „Übermaßverbotes“ - <i>LEIERS</i></b>	<b>296</b>
c)	<b>Dauer der Maßnahme - <i>LEIERS</i></b>	<b>300</b>
d)	<b>Richtung der Maßnahme - <i>LEIERS</i></b>	<b>300</b>
e)	<b>Anwendbarkeit von Art. 10 - <i>LEIERS</i></b>	<b>301</b>
7.	<b>Vereinbarkeit mit sonstigen Rechtsvorschriften (Bundesrecht, insb. auch Verfassungsrecht; Landesrecht)</b>	<b>301</b>
XV.	<b>Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlagen für die Rechtsverordnung</b>	<b>302</b>
	<b><i>HILLINGHÄUSER</i></b>	
1.	<b>Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage</b>	<b>302</b>
2.	<b>Quellen für Verordnungsermächtigungen</b>	<b>303</b>
3.	<b>Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage</b>	<b>303</b>
4.	<b>Rechtsschutzmöglichkeiten bzgl. rechtswidriger Verordnungsermächtigungen</b>	<b>306</b>

## D. Übersichten

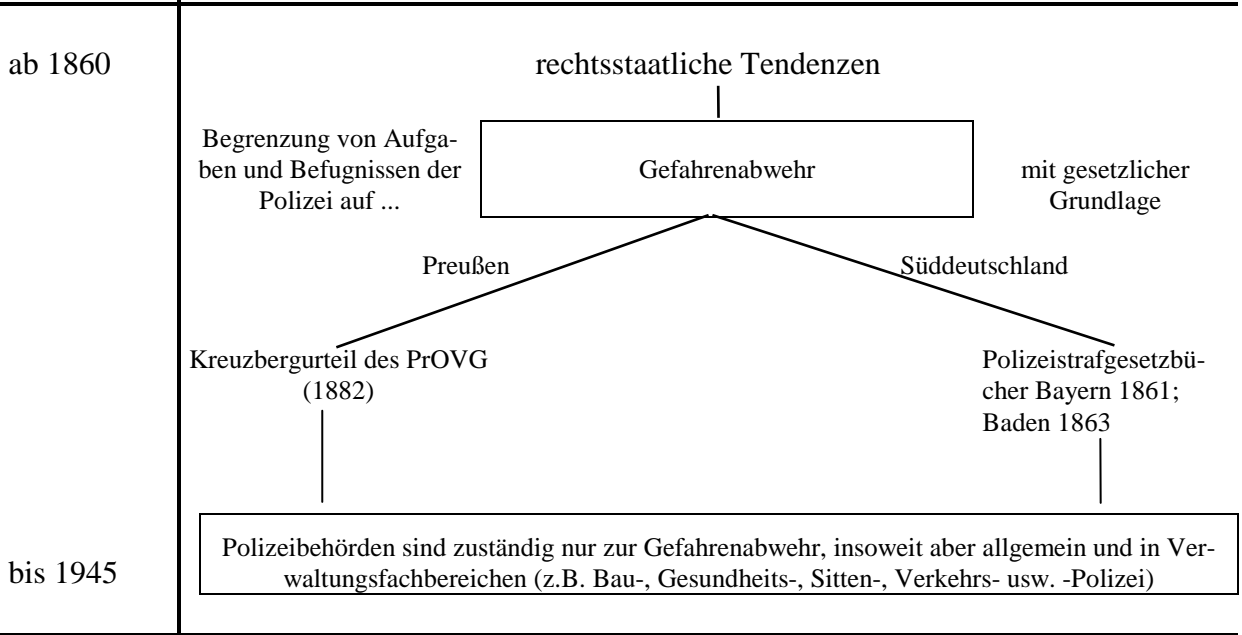
- ◆ Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechts
- ◆ Organisation („Gliederung“) der bayerischen Polizei (nach POG)
- ◆ Organisationsplan des Bayer. Staatsministeriums des Innern
- ◆ Staatliche Behördenorganisation in Bayern
- ◆ (materiell polizeiliche) Zuständigkeiten im Bereich der Gefahrenabwehr
- ◆ LStVG als Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz
- ◆ LStVG als Polizeigesetz

(weitere Übersichten bei den einzelnen Prüfungsabschnitten)

## Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechts

Daten				
nach 1400	<p style="text-align: center;">Polizei = gesamte Staatsverwaltung (nicht normiertes) Recht des Landesherrn zur Ordnung des Gemeinwesens (ius politiae); damit <u>Abschaffung des Selbsthilferechts der Bürger</u> (auch des Fehderechts)</p>			
1530	<p>Reichstag von Augsburg: Reichspolizeiverordnung</p>			
ab 1600	<p>↓</p>			
1773	<p style="text-align: center;">Moser: Von der Landeshoheit in Polizeisachen - „<u>Beförderung der äußeren Glückseligkeit der Untertanen</u>“</p>			
Ende 18. Jahrhundert	<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="text-align: center; width: 50%; padding: 5px;"> <p>Trennung: <u>Sicherheitspolizei und Wohlfahrtspolizei</u></p> </td> <td style="width: 10%; text-align: center; padding: 5px;"> <p>↓</p> </td> <td style="text-align: center; width: 40%; padding: 5px;"> <p>Verselbständigung der Finanz-, Justiz-, Militärverwaltung und der Diplomatie (auswärtige Angelegenheiten)</p> </td> </tr> </table>	<p>Trennung: <u>Sicherheitspolizei und Wohlfahrtspolizei</u></p>	<p>↓</p>	<p>Verselbständigung der Finanz-, Justiz-, Militärverwaltung und der Diplomatie (auswärtige Angelegenheiten)</p>
<p>Trennung: <u>Sicherheitspolizei und Wohlfahrtspolizei</u></p>	<p>↓</p>	<p>Verselbständigung der Finanz-, Justiz-, Militärverwaltung und der Diplomatie (auswärtige Angelegenheiten)</p>		
1770	<p>Aufklärung</p>			
1770	<p style="text-align: center;">Joh. Stephan Pütter: Aufgabe der Polizei nur Abwehr zukünftiger Übel</p>			
1794	<p style="text-align: center;">Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten § 10 Teil II Titel 17 (Karl Gottlieb Svarez): „<u>Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Rechte, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der vom Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.</u>“</p>			
bis 1860	<p style="text-align: center;">Restauration</p> <p style="text-align: center;">(Begrenzung auf Gefahrenabwehr gem. ALR setzt sich nicht durch)</p> <p style="text-align: center;">Allgemeine <u>Wohlfahrtsverwaltung und Gefahrenabwehr</u> als Aufgaben der Polizei</p> <p style="text-align: center;">Beispiele</p>			

1808	<p>VO über die verbesserte Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden: Gefahrenabwehr und allgemeine Wohlfahrt einschließlich z.B. Volksbildung</p> <p>§ 50 Geschäftsinstruktion zu dieser VO: Polizeigewalt nicht nur Abwehr von Gefahren, sondern Mehrung und Erhaltung der allgemeinen Wohlfahrt</p>
1850	<p>pr Gesetz über die Polizeiverwaltung: Gebiet der Polizei ist ein fast Unbegrenztes; Rest oder notwendiges Komplement der übrigen Zweige der Staatsgewalt</p>



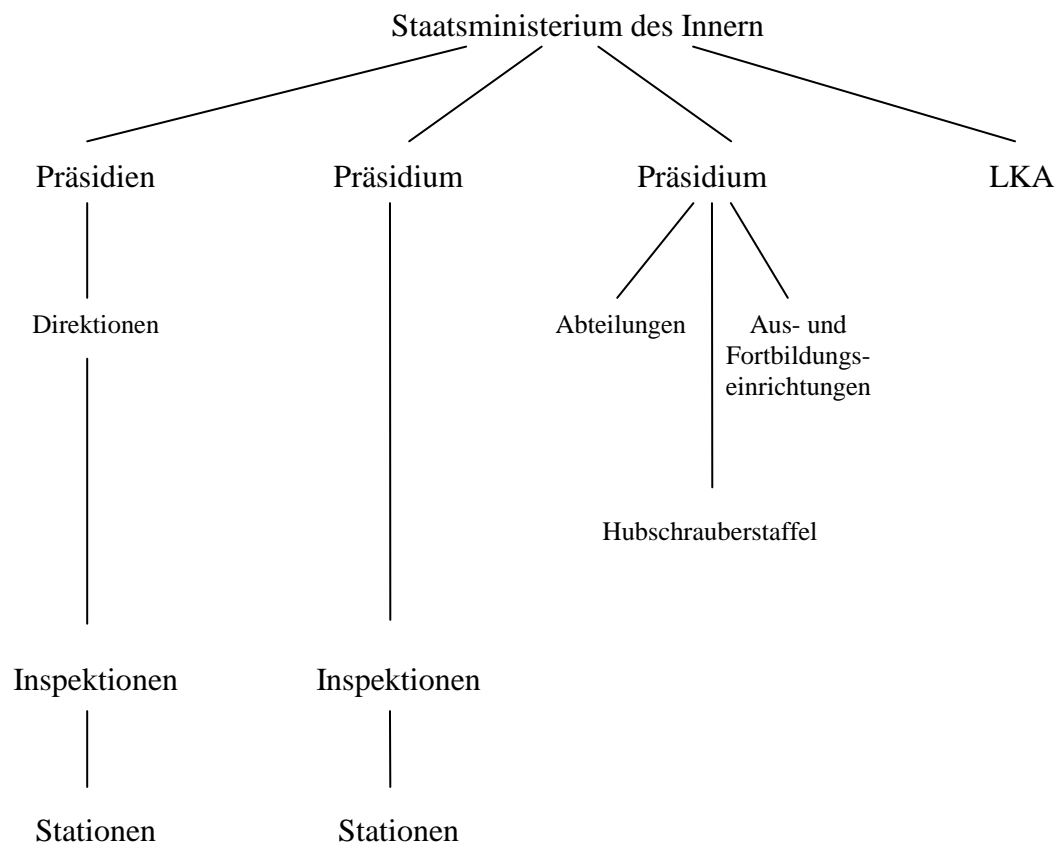
ab 1949	Berlin, Brand., Hamburg, Hessen, Nieders., NW, Schl.Holst.	Bad.-Wü., Bremen, Rh.-Pfalz, Saar, M-V, SaAnh	Bayern			
	Ordnungsbehörden	Polizei	Verw. Polizei	Vollzugs-polizei	Sicherheitsbehörden	Polizei
	Generalklausel		Generalklausel		thematisch beschränkte Generalklausel und Einzelermächtigungen	Generalklausel und Einzelermächtigungen (PAG)



## Organisation („Gliederung“) der bayerischen Polizei (nach POG)

### Beispiel für „rein“ staatliche Verwaltung durch Sonderbehörden

Landespolizei (Art.4 Abs.2 POG)      Grenzpolizei (Art.5 Abs.3 POG)      Bereitschaftspolizei (Art.6 Abs.4 POG)      Landeskriminalamt (Art.7 Abs.1 POG)

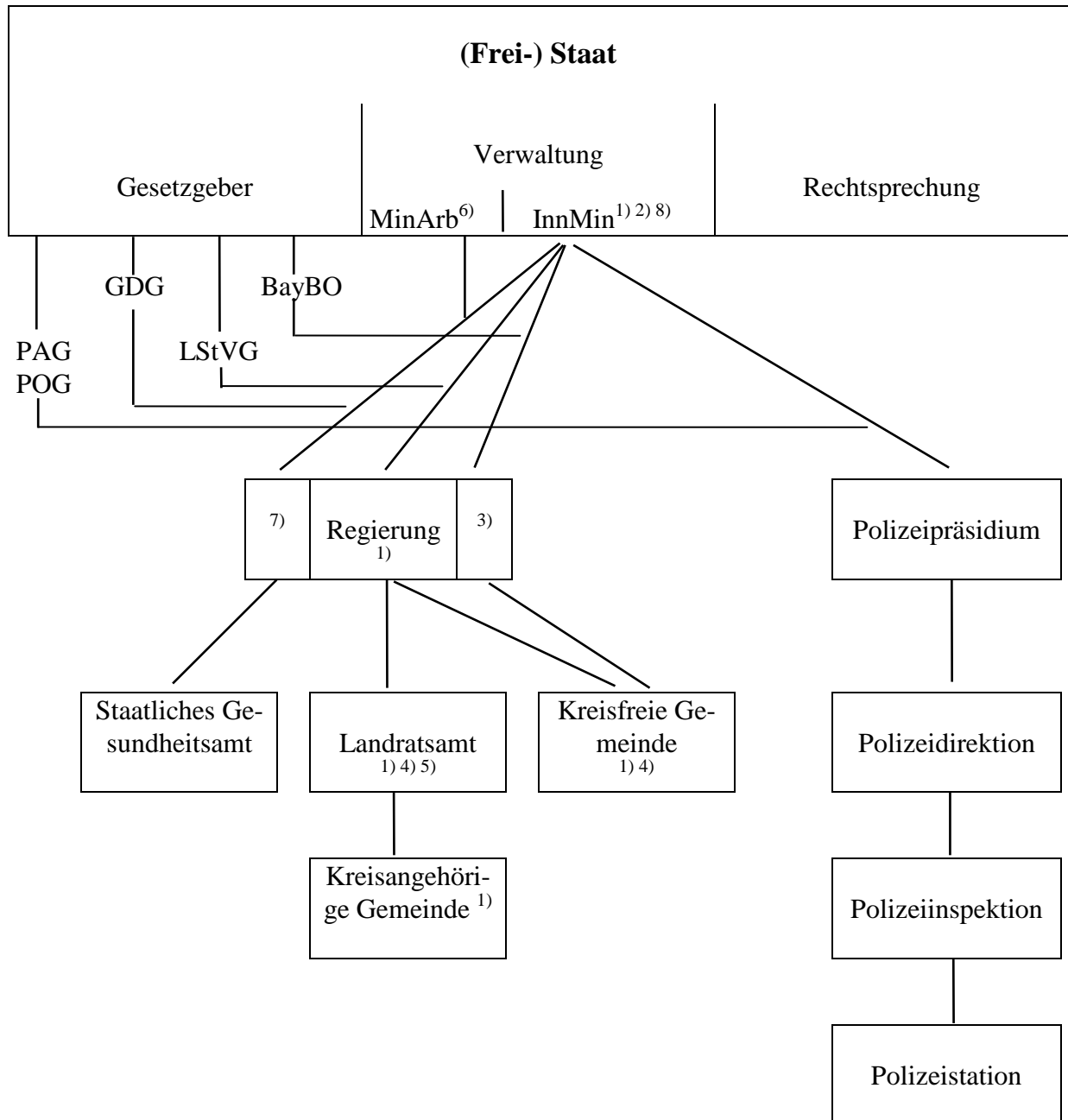


Näheres in der Verordnung zur Durchführung des POG (DVPOG) - Z/Tr 581 - und in den dort genannten Fundstellen!

## Organisationsplan des Bayer. Staatsministeriums des Innern

## Staatliche Behördenorganisation in Bayern

## (materiell polizeiliche) Zuständigkeiten im Bereich der Gefahrenabwehr



- 1) als Sicherheitsbehörde, vgl. Art. 6 LStVG
- 2) als oberste Bauaufsichtsbehörde, vgl. Art. 65 BayBO
- 3) als höhere Bauaufsichtsbehörde, vgl. Art. 65 BayBO
- 4) als untere Bauaufsichtsbehörde, vgl. Art. 65, 66 Abs. 1 BayBO
- 5) als untere Bauaufsichtsbehörde, vgl. Art. 65 Abs. 3 BayBO
- 6) Ministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familien, Frauen und Gesundheit, vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 GDG
- 7) als staatliche Behörde des öffentlichen Gesundheitsdienstes, vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 GDG
- 8) Oberste Dienstbehörde und Führungsstelle der Polizei, Art. 1 Abs. 3 S. 2 POG

**LStVG**  
als  
**Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetz**

**Definitionen**

**Art. 1 - 3**

**Ordnungswidrigkeiten<sup>1)</sup>**

**z.B. Art. 12 Abs. 3,  
Art. 15 Abs. 2,  
Art. 18 Abs. 3,  
Art. 19 Abs. 8,  
Art. 21, 22 Abs. 2 usw.**

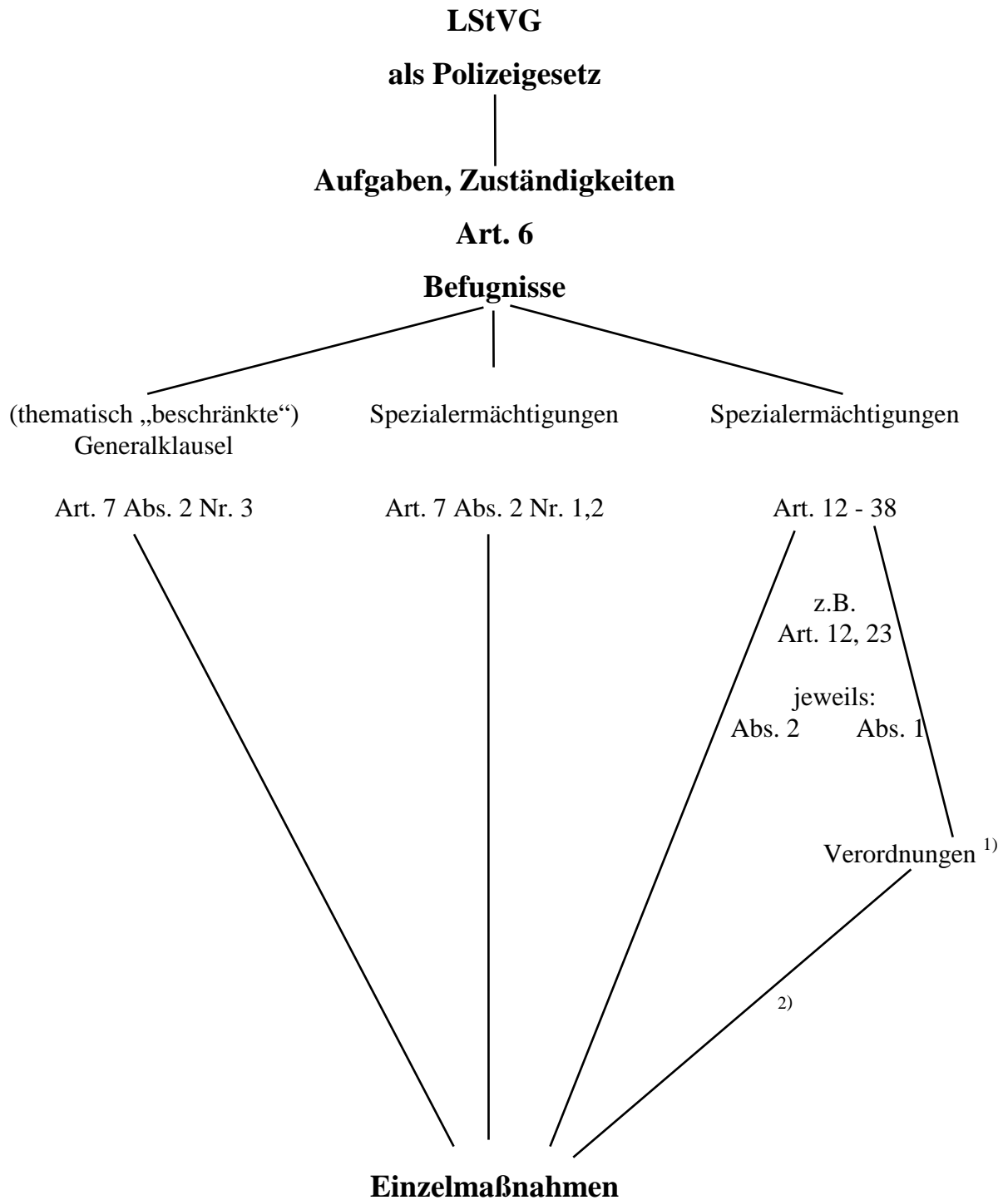
**Straftaten**

-----

1) zumeist Bewehrung von Rechtsverordnungen; z.T. „selbständige“ OWi (z.B. Art. 21)

Zuständigkeit zur Verfolgung und Ahndung: Art. 3 §§ 35 ff. OWiG

Vollstreckung: Art. 5, §§ 89 ff. OWiG



- 
- 1) Verfahren beim Erlass von Verordnungen: Art. 42 - 53 Vollzug Art. 43
- 2) „unselbständige“ Verfügung

## E. Exkurs: Polizei und Grundrechte

### Problem

Die Grundrechte sind ranghöher (Verfassungsrecht) als das einfachgesetzliche (Bundes- und vor allem Landes-)Polizeirecht. Sie sind einerseits unmittelbar geltendes Recht gegenüber allen Staatsgewalten, also auch gegenüber dem Gesetzgeber und der (z.B. Polizei-)Verwaltung; andererseits stehen die Grundrechte unter dem Vorbehalt gesetzgeberischer Konkretisierung und damit zugleich unter dem Vorbehalt von Einschränkungen; der Gesetzgeber hat dabei kein „freies Ermessen“, sondern ist an zahlreiche (Schranken-)Schranken gebunden, insb. die Grundsätze des Übermaßverbotes (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i.e.S.).

Dort, wo der Gesetzgeber tatbestandlich genaue und spezielle Aufgaben und Befugnisse der Verwaltung normiert hat, bleibt für die Gesetzesanwendung relativ wenig Raum für die Berücksichtigung von Grundrechten bei der Gesetzesanwendung - es sei denn, die Aufgaben- oder Befugnisnorm wird insgesamt hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit angezweifelt. Allerdings ist stets an die Möglichkeit und Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung auch bei verhältnismäßig genau normierten Vorschriften zu achten; das gilt beispielsweise auch für die polizei- und sicherheitsrechtlichen sog. Standardmaßnahmen (z.B. Art. 12 ff. PAG) und die speziellen Ermächtigungsgrundlagen im LStVG (z.B. Art. 12, 18, 23, 24 - jeweils in Abs. 2 auch zu Einzelmaßnahmen ermächtigend).

Typisch für das Polizeirecht sind jedoch die Einräumung von Ermessen (vgl. dazu z.B. sämtliche Befugnisnormen des PAG!) und die Verwendung denkbar unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite (z.B. öffentliche Sicherheit) sowie auf der Rechtsfolgeseite (z.B. notwendige Maßnahmen). Damit hat der Gesetzgeber der Verwaltung einen kaum zu überbietenden Handlungsspielraum übertragen; zugleich hat der Gesetzgeber damit einerseits die (Polizei-) Verwaltung zur Konkretisierung und Beschränkung von Grundrechten ermächtigt, andererseits aber diese Befugnis nicht genau definiert und abgegrenzt. Somit ist es das Recht und die Pflicht der (Polizei-)Verwaltung, die Beschränkung von Grundrechten im Einzelfall (oder bei Rechtsverordnungen nach dem LStVG genereller und abstrakter) vorzunehmen ohne die „Hilfe“ gesetzlich normierter Richtlinien, jedoch unter Berücksichtigung der in jahrzehntelanger Rechtsprechung insb. des BVerfG entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe; diese müssen in Einklang gebracht werden mit - u.U. traditionellen - Vorstellungen von einem effektiven Verwaltungshandeln der Polizei, was zuweilen zu einem Konflikt zwischen (u.U. angeblichen) verwaltungspraktischen Erwägungen auf der einen Seite und rechtlichen Bindungen auf der anderen Seite führt.

Rechtsdogmatisch schlägt sich dieses Problem in der Diskussion um die sog. Grundrechtsfestigkeit des Polizeirechts nieder, also in der Frage, ob die Grundrechte nach Maßgabe des (überkommenen) Polizeirechts(-denkens) gelten oder gleichsam umgekehrt das Polizeirecht und seine Handhabung sich an den Grundrechten (das ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 GG) sowie im übrigen am Verfassungsrecht insgesamt auszurichten hat.

Ein anderer Diskussionsansatz zur gleichen Problematik geht von der - letztlich zu verneinenden - Frage nach der Polizeifestigkeit von Grundrechten (insb. solchen ohne ausdrückliche Schrankenregelungen, z.B. Art. 5 Abs. 3 GG - Kunstfreiheit) aus.

## **Bedeutung der Grundrechte in der praktischen Prüfung**

Absolute Verbote traditionell polizeilicher Tätigkeit (z.B. der Vorzensur, Art. 5 I S. 3 GG)

Bei der (verfassungskonformen) Auslegung der unbestimmten polizeirechtlichen Begriffe (u.U. unter Anwendung der Wechselwirkungs-Lehre)

Bei der Ausübung von Entschließungs- und Auswahlermessen, z.B. hinsichtlich des Einsatzes von Zwangsmitteln (Eigentum; Leben und körperliche Unversehrtheit; Freiheit)

Insb.: Die Pflicht, die Menschenwürde zu achten (seitens der Polizei) und zu schützen, auch vor Beeinträchtigungen anderer (Privat-)Personen.

Der Schutz des „geistigen und leiblichen Wohls aller Einwohner“, d.h. auch ihrer Grundrechte, ist durch die Bayer. Verf. ausdrücklich auch der Polizei aufgegeben (Art. 99 BV). Damit wird eine landesrechtliche Schutzpflicht normiert, die - neben der Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 GG - z.B. bei der Frage des Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten (vgl. dazu auch das Opportunitätsprinzip, näheres unter VII. 1. 2.) bedeutsam ist.

**Fall** BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 654 ff. 685 ff.

**Fall** BVerwGE 1, S. 303 ff. - „Sünderin“

**Fall** BVerfG NJW 1984, S. 1293 f. - „Sprayer von Zürich“  
Die Reichweite der Kunstfreiheit erstreckt sich von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums

**Fall** BVerfGE 69, S. 362 ff. - „Brokdorf“  
Strenge Anforderungen an die Zulässigkeit des Verbots einer Großdemonstration  
Vgl. dazu § 15 VersG - eine polizeiliche Generalermächtigung, allerdings mit der Beschränkung auf „unmittelbare“ Gefährdungen (= großer Grad von Wahrscheinlichkeit der Störung)

Außerdem: Abstufung zwischen Auflage und Verbot richtet sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (auch i.e.S. als äußerste Grenze für alle Maßnahmen polizeilichen Handelns)

**Fall** OVG Berlin NJW 1983, S. 777 ff. = DÖV 1983, S. 644 ff. - „Bauaufsichtliches Einschreiten gegen Taubenhaltung“  
Dem Entschließungsermessen wird durch hochrangige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 GG) eine rechtliche Grenze gezogen.

**Fall** BVerwG NVwZ-RR 1992, S. 360 - „Einschreiten der Ordnungsbehörde gegen einzelne Grundstückseigentümer (Wasserrecht)“

Allgemeiner Gleichheitssatz - **Art. 3 Abs. 1 GG** - als ermessensbindende Norm



Bei Gefahrenabwehrmaßnahmen beispielsweise im **Bauordnungsrecht** - vor allem beim Erlass von Abrissverfügungen gegenüber Schwarzbauten - spielt der allgemeine Gleichheitssatz, genauer: das darin steckende **Willkürverbot**, eine besondere Rolle. Grundsätzlich gilt: Bei räumlich benachbarten und sachlich vergleichbaren illegalen Bauwerken darf nicht die Beseitigung einzelner Anlagen herausgegriffen werden, während die übrigen Bauten geduldet werden (vgl. BVerwG DVBl. 1973, S. 636; VGH Mannheim NJW 1989, S. 603; OVG Münster UPR 1991, S. 393).

Die Verwaltung muss allerdings bei einer **Vielzahl baurechtswidriger Zustände** nicht schlagartig gegen alle Schwarzbauten in einem Zug vorgehen (VGH München BayVBl. 1983, S. 243f.). Wenn die Verwaltung sich entsprechend dem Gebot einer gleichmäßigen Gesetzesanwendung zu einem **systematischen Vorgehen** entschlossen hat, kann die (Wieder-)Herstellung rechtmäßiger Zustände auch gegenüber einzelnen illegalen Bauwerken nach und nach ins Werk gesetzt werden (BVerwG DVBl. 1973, S. 636; VGH Mannheim NJW 1984, S. 319, 320; VGH Kassel NJW 1986, S. 683, 684, NVwZ-RR 1992, S. 346 ff., 348).

Das **BVerwG** erkennt als „**sachlichen Grund**“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG sogar, dass die zuständige Behörde auch ohne ein übergreifendes Konzept vorgeht (beispielsweise angesichts personeller „Engpässe“) und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränkt (z.B. **Herausgreifen eines „Musterfalles“** zwecks gerichtlicher Bestätigung der behördlichen Rechtsauffassung; Behandlung einzelner Fälle, in denen eine Verschlechterung des bestehenden Zustandes droht), BVerwG NVwZ-RR 1992, S. 360; ähnlich OVG Münster UPR 1991, S. 393; OVG Lüneburg NVwZ-RR 1994, S. 249 = BauR 1994, S. 92, 93.

**Fall** OVG Münster NVwZ 1993, S. 202 f. = DVBl. 1992, S. 1316 f. = DÖV 1992, S. 675 f. - „Anspruch auf Tagesunterkunft bei Obdachlosigkeit“

Schutzgut der „**öffentlichen Sicherheit**“ sind auch Individualrechtsgüter und individuelle Rechte; hier kommt die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte **Menschenwürde** in Betracht; danach ist es jeder staatlichen Gewalt **verboten**, seine **Bürger als Objekt** staatlichen Behandeln zu betrachten; weiterhin steckt in dieser Grundrechtsbestimmung ein **Anspruch** nicht nur auf Achtung, sondern auch **auf Schutz** des Menschenwürdeminimums. Dieses subjektiv-öffentliche Recht ist verletzt, wenn die staatlichen Schutzmaßnahmen hinter diesem **Menschenwürdeminimum** zurückbleiben; praktisch sind insoweit die Maßstäbe des Bundessozialhilfegesetzes anzulegen.

Das bedeutet, dass in diesem Falle eine Grundrechtsnorm maßgeblich ist für die Bestimmung des tatbestandsmäßigen Vorliegens einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

**Außerdem** hat das Recht auf Achtung und Schützung der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG Bedeutung für die **Ermessensausübung**, auch in diesem Fall: Zu beachten ist dabei, dass sowohl das Entschließungsermessen als auch das Auswahlermessen davon betroffen sein kann (vgl. dazu näher VII. sowie IX.).

In den **sog. Obdachlosenfällen** ist mittlerweile anerkannt, dass aus der Generalklausel ein **Anspruch auf Zuweisung einer Unterkunft** abzuleiten ist, die den Maßstäben der Unterbringung von Obdachlosen genügt. Anspruchsinhalt ist Bereitstellung einer Unterkunft, in der sich der Obdachlose nicht nur zum Zweck der Übernachtung, sondern **ganztägig** aufhalten kann; die Achtung der **Menschenwürde** verlangt, dass auch tagsüber ein Schutz vor der Witterung geboten wird und unabhängig davon den ganzen Tag über eine geschützte Sphäre zur Verfügung steht (OVG Münster aaO.).

Die **Ermessensreduzierung** infolge der Einwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG reicht jedoch **nicht** weiter: Eine Obdachlosenunterkunft ist nicht schon deshalb menschenunwürdig, wenn sie nur eine einfache Waschgelegenheit aufweist; somit können **Bad oder Dusche** nicht beansprucht werden (so VGH Mannheim NJW 1993, S. 1027). Ferner besteht kein Anspruch auf eine allgemeinen Anforderungen entsprechende wohnungsmäßige Versorgung (so VGH München BayVBl. 1993, S. 569 f.).

Schließlich ist für einen Obdachlosen grundsätzlich eine Unterbringung in einer **Gemeinschaftsunterkunft** auch dann **zumutbar**, wenn die anderen dort eingewiesenen Obdachlosen eine von ihm verschiedene Volks- und Staatsangehörigkeit besitzen (so VGH Mannheim VBIBW 1994, S. 157).

#### **Literatur:**

- Berner, Köhler, Art. 2 Rdnr. 6 (zu Art. 99 BV)
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 18 S. 267 ff.: Generalklausel und Grundrechte
- Friauf, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 3, 5, 42, 52 a
- Gallwas/Möble, S. 35 ff.
- Götz, Rdnr. 163 - 184
- Schenke, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 208 - 215
- Schoch, in: Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Kap., Rdnr. 31

## F. Ausführungen zu den einzelnen Abschnitten des Prüfungsschemas

### I. Darstellung des Problems; Hinweis auf die zu prüfende(n) Rechtsgrundlage(n)

Nach den Vorüberlegungen (die in der Klausur/Hausarbeit **nicht** mitgeteilt wurden) ist der gedankliche Ausgangspunkt der Überlegungen mitzuteilen. Es handelt sich dabei um die - dem Gutachtenstil entsprechende - Hypothese; z.B. etwa: „... die Rechtswidrigkeit des Handelns der Polizei / Gemeinde usw. könnte sich daraus ergeben, dass ... (Schilderung der Maßnahme) ... im Widerspruch zu polizei-/sicherheitsrechtlichen Normen, nämlich ... (einschlägige Normen - welche das sind, weiß man aufgrund der Vorüberlegungen - nennen) ... stehen ...“.

Hinweis: Häufig ist diese Fragestellung eingebaut in einen anderen Zusammenhang (Anspruch auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung; Anspruch auf Erstattung von Polizeikosten; Beurteilung einer Disziplinarmaßnahme u.ä.).

Die bei den nachfolgenden Prüfungsabschnitten aufgeführten Beispielsfälle belegen die Vielfalt der Sachverhalte, bei deren rechtlicher Gesamtbeurteilung es maßgeblich auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer polizei- oder sicherheitsrechtlichen Maßnahme (oder ihrer Rechtsgrundlage) ankommt.

### II. Zuständigkeit

#### 1. Handeln der Polizei oder Sicherheitsbehörde

##### Erläuterungen zur „Zuständigkeit“

Bei der Frage, ob die handelnde Person (**Amtswalter**) oder **Institution** für die jeweilige Tätigkeit „**zuständig**“ ist (oder war), sind verschiedene Gesichtspunkte zu unterscheiden: Zum einen muss die jeweilige, auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfende Tätigkeit in einen sachlichen Aufgabenbereich fallen, dem der Amtswalter oder „seine“ Institution (Behörde) zugehört; das wird in diesem Prüfungsschema unter II. 2. „Sachliche Zuständigkeit“ erörtert, ist also mit der Frage identisch, ob die zu prüfende Maßnahme in den sachlichen Aufgabenbereich der Polizei / Sicherheitsverwaltung fällt.

Weiterhin - zumeist vorweg - wird erörtert, ob die organisationsrechtlichen Regelungen beachtet worden sind, die - etwas vereinfachend gesagt - den **Innenbereich** der Verwaltung gliedern und dort unter verschiedenen Aspekten **ebenfalls Zuständigkeitsfragen** regeln. Auf die **Aufgaben-** und **Befugnisnormen** des PAG kann sich nur die Polizei i.S.d. Art. 1 PAG sowie des POG berufen, deren örtliche Zuständigkeit und organisationsinterne sachliche Zuständigkeit in Art. 3, 4 POG geregelt sind.

Hinsichtlich der Aufgaben und Befugnisse nach dem **LStVG** nennt Art. 6 die zuständigen **Sicherheitsbehörden**; dabei muss man wiederum das Verhältnis der (staatlichen und kommunalen) Sicherheitsbehörden zueinander und die jeweiligen Zuständigkeiten einerseits innerhalb der staatlichen Behördenstruktur und andererseits innerhalb der kommunalen Organisation unterscheiden.

**Besondere Probleme** ergeben sich aus dem Nebeneinander von Sicherheitsbehörden und Polizei mit sachlich **überschneidenden Zuständigkeiten**, die durch Art. 3 PAG, Art. 9 insbes. Abs. 2 POG und Art. 10 S. 2 LStVG gelöst werden (sollen).

**Praktisch** bedeutsam ist Art. 1 vor allem insoweit, als alles, was nicht als „Polizei“ i.S.d. PAG / POG betrachtet werden kann, sich **nicht** auf das PAG berufen und sein Handeln damit legitimieren kann (z.B. nicht **private Sicherheitsdienste**, sog. V-Leute, auch nicht das Landesamt für **Verfassungsschutz** und seine Bediensteten; **andere** die als **verdeckte Ermittler** arbeitenden Polizeibeamten).

**Problemereich** „Anstaltspolizei“ / **Anstaltsgewalt** / **Hausrecht (und Hausverbot)**

**Fall** VGH München (NJW 1980, S. 2722 - 2723 = BayVBl. 1980, S. 723 - 724 a – „Hausverbot des Landgerichtspräsidenten“

Art. 20 Abs. 3 GG; §§ 40 Abs. 1, § 42 Abs. 2, 80 Abs. 5, 123 VwGO; § 123 StGB;

Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG

### Sachverhalt

Am 4.12.1979 erließ der Präsident des Landgerichts X. gegen den Antragsteller ein für sofort vollziehbar erklärtes, bis 31.12.1980 befristetes Hausverbot für das Justizgebäude. Begründet war der Bescheid im Wesentlichen damit, dass der Antragsteller seit mindestens einem Jahr wöchentlich das Justizgebäude in X. aufsuche und die dort Beschäftigten mit lautstarken Beschimpfungen belästige. Auch wiederholte Ermahnungen und Entfernungen aus dem Dienstgebäude hätten den Antragsteller nicht davon abgehalten, sein störendes Verhalten fortzusetzen. Die sofortige Vollziehung des Hausverbots liege im öffentlichen Interesse; ohne sie würde die vom Antragsteller ausgehende erhebliche Störung des Dienstbetriebs und die Belästigung der Justizbediensteten noch längere Zeit andauern.

Über den vom Antragsteller rechtzeitig eingelegten Widerspruch ist noch nicht entschieden worden. Er beantragte am 2.1.1980 die aufschiebende Wirkung seines Rechtsbehelfs wiederherzustellen. Durch das Hausverbot werde ihm die Möglichkeit genommen, seine Rechte zu wahren. Er begehre, weiterhin in das Landgericht X. eingelassen zu werden, weil er dort Verfahren anhängig habe.

Das VG lehnte durch Beschluss den Aussetzungsantrag ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde an den VGH München hatte Erfolg.

### Problem

Die Entscheidung des BayVGH beschäftigt sich mit der Frage, nach welchen Rechtsgrundlagen sich die **Beziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und ihren Besuchern** regeln. Problematisch wird diese Frage insbesondere dann, wenn Personen aus öffentlichen Verwaltungsgebäuden hinausgewiesen oder zwangsweise entfernt werden.

Öffentliche (Behörden-)Gebäude gehören nach dem Zweck, dem sie gewidmet sind, zu den **öffentlichen Sachen** im Verwaltungsgebrauch (siehe dazu auch den Rechtsprechungsbericht von Peltner, in: JA 1981, 126). Durch ihre Gebrauchsfähigkeit dienen sie der öffentlichen **Verwaltung zur ungestörten Erfüllung ihrer Aufgaben**. Anlass für ein Hausverbot ist damit die Gefährdung des öffentlichen Zwecks des Gebäudes (vgl. Knoke, Betriebliche Ordnungsgewalt in Räumlichkeiten des Verwaltungsvermögens, in: AöR Bd. 94 (1969), S. 388 ff., S. 396).

Zur **Rechtsnatur des Hausverbots** hatte sich in der **Rechtsprechung** bisher folgende Linie durchgesetzt: Betritt der Besucher das öffentliche Gebäude zur **Erledigung einer Behördenangelegenheit** und stört bei dieser Gelegenheit z.B. durch Randalieren oder ständige Beschimpfungen des Personals den Behördenbetrieb, so soll es sich bei der Verweigerung des Zutritts bzw. des Hausverweises um einen belastenden Verwaltungsakt handeln (vgl. z.B.

BVerwG DÖV 1971, 137; OVG Berlin, DVBl. 1952, 763; OVG Hamburg MDR 1957, 188; OVG Münster DÖV 1963, 393). Will der Besucher dagegen eine **privatrechtliche Angelegenheit** erledigen, z.B. über den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages verhandeln, oder betritt er das Gebäude, um sich aufzuwärmen oder als Fotograf von Brautpaaren Aufnahmen zu machen, so soll auch die Hinausweisung privatrechtlicher Natur sein (vgl. z.B. BGHZ 33, S. 230 ff.; BVerwG, aaO.; OVG Hamburg, aaO.). Das an den Bürger gerichtete Verbot, ein Dienstgebäude zu betreten, kann nach dieser Rechtsprechung somit sowohl öffentlich-rechtlichen als auch privatrechtlichen Charakter besitzen, je nachdem, ob die materiellen Rechtsbeziehungen zwischen der Behörde und dem Hinausgewiesenen dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören. Bettermann hat es auf die Formel gebracht: „Die akzessorischen Neben- oder Hilfsakte teilen die Qualifikation des Hauptaktes“ (Anm. zum Urteil des BVerwG v. 13.3.1971, in: DVBl. 1971, 112).

Diese Rechtsprechung ist in der **Literatur** zunehmend auf **Kritik** gestoßen. Für die Einordnung des Hausverbotes soll es nach dieser Literaturmeinung **nicht** auf das **Rechtsverhältnis zwischen Störer und Behörde** ankommen, sondern darauf, welchen Zwecken das Hausrecht als Zweckermöglichungsrecht dient. Da das Hausverbot in der Regel die hoheitliche Aufgabenerfüllung ermöglichen soll, könne es nur **öffentlich-rechtlicher Natur** sein (vgl. Knoke, aaO., S. 397; Knemeyer, Öffentlich-rechtliches Hausrecht und Ordnungsgewalt, DÖV 1970, 596 ff., 599; Ehlers, Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden, in: DÖV 1977, 737 ff., 738 ff.; vgl. auch Haak, Das Hausrecht an Behördengebäuden, in: DVBl. 1968, 134 ff.). **Knoke** führt dazu aus: „Schließlich würde der Einsatz privatrechtlicher Befugnisse dazu führen, dass nach äußeren Merkmalen gleiche Sachverhalte je nach dem Willen des Störers verschiedene Rechtsfolgen hätten, ein Differenzierungsmerkmal, das im Verwaltungsrecht kaum anzutreffen ist: Wartet ein betrunkenen Steuerzahler laut gröhrend im Finanzamt auf die Bearbeitung seines Lohnsteuerjahresausgleichs, so wird gegen ihn rein öffentlich-rechtlich vorgegangen. Sucht er dagegen im gleichen Zustand das Amt heim, um sich aufzuwärmen und stört dabei wieder durch lautes Lärmen, so soll das Hausverbot privatrechtlich sein. In beiden Fällen rechtfertigt sich ein Hausverbot aber nur aus der öffentlich-rechtlichen Zielsetzung, die äußeren Voraussetzungen eines störungsfreien Dienstbetriebes zu gewährleisten.“

Soweit die **Verwaltungsgerichte** ein Hausverbot als Verwaltungsakt qualifiziert haben, wird auf die **Frage nach der Ermächtigungsgrundlage** kaum eingegangen. Spezielle Regelungen gelten z.B. für das Hausrecht des Bundestagspräsidenten, Art. 40 Abs. 2 Satz 1 GG, des Vorsitzenden der Gemeindevertretung (vgl. z.B. Art. 53 Abs. 1 S. 1 BayGO) und für das Hausrecht in den Hochschulen (vgl. § 62 Abs. 1 S. 1 Hochschulrahmengesetz). Auch **Hamburg** hat eine Regelung dahingehend getroffen, dass **jede Verwaltungsbehörde im Rahmen ihres Geschäftsbereichs polizeiliche Zuständigkeiten** besitzt, § 3 Abs. 1 SOG. In der Regel fehlen aber für Hausrechtsmaßnahmen ausdrückliche Bestimmungen.

In der Literatur ist das Problem, ob ein Gesetzesvorbehalt für ein Hausverbot erforderlich ist, in den Vordergrund getreten.

Der „klassische“ **Vorbehalt des Gesetzes fordert** für Eingriffe der Verwaltung in Freiheit und Eigentum ein die Verwaltung zu diesem Eingriff ermächtigendes Gesetz.

Wegen Fehlens einer Ermächtigungsgrundlage kommen **Wolff/Bachof** zu dem Ergebnis, dass Hausverbote keine Verwaltungsakte, sondern **verwaltungsrechtliche Willenserklärungen** seien, deren **Durchsetzung den Polizeibehörden** zu überlassen sei (Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, S. 383). Knemeyer billigt zwar jedem Hoheitsträger ein Bestimmungsrecht zu, wer zu dem geschützten räumlichen Bereich Zutritt haben soll. Dieses Bestimmungsrecht, das der erforderlichen Sicherung hoheitlicher Aufgabenerfüllung diene, sei notwendiger **Annex zur Sachkompetenz**. Das Hausrecht erschöpfe sich allerdings in der Befugnis, ein Hausverbot zu erteilen; für eine eventuell erforderliche **Beseitigung der Störung** fehle es indes an

einer Ermächtigungsgrundlage. Die **Vollstreckung** des Hausverbotes falle in die Zuständigkeit der allgemein für die Störungsbeseitigung kompetenten Stellen (aaO., S. 598 f.). Auch Ehlers ist der Ansicht, dass der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ebenfalls für Hausverbote der Behörden gelte (aaO., S. 740 ff.). **Gewohnheitsrecht** komme als Rechtsgrundlage **nicht** in Betracht. Zweifelhaft sei schon, ob beim Hausrecht von einem bestimmten Rechtsatz gesprochen werden könne, ein für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht konstitutives Merkmal. Jedenfalls scheitere es an dem weiteren Merkmal einer lang andauernden Übung, die nach wie vor als Ausdruck einer allgemeinen Rechtsausübung akzeptiert werde. In den Rechtsüberzeugungen seien zum Hausrecht gegenüber früheren Jahren entscheidende Wandlungen eingetreten (aaO., S. 741).

Der **VGH München** hat sich in der vorliegenden Entscheidung diesen Literaturmeinungen angeschlossen und das **Hausverbot** der **Eingriffsverwaltung** zugeordnet.

**Gerhardt** bezweifelt in seiner Anmerkung zum Beschluss des VGH München, ob dieser auf der Grundlage eines noch gültigen Verständnisses des Vorbehalts des Gesetzes entschieden habe (BayVBl. 1980, 724 f.). Da Hausverbot könne **kaum als „Eingriff“ in ein Abwehrrecht** qualifiziert werden, es stelle eher eine für die Leistungsverwaltung typische Zulassungsverweigerung dar. Das Kriterium des „Eingriffs“ erweise sich wie in anderen Bereichen auch hier als weniger taugliches Mittel, den Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes zu bestimmen. Vielmehr sei die **„Wesentlichkeitstheorie“** des BVerfG zu Grunde zu legen. Das **BVerfG** geht in nunmehr **ständiger Rechtsprechung** davon aus, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, - losgelöst vom Merkmal des Eingriffs - in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle **wesentlichen Entscheidungen selbst** zu treffen (vgl. BVerfGE 49, S. 89 ff., S. 126 f. m.w.N.).

Gerhardt sieht nach der Wesentlichkeitstheorie keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Hausverbotes, insbesondere wegen der **geringen Grundrechtsrelevanz**. Schützenswerte Verfahrensinteressen seien durch einzelne Verfahrensrechte, so der Anspruch auf rechtliches Gehör und die Grundsätze der Fairness im Verwaltungsverfahren, gesichert.

#### **Aus den Gründen:**

*„Unabhängig von der hier gewählten Form des Verwaltungsakts liegt es nahe, Anordnungen, durch welche Störungen des Dienstbetriebs einer Behörde oder eines Gerichts begegnet werden soll, dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dabei möchte der Senat - insoweit abweichend von einem Urteil des BGH vom 26.10.1960, NJW 1961, 308, und einem Urteil des BVerwG vom 13.3.1970, DÖV 1971, 137 - nicht auf die vielfach objektiv kaum verifizierbaren Motive des Störers, sondern auf den hoheitlichen Zweck der Aufrechterhaltung eines ungestörten Dienstbetriebes abstellen“. Der Senat schließt sich sodann dem neueren Schrifttum auch insoweit an, als dort eine ausreichende gesetzliche Grundlage für den Erlaß behördlicher Hausverbote durch vollziehbaren Verwaltungsakt des Behördenleiters (hier des Landgerichtspräsidenten) vermißt wird (vgl. dazu oben). Danach dürfte der Antragsteller mit seinem Widerspruch voraussichtlich Erfolg haben. Er führt aus: „Der Senat verkennt zwar nicht die Notwendigkeit, den behördlichen und gerichtlichen Dienstbetrieb vor Störungen, ... wirksam zu schützen. Auf der anderen Seite kann aber unter dem rechtsstaatlichen Gesichtspunkt der Gesetzmäßigkeit der Eingriffsverwaltung nicht ohne weiteres von der Aufgabe, einen geordneten, weitgehend störungsfreien Dienstbetrieb aufrechtzuerhalten, auch auf die Befugnis geschlossen werden, gegen Störer ein Hausverbot in der Form eines vollziehbaren Verwaltungsakte zu erlassen. Die für den Erlaß eines derart belastenden Verwaltungsakts erforderliche gesetzliche Grundlage kann angesichts der im Schrifttum aaO. aufgetretenen Bedenken auch nicht einem Gewohnheitsrechtssatz entnommen werden. Insoweit dürfte es an einer übereinstimmenden Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen fehlen. Solange der Gesetzgeber*

den Gerichten über die im Gerichtsverfassungsgesetz geregelten sitzungspolizeilichen Befugnisse hinaus keine allgemeine, mit vollziehbaren Anordnungen ausübende Ordnungsgewalt einräumt, werden die Gerichtspräsidenten zur Abwehr von Störungen der hier vorliegenden Art auf die Hilfe der Sicherheitsbehörden und Polizeidienststellen zurückgreifen müssen. Dabei hält es der Senat für zulässig, dass ein Gerichtspräsident aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft über das Gerichtsgebäude gegenüber Stören von der Art des Antragstellers formlos zum Ausdruck bringt, deren weitere Anwesenheit nicht zu dulden (Hausverweis). Gleichwohl renitente Störer würden spätestens danach den Straftatbestand des Hausfriedensbruchs erfüllen (§ 123 StGB), zu dessen Verhütung oder Unterbringung sicherheitsbehördliche Anordnungen aufgrund des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG oder polizeiliche Maßnahmen aufgrund des Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 PAG ergehen können. Die erforderlichen und geeigneten Verwaltungsakte können dann allerdings nicht vom Gerichtspräsidenten selbst, sondern nur von der hierfür sachlich und örtlich zuständigen Behörde der inneren Verwaltung oder Polizeidienststelle erlassen und vollzogen werden.

Wegen möglicher strafrechtlicher Folgen von Zuwiderhandlungen gegen einen (formlosen) öffentlich-rechtlichen Hausverweis wird der Betroffene beim zuständigen Verwaltungsgericht auf Widerruf (des schon ergangenen) und auf Unterlassung künftig drohender Hausverweise klagen können (Leistungsklage). Auch eine Klage auf Feststellung der Berechtigung, das Gerichtsgebäude weiterhin zu betreten, dürfte statthaft sein ...“.

Nach alledem war vom Senat gem. § 80 Abs 5 VwGO unter Abänderung des angefochtenen Bescheides der Vorinstanz die aufschiebende Wirkung des vom Antragsteller eingelegten Widerspruchs wiederherzustellen.

## Literatur

- Gallwas/Mößle, Rdnr. 101 ff. (Die Sicherheitsbehörden), 131 ff. (Die Polizei), 62 ff. (Das Verhältnis der Aufgabenträger zueinander)
- Honigl, Tätigwerden von Privaten auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, 1985
- Bracher, Gefahrenabwehr durch Private, 1987
- Mahlberg, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, 1988

## 2. Sachliche Zuständigkeit; Aufgaben (Art. 2 PAG oder Art. 7 LStVG)

### a) Art. 2 Abs. 4 PAG

**Problem:** „Doppelfunktionales Handeln der Polizei“

Der **Polizei** sind durch die „Brückennorm“ des Art. 2 Abs. 4 PAG unter anderem auch Aufgaben zugewiesen, die aus dem Bereich der strafverfolgenden („repressiven“) **Tätigkeit** stammen; die wichtigste Norm ist hierbei **§ 163 StPO**. Außerdem kommen in Betracht: § 53 OWiG; Art. 7 AG VersammlG; § 26 StVG und §§ 36 und 44 Abs. 2 StVO. Zahlreiche weitere Beispiele bei Berner, Art. 2, Rdnr. 17 mit Hinweis auf Ziff. 2.5 Vollzugs-Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums des Innern.

## **Erläuterungen**

Die **Abgrenzung von präventivem und repressivem Handeln der Polizei** ist deshalb wichtig, weil dadurch nicht nur Aufschluss über die konkrete Ermächtigungsgrundlage für die polizeiliche Maßnahme gewonnen wird; wird die Polizei repressiv tätig, so entscheiden die ordentlichen Gerichte über die Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen, andernfalls die Verwaltungsgerichte.

Im jeweils konkreten Fall erfolgt nach der **Rechtsprechung des BVerwG** die Qualifizierung der Maßnahme danach, welchen Grund die Polizei für ihr Einschreiten angibt; im übrigen danach, „wie sich der konkrete Lebenssachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt“. Dieser Sachverhalt ist grundsätzlich einheitlich zu betrachten, es sei denn, einzelne Teile des Geschehensablaufs sind objektiv abtrennbar. (BVerwGE 47, 255 [264f.]). Dabei ist das Schwergewicht der polizeilichen Maßnahmen aus diesem Blickwinkel entscheidend.

Im Einzelnen ist manches str.; vgl. unten die Literaturangaben.

Zu beachten ist, dass die Polizei auch hinsichtlich ihrer sonstigen Befugnisse i.S.d. Art. 2 Abs. 4 PAG (z.B. zur Strafverfolgung) sowohl einer Aufgabenzuweisung (z.B. § 163 Abs. 1 StPO) als auch einer Befugnis (Eingriffsermächtigung, z.B. § 163d StPO) bedarf.

## **Bedeutung des Problems**

Materiellrechtlich - Frage nach den einschlägigen Aufgaben- und Befugnisnormen und nach dem Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Handeln.

Prozessual - Frage nach der sachlich zuständigen Gerichtsbarkeit: Für öffentlich-rechtliche Streitigkeit grundsätzlich Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit gem. § 40 VwGO; u.U. ausdrückliche Zuweisung an Zivilgerichtsbarkeit (z.B. gem. § 23 Abs. 1 EG GVG - „Rechtsweg bei Justizverwaltungsakten“).

**Fall** VGH München, NVwZ 1986, S. 655 - „**Kirchenbesetzung**“

## **Sachverhalt**

Die Kläger nahmen an einer „Fastenaktion für den Frieden“ teil; zu diesem Zweck besetzten sie den Münchner Liebfrauenturm; die Aktion sollte drei Wochen dauern. Der Dompfarrer, der das Hausrecht ausübte, hatte die Kläger mehrfach aufgefordert, den Turm zu verlassen. Er wies auch darauf hin, dass er Strafantrag wegen Hausfriedensbruch stellen werde, falls die Kläger ihre Aktion nicht abbrechen. Da sie seinen Aufforderungen nicht nachkamen, verständigte er die Polizei. Die Kläger erklärten sich auch nach mehrfacher Aufforderung durch die Polizei und nach Hinweis auf die Strafbarkeit ihres Verhaltens nicht bereit, die Kirche freiwillig zu verlassen. Nach einer Stunde wurden sie aus dem Turm zu dem bereitstehenden Polizeifahrzeug getragen, in diesem zur Identitätsfeststellung in das Polizeipräsidium gebracht und dort einige Stunden festgehalten.

Es wurden gegen alle Kl. Ermittlungsverfahren wegen Hausfriedensbruch eingeleitet. Der Dompfarrer stellte Strafantrag.

Das Polizeipräsidium München erhob mit Kostenverfügung für „die Unterbindung des Hausfriedensbruchs und die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung der Maßnahme“ von den Klägern je DM 40 an Gebühr. In den Bescheiden ist als Rechtsgrundlage auf Art. 16, 58, 76 PAG, § 1 Ziff. 6 BayPolKostVO verwiesen.

Die Kläger erhoben nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Anfechtungsklage gegen die Kostenbescheide.

## **Ziel der Kläger, Problematik**

Die Kläger greifen einen polizeilichen **Gebührenbescheid** an, den die Polizei aufgrund der Art. 16, 58 Abs. 3, 76 PAG erlassen hat.



Nach Art. 58 Abs. 3 PAG kann die Polizei für die **Anwendung unmittelbaren Zwangs** zur Durchsetzung einer polizeilichen Primärmaßnahme **Gebühren** erheben. Voraussetzung ist, dass diese Maßnahme der **Gefahrenabwehr** diene; denn für den strafverfolgenden Bereich regelt die StPO in den §§ 464 ff. die Kostenpflicht.

Daher musste das Gericht eine Abgrenzung von präventiver und repressiver Tätigkeit der Polizei vornehmen; hierbei griff es auf die oben genannten Grundsätze des BVerwG zurück.

**Aus den Gründen:**

*„... Das Erstgericht hat auf den Gesamteindruck der polizeilichen Maßnahmen vom 11. November 1983 abgestellt und dabei zu Recht angenommen, dass die Polizei überwiegend strafverfolgend tätig geworden ist.*

*In einem solchen Fall richtet sich die gerichtliche Kontrolle der gesamten polizeilichen Maßnahmen - also auch der zur Gefahrenabwehr getroffenen präventiven Maßnahmen - nach der besonderen Rechtswegregelung des § 23 Abs. 1 EGGVG durch die ordentlichen Gerichte. ... Damit sind diese Bereiche aus der ansonsten nach § 40 Abs. 1 VwGO gegebenen Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit herausgenommen und der gerichtlichen Kontrolle der sachnäheren ordentlichen Gerichtsbarkeit übertragen. Durch diese Zuweisung der in § 23 EGGVG bestimmten Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte soll verhütet werden, dass die Verwaltungsgerichte in Sachgebiete der ordentlichen Gerichte 'hineinreden' ... Es soll ein 'Durcheinander und Gegeneinander der verschiedenen Gerichtsverfahren' verhindert werden (BVerwGE 6, 89 f.).*

*Das Verwaltungsgericht hat keineswegs verkannt, dass das Hinaustragen der Kläger aus dem Dom für sich gesehen als eine polizeiliche Maßnahme zur Beseitigung einer Störung abzusehen wäre. Diese Maßnahme ist jedoch von der Polizei aus Anlaß und im 'rechtlichen Rahmen' ihres Einschreitens gegen den angezeigten Hausfriedensbruch (vgl. § 123 StGB) durch die Demonstranten getroffen worden. Die Polizei kam, um die strafbare Handlung des Hausfriedensbruchs zu erforschen und zu verfolgen (§ 163 I StPO). Es bestand auch für die Kläger kein Zweifel darüber, dass sie wegen ihres Verhaltens im Dom strafrechtlich verfolgt würden, auch wenn sie den Dom freiwillig verließen. Angesichts der Intensität der Störung des religiösen Friedens in einer Kirche musste es jedem verständigen Bürger klar sein, dass er zumindest nach Kenntnis des Vorfalls durch die Polizei einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ausgesetzt sein würde. ... Das Verwaltungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das Hinaustragen der Kläger aus dem Dom nicht objektiv von dem gesamten Geschehensablauf getrennt werden könne. Es gibt keinen Anhalt dafür, dass die Polizei zumindest nach der Weigerung der Demonstranten, den Dom freiwillig zu verlassen, nicht zielgerichtet im Ganzen strafverfolgend tätig werden wollte. Das drückt sich nicht zuletzt darin aus, dass die Kläger, nachdem sie aus dem Dom hinausgetragen worden waren, sich nicht etwa frei entfernen durften. Vielmehr blieben sie festgenommen und wurden sogleich zur Personalienfeststellung für das ihnen mehrfach ... angekündigte Strafverfahren zum Polizeipräsidium in einem Einsatzfahrzeug gebracht (vgl. § 163b I StPO) ...*

*Zur Prävention hätte es genügt, die Demonstranten aus dem Dom zu schaffen und nicht - wie geschehen - längere Zeit festzuhalten und im Polizeifahrzeug zum Polizeipräsidium zu bringen. ...“*

Die Klage war daher begründet, weil die Voraussetzungen der im Bescheid angegebenen Rechtsgrundlage (s.o.) nicht erfüllt waren.

**Fall** OVG München NVwZ 1986, S. 655 f. - „Kirchenbesetzung“; gleicher Sachverhalt wie NVwZ 1986, S. 655; jedoch Klage auf Feststellung, dass die Anwendung des unmittelbaren Zwanges im Rahmen des polizeilichen Einsatzes rechtswidrig gewesen sei; das

VG hatte entschieden, dass für diese Klage der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben sei und den Rechtsstreit auf Antrag des Kl. an das OLG München verwiesen; die Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

**Fall** OVG Münster NJW 1980, S. 855 ff. - „Beobachtende Fahndung“

**Fall** VGH Mannheim DÖV 1989, S. 171 f. - „Haus-/Fabrikbesetzung“

**Fall** BVerwGE 47, S. 255 ff. - „Dienstbesprechung der Sozialarbeiter“;  
kritisch dazu Schenke, NJW 1976, S. 1816 ff.

**Fall** BVerwG NJW 1983, S. 772 ff. - „Aufnahme von erkennungsdienstlichen Unterlagen durch Kriminalpolizei“

### Sachverhalt

Der Kl. vertrieb etwa seit dem Jahr 1967 bei Werbeveranstaltungen (sogenannte Kaffeefahrten) Vitamin-Aufbaukuren. Im Jahre 1971 wurde gegen den Kl. und andere Personen, die wie er als Werber für Vitamin-Aufbaukuren tätig waren, ein Ermittlungsverfahren der StA B. wegen Verdachts des Betruges bei der Durchführung der Werbeveranstaltungen anhängig. Etwa Anfang Dezember 1972 forderte die Bekl. den Kl. im Zusammenhang mit diesem Ermittlungsverfahren schriftlich auf, sich zum Zwecke der Aufnahme erkennungsdienstlicher Unterlagen bei der Kriminalpolizei B. einzufinden. Der Kl. legte gegen diesen Bescheid Widerspruch ein. Der Regierungspräsident wies diesen unter Bezugnahme auf § 81b StPO zurück. Gegen diese Bescheide erhob der Kl. Klage vor dem VG, da der Klage stattgab; auf die Berufung des Bekl. wies das OVG (Münster) die Klage ab; der Revision des Kl. blieb der Erfolg versagt.

### Aus den Gründen:

*„... Die vorliegende Klage, mit der der Kl. die Aufhebung der angegriffenen behördlichen Bescheide betreffend die Aufnahme von Unterlagen für Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b Alt.2 StPO) begehrt, ist eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, für die mangels einer anderweitigen bundesgesetzlichen Regelung der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (§ 40 I 1 VwGO). Insbesondere scheidet eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach § 23 I EGGVG aus. Diese Bestimmung weist Entscheidungen über Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten u.a. auf dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden - die übrigen in § 23 I EGGVG genannten Sachgebiete kommen vorliegend von vornherein nicht in Betracht - den ordentlichen Gerichten zu. Diese Vorschrift erfaßt nur Rechtsstreitigkeiten über Anordnungen, Verfügungen und sonstige Maßnahmen, die zur Verfolgung einer strafbaren Handlung getroffen worden sind (vgl. BVerwG, Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 138 [Aufnahme von Lichtbildern zum Zwecke der Strafverfolgung] und BVerwGE 47, 255 = NJW 1975, 893 [vorläufige Festnahme und Mitnahme zur Wache zwecks Feststellung der für das Strafverfahren benötigten Personalien]. Dazu gehören aus dem Regelungsbereich des § 81b StPO nur - vorliegend nicht im Streit befindliche - Maßnahmen, die nach der ersten Alternative dieser Vorschrift der Durchführung des Strafverfahrens gegen den Betroffenen dienen, nicht dagegen Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Maßnahmen, die aufgrund des § 81b Alt.2 StPO für Zwecke des Erkennungsdienstes und damit nicht für Zwecke der Strafverfolgung ergangen sind. ...*

*Grundlage einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt.2 StPO - die funktional keine Verfahrenshandlung im Rahmen eines Strafverfahrens, sondern eine Verwaltungsmaßnahme darstellt - ist die als Verwaltungsakt ergehende Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung, durch die die gesetzliche Pflicht des Betroffenen zur Duldung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen präzisiert und die im Einzelfall konkret beabsichtigte erkennungsdienstliche Behandlung - hier: Aufnahme von Lichtbildern und Fingerabdrücken - be-*

*stimmt wird. Grundlage dieses Verwaltungsakts ist die in § 81b Alt.2 StPO normierte Duldungspflicht des Betroffenen als Beschuldigter eines gegen ihn gerichteten Strafverfahrens. Voraussetzung der Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung ist daher, dass ein Straf- oder Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen schwebt; nur während der Anhängigkeit eines solchen Verfahrens kann die Anordnung ergehen (BVerwGE 2, 302 [303f.] = NJW 1956, 234). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. ...“*

**Fall** BGH NJW 1991, S. 265 f. - „Langfristige Videoüberwachung“

### **Sachverhalt**

Nachdem es in N. - in einem Fall auch an einem anderen Ort - zu verschiedenen Gebäudebränden gekommen war, mit deren Entstehung die Ermittlungsbehörden den Angekl. in Zusammenhang brachten, baute die Polizei am 28.11.1987 nach Absprache mit der StA in die der Wohnung des Angekl. gegenüberliegende Wohnungstür eine Videokamera ein. Diese Kamera war vom 28.7. bis 20.11.1987 und - nach defektbedingter Auswechslung - vom 9.12.1987 bis 19.1.1988 in Betrieb, und zwar vom 28.7. bis 5.8.1987 jeweils in der Zeit von 20.00 Uhr bis 8.00 Uhr, ab 5.8.1987 jeweils in der Zeit von 16.30 Uhr bis 8.00 Uhr. Aufgezeichnet wurde jedes Betreten und Verlassen der Wohnung des Angekl. durch die Eingangstür. Zu den Akten gelangten die Bildaufzeichnungen zunächst nicht. Ihr Inhalt wurde teilweise dergestalt in die Akten aufgenommen, dass der Kriminalbeamte E. die Videobänder auswertete und das Ergebnis der Auswertung zweier Nächte einem anderen Kriminalbeamten schilderte, der hierüber eine Vernehmungsniederschrift fertigte. ...

Das LG hat den Angeklagten wegen schwerer Brandstiftung in drei Fällen (und weiterer Delikte) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt und seine Unterbringung in Sicherheitsverwahrung angeordnet; die Revision des Angekl. hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

*„Der Erörterung bedürfen nur die Vorgänge im Zusammenhang mit der langfristigen Videoüberwachung der Wohnungstür des Angekl. ...*

*Die Revision ist der Auffassung, die Videoaufnahmen hätten nicht verwertet werden dürfen. die planmäßige, langfristig angelegte Observation des Angekl. unter Verwendung verborgener technischer Mittel habe in grundgesetzlich geschützte Rechte des Angekl. eingegriffen (Art. 1, 2, 13 GG), ohne dass eine Eingriffsnorm dies gestattet hätte; ferner sei Art. 8 MRK verletzt. ...*

*Grundlage des polizeilichen Handelns im vorliegenden Fall war (jedenfalls auch) Art. 2 II BayPAG. Nach dieser Vorschrift hat die Polizei die Aufgabe, die allgemein oder im Einzelfall bestehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Dementsprechend war die Polizei bestrebt, den vielfachen Brandstifter - den sie in dem Angekl. vermutete - zu entlarven und auf diese Weise weitere Brandlegungen zu verhindern. Damit einher ging die Verpflichtung aus § 163 StPO, (begangene) Straftaten zu erforschen, ohne jedoch die präventive Aufgabe der Polizei zu verdrängen.*

*Ob die generelle Vorschrift des Art. 2 I BayPAG heute noch geeignet wäre, ohne Observation in der geschehenen Weise zu rechtfertigen, kann dahinstehen. Manches spricht dafür, dass eine solche Observation einen Eingriff in die Privatsphäre darstellt, der eine spezielle gesetzliche Eingriffsnorm voraussetzt (Art. 8 MRK), und dass als solche Norm weder Art. 2 BayPAG (noch §§ 160, 161, 163 StPO) ausreichen; denn das Gesetz muss sowohl die Voraussetzungen als auch Art und Umfang des Eingriffs klar und eindeutig formulieren, wobei freilich nicht verkannt werden darf, dass „gesetzlich vorgesehen“ i.S. von Art. 8 MRK nicht nur das ist, was ein Gesetz im formellen Sinn regelt, sondern dass hier der gesamte Rechtszustand in dem betreffenden Staat einschließlich der (ins einzelne gehenden, insgesamt ein geschlossenes*

System bildenden) Rechtsprechung gemeint ist (vgl. Rambach, JZ 1991, 78 in einem Bericht über zwei Entscheidungen des EGMR). Dass zur Privatsphäre auch das Betreten und Verlassen der eigenen Wohnung gehöre und ein behördlicher Eingriff jedenfalls in der monatelangen verdeckten Aufzeichnung dieser Vorgänge zu erblicken sei, hat viel für sich (vgl. Rieß, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24.Aufl., § 163 Rdnrn. 45, 51; Rogall, GA 1985, 1 [25f.]; Wolter, GA 1988, 129 [139]; Tätigkeitsberichte des Bundesbeauftragten für den Datenschutz BT-Dr 10/6816, S. 20, BT-Dr 11/1693, S. 22; Hans-Jürgen Meyer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit polizeilichen Beobachtungsmaßnahmen, 1982; Vahle, Polizeiliche Aufklärungs- und Observationsmaßnahmen, 1983; Frowein-Peukert, MRK, S. 197).

Das aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG sich ergebende allgemeine Persönlichkeitsrecht kann zum selben Ergebnis führen wie Art. 8 MRK. Ausfluß dieses Rechts kann auch die Freiheit persönlicher Lebensgestaltung ohne - noch dazu heimliche - langdauernde behördliche Überwachung sein.

Die Entscheidung des BVerfG zum sog. informationellen Selbstbestimmungsrecht (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419) steht damit in Einklang. Grundlage und Voraussetzung jener Entscheidung waren zwar die „Bedingungen der modernen Datenverarbeitung“ (BVerfGE 65, 1 [42, 43] = NJW 1984, 419). Sie spielen im vorliegenden Verfahren keine Rolle; eine Observation der vorliegend beschriebenen Art griffe auch dann in das allgemeine Recht der Persönlichkeit ein, wenn es die moderne Datenverarbeitung nicht gäbe. Doch beruhte die Einschränkung in der genannten Entscheidung des BVerfG auf der Besonderheit des zu entscheidenden Falles (vgl. Rogall, GA 1985, 1 [13]).

Im Schrifttum, aber auch von den gesetzgebenden Gremien und den mit dieser Materie befaßten Ministerien ist erkannt worden, dass nach heutiger Auffassung fraglich ist, ob die polizeirechtliche allgemeine Aufgabenklausel oder §§ 160, 161, 163 StPO Eingriffe der hier vorliegenden Art abdecken (vgl. Honnacker, BayVBl 1991, 10 [11]). Deshalb haben das Saarland (Gesetz v. 8.11.1989, SaarlAbl S. 1750) und die Länder Nordrhein-Westfalen (Gesetz v. 24.2.1990, GVBl S. 70), Hessen (Gesetz v. 26.6.1990, GVBl S. 197) und Bayern (Gesetz v. 14.9.1990, GVBl S. 397) neue polizeirechtliche Bestimmungen erlassen, die u.a. die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person über einen längeren Zeitraum und den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufzeichnungen regeln. Das Bundesministerium der Justiz hatte erstmals in dem Referentenentwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1988 Vorschriften über die längerdauernde Observation eines Beschuldigten und die Herstellung von Bildaufzeichnung ohne Wissen des Beschuldigten vorgesehen (§§ 163f, 163g StPO), doch ist es bis heute beim Entwurf geblieben.

Obwohl zu der hier interessierenden Zeit (Juli 1987 bis Januar 1988) noch nirgends eine solche spezielle gesetzliche Regelung bestand, besteht doch kein Anlaß, das Urteil aufzuheben. Die Erkenntnis, dass es hier möglicherweise besonderer gesetzlicher Regelung bedürfe, ist vergleichsweise neu; sie entstand wesentlich aufgrund des „Volkszählungsurteils“ des BVerfG vom 15.12. 1983 (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419) und der sich anschließenden rechtswissenschaftlichen Diskussion und musste sich erst durchsetzen. Bis dahin entsprach es allgemeiner Rechtsüberzeugung, dass Observationen, auch solche langfristiger Art, durch den allgemeinen Gefahrenverhütungs- und Ermittlungsauftrag von Polizei und StA, im einzelnen näher bestimmt durch die umfangreiche verwaltungsrechtliche und strafprozessuale Rechtsprechung, gedeckt seien. In solchem Fall ist dem Gesetzgeber einerseits, den Behörden andererseits ein gewisser Übergangszeitraum einzuräumen (vgl. BVerwG, NJW 1990, 2765; BayVerfGH, BayVBl. 1985, 652). Er war Ende 1987/Anfang 1988 noch nicht abgelaufen. Inzwischen sind die erforderlichen (hier: bayerischen) gesetzlichen Bestimmungen geschaffen worden; für die Zukunft ist die Rechtslage geklärt. ...

Ist die geschehene Überwachung jedenfalls aus polizeirechtlichen Gründen hinzunehmen, so sind ihre Ergebnisse auch im Strafverfahren als Beweismittel verwertbar, obwohl in der Straf-

*prozeßordnung bisher eine Vorschrift über diese besonderen Ermittlungsmaßnahmen fehlt. Bedenken könnten nur bestehen, wenn zur Zeit der Ermittlungen ein wirklicher Anlaß für präventivpolizeiliches Handeln nicht bestanden hätte - diese also auch nicht rechtmäßig gewesen wäre -, weil (etwa) der polizeiliche Weg nur beschritten worden wäre, um nicht bestehende strafprozessuale Bestimmungen zu ersetzen. Davon kann jedoch, wie schon dargelegt, keine Rede sein. Dann läge aber kein Sinn darin, rechtmäßig erlangte polizeiliche Erkenntnisse dem Strafverfahren vorzuenthalten. Das widerspräche - solange kein spezielles Verwertungsverbot entgegensteht - der Pflicht zu umfassender Aufklärung.“*

### **Literatur:**

- Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 37 ff. - mit beispielbelegten Hinweisen auf die Kompetenzkonflikte (im Hinblick auf: Einsatz von V-Leuten; Einrichtung polizeilicher Dateninformationssysteme, z.B. INPOL; Verkehrszentralregister ZEVIS für Fahndungszwecke; Schleppnetz fahndung; zunehmende Speicherung von Kriminalakten) zwischen Polizei und Staatsanwalt in diesem Problembereich und zahlreichen weiteren Nachweisen
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 9, S. 132 ff.
- Friauf, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 29 - Subsidiarität polizeilicher Aufgaben und Befugnisse gegenüber nicht-polizeilichen Regelungen
- Gallwas/Möble, Rdnr. 245 ff.
- Götz, Rdnr. 404 - 412
- Knemeyer, Rdnr. 400
- Schenke, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rdnr. 221 - 240
- Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2003, Rdnr. 140: Zur Frage, ob Rechtsschutz durch kumulative Inanspruchnahme sowohl des Verwaltungsgerichts als auch des Zivilgerichts möglich und empfehlenswert ist.

### **Zur Ergänzung und Vertiefung:**

- Knauf, Die Erhebung von Kosten für Polizeieinsätze, Recht im Amt 1985, S. 193 - 202
- Odersky, Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft, in: Eyrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rebmann, 1989, S. 343 - 358
- Verordnung über die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft (Z/Tr 755)
- Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums des Innern „Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei v. 5. Sept. 1978 (abgedruckt bei Berner/Köhler, Anhang 2)
- Kommentare zur StPO

### **Gegenüberstellung von Befugnissen nach PAG und StPO**

PAG, Art.		StPO, §
13	Identitätsfeststellung usw.	163 b
14	Erkennungsdienstliche Maßnahmen	81 b
15 I Nr. 1	Vorladung	163 a II
16, 17	Platzverweisung und Festnahme	164
21, 23	Durchsuchung	102 - 106
25	Sicherstellung / Beschlagnahme	94

Keine Entsprechung im PAG haben z.B. §§ 81a, 81c, 111, 127 II, 131 II, 163a I StPO.  
Vgl. auch Art. 44 PAG (Rasterfahndung) und § 163d StPO (Schleppnetz fahndung).

## b) Amtshilfe (Art. 35 I GG, Art. 9 POG, Art. 4-8 VwVfG) - *PIEHLER*

### Verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 35 I GG)

Nach Art. 35 I GG leisten sich alle Behörden des Bundes und der Länder gegenseitig Rechts- und Amtshilfe. Diese Verfassungsnorm ist unmittelbar geltendes, aber konkretisierungsfähiges und -bedürftiges Recht.

Voraussetzungen, Umfang, Inhalt, Grenzen, Durchführung und Kosten der Amtshilfe sind der Konkretisierung durch einfachgesetzliches Recht überlassen. Dies ist allgemein in den Art. 4 - 8 VwVfG geschehen.

### Spezielle Regelungen

finden sich in Art. 9 POG (vgl. dazu unten II. 2. f)).

### Merkmale der Amtshilfe (Art. 4 I VwVfG)

#### Hilfeleistung zwischen Behörden

Die Amtshilfe ist auf Ersuchen geleistete ergänzende Hilfe zwischen verschiedenen Behörden (= jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung übernimmt, Art. 1 II VwVfG).

#### Arten der Amtshilfeleistung

Sie ist dem Inhalt nach **nicht nur Informationshilfe** im Sinn einer Weitergabe von Wissensmitteilungen aus dem Bereich der ersuchten Behörde, sondern umfasst auch unterschiedliche **Real- oder sonstige Handlungen**, zu denen die ersuchte Behörde nach dem für sie maßgeblichen Recht befugt und in der Lage ist. Beispiele hierfür sind etwa die Erteilung von Auskünften, die **Übersendung von Akten** und Urkunden, die Bereitstellung von Räumen und Einrichtungen, die **Zurverfügungstellung von Personal**, die Feststellung eines Sachverhalts etwa durch Ortsbesichtigung, Zeugenvernehmung oder Durchführung technischer Untersuchungen, die Abgabe gutachtlicher Stellungnahmen, ferner aber auch die Erteilung von Hinweisen und Ratschlägen aufgrund größerer Sach- oder Ortsnähe oder praktischer Erfahrung.

#### Ergänzende Hilfe

Aus dem Kriterium der „ergänzenden“ Hilfe folgt, dass als Amtshilfe **nur subsidiäre Unterstützungshandlungen** zu einem „fremden“ Haupt- oder Grundverfahren einer anderen Behörde, also in fremdem Interesse, in Betracht kommen. Amtshilfe hat sich auf Unterstützung durch Teilmaßnahmen zu beschränken.

#### Hilfe im Einzelfall

Die Amtshilfe muss grundsätzlich für den Einzelfall erbeten und gewährt werden.

Eine **auf längere Zeit oder auf Dauer angelegte Zusammenarbeit** für ein bestimmtes Bündel von Verwaltungsaufgaben zwischen verschiedenen Behörden, auch wenn sie aus Effektivitäts- oder Wirtschaftlichkeitsgründen unterhalten wird, **überschreitet** daher in der Regel den **Unterstützungscharakter** und scheidet jedenfalls begrifflich als Amtshilfe aus.

#### Ersuchen

Amtshilfe wird **nicht von Amts wegen** gewährt, sondern setzt ein Ersuchen voraus.

Das Ersuchen muss von der für das Hauptverfahren zuständigen Behörde ausgehen. Es muss deutlich werden lassen, aus welchem Grunde die ersuchende Behörde der Hilfe bedarf und konkret bezeichnen, welche Unterstützungshandlung von der ersuchten Behörde erbeten wird.

Das Ersuchen ist in der Regel schriftlich an die ersuchte Behörde zu richten und zu unterzeichnen.

Mündliche, fernschriftliche, telefonische oder sonstige technisch mögliche Ersuchen sind nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dies wegen der Besonderheiten des Einzelfalls, etwa wegen Dringlichkeit oder Gefahr im Verzug, notwendig ist.

Das **Ersuchen** ist jederzeit **rücknehmbar**, seiner Rechtsnatur nach ist es **kein Verwaltungsakt**, sondern nichtregelnde Willenserklärung.

### **Negative Abgrenzung der Amtshilfe (Art. 4 II)**

#### Weisungsverhältnisse (Nr. 1)

Amtshilfe liegt nicht vor, wenn Behörden einander innerhalb eines bestehenden Weisungsverhältnisses Hilfe leisten.

#### Eigene Aufgabenerfüllung (Nr. 2)

Amtshilfe liegt ferner nicht vor bei Handlungen, die der ersuchten Behörde als eigene Aufgaben obliegen.

### **Zulässigkeitsvoraussetzungen für Amtshilfeersuchen einer Behörde (Art. 5 I)**

#### Nr. 1

Eine Behörde kann um Amtshilfe ersuchen, wenn sie aus rechtlichen Gründen die Amtshandlung nicht selbst vornehmen kann.

Damit sind **nicht Fälle** gemeint, in denen der **ersuchenden Behörde die Kompetenz und Befugnis für die beabsichtigte Maßnahme fehlen**, sondern solche, in denen die ersuchende Behörde für die Maßnahme an sich generell zuständig und zu ihr befugt ist, ein bestimmter Teilaspekt von ihr aber ohne Rechtsverstoß nicht selbst erledigt werden kann. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Maßnahme ein Tätigwerden im Gebiet einer anderen Behörde erfordert und dort nur die örtlich zuständige Behörde tätig werden darf oder eine bestimmte Amtshandlung rechtmäßig nur von einer bestimmten, ausschließlich sachlich zuständigen Behörde erbracht werden kann.

#### Nr. 2

Eine Behörde kann um Amtshilfe ersuchen, wenn sie **aus tatsächlichen Gründen** eine Amtshandlung nicht vornehmen kann, etwa weil ihr im Einzelfall die erforderlichen **Dienstkräfte oder Einrichtungen fehlen**.

#### Nr. 3

Eine Behörde kann ferner um Amtshilfe ersuchen, wenn sie zur Durchführung ihrer Aufgaben auf die Kenntnis von Tatsachen angewiesen ist, die ihr unbekannt sind und die sie nicht selbst ermitteln kann.

#### Nr. 4

Eine Behörde kann um Amtshilfe ersuchen, wenn sie zur Durchführung ihrer Aufgaben Urkunden oder sonstige **Beweismittel** benötigt, die sich im Besitz der ersuchten Behörde befinden.

#### Nr. 5

Schließlich kann eine Behörde um Amtshilfe ersuchen, wenn sie die Amtshandlung **nur mit wesentlich größerem Aufwand** vornehmen könnte als die ersuchte Behörde.

### Sonstige

Die Nr. 1 - 5 enthalten **keine abschließende Aufzählung aller Gründe** für ein Amtshilfeersuchen („insbesondere“-Klausel). Auch andere triftige Gründe können ein Ersuchen rechtfertigen. Sie müssen in ihrer Gewichtigkeit den Nr. 1 - 5 entsprechen.

### **Unzulässigkeit von Amtshilfeleistungen der ersuchten Behörde (Art. 5 II)**

#### Amtshilfeverbot aus Rechtsgründen ( Art. 5 II S. 1 Nr. 1)

Die ersuchte Behörde darf die erbetene **Amtshilfe nicht** leisten, **wenn sie aus rechtlichen Gründen** hierzu **nicht in der Lage** ist, d. h. wenn sie durch die Vornahme der Unterstützungshandlung gegen das für sie maßgebliche Recht verstoßen würde.

Ein solches Amtshilfeverbot muss durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes durch Rechtsverordnung angeordnet sein.

#### Staatswohlklausel (Art. 5 II S. 1 Nr. 2)

Die ersuchte Behörde darf Amtshilfe nicht leisten, wenn durch sie dem Wohl des Bundes oder eines Landes erhebliche Nachteile bereitet würden. Hierzu ist **keine eigene, die Amtshilfe verbietende Rechtsnorm notwendig**. Durch Nr. 2 soll sichergestellt werden, dass unter eng begrenzten Voraussetzungen im öffentlichen Interesse das Gemeinwohl gewahrt bleibt und auch nicht durch einen Informationsaustausch zwischen Behörden erhebliche Nachteile erleidet.

Als Nachteile für das Wohl eines Bundes oder Landes kommen etwa in Betracht die Beeinträchtigung oder **Gefährdung der äußeren oder inneren Sicherheit**, Störungen der öffentlichen Ordnung oder Beeinträchtigung des Verhältnisses zu anderen Staaten und internationalen Organisationen.

Diese Nachteile müssen erheblich sein.

#### Besondere Geheimhaltungspflichten (Art. 5 II S. 2)

Art. 5 II S. 2 konkretisiert Art. 5 II S. 1 Nr. 1 hinsichtlich der Unzulässigkeit einer Amtshilfebehandlung in Bezug auf Akten und Urkunden.

Gesetzliche Geheimhaltungspflichten bestehen **z. B. im Steuer- und Abgabenrecht**, im Post- und Fernmelderecht und **im Melde- und Volkszählungsrecht**.

Die Formulierung „ist nicht verpflichtet“ bedeutet nicht die Einräumung eines Ermessens für die ersuchte Behörde, vielmehr besteht bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 II S. 2 ein nicht disponables Amtshilfeverbot.

Ob ein Vorgang dem Wesen nach geheim zu halten ist, muss **nach Maßgabe des Einzelfalls** beurteilt werden. Dies ist bei neueren Gesetzen aufgrund ausdrücklicher Bezeichnung in der Regel unproblematisch, bei älteren Gesetzen, die zu diesem Punkt schweigen oder in nicht geregelten Bereichen muss sorgfältig nach öffentlichen und privaten Interessen abgewägt werden.

Beispiele für dem Wesen nach geheim zu haltende Vorgänge sind nach bisheriger Auffassung: Personalakten, Patientenakten, Arztkarteien, Suchtberatungsunterlagen, Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Auskünfte.

Die Aufzählung des Art. 5 II ist abschließend.

### **Möglichkeit der Ablehnung der Amtshilfe (Art. 5 III)**

Liegt einer der in Art. 5 III abschließend aufgezählten Gründe vor, so liegt es **im Ermessen** der Behörde, ob sie von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch macht.



Die **ersuchte Behörde** braucht Hilfe nicht zu leisten, wenn eine andere Behörde die Hilfe wesentlich einfacher oder mit wesentlich geringerem Aufwand leisten kann (Nr. 1), wenn sie sie nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand leisten könnte (Nr. 2), oder wenn sie unter Berücksichtigung der Aufgaben der ersuchenden Behörde durch die Hilfeleistung die Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben ernstlich gefährden würde (Nr. 3).

### **Grenzen des Ablehnungsrechts (Art. 5 IV)**

Die ersuchte Behörde hat über die in Art. 5 III genannten Fälle hinaus nicht die Möglichkeit, die Amtshilfe aus Zweckmäßigkeitserwägungen abzulehnen.

### **Meinungsverschiedenheiten über Amtshilfepflichten (Art. 5 V)**

Über Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Verpflichtung zur Amtshilfe zwischen der ersuchenden und der ersuchten Behörde entscheidet die gemeinsame fachlich zuständige Aufsichtsbehörde, oder, sofern eine solche nicht besteht, die für die ersuchte Behörde fachlich zuständige Aufsichtsbehörde.

### **Auswahl der Behörde (Art. 6)**

Im Allgemeinen ist das Amtshilfeersuchen an diejenige Behörde zu richten, die zu der erbetenen Amtshandlung befugt und in der Lage ist und die örtliche, sachliche und instanzielle Zuständigkeit besitzt.

Kommen für die Amtshilfe mehrere Behörden in Betracht, ist auf Art. 6 zurückzugreifen und nach Möglichkeit eine Behörde der untersten Verwaltungsstufe des Verwaltungszweiges zu wählen, dem die ersuchende Behörde angehört.

Dabei handelt es sich um eine Sollvorschrift, ihre Nichtbeachtung hat keine rechtlichen Folgen.

### **Anzuwendendes Recht für die beteiligten Behörden bei der Durchführung der Amtshilfe (Art. 7 I)**

**Herr des Verfahrens** bleibt in jedem Stadium die **ersuchende Behörde**. Sie allein hat über die Inangriffnahme des Vorhabens und über seine Durchführung im Ganzen zu entscheiden und trägt dafür die Verantwortung. Art. 7 I bestimmt daher, dass sich die rechtliche Zulässigkeit der Maßnahme, die durch die Amtshilfe verwirklicht werden soll, nach dem Recht der ersuchenden Behörde bestimmt. Unter „Maßnahme“ ist dabei das von der ersuchenden Behörde verfolgte Vorhaben zu verstehen, nicht die einzelne Handlung, um die durch die Amtshilfe ersucht wird.

Die **Durchführung der Amtshilfe** dagegen richtet sich **nach dem Recht, das für die ersuchte Behörde gilt**. Würde man auch hier auf das Recht der ersuchenden Behörde abstellen, so könnten der ersuchten Behörde daraus unter Umständen Befugnisse erwachsen, die sie für die Durchführung ihrer eigenen Aufgaben nicht besitzt.

## Verantwortlichkeit der beteiligten Behörden (Art. 7 II)

Die **ersuchende Behörde** trägt gegenüber der ersuchten Behörde die **Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der zu treffenden Maßnahme**. Die **ersuchte Behörde** ist für die **Durchführung** der Amtshilfe verantwortlich.

Diese Vorschrift betrifft in erster Linie das Innenverhältnis zwischen den beteiligten Behörden.

Für den Bürger folgt daraus indirekt, dass er Rechtsmittel gegen einen im Amtshilfeverfahren durchgeführten Eingriff in seine Rechte gegen die Behörde richten muss, die unmittelbar ihm gegenüber den belastenden Akt erlassen hat.

## Kosten der Amtshilfe (Art. 8)

Art. 8 regelt die Erstattung der durch die Amtshilfeleistung angefallenen Kosten im Verhältnis zwischen ersuchender und ersuchter Behörde.

Fall: BVerwG DVBl. 1986, S. 1199 f. - Zur Frage des Rechtsweges (Sozial- oder allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit bei einem Streit um ein sog. „grenzüberschreitendes“ Amtshilfeersuchen.

## Sachverhalt

Im Verfahren ist streitig, ob für die Klage des Kl., einer AOK, gegen die bekl. Industrie- und Handelskammer auf Erteilung von im Wege der Amtshilfe erbetenen Auskünften der Rechtsweg zu den Sozialgerichten oder zu den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet ist.

## Aus den Gründen:

*„... Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der (allgemeine) Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit sie nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.*

*Dass der zwischen den Parteien bestehende Streit um das auf das Recht der Amtshilfe gestützte Auskunftersuchen öffentlich-rechtlicher Natur i.S. des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist, bedarf keiner näheren Begründung; ...*

*Eine ausdrückliche Zuweisung der Streitigkeit an ein Gericht außerhalb der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nicht gegeben. Zwar bestimmt § 51 SGG, dass über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten u.a. in „Angelegenheiten der Sozialversicherung“ die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zu entscheiden haben. Diese Zuweisungsklausel ist auch weit auszulegen; unter sie fallen nicht nur Streitigkeiten des Bürgers (als Versicherter) gegen Träger der Sozialversicherung, sondern auch alle jene, die sonst aus Anlaß der Durchführung der öffentlichen Aufgabe „Sozialversicherung“ entstehen ... Der vorliegend zu entscheidende Rechtsstreit hat seine rechtliche Grundlage indessen nicht im Sozialversicherungsrecht, sondern im **Recht auf Amtshilfe**. Denn die Parteien streiten um die Frage, ob die Bekl. verpflichtet ist, der Kl. im Rahmen der Amtshilfe bestimmte Auskünfte zu erteilen. Die erstrebten Auskünfte sollen allenfalls der Vorbereitung sozialversicherungsrechtlicher Entschließung oder Entscheidungen der Kl. dienen. Das Auskunftersuchen wird deshalb von der Kl. auch nicht auf Rechtsnormen des (materiellen) Sozialversicherungsrechts gestützt, sondern auf die **rechtliche Verpflichtung zur Amtshilfe**. Sozialversicherungsrechtliche Fragen stehen nur im Hintergrund ...*

*Ob in den Fällen, in denen ein Sozialhilfeträger einen anderen Sozialhilfeträger um Amtshilfe gebeten hat und der letztere dem Ersuchen nicht nachkommt, der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten oder zu den Sozialgerichten gegeben ist, braucht in diesem Verfah-*

ren nicht entschieden zu werden. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Vielmehr geht es um sog. „grenzüberschreitende“ Amtshilfe. ...

Diese Zuständigkeit entfällt schließlich auch nicht aus den Erwägungen, von denen sich das OVG bei seiner Entscheidung hat leiten lassen. **Es hat auf die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Amtshilfe abgestellt.** Seine Auffassung, Anspruchsgrundlage für die von der Kl. im vorliegenden Fall geforderte Amtshilfe seien die §§ 3 bis 7 SGB X, teilt der Senat nicht. **Das Recht, Amtshilfe zu verlangen, folgt aus der gesetzlichen Verpflichtung der ersuchten Behörde, Amtshilfe zu leisten.** Maßgeblich sind hier deshalb die Regelungen, aus denen sich für die Bekl. die Verpflichtung zur Amtshilfe ergibt.

Für die Verwaltung der bekl. Industrie- und Handelskammer gilt grundsätzlich des VwVfG NW (vgl. § 1 VwVfG NW). Dies kann gemäß § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auch das Revisionsgericht feststellen. **Zuzustimmen ist der Ansicht des Oberbundesanwalts, dass die Frage, ob die ersuchte Behörde nach den Umständen des Einzelfalls verpflichtet ist, ein an sie gestelltes Amtshilfeersuchen zu erfüllen und bejahendenfalls in welchem Umfang und in welcher Weise sie dies zu tun hat, nach den für die ersuchte Behörde geltenden Rechtsgrundlagen zu beantworten ist. Die ersuchte Behörde muss im Einzelfall auf der Grundlage der für die geltenden Verfahrensvorschriften ihre Befugnis zur Leistung der Amtshilfe, insbesondere auch im Hinblick auf Geheimhaltung und Datenschutz, überprüfen.** So schreiben § 6 Abs. 1 SGB X und § 7 Abs. 1 VwVfG NW auch übereinstimmend vor, **dass die Durchführung der Amtshilfe sich nach dem für die ersuchte Behörde geltenden Recht richtet. ...**“

### c) Vollzugshilfe (Art. 2 III, 50 - 52 PAG) - PIEHLER

#### Inhalt und Begriff der Vollzugshilfe (Art. 50 I, II)

##### Definition

Vollzugshilfe im Sinne des Gesetzes ist laut Nr. 50.1 VollzB die **Anwendung unmittelbaren Zwangs** durch die Polizei zur Durchsetzung von Verwaltungsakten auf Ersuchen anderer Behörden, ferner die Vorführung von Personen vor Gericht oder vor die Staatsanwaltschaft und die Unterstützung der Gerichtsvorsitzenden bei der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung (Justizhilfe).

##### Abgrenzung

Laut Nr. 50.3 VollzB ist Vollzugshilfe in diesem Sinn nicht gegeben, wenn die Polizei Gerichten oder Behörden Hilfe leistet, ohne dass die Voraussetzungen nach Art. 50 I bzw. II gegeben sind (z. B. Hilfeleistung ohne Ersuchen oder Erteilung von Auskünften).

##### Behördenbegriff

Behörden i. S. d. Art. 50 I sind laut Nr. 50.4 VollzB alle Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, also auch Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, auch Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

##### Ersuchen

Das Ersuchen kann sich auf einen bestimmten Einzelfall, eine Fallgruppe oder eine Vielzahl von Fällen beziehen. Das Ersuchen muss die Umstände aufzeigen, deren Kenntnis für die Prüfung und die Durchführung des Ersuchens notwendig ist (Nr. 50.5 VollzB).

##### Voraussetzungen der Vollzugshilfe

Eine Behörde kann um Vollzugshilfe ersuchen, wenn sie

- aus rechtlichen Gründen unmittelbaren Zwang nicht selbst anwenden kann, oder
  - über die hierzu erforderlichen Dienstkräfte nicht verfügt,
  - ihre Maßnahme nicht auf andere Weise (z. B. Ersatzvornahme, Zwangsgeld) rechtzeitig selbst durchsetzen kann.
- (Nr. 50.6 VollzB)

### **Aufgabe, Befugnis zur Vollzugshilfe**

Die Polizei hat gemäß Art. 2 III die Aufgabe, anderen Behörden und den Gerichten Vollzugshilfe zu leisten.

Die **Befugnis zu Eingriffsmaßnahmen** der Vollzugshilfe haben ihre Grundlage nicht in Art. 50, sondern müssen sich aus den **Befugnisvorschriften des PAG oder aus anderen Rechtsvorschriften** ergeben (Nr. 50.7 VollzB). Da es sich nach Art. 50 I um Vollzugshilfe gegenüber anderen Verwaltungsbehörden handelt, wird sich die Befugnis in der Regel auf die Art. 29, 34, 35 VwZVG stützen, soweit nicht andere Vorschriften entsprechende Befugnisse unmittelbar enthalten (z. B. Art. 37 II VwZVG, §§ 51, 134, 161 a II S.1, 163 a III S. 2 StPO, § 372 a II, § 380 II, § 613 II, §§ 671, 758 III, § 759 ZPO, Art. 7 III LStVG).

Die **Polizei** wendet nach Art. 50 unmittelbaren Zwang **also nicht aufgrund eigener Befugnis** an, sondern vollzieht unmittelbaren Zwang, dessen Anordnung in die Zuständigkeit anderer Behörden oder - im Falle des Art. 50 II - der Gerichte und Staatsanwaltschaften fällt.

### **Grundsätze der Amtshilfe (Art. 50 III)**

Für die Vollzugshilfe gelten die Grundsätze der Amtshilfe entsprechend (vgl. dazu oben, b)). Da Art. 6 VwVfG wegen der Spezialbestimmung des Art. 51 III PAG ausscheidet, kommen nur die Art. 7 und 8 VwVfG in Betracht.

Wegen der **speziell polizeirechtlichen Vorschrift** des **Art. 12 II S. 2 POG** ist auf **Art. 7 VwVfG nur ergänzend** zurückzugreifen. Unmittelbare Bedeutung auch im Falle der polizeilichen Vollzugshilfe hat **Art. 8 VwVfG**.

Im Übrigen ist auf die VollzB zu verweisen:

50.9: Die Voraussetzungen für Vollzugshilfe sind nicht gegeben, wenn eine andere Behörde die Hilfe wesentlich einfacher oder mit wesentlich geringerem Aufwand leisten kann, ferner wenn durch die Hilfeleistung die Erfüllung vordringlicher polizeilicher Aufgaben gefährdet würde.

50.10: Die Polizei darf die Vollzugshilfe nicht deshalb verweigern, weil sie die beabsichtigte Maßnahme für unzumutbar hält.

50.11: Hält die Polizei ein an sie gerichtetes Ersuchen für nicht zulässig, so teilt sie das der ersuchenden Behörde mit. Besteht diese auf der Vollzugshilfe, so entscheidet über die Pflicht zur Vollzugshilfe das Staatsministerium des Innern. Lassen die Umstände nach Auffassung der ersuchenden Behörde keinen Aufschub bis zur Entscheidung durch die Aufsichtsbehörde zu, so hat die Polizei dem Ersuchen zu entsprechen, falls keine vordringlicheren Aufgaben die Polizei daran hindern, und unverzüglich dem Staatsministerium des Innern zu berichten.

50.13: Die Zulässigkeit der Maßnahme, die durch die Vollzugshilfe verwirklicht werden soll, richtet sich nach dem für die ersuchende Behörde geltenden Recht. Die ersuchende Behörde trägt daher die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der durchzusetzenden Maßnahme. Die Polizei ist nicht verpflichtet, die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme zu prüfen. Die Maßnahme wird hinsichtlich der Zuständigkeit in den Rechtsbehelfsverfahren der ersuchenden Stelle zugerechnet (Art. 12 II S. 2 i. V. m. IV Nr. 2 POG).

50.14: Für die Kosten der Amtshilfe, soweit sie nicht bei der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten geleistet wird, gilt Art. 8 VwVfG.

### **Verpflichtung zur Amtshilfe (Art. 50 IV)**

Art. 50 IV trägt zunächst den landesrechtlich wegen Art. 31 GG nicht veränderbaren Art. 35 und 91 GG Rechnung. Anwendbar bleiben aber auch die Art. 4, 5 VwVfG und Sondervorschriften wie Art. 9 I POG, soweit ihnen nicht die Art. 50, 51 PAG als spezielle Regelungen vorgehen.

Fälle der allgemeinen Amtshilfe kommen nach der amtl. Begr. 1978 in Betracht, wenn nicht alle Voraussetzungen nach Art. 50 I und II gegeben sind, insbesondere bei Auskunftserteilung.

### **Verhältnis Amtshilfe - Vollzugshilfe**

Die Vollzugshilfe ist nach h.M. ein Unterfall der (umfassenderen) Amtshilfe (str.). Sie ist **auf die Anwendung unmittelbaren Zwangs beschränkt** und unterliegt außerdem den Subsidiaritätsklauseln des Art. 50 I HS. 2 und des Art. 50 II.

Nicht eindeutig ist die **Abgrenzung** der Pflicht zur Vollzugshilfe gegenüber der für alle Behörden - und damit grundsätzlich auch für die Polizei - bestehenden Pflicht **zur Amtshilfe** nach den Art. 4 - 8 VwVfG, deren Anwendung nach Art. 50 IV unberührt bleibt.

Art. 50 hat gegenüber Art. 4-8 VwVfG den Vorrang der besonderen gesetzlichen Regelung, soweit unmittelbarer Zwang anzuwenden ist. Die Polizei ist zur Amtshilfe nicht verpflichtet, wenn dies außerhalb ihrer Aufgaben nach Art. 2 liegen würde. Kann ein Amtshilfeersuchen, das nicht auf Vollzugshilfe nach Art. 50 gerichtet ist, als im Rahmen des Art. 2 liegend angesehen werden, ist zu prüfen, ob die Amtshilfepflicht der Polizei auf Grund von Art. 5 III VwVfG entfällt.

Schließlich kann es **Vollzugshilfe nicht geben, wenn nichts zu vollziehen, also nichts** ohne oder gegen den Willen eines Betroffenen „**durchzusetzen**“ ist. So gibt es gegenüber den Ämtern für Verfassungsschutz und ihren Außenstellen keine Vollzugshilfe, weil diese Behörden nach ihren Organisationsgesetzen keine exekutiven Funktionen haben und deshalb keine Verwaltungsakte mit Eingriffscharakter setzen können.

### **Verfahren (Art. 51)**

#### Schriftform, Grund und Rechtsgrundlage (Art. 51 I)

Art. 51 I verlangt für das Vollzugshilfeersuchen grundsätzlich die Schriftform unter Angabe des sachlichen Grundes gemäß Art. 50 I und der Rechtsgrundlage für die Anwendung des unmittelbaren Zwangs. Zur Angabe der Rechtsgrundlage gehört die Angabe, ob der zu vollziehende Verwaltungsakt unanfechtbar oder seine sofortige Vollziehung (§ 80 II Nr. 4 VwGO) angeordnet ist.

#### Eilfälle (Art. 51 II)

In Eilfällen kann das Vollzugshilfeersuchen formlos, d. h. mündlich oder fernmündlich gestellt werden (S. 1). Es ist dann durch die ersuchende Behörde unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I BGB) schriftlich zu bestätigen, wenn und sobald die Polizei dies verlangt (S. 2).

Handelt die Polizei auf (fern-)mündliches Ersuchen und fehlt dem Ersuchen die notwendige Rechtsgrundlage oder handelt die Polizei aufgrund von Hör- oder Übertragungsfehlern irrtümlich, so hat sie die Verantwortung selbst zu tragen.

Auswahl der Polizeidienststelle (Art. 51 III S. 1)

Art. 51 III S. 1 entspricht dem Grundsatz des Art. 6 VwVfG. Es handelt sich um eine Sollvorschrift.

Die unterste Polizeidienststelle ist nach den Art. 3 II, 4 - 6 POG zu bestimmen.

Weisungen der Sicherheitsbehörden (Art. 51 III S. 2)

Weisungen der Sicherheitsbehörden gehen dem Ersuchen anderer Verwaltungsbehörden (nicht der Gerichte und Staatsanwaltschaften) vor.

Sicherheitsbehörden sind nach Art. 6 LStVG die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Innern. Art. 51 III S. 2 setzt das Weisungsrecht dieser Behörden nach Art. 9 II POG voraus.

Vollzugshilfeersuchen mehrerer Behörden

Gehen Vollzugshilfeersuchen mehrerer Behörden in verschiedenen Fällen gleichzeitig bei der Polizei ein und reichen die Kräfte und Mittel zum gleichzeitigen Vollzug nicht aus, hat die Polizei nach pflichtgemäßem **Ermessen** zu entscheiden, welchem Ersuchen wegen der Größe oder Dringlichkeit der Gefahr zuerst zu entsprechen ist.

Informationspflicht (Art. 51 IV)

Die Informationspflicht der Polizei gegenüber der ersuchenden Behörde gilt nicht nur für den Fall der Ausführung des Vollzugshilfeersuchens, sondern auch bei Nichtausführung oder Zurückstellung der Ausführung.

**Vollzugshilfe bei Freiheitsentziehung (Art. 52)**Richterliche Entscheidung (Art. 52 I)

Laut Nr. 52.1 VollzB ist die in Vollzugshilfe durchgeführte Freiheitsentziehung als Maßnahme der ersuchenden Behörde anzusehen. Daher hat grundsätzlich die ersuchende Behörde gemäß Art. 104 GG eine vorherige richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Art. 52 I soll das gewährleisten.

Entlassungspflicht (Art. 52 II)

Zu Art. 52 II bestimmt Nr. 52.2 VollzB: Legt die ersuchende Behörde eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung nicht vor und bezeichnet sie auch nicht eine solche Entscheidung, so hat sich die Polizei sofort zu vergewissern, ob die ersuchende Behörde unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeiführt.

Ist dies nicht der Fall, hat die Polizei die festgehaltene Person zu entlassen.

Entsprechende Geltung der Art. 19 und 20 (Art. 52 III)

Nr. 52.3 VollzB: Die Art. 19 und 20 gelten auch für Freiheitsentziehungen im Rahmen der Vollzugshilfe. Die **materielle Prüfung** nach Art. 20 Nr. 1 obliegt jedoch der **ersuchenden Behörde**. Die Polizei hat der ersuchenden Behörde unverzüglich alle Anhaltspunkte mitzuteilen, die für einen Wegfall des Grundes der Freiheitsentziehung sprechen. Hat die Polizei sichere Kenntnis vom Wegfall des Grundes und ist die ersuchende Behörde nicht erreichbar, so hat die Polizei die festgehaltene Person zu entlassen.

Schutzfunktion des Art. 52 zugunsten des Betroffenen

Art. 52 betrifft **zwar nur Verpflichtungen zwischen ersuchender Behörde und Polizei** und räumt damit dem Betroffenen anscheinend keine selbständigen Rechtsansprüche ein. Wegen des hohen verfassungsrechtlichen Ranges des Schutzgutes der persönlichen Freiheit wird man

jedoch anders als bei Art. 51 dem Art. 52 **auch eine Schutzfunktion zugunsten des Betroffenen** beilegen müssen. Das bedeutet, dass Art. 52 den beteiligten Behörden auch **Amtspflichten gegenüber dem Betroffenen** auferlegt, deren Verletzung Ansprüche aus § 839 BGB zur Folge haben kann und dem Betroffenen einen Rechtsanspruch auf Beachtung des Art. 52 einräumt.

**d) Art. 2 Abs. 1 PAG**

**(1) Ist die „öffentliche Sicherheit“ betroffen? - JAWORSKI**

**Problem:** Die öffentliche Sicherheit als unbestimmter Rechtsbegriff

„Öffentliche Sicherheit“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, wobei es die Aufgabe der Rechtsanwender, insb. auch der Gerichte ist, den Inhalt dieses Begriffes zu klären.

Die einzige **Legaldefinition** des Begriffes enthält nur § 2 Nr. 2 BremPG. Danach umfasst dieser Begriff „die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte des einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt“.

Des Weiteren findet man eine Definition unter Ziff. 2.2 der **Vollzugsbekanntmachung** des Bayer. Staatsministeriums des Innern. Danach umfasst die öffentliche Sicherheit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 die Unversehrtheit des Lebens, der Gesundheit, Ehre Freiheit und des Vermögens, der Rechtsordnung und der Einrichtungen des Staates und sonstiger Träger von Hoheitsgewalt einschließlich der ungehinderten Ausübung der Hoheitsgewalt.

**(a) Vorliegen der speziell definierten Gefahrenlagen des Art. 11 Abs. 2 PAG (Art. 7 Abs. 2, 5 LStVG)**

**Art. 11 Abs 2 Nr. 1 PAG; Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG**

Danach darf und soll die Polizei bzw. Sicherheitsbehörde Straftaten und **Ordnungswidrigkeiten** sowie verfassungsfeindliche Handlungen verhüten oder unterbinden. Nicht erforderlich ist es, dass diese Taten schuldhaft begangen werden. Es kommt dabei nur auf die objektive Gefährlichkeit an (Berner/Köhler, Art. 11 PAG, Rdnr. 6). Verfassungsfeindlich ist dabei eine Handlung schon dann, wenn sie darauf gerichtet ist, die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik oder eines ihrer Länder auf verfassungswidrige Weise zu stören oder zu ändern, ohne eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit zu begehen, so die (praktisch ebenfalls so zu verstehende) Legaldefinition des Art. 11 Abs. 2 S. 4 PAG bzw. Art. 7 Abs. 5 LStVG.

**Art. 11 Abs. 2 Nr. 2 PAG; Art. 7 Abs. 2 Nr. 2 LStVG**

Danach dürfen die Polizei- und Sicherheitsbehörden **Zustände** beseitigen, die durch Handlungen im Sinne der jeweiligen Nr. 1 verursacht wurden. Zustand in diesem Sinne ist eine auf objektiven Eigenschaften oder Vorgängen beruhende Eigenschaft des Menschen, eines Tieres oder einer Sache, die bei Mensch und Tier entweder wiederum zu Handlungen führen oder aus sich selbst heraus gefährlich sein kann. Unerheblich ist, ob der Zustand ohne menschliches Zutun entstanden oder künstlich herbeigeführt worden ist (Berner/Köhler, Art. 7 PAG, Rdnr. 6).

## Art. 11 Abs. 2 Nr. 3 PAG; Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG

Danach sollen die Polizei- und Sicherheitsbehörden Gefahren abwehren oder Zustände beseitigen, die **Leben, Gesundheit oder die Freiheit** der Person oder **Sachen** schützen, sofern deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

- (b) (ggf.) **Definition und Subsumtion „öffentliche Sicherheit“ gem. Art. 11 Abs. 1 PAG (keine genaue Entsprechung in LStVG!)**

### Schutz des Staates und seiner Einrichtungen

Der „Schutz des Bestandes des Staates und seiner Einrichtungen“ umfasst nicht nur die Freiheit des Staates vor fremder Botmäßigkeit und dessen territoriale Integrität, sondern auch die auf dem Grundgesetz beruhende verfassungsmäßige Ordnung (Drews/Wacke/Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr, § 15 Nr. 2a).

Von diesem Schutz werden **alle Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts** erfasst. Dazu zählen: Bund, Länder und Gemeinden, aber auch andere Träger der Verwaltung, wie beispielsweise Kammern und Hochschulen. Aber auch die **staatlichen Organe** werden davon erfasst. Dies sind z.B. die Regierungen, Parlamente und auch die Gerichte. Ebenso fallen die diesen Organen zugeordneten **Einrichtungen** wie Theater und Museen, aber auch Dienstgebäude, darunter. Geschützt werden ferner auch staatliche Veranstaltungen, wie sie Staatsbesuche darstellen (Schoch, Grundfälle zum Polizei und Ordnungsrecht, JuS 1994, 570).

Das Rechtsgut des Staatsschutzes soll dabei insbesondere vor **äußeren Störungen** geschützt werden. Dies ist etwa bei Gewalt gegen Personen oder Sachen, bei Besetzungen und Blockaden der Dienstgebäude der Fall. Ferner umfasst dieses Schutzgut auch den Schutz vor Anfeindungen ausländischer Staatsgäste (Götz, Allg. Polizei und Ordnungsrecht, Rdnr. 84).

Die Sicherung eines Teils dieser Einrichtungen wird bereits durch das politische Strafrecht geschützt (vgl. §§ 80 - 122 StGB).

### Schutz der objektiven Rechtsordnung

Dieses Schutzgut soll sicherstellen, dass die Rechtsnormen, die von demokratisch legitimierten Organen erlassen worden sind, auch eingehalten werden, denn diese Rechtsvorschriften stellen ein **wesentliches Element der Staatlichkeit** dar und sind demnach von einer prinzipiellen Bedeutung für den Bestand und somit auch das Funktionieren des Staates (Drews/Wacke/Vogel/ Martens, aaO., S 236). Daraus ergibt sich, dass die Polizei- und Ordnungsbehörden die Aufgabe haben, die Rechtsordnung zu schützen.

Dabei ist jedoch zu beachten: Der **Schutz privatrechtlicher Normen** ergibt sich schon aus dem Aspekt des Individualgüterschutzes. Daher ist unter der objektiven Rechtsordnung hauptsächlich die Sicherung öffentlich-rechtlicher Normen zu verstehen.

### Schutz privater Rechte und individueller Rechtsgüter

Dies sind die Güter des **Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, Ehre** und die des **Vermögens**.

Der staatliche Schutz zugunsten des Lebens ist umfassend. Dies zeigt sich nicht nur durch die strafrechtlichen Tötungsdelikte, sondern ergibt sich auch aus der Verfassung (Art. 2 II GG). Zu beachten ist dabei, dass es unter diesem Gesichtspunkt Pflicht der Polizei ist, einen etwaigen **Selbstmord** zu **verhindern** (Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 34).

In diesen Zusammenhang fällt auch der staatliche Schutz der menschlichen **Gesundheit**.



Dabei ist zu beachten, dass es jedoch **nicht** dem Begriff der öffentlichen Sicherheit entspricht, wenn man sich **selbst gefährdet** (Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 33). Vielmehr ist es dabei Aufgabe des Polizeibehörden, gesundheitliche **Gefahren von der Allgemeinheit** abzuwenden.

Der Schutz der individuellen Freiheit ist ebenso wichtig. Von ihm erfasst werden nicht nur die körperliche Bewegungsfreiheit an sich, sondern auch die **ungestörte Ausübung der grundrechtlichen Freiheiten**. Dies zeigt, dass auch der Schutz der Teilnehmer einer friedlichen Demonstration gegen externe Störer vom Schutz der öffentlichen Sicherheit mit getragen wird.

Weiterhin ist auch das **Vermögen** des einzelnen geschützt. Unter diesem Begriff versteht man den Inbegriff der geldwerten Güter natürlicher oder juristischer Personen.

Allerdings ist zu **beachten**, dass im Bereich der Sicherung individueller Rechte nur eine **subsidiäre Zuständigkeit** existiert. Dies bringt in Bayern **Art. 2 Abs. 2 PAG** zum Ausdruck, in dem es heißt, dass der Schutz privater Rechte nur dann der Polizei obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung eines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

In solch einem Fall ist die Polizei bzw. Ordnungsbehörde zum Einschreiten befugt, wobei allerdings grundsätzlich **nur vorläufige**, die Sicherung des Rechts ermöglichende **Maßnahmen** in Betracht kommen (Schenke, in: Steiner, BV, S. 192, Rdnr. 31).

**Fall** VG Karlsruhe NJW 1988, 1536 - aktive Sterbehilfe und Beihilfe zum Selbstmord; Selbstmord und öffentliche Sicherheit

### Sachverhalt

Die Klägerin A ist seit einem Autounfall querschnittsgelähmt und kann nur noch Kopf, Mund und Zunge bewegen. Auf ihre Bitte, ihr Sterbehilfe zu leisten, mit der sie sich an den Kläger B wandte, erklärte sich dieser hierzu bereit. B wollte sich jedoch nicht der Gefahr aussetzen, wegen aktiver Sterbehilfe strafrechtlich verfolgt zu werden. Der Kläger B ließ deshalb mit Einverständnis der Klägerin A der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Karlsruhe mitteilen, er beabsichtige, der A eine Traubenzuckerlösung über ein Infusionsgerät zuzuführen, das von A derart mit der Zunge bedient werden könne, dass ihr anstelle der Traubenzuckerinfusion aus einer zweiten Kammer eine tödlich wirkende Narkoselösung zugeführt werde. Die A leide unter ständigen, qualvollen Schmerzen, was medizinisch nicht zu ändern sei. Sie sei bei völlig klarem Bewusstsein und habe nur den Wunsch, so schnell wie möglich aus dem Leben zu scheiden. In gleicher Weise unterrichtete B die beklagte Polizeibehörde, mit dem Hinweis, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren an die Polizeibehörde abgeben wolle und er beabsichtige, der A den gewünschten Beistand am 10.06. zu leisten.

Mit Verfügung vom 10.06. untersagte die Polizeibehörde dem B unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, der A Sterbehilfe dergestalt zu leisten, dass er Vorrichtungen schaffe, die es ihr ermöglichen, ihren Tod herbeizuführen. Das Regierungspräsidium wies durch Widerspruchsbescheid den Widerspruch der A als unzulässig, den des B als unbegründet zurück. Auch die Klage blieb erfolglos.

### Problem

Hier ist ein Fall gegeben, bei dem es um den polizeilichen Schutz des Lebens geht. Nach den Strafrechtsnormen ist der Selbstmord und Beihilfe dazu an sich nicht strafbar. Daher ist fraglich, ob die Polizei jemanden daran hindern darf, Beihilfe dazu zu leisten. Des Weiteren existiert die Strafrechtsnorm des § 216 StGB, der die Tötung auf Verlangen unter Strafe stellt. Ziel der Kläger war es, die Verfügung der Polizeibehörde anzufechten und damit den Selbstmord durchzuführen.

### **Aus den Gründen**

*„... zu den Gütern, die unter dem Begriff der öffentlichen Sicherheit geschützt werden, gehört vor allem auch das menschliche Leben. Dieses stellt einen Höchstwert dar, den zu schützen Art. 2 II 1 i.V. mit Art. 1 I 2 GG den Staat verpflichtet. Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen. An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe auszurichten (vgl. BVerfGE 46, 160 (164) = NJW 1977, 2255). Deshalb kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Polizei berechtigt, wenn nicht gar verpflichtet ist, die Tötung eines Menschen zu verhindern gleichgültig, ob sie Folge einer Straftat oder lediglich eines Unglücksfalles wäre oder ob sie sich als straflose Selbsttötung darstellte...*

*... Allein aus der Rechtsentwicklung in den vergangenen 30 Jahren, auf die die Kläger abheben, oder gar aus einem Wandel den Auffassung von Sitte und Moral, sondern auch von öffentlicher Ordnung ... kann ein Recht auf „Gnadentod“ oder „aktive Sterbehilfe“ nicht hergeleitet werden.*

*Ob sich aus den von den Klägern genannten Gründen eine Selbsttötung heute nicht (mehr) als Störung der öffentlichen Ordnung i. S. von § 1 BadWürttPG darstellt, kann dahingestellt bleiben. Denn entgegen der offenbar auch der angefochtenen Verfügung und dem Widerspruchsbescheid zugrunde liegenden Auffassung stellt eine Selbsttötung jedenfalls eine Störung der öffentlichen Sicherheit i. S. von § 1 BadWürttPG dar, die zu verhindern regelmäßig auch im öffentlichen Interesse geboten ist...*

*... Dem entspricht auch die vom Gesetzgeber in § 22 I Nr. 2c BadWürttPG getroffene Regelung, wonach die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen kann, wenn der Gewahrsam zum eigenen Schutz einer Person gegen drohende Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist und die Person Selbstmord begehen will.*

*Darüber hinaus steht bei Beteiligung Dritter an einer Selbsttötung immer deren Strafbarkeit und damit auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit i. S. von § 1 BadWürttPG in Frage. Denn eine der wichtigsten Aufgaben der Polizei besteht darin, die Begehung von Straftaten zu verhindern ... Dabei kommt es für die Frage, ob eine Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegt lediglich darauf an, ob objektiv eine Gefährdung oder Verletzung der durch einen Straftatbestand geschützten Rechtsgüter vorliegt. Hierfür ist unerheblich, ob auch der für eine strafrechtliche Ahndung erforderliche subjektive Tatbestand erfüllt ist (vgl. BVerwGE 64, 55 (61) = NJW 1982, 1008). Dies entspricht der sich aus § 1 BadWürttPG ergebenden Aufgabe der Polizei, bei zu erwartenden Straftaten präventiv tätig zu werden ... .  
... Vielmehr ist es Aufgabe der Polizei, bereits dann einzuschreiten, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass die beabsichtigte Sterbehilfe den objektiven Tatbestand des § 216 StGB oder auch des § 323c StGB erfüllt. ... “*

**Fall** prOVGE 39, S. 390 - Selbstgefährdung und Gefährdung Dritter

### **Sachverhalt**

Auf dem Grundstück des A befindet sich ein Brunnen. An A richtete die Polizeidirektion eine Verfügung, die es A unter Strafandrohung untersagte, das Wasser des Brunnens „zum menschlichen Genusse zu verwenden oder verwenden zu lassen“, da das Wasser aufgrund von Untersuchungen des „Stadtphysikus“ gesundheitsschädlich sei. Zugleich wurde dem A aufgegeben, ein Schild mit der Aufschrift „Vor dem Genusse dieses Wassers wird gewarnt, dasselbe ist gesundheitsschädlich. Die Polizeidirektion“ anbringen zu lassen und deutlich lesbar zu erhalten.

Hiergegen klagte A mit dem Antrag, die polizeiliche Verfügung ihrem ganzen Inhalt nach aufzuheben. Der Bezirksausschuss gab der Klage insoweit, als von der beklagten Polizeidirektion die Anbringung einer Warntafel gefordert war, statt und wies sie im übrigen ab. Auf die

Berufung beider Teile setzte das Oberverwaltungsgericht umgekehrt den Teil der angefochtenen Verfügung außer Kraft, durch den dem Kläger bei Strafe verboten war, das Wasser zum menschlichen Genuß zu verwenden oder verwenden zu lassen, hielt aber das Gebot der Anbringung einer Warnungstafel und in der Beschränkung hierauf auch die Strafandrohung aufrecht.

### **Problem**

Im vorliegenden Fall geht es darum, inwieweit die Polizei befugt ist, Selbstgefährdungen, die mit der möglichen Gefährdung Dritter einhergehen, zu untersagen.

### **Aus den Gründen:**

*„Soweit durch die angefochtene Verfügung dem Kläger untersagt wird, das Wasser zum Genuß für sich selbst zu verwenden, ist sie unzulässig, weil die Polizei im allgemeinen nicht die Befugnis zusteht, einem Einzelnen den Genuß gesundheitsschädlicher Speisen und Getränke zu untersagen. ... In der willkürlichen Wahl von Speisen und Getränken zum eigenen Genuß darf die Polizei den Einzelnen regelmäßig auch nicht im Interesse seiner Gesundheit beschränken. Gefahren, denen sich der Einzelne freiwillig aussetzt, wenn er gewisse Speisen oder Getränke zu sich nimmt, rechtfertigen nicht ein polizeiliches Einschreiten. Denn Aufgabe der Polizei ist es im allgemeinen nicht, die Menschen gegen sich selbst zu schützen, und zu ihren Befugnissen gehört es im allgemeinen nicht, bestimmte Handlungen, die dem sie Vornehmenden selbst schädlich werden können, aus diesem Grunde zu verbieten.*

*Sonst würde die Polizei in die natürliche Handlungsfreiheit des Einzelnen eingreifen, die begrifflich auch in sich schließt, dass jeder über seinen Körper verfügen und insbesondere bestimmen kann, welche Nahrungs- und Genußmittel er seinem Körper zuführen will; die reine Selbstverletzung ist nicht strafbar. ... Gleichwohl mag die Polizei unbedenklich befugt sein, einen Vergiftungsversuch wie überhaupt einen Selbstmordversuch oder einen Selbstverstümmelungsversuch ... zu verhindern.*

*Allein daraus folgt nicht, dass die Polizei dem Einzelnen auch andere nicht unmittelbar auf Vernichtung des Lebens oder auf Zerstörung von Organen gerichtete Handlungen verbieten darf, weil sie nachteilige Folgen für seine Gesundheit haben können. ...*

*Wird durch derartige Handlungen wegen der Ansteckungsmöglichkeit zugleich die Gesundheit weiterer Kreise gefährdet, so kann unter Umständen eine polizeiliche Verhinderung der Gesundheitsschädigung oder ein polizeilicher Zwang zur Heilung einer Krankheit ... gerechtfertigt sein. Aber unbedingt ist ein Recht der Polizei, dem Einzelnen zu verbieten, dass er sich einer Gesundheitsgefahr - namentlich durch Genuß gewisser Speisen und Getränke - aussetze, auch da nicht anzuerkennen, wo die Möglichkeit der Weiterverbreitung einer von dem Genuß zu befürchtenden Krankheit durch Ansteckung an sich im Bereiche der Möglichkeit liegt. Keinesfalls läßt sich daher mit der allgemeinen durch Tatsachen nicht besonders begründeten Erwägung, dass der Genuß von schlechtem Wasser Typhus verursachen und so die Gefahr der Weiterverbreitung dieser Krankheit entstehen könne, das Verbot des Wassergenusses rechtfertigen. ...*

*Wenn auch die Polizei im Interesse der Allgemeinheit die Schließung eines Brunnens mit gesundheitsschädlichem Wasser anordnen kann, wodurch zugleich dem Eigentümer dessen Benutzung unmöglich gemacht wird, ... so darf sie doch ... dem Eigentümer des Brunnens den eigenen Genuß des Wassers nicht einfach verbieten. ...“*

**Fall** BGH in VwRSpr. 5, S. 319 - Gefährdung der öffentlichen Sicherheit auf befriedetem Besitztum durch Minen.

### Sachverhalt

Auf einem umzäunten Grundstück befindet sich eine Mine aus dem Krieg. Der Polizeibeamte P fragt sich, ob die öffentliche Sicherheit bereits dadurch gefährdet ist, wenn die Gefahr von einer außerhalb der Öffentlichkeit befindlichen Mine ausgeht. Darf P einschreiten?

### Aus den Gründen

*„Es ist zwar richtig, dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgeschlossen sein kann, wenn sich die in Betracht kommenden Vorgänge auf einem befriedeten Besitztum abspielen (RGSt. 56, 371). Dies gilt aber nicht, wenn, wie hier, unbeteiligten Dritten durch dort befindliche gefährliche Sprengkörper schwere Schäden an Leib und Leben drohen, mit denen sie nicht rechnen und die sie auch nicht auf sich zu nehmen bereit sind. Vorliegend hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass Verwandte, Bekannte und Hilfspersonen der Eigentümer auf das Grundstück haben gelangen können und auch gelangt sind, ohne dass sie von der Gefährlichkeit der Minen Kenntnis gehabt haben. Hinzu kommt, dass die Gefährdung durch die Sprengwirkung und die Möglichkeit der Verschleppung auch auf die Nachbargrundstücke und die dort befindlichen Personen übergreifen hat. Dann hat aber eine allgemeine Gefahr bestanden, deren Abwendung Aufgabe der Polizei im Rahmen des § 14 Abs. 1 PVG gewesen ist. Die Tatsache, dass nur wenige Menschen in den Gefahrenbereich gelangt sind, schließt in einem derartigen Falle die Annahme nicht aus, dass auch die öffentliche Sicherheit bedroht worden ist (Friedrichs, PVG, § 14 Anm. 14). ... Diese Gefahr ist auch nicht dadurch beseitigt worden, dass sich die Minen in einem umzäunten Garten befunden haben; denn nach den Umständen hat es ... nahegelegen, dass verschiedene Personen damit in Berührung kommen konnten.“*

**Fall** VerwRSpr. 25, S. 861 - Polizeiliche Verfügung nach Ölunfall

### Sachverhalt

Auf dem Grundstück des B ereignet sich ein Unfall, in den der Tankwagen des B verwickelt ist. Aufgrund des Unfalls tritt Öl aus und gelangt in das Erdreich des Grundstückes des B. Daraufhin erläßt die zuständige Sicherheitsbehörde eine Verfügung, wonach B Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren zu treffen sowie deren Kosten zu übernehmen hat. Widerspruch, Klage und Berufung blieben erfolglos.

### Problem

Hier liegt ein Fall vor, bei dem die Vorschriften des WHG keine Ermächtigungsgrundlage für ein Einschreiten der Polizeibehörde liefert. Aus diesem Grund war es das Ziel des Klägers, die Verfügung aufzuheben. Problematisch dabei ist, ob die Wasserversorgung ein kollektives Rechtsgut darstellt, dessen Verletzung die öffentliche Sicherheit bedrohen würde.

### Aus den Gründen

*„... Die Ansicht des Ber.Ger., eine ordnungsbehördliche Maßnahme auf Grund der allg. Eingriffsermächtigung der §§ 1 und 14 OBG setze ... eine konkrete Gefahr gerade für die Trinkwasserversorgung voraus und lasse mithin eine solche Gefahr für das Oberflächenwasser und das Grundwasser allein noch nicht genügen, beruht zwar auf Anwendung irreversiblen Landesrechts. Es kann aber nicht übersehen werden, dass dessen Auslegung durch das Ber.Ger. im Hinblick auf die ordnungsbehördlich geschützten Rechtsgüter hinter dem Verständnis zurückbleibt, das die dem OBG zugrunde liegende traditionelle Generalklausel insoweit gefunden hat (vgl. zum Inhalt und zur Geschichte der Generalklausel Rietdorf/Heise/Böckenförde/Strehlau, Ordnungs- und Polizeirecht in NRW, 2. Aufl. 1972 Anm. 22 zu § 1 und Anm. 1 zu § 14 OBG; Wolff, Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. 1973, § 125 I).*

*Allerdings entspricht die vom Ber.Ger. vorgenommene Reduzierung der polizeil. Schutzgüter auf entweder den „Bestand des Staates und seiner Einrichtungen“ oder - im Bereich der Individualsphäre - auf Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen einzelner der herkömmlichen Anknüpfung an die beispielhafte Aufzählung in der amtl. Begr., des preuß. Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931 (vgl. Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961 S. 63 f.; Klein, DVBl. 1971, 233 [236]).*

*Dabei ist aber zu beachten, dass es sich in der Tat nur um Beispiele der im Rahmen der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ geschützten Rechtsgüter handelt und dass daher mit dieser Aufzählung die Reichweite der polizeilichen Generalklausel nicht ausgeschöpft ist. Polizeiliche Gefahrenabwehr kommt insbes. seit jeher nicht nur dann in Betracht, wenn die angeführten individuellen Rechtsgüter oder - in einem engeren Sinne - Bestand und Einrichtungen des Staates auf dem Spiele stehen, sondern auch und namentlich dann, wenn kollektive Rechtsgüter gefährdet sind, nämlich solche Rechtsgüter, deren Schutz mit Rücksicht auf die Allgemeinheit, vornehmlich also auf das Leben in der staatlich organisierten Gemeinschaft geboten ist (vgl. dazu Klein, aaO. S. 236; Rietdorf u. A., aaO., Anm. 28 zu § 1 OBG). Aus dieser Sicht wird daher im Schrifttum mit Recht angenommen, dass die öffentl. Wasserversorgung als Ganzes zu den von der staatl. Rechtsordnung bes. geschützten Rechtsgütern gehört und dass sie deswegen als Ganzes unter die polizeilich beachtlichen Schutzgüter falle (vgl. Czychowski, DVBl. 1970, 379 [381]).*

*Dabei muss der Begriff der öffentl. Wasserversorgung in umfassender Weise verstanden werden. Insoweit ist allerdings auch bei der Anwendung des Ordnungsrechts ein Rückgriff auf das WHG geboten, zwar nicht im Sinne einer Prüfung, ob einzelne seiner Tatbestände (formal) erfüllt sind, wohl aber im Blick auf die (materialen) Grundentscheidungen des Gesetzes zur Schutzwürdigkeit der von ihm verfolgten wasserwirtschaftlichen Interessen. Zu den in diesem Sinne für das allg. Ordnungsrecht nutzbar zu machenden Grundentscheidungen gehört namentlich die der Vorschrift des § 6 WHG, nach der eine beabsichtigte Gewässerbenutzung zu untersagen ist, soweit von ihr eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit, insbes. eine Gefährdung der öffentl. Wasserversorgung zu erwarten ist. Dieser Grundsatz findet seine Ergänzung im Hinblick auf oberirdische Gewässer durch § 26 Abs. 2 WHG und im Hinblick auf das Grundwasser durch § 34 WHG. Diese Vorschriften, die ihrem übereinstimmenden Ziele nach auf die Verhütung jeder schädlichen Verunreinigung des Wassers oder einer sonstigen nachteiligen Veränderung seiner Eigenschaften gerichtet sind, machen deutlich, dass den Anforderungen des WHG nicht nur die Gefährdung des schon unmittelbar zum Gebrauch oder Verbrauch bestimmten Wassers widerspricht, sondern auch jede Beeinträchtigung seines Ge- und Verbrauchswertes im Hinblick auf seine erst spätere Nutzung. Wird daher eine nach diesen Maßstäben mit dem WHG unvereinbare Gefährdung oder Beeinträchtigung der Wasserwirtschaft verursacht, so ist dadurch die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ auch dann betroffen, wenn die abstrakt-typischen Voraussetzungen eines speziellen Tatbestandes des WHG nicht erfüllt sind (so auch Salzwedel, Recht der Wasserwirtschaft, Heft 13 S. 35 ff. [44]).“*

**Fall** VGH Mannheim, NVwZ 1988, S. 166 - Versagung der Erlaubnis für ein Moto-Cross-Rennen

### **Sachverhalt**

Der Kläger, ein eingetragener Motorsport-Club, der seit 1974 jährlich ein Moto-Cross-Rennen durchführte, beantragte am 6.2.1985 erneut eine Genehmigung zur Durchführung einer solchen Veranstaltung. Unter Hinweis auf die Zahl der zu erwartenden Motorsportler und Zuschauer sowie den Umstand, dass das Rennengelände in einem Erholungsgebiet liege, dessen Ausweisung als Landschaftsschutzgebiet seit längerem geplant sei und auch unmittelbar be-

vorstehe, lehnte das Landratsamt den Antrag im wesentlichen auch damit ab, dass das erlaubnispflichtige Rennen wegen seiner erheblichen Belastung für Natur und Landschaft nicht mehr hingenommen werden könne.

Widerspruch, Klage und Berufung des Klägers blieben erfolglos.

### **Problem**

Umweltschutz als kollektiv geschütztes Rechtsgut der Rechtsordnung.

### **Aus den Gründen:**

*„Die Versagung der Erlaubnis zur Durchführung des vom Kl. geplanten Motorradrennens hat das Landratsamt auf § 1 der Polizeiverordnung des Innenministeriums über die Erlaubnispflicht für Veranstaltungen mit Kraftfahrzeugen außerhalb öffentlicher Straßen ... gestützt. Nach Satz 1 dieser Vorschrift bedürfen Veranstaltungen außerhalb öffentlicher Straßen der Erlaubnis. Diese erteilt die Kreispolizeibehörde, in deren Bezirk die Veranstaltung stattfindet (§ 4 der Verordnung). ...*

*Die Verordnung trägt einer abstrakten Gefahrenlage Rechnung. Sie dient nämlich zur Abwehr von Gefahren, wie sie typischerweise mit Rennen außerhalb befestigter Straßenflächen verbunden und denen Zuschauer, beteiligte Personen und Veranstalter ausgesetzt sind, die aber auch wegen ihres Durchführungsortes die freie Landschaft und die Natur erheblich beeinträchtigen, mithin also die Natur und Landschaft und ihre Funktion als Lebensgrundlage und Erholungsraum des Menschen nachhaltig gefährden können.*

*Der Schutz dieser Rechtsgüter gehört auch zur polizeilichen Gefahrenabwehr, wie sie in der polizeilichen Generalklausel umschrieben ist. Das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfaßt nach herrschender Auffassung die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen der Bürger, ferner die Unverletzlichkeit des Staates, seiner Einrichtungen und Veranstaltungen sowie der objektiven Rechtsordnung allgemein (Normenkontrollbeschl. des Senats, VBlBW 1983, 302).*

*Dabei ist anerkannt, dass polizeiliche Gefahrenabwehr nicht nur dann in Betracht kommt, wenn die angeführten individuellen Rechtsgüter oder - in einem engeren Sinne - Bestand und Einrichtungen des Staates auf dem Spiele stehen, sondern auch und namentlich dann, wenn kollektive Rechtsgüter gefährdet sind, nämlich solche Rechtsgüter, deren Schutz mit Rücksicht auf die Allgemeinheit, vornehmlich also auf das Leben in der staatlich organisierten Gemeinschaft, geboten ist (BVerwG, DVBl. 1974, 292 [300]).*

*Natur und Landschaft sind zu den kollektiv zu schützenden Rechtsgütern im angesprochenen Sinn zu rechnen; das wird durch die Grundentscheidungen des Gesetzgebers im einschlägigen Bundes- und Landesrecht bestätigt (vgl. § 1 BNatSchG; § 1 I BadWürttNatSchG).*

*Der Schutz der Natur und der Landschaft gehören überdies auch deshalb zum genannten polizeilichen Schutzgut, weil dieses die Rechtsordnung als ganzes einbezieht, da jeder Bruch einer gültigen Rechtsnorm die Grundsätze in Frage stellt, deren Beachtung durch alle Rechtsgenossen die zuständigen Staatsorgane vorgeschrieben und so zum Gegenstand maßgebender öffentlicher Interessen gemacht haben (Dazu Gassner, NuR 1981, 6 m. Nachw.; vgl. auch Gebhardt, DÖV 1986, 546). ...“.*

**Fall** VGH Bad.-Württ., DÖV 1990, S. 572 - Schutz einer Versammlung gegen externe Störer

### **Sachverhalt**

Am 25.11.1989 fand in einer Gaststätte in F. eine öffentliche Versammlung der Partei X mit ihrem Bundesvorsitzenden statt. Um den Schutz der Versammlung zu gewährleisten, setzte die Polizeidirektion F. vorsorglich Beamte des Polizeivollzugsdienstes am Versammlungsort

ein. Vor dem Versammlungsraum hielten sich etwa 40 Personen auf, unter ihnen der Kläger. Aus dieser Gruppe wurden bei Eintreffen des polizeilichen Einsatzleiters Rufe nach einem Verbot der Versammlung laut. Einzelne dieser Personen versuchten mit Rufen in den Versammlungsraum zu gelangen. Daraufhin bat der Versammlungsleiter die Polizeivollzugsbeamten um Räumung des Vorraums, was auch geschah.

### **Problem**

Hier ist zu beachten, dass das Versammlungsgesetz an sich der Polizei nur die Befugnis verleiht, eine Versammlung aufzulösen, wenn durch diese eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht.

Fraglich ist daher, ob die Polizei zum Schutz einer Versammlung auch gegen extern Störer aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorgehen darf.

### **Aus den Gründen:**

*„Die Maßnahme findet ihre Rechtsgrundlage in der polizeilichen Generalklausel (§§ 1, 3 PolG). Der wegen Gefahr im Verzug zuständige Polizeivollzugsdienst (§46 Abs. 2 Nr. 2 PolG) durfte einschreiten, weil - wie noch auszuführen ist - eine Störung drohte, die bezweckte, die ordnungsgemäße Durchführung der öffentlichen Versammlung zu verhindern. Ein drohender Verstoß gegen die jedermann obliegende Pflicht, solche Störungen zu unterlassen (§ 2 Abs. 2 VersG), stellt sich als Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, die abzuwehren Aufgabe der Polizei ist. Solcher Rückgriff auf die polizeil. Generalklausel wird durch die Spezialität des VersG nicht ausgeschlossen. Die Spezialität des VersG erfaßt nur gezielte Eingriffe in das Versammlungsrecht (BVerwG, Urt. v. 6.9.1988, BVerwGE 80, 158 = DÖV 1989, S 268) nicht aber Maßnahmen im Vorfeld der Versammlung, die deren Schutz zu dienen bestimmt sind. Das VersG regelt die Befugnisse zur Beschränkung der Versammlungsfreiheit abschließend. Dagegen enthält es keine Ermächtigung zu Maßnahmen gegen Nichtteilnehmer, die den ordnungsmäßigen Ablauf der öffentl. Versammlung zu hindern suchen. Sollen bei Versammlungen in geschlossenen Räumen bestimmte Personen vom Zutritt ausgeschlossen werden (§ 6 Abs. 1 VersG), muss das bereits in der Einladung oder durch entsprechende Veröffentlichung vor Beginn der Versammlung geschehen. ...*

*... Der Polizei räumt das VersG allein die - gegenständlich beschränkte - Befugnis zur Auflösung der Versammlung ein (§ 13 Abs. 1 VersG). Durch eine Auflösung der Versammlung bei Störung durch Dritte würde indessen der Sache nach das von den externen Störern verfolgte Ziel verwirklicht, während der verfassungsrechtlich gebotene und der Polizei aufgegebene Schutz der Versammlung gegen rechtswidrige Übergriffe Dritter leerliefe (zum Schutzgebot s. Urteil des Senats v. 28.8.1986, VBIBW 1987, 183/184 m. w. N.).*

*Mangels spezieller Ermächtigung zur Abwehr externer Störungen durch Nichtteilnehmer, welche die ordnungsgemäße Durchführung einer öffentl. Versammlung zu verhindern suchen, ist die polizeil. Generalklausel anwendbar. Eine abschließende Regelung in dem Sinne, dass ein polizeil. Einschreiten bei drohenden Verstößen gegen die der Versammlungsfreiheit dienende Verbotsnorm des § 2 Abs. 2 VersG ausgeschlossen wäre, läßt sich aus dem VersG nicht entnehmen. Ein solches Verständnis wäre auch mit dem hohen Rang der Versammlungsfreiheit (BVerfG, Beschl. v. 14.5.1985, BVerfGE 69, 315/343 ff.) nicht vereinbar. Demgemäß wird im Ergebnis übereinstimmend weithin angenommen, dass die Polizei bei Störungen der genannten Art zum Schutz der Versammlung einschreiten darf (OVG Münster, Urt. vom 16.6.1981, DVBl. 1982, 653; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 176 f.). Der gegenteiligen Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen. Diese Auffassung übersieht insbesondere, dass der verfassungsrechtl. gebotene Schutz der Versammlung durch die Verbotsnorm des § 2 Abs. 2 VersG und die entsprechende Strafvorschrift (§ 21 VersG)*

*nicht hinreichend gewährleistet ist, sondern präventivpolizeilicher Eingriffsbefugnisse gegen die Versammlung störende Nichtteilnehmer bedarf.“*

**Fall** NJW 1979, S. 57 - Rechtmäßigkeit von Polizeimaßnahmen bei einer Demonstration

### **Sachverhalt**

Am 18.08.1976 gegen 18.00 führte der Kommunistische Bund Westdeutschlands -KBW-, dem der Angekl. angehört, einen aus 40 bis 70 Personen bestehenden Demonstrationzug durch. Die Zeugin H, ebenfalls Mitglied es KBW, hatte bislang den Demonstrationzug begleitet. Sie hatte mit einer Pocketkamera hin und wieder Bilder dieses Zuges angefertigt und traf, nachdem der Zug von dem ihm auferlegten Weg abgewichen war und deswegen aufgelöst werden sollte, Anstalten, die Auseinandersetzung zwischen den Demonstranten und der Polizei an der Spitze des Zuges aus ca. 5 m Entfernung im Bild festzuhalten. Diese Aufnahmen sollten sowohl in der Zeitung des KBW wie auch auf Stelltafeln in der L.- Straße veröffentlicht werden, um den Einsatz der Beamten als „Polizeiüberfall“ darzustellen. Als die Polizeibeamten K und W sahen, dass die Zeugin H die an der Spitze der Marschsäule im Einsatz befindlichen Polizeibeamten zu fotografieren versuchte, traten sie auf sie zu und versuchten, die Kamera sicherzustellen. Diese gab die Kamera jedoch nicht frei. Daraufhin versuchten die Beamten, die Zeugin zum Polizeiwagen zu bringen. Dies beobachtete der Angeklagte. Er wollte sie aus dem Zugriff der Beamten befreien. Aufgrund dieser Maßnahme des Angekl. wurden zwei Polizeibeamte verletzt.

Das Schöffengericht hat den Angekl. verurteilt. Seine Revision hatte keinen Erfolg.

### **Problem**

Schutz der Polizei als staatliche Einrichtung. Ferner der Schutz des eigenen Bildes nach dem KunstUrhG.

### **Aus den Gründen:**

*„... Nach den getroffenen Feststellungen kommt hier nur eine Straftat gem. § 33 KunstUrhG in Betracht. Soweit diese Zeugin mit einer Pocketkamera hin und wieder Bilder eines Demonstrationzuges angefertigt hatte, um diese zu verbreiten und zur Schau zu stellen, war sie hierzu gem. § 23 I Nr. 2 KunstUrhG berechtigt. Wenn sie nunmehr doch Anstalten traf, die Auseinandersetzung zwischen den Demonstranten und der Polizei an der Spitze des Zuges festzuhalten, so begibt sie hier noch keine Straftat i.S. des § 33 KunstUrhG, weil nach dieser Vorschrift sich erst strafbar macht, wer den Vorschriften der §§ 22, 23 KunstUrhG zuwider vorsätzlich ein Bild verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt (vgl. OLG Hamburg, NJW 1972, 1290 = JZ 1973, 69, dort m. Anm. Schroeder; OLG Bremen, OLGSt § 113 StGB, S. 43-45). Die Zeugin schickte sich aber erst zu Vorbereitungshandlungen für ein solches Delikt an. Ob ein Festnahmerecht nach § 54 OWiG bestand, weil die Zeugin sich geweigert hatte, ihre Personalien anzugeben, kann den getroffenen Feststellungen nicht eindeutig entnommen werden, weil sich aus ihnen nicht ergibt, ob die Zeugin vor der Festnahme bereits nach ihren Personalien befragt und deren Angabe verweigert worden war, sich die Zeugin also nach § 111 OWiG schuldig gemacht hatte.*

*Die Festnahme der Zeugin war aber aus polizeirechtlichen Gründen gerechtfertigt. Gem. § 9 I NdsSOG dürfen nämlich Polizeibehörden Personen in Verwahrung nehmen, wenn diese Maßnahme erforderlich ist zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, falls die Abwehr der Gefahr auf andere Weise nicht möglich ist. Die Voraussetzungen zu Verwahrung lagen hier vor. Nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe sollten an der Auseinandersetzung beteiligte Polizeibeamte ohne deren Einwilligung fotografiert werden.*



*Ein Ausnahmefall des § 23 I Nr. 1 oder 3 KunstUrhG bestand nicht. Die Nr. 3 der genannten Vorschrift scheidet schon deshalb aus, weil keine Bilder von Aufzügen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen hatten, aufgenommen und zur Schau gestellt werden sollten. Es sollten vielmehr Auseinandersetzungen zwischen Demonstranten an der Spitze des Zuges und der Polizei festgehalten werden. Es kommt folgendes hinzu: Die Einschränkungen des Rechtes am eigenen Bilde für Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen ist keine Personenabbildung (einer oder mehrerer Personen), sondern eine Darstellung des Geschehens, an dem dessen Wesen nach zwingend eine Reihe von Personen beteiligt ist. Gegenstand der Darstellung ist deshalb grundsätzlich der Gesamtvorgang; Ausschnitte fallen unter die Beschränkung des Rechtes am eigenen Bilde nur, soweit sie einen repräsentativen Eindruck des Geschehens vermitteln. Einzel- und Gruppenaufnahmen sind demnach nicht freigestellt (vgl. v. Gamm, UrheberrechtsG, 1968, Einf. Rdnr. 122). Hier sollten aber lediglich Einzel- und Gruppenaufnahmen gefertigt werden, die nicht das Geschehen des Aufzuges, sondern Vorgänge darstellten, die sich anlässlich des Aufzuges ereigneten. ...*

*Aber auch die Vorschrift des § 23 I Nr. 1 KunstUrhG rechtfertigte nicht die beabsichtigten Aufnahmen mit dem Ziel, diese zu veröffentlichen. Die Freigabe der Bildveröffentlichung gemäß dieser Vorschrift stellt eine Ausnahmenvorschrift dar, die nicht ohne durchschlagenden Grund erweiternd ausgelegt werden darf (BGH, NJW 1965, 2148 [2150]). Es kann bereits zweifelhaft sein, ob die Beamten, die fotografiert und deren Bilder veröffentlicht werden sollten, als Personen der Zeitgeschichte anzusehen sind, weil sie zum Bereich der Zeitgeschichte gehören. Dieser Bereich ist allerdings in weitem Sinne zu verstehen (vgl. v. Gamm, Einf. Rdnr. 116). Jede Person, die mit die Belange und Interessen der Allgemeinheit berührenden Vorgänge in Verbindung steht oder stand, kann zum Bereich der Zeitgeschichte gehören. Die notwendige Abgrenzung für den Einzelfall bringt aber das Erfordernis der objektiven Eignung oder „Bestimmung“ als zeitgeschichtliche Dokumentation (vgl. v. Gamm, Einf. Rdnr. 117; BGHZ 20, 345 [350] = NJW 1956, 1554; BGH, NJW 1965, 2148 [2150]). An dieser Bestimmung fehlt es hier, denn nach den getroffenen Feststellungen verfolgte die Zeugin H ein anderes Ziel: Sie wollte die Abbildungen zur Darstellung eines „Polizeiüberfalls“ veröffentlichen. Dies heißt aber, dass die Beamten durch den unberechtigten Vorwurf rechtswidrigen Tätigwerdens bloßgestellt werden sollten. Damit war gegen sie ein außerhalb der zeitgeschichtlichen Dokumentation liegender Angriff geplant, der auch den Rahmen einer in Wahrnehmung politischer Interessen liegenden tendenziösen Berichterstattung überschreiten sollte. Diffamierungen, Bloßstellungen und außerhalb der zeitgeschichtlichen Dokumentation liegende Angriffe gegen den Betroffenen sind indessen durch § 23 I Nr. 1 KunstUrhG niemals gedeckt (vgl. v. Gamm, Einf. Rdnr. 120). Ihnen fehlt bereits der Dokumentationszweck, außerdem verletzen sie die persönlichen Belange des Betroffenen in einer über das legitime Informationsinteresse der Allgemeinheit hinausgehenden Weise.*

*Dabei ist zu beachten, dass die Darstellung in ihrer Gesamtheit, also einschließlich des Begleittextes zu würdigen ist (vgl. BGHZ 20,345 [350]) = NJW 1956, 1554; BGHZ 24, 200 [209] = NJW 1957, 1315; BGH, NJW 1965, 2148 [2149].*

*Danach stand die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit unmittelbar bevor, weil die Zeugin H eine Straftat vorbereitete. ...“*

Kritik: Jarass, Konflikte zwischen Polizei und Presse bei Demonstrationen, JZ 1983, 280

**Fall** VGH Mannheim, DÖV 1992, S. 78

### **Sachverhalt**

Der Obdachlose O ist durch Verfügung in Zimmer Nr. 4 der gemeindlichen Obdachlosenunterkunft eingewiesen worden. Da er andere Vorstellungen von seiner Unterkunft hat, ver-

schafft er sich durch eigenmächtige Inbesitznahme Raum Nr. 5. Der Bürgermeister B, der für Zimmer Nr. 5 einen anderen Obdachlosen vorgesehen hat, lässt das Zimmer räumen.

### **Problem**

Schutz des Staates und seiner Einrichtungen sowie die Funktionsfähigkeit dieser Einrichtungen.

### **Aus den Gründen:**

*„Die Anordnung, den Raum bis spätestens 11.3.1991 zu räumen, findet ihre Rechtsgrundlage in der polizeilichen Generalklausel (§§ 1, 3 PolG). Danach hat die Polizei zur Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung diejenigen Maßnahmen zu treffen, die ihr nach pflichtmäßigem Ermessen erforderlich erscheinen. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfaßt unter anderem auch die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen (Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 233; Mussmann, Allg. Polizeirecht in Bad.-Württ., 2. Aufl., Rn. 145).*

*Der Bürgermeister der Antragsgegner ist danach als sachlich und örtlich zuständige Polizeibehörde (§§ 48 Abs. 4, 52 Abs. 2, 54 Abs. 1 PolG) zur Anordnung der Räumung des Zimmers Nr. 5 der gemeindlichen Obdachlosenunterkunft befugt. Bei dieser handelt es sich um eine öffentliche Einrichtung der Antragsgegner im Sinne von § 10 Abs. 2 GemO, deren Funktionsfähigkeit durch die unberechtigte Benutzung des Raumes durch die Antragssteller derzeit beeinträchtigt wird. Die Antragssteller sind nämlich durch die angefochtene Verfügung lediglich in die Zimmer Nr. 3 und Nr. 4 der Obdachlosenunterkunft eingewiesen worden. Den Raum Nr. 5 haben sie dagegen eigenmächtig und ohne Erlaubnis der Antragsgegner bezogen. Durch die eigenmächtige Inbesitznahme des Raumes Nr. 5 beeinträchtigen die Antragsteller die Funktionsfähigkeit der gemeindlichen Obdachlosenunterkunft, die als öffentliche Einrichtung in Form einer unselbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wird, indem sie eine Einweisung anderer Obdachloser in den Raum Nr. 5 verhindern. Die Antragsgegnerschaft kann nicht darauf verwiesen werden, die Herausgabe dieses Raumes durch eine Räumungsklage vor dem Zivilgericht zu erwirken. Einer Störung des Anstaltsbetriebes durch eine unberechtigte Inbesitznahme des Raumes kann der Bürgermeister der Antragsgegner als Ortspolizeibehörde vielmehr nach der polizeirechtlichen Generalklausel mit den Mitteln des Polizeirechts durch die Räumungsanordnung begegnen (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., § 99, II Rn. 7). ...“*

**Fall** OVG Koblenz, NJW 1988, S. 929 - Verletzung privater und individueller Rechte

### **Sachverhalt**

Der Kl. begehrt die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Anordnung zur kurzfristigen Entfernung des einen anderen Pkw blockierenden Fahrzeugs seiner Tochter. Der Kl. ist Eigentümer eines Wohnhausgrundstücks, in dem er und seine Tochter leben. Die Tochter, Frau Z, besitzt eine eigene Wohnung mit gesondertem Telefonanschluß. Auf der Rückseite des Grundstücks befindet sich ein aus mehreren markierten Stellplätzen bestehender Parkplatz. An der Stirnseite jedes Stellplatzes ist jeweils die Nachbildung eines amtlichen Kfz-Kennzeichens befestigt. In der Nacht von Samstag auf Sonntag parkte Frau L ihr Fahrzeug auf dem in Rede stehenden Parkplatz. Die Tochter des Klägers stellte daraufhin ihren PKW zwischen 22.00 und 23.00 Uhr hinter demjenigen von Frau L ab; dieser war dadurch zugeparkt. Auch zu diesem Zeitpunkt waren alle anderen Stellplätze belegt. Gegen 4.00 Uhr wollte Frau L mit ihrem Fahrzeug wegfahren und bat daher zwei auf einer Streifenfahrt dort vorbeikommende Polizeibeamte um Hilfe. Nach deren Einsatzmeldung versuchten sie nach der Halteranfrage zunächst, Frau Z in ihrer Wohnung zu erreichen; entsprechende Mühen blieben aber

ohne Erfolg, weil trotz mehrfachen Klingelns nicht geöffnet wurde. Auf einen Telefonanruf bei Frau Z meldete sich der Kl. Nach Schilderung des Sachverhalts durch die Polizeibeamten weigerte er sich, das Fahrzeug seiner Tochter beiseite zu fahren. Daraufhin wurde der Kl. mündlich von der Polizei aufgefordert, das Fahrzeug seiner Tochter kurzfristig zu entfernen. Nach längerem Zögern erklärte er sich hierzu bereit und fuhr das Fahrzeug beiseite. Die Klage, mit der der Kl. begehrt hat, die Rechtswidrigkeit der polizeilichen Verfügung festzustellen, hat das VG abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb erfolglos.

### **Problem**

Im vorliegenden Fall liegt die Problematik in der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch die Gefährdung privater und individueller Rechte des Einzelnen. Ebenso problematisch ist die Subsidiarität polizeilichen Handelns.

### **Aus den Gründen:**

*„Die an den Kl. gerichtete Anordnung des Bekl., das Fahrzeug seiner Tochter ... kurzfristig zu entfernen, um das Wegfahren des Pkw von Frau L zu ermöglichen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 46 I i. V. mit § 9 I 1 RhPfPVG. Danach kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.*

*1. Die öffentliche Sicherheit war vorliegend dadurch beeinträchtigt, dass Frau L infolge der Blockierung ihres Fahrzeugs in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt und an der ungestörten Nutzung ihres PKW gehindert war. Hierbei bedarf es keiner abschließenden Beurteilung, ob die Blockierung selbst den Tatbestand eines Vergehens der Nötigung nach § 240 I StGB erfüllte; denn die öffentliche Sicherheit umfaßt nicht nur die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, sondern auch diejenige der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen.*

...

*3. Ohne Erfolg macht der Kläger geltend, die Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten nach § 1 II RhPfPVG seien hier nicht gegeben gewesen. Nach dieser Vorschrift obliegt der Polizei der Schutz privater Rechte nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Das war hier der Fall: Einstweiliger Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte war an einem Sonntagmorgen um 4.00 Uhr nicht zu erlangen. Auch konnte Frau L ohne polizeiliche Hilfe mit ihrem Kraftfahrzeug nicht wegfahren, wozu sie ... berechtigt war (vgl. auch VG Freiburg, NJW 1979,2060).“*

**Weiterer Fall** hierzu: OLG Düsseldorf, NJW 1990, S. 998 - Schutz privater Rechte durch die Bahnpolizei.

### **Literatur:**

- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 30 ff.
- Götz, Rdnr. 75 - 89
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 232 - 244
- Gusy, Polizeirecht, S. 38 - 48
- Schoch, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 570.

(2) **Nur PAG: Ist die öffentliche Ordnung betroffen (insb. dann zu prüfen, wenn „öffentliche Sicherheit“ nicht betroffen ist)? - TRUSHEIM**

**Allgemeines; Definition**

Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist ein denkbar unbestimmter Rechtsbegriff. Er wird definiert als die **Gesamtheit jener ungeschriebenen Regeln** für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzungen eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftsleben betrachtet wird (vgl. Bay VfGH 4, S. 205).

Er hat seine selbständige Berechtigung gegenüber dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit darin, dass er den **polizeilichen Raum erheblich erweitert** (Scholler/Broß, S. 117).

Die Regeln der öffentlichen Ordnung sind lediglich „**Sozialnormen**“. Es handelt sich um Wertvorstellungen, die erst dadurch rechtlich relevant werden, dass ihre Verletzung unter der Sanktion des polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Einschreitens steht.

Die Sozialnormen beziehen sich auf das **Verhalten in der Öffentlichkeit**. Ihr Gegenstand sind also zum einen nur Handlungen oder Zustände, nicht aber Gesinnungen, Gedanken, Auffassungen oder Absichten, solange sie nicht geäußert werden. Zum anderen ist mit Blick auf die öffentliche Ordnung nur ein solches Verhalten von Interesse, das in der Öffentlichkeit erfolgt. Vorgänge in der Privatsphäre tangieren die öffentliche Ordnung nicht (Drews/Wacke, § 162, 2a) S. 248).

Rechtlich beachtlich sind dabei nur solche Sozialnormen, die der **herrschenden Auffassung** entsprechen. Vorstellungen einzelner oder von Gruppen sind irrelevant. Als herrschend können Wertvorstellungen nur dann angesehen werden, wenn sie von einer klaren und deutlichen Mehrheit getragen werden. Hat eine beachtliche Minderheit in einer bestimmten Frage abweichende Wertvorstellungen, kann von einer Verletzung der öffentlichen Ordnung keine Rede sein (Drews/Wacke, § 162, 2b) S. 248). Ebenfalls bleiben **abweichende Lebens- und Verhaltensweisen Einzelner rechtlich zulässig**, denn die öffentliche Ordnung zwingt nicht zum sozialen Konformismus. Allerdings können sie dort zurückgedrängt werden, wo sie Allgemeinbelange öffentlichkeitswirksam beeinträchtigen. Die **Polizei** darf die für die öffentliche Ordnung maßgeblichen **Wertvorstellungen nicht selbst bilden**, also nicht eigene Maßstäbe entwickeln. Vielmehr ist sie darauf beschränkt, diese - ihr vorgegebenen - Maßstäbe rein kognitiv festzustellen. Sie muss empirisch erforschen, welches die in der Gemeinschaft herrschenden Vorstellungen zu der betreffenden Frage sind. Eine **völlige Einhelligkeit** wird sich dabei **regelmäßig** nicht ergeben. Es genügt deshalb, wenn die betreffenden Anschauungen von der **überwiegenden Mehrheit** getragen werden (Friauf, in: v. Münch, BV, 2. Abschnitt II 1) c) bb) Rdnr. 42). Ist dagegen eine bestimmte Frage so umstritten, dass sich nicht einmal eine deutliche überwiegende Mehrheit für die eine oder andere Auffassung ermitteln lässt, dann muss es bei dem „non liquet“ bleiben. Eine von der Polizei durchzusetzende Anforderung der öffentlichen Ordnung besteht dann insoweit nicht. Es bleibt in einem solchen Fall dem Gesetzgeber vorbehalten, die Frage positiv-rechtlich zu regeln und damit in den Schutzbereich der öffentlichen Sicherheit einzugliedern (Friauf, in: v. Münch, BV, 2. Abschnitt II 1) c) bb) Rdnr. 43).

Die **Entwicklung der maßgeblichen Wertvorstellungen** ist in die geltende Rechtsordnung eingebettet. Da die öffentliche Ordnung vom Recht anerkannt und geschützt wird, kann eine Wertung, die der **Verfassung** oder einem **Gesetz** widerspricht, niemals Bestandteil der öffentlichen Ordnung sein. Die Beurteilungsmaßstäbe werden aus diesem Grund entscheidend vom Grundgesetz geprägt. Politische und gesellschaftliche Auseinandersetzungen stören so lange nicht die öffentliche Ordnung, wie sie sich im Rahmen des Grundgesetzes halten.

Die **Auffassungen wandeln** sich im Laufe der Zeit. Die Ordnungsnormen haben einen variablen Inhalt. Auch **lokal und regional begrenzte Sozialnormen** werden anerkannt. Doch haben sich im allgemeinen u.a. durch die Allgegenwart der Massenmedien und die im Vergleich zu früheren Zeiten erhöhte Mobilität der Bevölkerung die sozialen Verhältnisse und Anschauungen in Stadt und Land soweit angeglichen, dass örtliche Ordnungsnormen von Bedeutung kaum noch nachweisbar sein dürften. Bindungswirkung kann allein solchen Wertvorstellungen zuerkannt werden, die mit den in der Verfassung und in der übrigen Rechtsordnung enthaltenen Maßstäben zur Beurteilung menschlichen Verhaltens übereinstimmen (Dreus/Wacke, § 162, 2) b) S. 249).

### Gerichtliche Kontrolle

Die öffentliche Ordnung als unbestimmter Rechtsbegriff unterliegt **in vollem Umfang der gerichtlichen Nachprüfung**, sowohl hinsichtlich des Inhalts und der Grenzen des Begriffs wie deren Auslegung. Der Begriff hat Gestalt und Umriss nur durch eine umfang- und **traditionsreiche Rechtsprechung** und die Praxis der Normsetzung gewonnen. Ihre Unbestimmtheit gewährleistet einerseits die Anpassung an die jeweiligen gesellschaftlichen Grundauffassungen, andererseits bedeutet sie ein Risiko für die Rechtsklarheit, das jedem unbestimmten Rechtsbegriff inne wohnt und umso größer ist, je unbestimmter der sprachliche Ausdruck ist (Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 11).

Eine **Maßnahme** zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung **muss** allerdings dort **ausscheiden**, wo es um Handlungen geht, bezüglich denen der **Gesetzgeber eine Straf- oder Bußgeldbewehrung ausdrücklich aufgehoben** oder abgelehnt **hat** (z.B. im Bereich des Sexualstrafrechts; Riegel, S. 32).

Öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung sind alternative Tatbestandsmerkmale: Ein Verhalten, das gegen das eine verstößt, verstößt deswegen noch nicht zugleich gegen das andere. Der Anwendungsbereich der öffentlichen Ordnung bleibt allein für außerrechtliche Normen (Gusy, Rdnr. 99,100).

### Kein Drittschutz

Bereits aus dem Fehlen des Normcharakters ergibt sich, dass diese Regeln die **Bürger nicht in ihrem Verhältnis** untereinander berechtigen und verpflichten kann, also niemand auf Grund der Polizeigesetze einen **Anspruch** darauf hat, dass andere die Erfordernisse der öffentlichen Ordnung beachten. Der einzelne kann deshalb auch **keine Notwehr** gegen den Störer der öffentlichen Ordnung üben. Es bleibt vielmehr der zuständigen Polizei- oder Ordnungsbehörde überlassen, gegen die Verletzung einzuschreiten (Friauf, in: v. Münch, BV, 2. Abschnitt II 1.) c) bb) Rdnr. 40).

### Praktische Bedeutung

Infolge der zunehmenden **Perfektionierung der Gesetzgebung**, der Uniformierung der sozialen Verhältnisse und der Liberalisierung der moralischen Anschauungen hat sich aber der Anwendungsbereich des Begriffs ganz erheblich verengt. **Geschmacklosigkeiten** unterfielen ohnehin niemals dem Begriff. Zwecks Wahrung der öffentlichen Ordnung dürfen auch nie Maßnahmen zur *Hebung* der Moral getroffen werden.

Das widerspricht nicht der **Rechtsstaatlichkeit**, da diese sich nicht in der Durchsetzung kasuistischer Rechtssätze erschöpft; und es kommt auch nicht auf demoskopisch zu ermittelnde Mehrheitsanschauungen an. Die Überwachungsbehörden und die sie kontrollierende Gerichte haben vielmehr dem Rechtsprinzip zufolge, die widerstreitenden, durch persönliche Anschauungen mitbestimmten Interessen abzuwägen und um die Gemeinverträglichkeit willen den objektiv (irrtumsfrei) geringwertigen die Berücksichtigung zu verwehren. Da sie dabei

außer dem öffentlichen Interesse die Gebote der **Erforderlichkeit** und der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten haben, werden Gefährdungen der öffentlichen Ordnung i.d.R. keine schwerwiegenden Eingriffe zu rechtfertigen vermögen.

### **Kritik. Verfassungsrechtliche Bedenken**

An dem Begriff der öffentlichen Ordnung vielfach Kritik geübt. **Für eine Abschaffung** dieses Begriffes bzw. eine Zusammenfassung mit dem Begriff der öffentlichen Sicherheit als ein einheitliches Schutzgut werden vor allem folgende **Argumente** gebracht: Angesichts der heute vorhandenen Fülle spezialgesetzlicher Regelungen seien die meisten Fälle, die früher unter dem Begriff der öffentlichen Ordnung fielen, Gegenstand rechtlicher Regelungen, deren Inhalt nicht unter Rückgriff auf die öffentliche Ordnung korrigiert werden darf (z.B. Totenruhe, Immissionsschutz, Leichtigkeit des Verkehrs). Allein schon diese Beispiele zeigen die **eher periphere Bedeutung dieses Schutzgutes** (Achterberg, Festschrift für Scupin, 1983, S. 35 ff. [38]).

In einem **pluralistischen Staat**, der Grundrechte als Konstitutionselemente seiner Ordnung ansieht, seien nicht allein die Moralauffassungen der jeweiligen Mehrheit, sondern auch diejenigen von **Minderheiten** geschützt.

Wenn weder die Mehrheit noch der Staat anderen die eigene Moralauffassung aufzwingen, dann sind Sondernormen ebenso garantiert wie „allgemeine Anschauungen“. Wenn auf diese Art die **Vielfalt von Sozialnormen und Anschauungen verfassungsrechtlich verbürgt** ist, dann darf es keinen staatlichen Zwang zur Durchsetzung einer einheitlichen Moral geben. Die Verwirklichung des Schutzgutes der öffentlichen Ordnung ist somit rechtlich unmöglich (Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 211 f.).

Weil die öffentliche Ordnung als Verweisungsbegriff weder auf empirisch feststehende, einheitliche Moralauffassungen Bezug nehmen kann noch sonst die Maßstäbe zur Feststellung jener Ordnungen eindeutig feststehen, fehlt es jenem Rechtsbegriff an der verfassungsrechtlich gebotenen **Bestimmtheit**. Dies zeigt sich schon darin, dass bislang keine Behörde und kein Gericht je die real vorhandenen Wertmaßstäbe empirisch festgestellt hat. Vielmehr werden die erforderlichen Wertungen von den zuständigen staatlichen Stellen regelmäßig selbst vorgenommen. Einer solchen **stellvertretenden, staatlichen Wertbildung** fehlt jedoch nicht nur die **demokratische Legitimation**, sondern insbesondere auch die Prognostizierbarkeit (Peine, DV 1979, S. 25 ff. [30]).

Die Abhängigkeit des Begriffes der öffentlichen Ordnung von zeitgenössischen Werten wurde zu einem wichtigen Ansatz der Ablehnung: die Werte, von denen der Begriff abhängig ist, könnten in einer Tyranis durch ihre eigenen Werte ersetzt werden.

### **Gegenargumente**

Die Auffassung, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung nicht bestimmbar sei, ist jedoch durch die **Rechtsprechung und Praxis der vergangenen Jahrzehnte** widerlegt. Gegen die Bedenken, dass das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Ordnung zum Einfallstor für verfassungswidrige Werte werden könne, ist auf das Grundgesetz zu verweisen: In Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 20 Abs. 2, Art. 28 GG ist die **Bindung aller Staatsgewalten an rechtsstaatliche Grundsätze**, die Achtung der **Menschenwürde** und die Grundrechte festgelegt. Solange das Grundgesetz beachtet wird, ist den befürchteten Usurpierungsversuchen ein Riegel vorge-schoben. Gegen die Ausfüllung des Begriffes der öffentlichen Ordnung durch Werte eines Unrechtsregimes, dessen Machthaber das Grundgesetz ablehnen, hilft im Übrigen kein auch noch so genau formulierter Tatbestand. Gerade auch das lehren die Erfahrungen des Dritten Reichs (Schloer, BayVBl. 1991, S. 257 ff. [258]).

### **Gründe, die öffentliche Ordnung beizubehalten**

Unabhängig von der Kritik, sollte man dennoch auch künftig nicht auf die Einbeziehung der öffentlichen Ordnung **verzichten**. Dafür sprechen folgende Gründe:

Sowohl das **GG** als **auch inter- und supranationales Recht** kennen dieses Begriffspaar in mehr oder weniger wortgleicher Formulierung (vgl. Art. 2 I, 13 III, 35 II GG; Art. 10 II, 11 II MRK; Art. 36, 48 III, 56 I EWGV). Somit bestehen weder verfassungs- noch völker- noch gemeinschaftsrechtliche Bedenken gegen seine Verwendung (Riegel, S. 31).

- Soziale Unerträglichkeiten, die nicht Störungen der öffentlichen Sicherheit einschließlich der ordnungsbewahrenden Gesetze sind, sind angesichts möglicher **Unvollkommenheit der Gesetze** und des technischen und sozialen Wandels nicht auszuschließen (Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht III, § 125 II a) Rdnr. 13).
- Die Wahrung der öffentlichen Ordnung dient dem **inneren Frieden**, indem sie etwaiger Selbsthilfe zuvorkommt (Achterberg, Festschrift für Scupin 1983, S. 35 ff. [38]).
- Im Übrigen erscheint es nicht wünschenswert und auch **kaum möglich**, dass der Gesetzgeber **jeden Bereich normativ regelt**, um so alle denkbaren Fällen in den Bereich der öffentlichen Sicherheit einzugliedern.

## Anwendungsbereich

### Selbstmord

Die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz nach Art. 2 Abs. 1 GG beinhalten die Bewahrung des menschlichen Lebens. Also stellt dieses auch eine Aufgabe zur Wahrung der öffentlichen Ordnung dar. Allerdings kann bei einem **geplanten Selbstmord häufig** auch schon die öffentliche Sicherheit betroffen sein (Berner/Köhler, Art. 11 Rdnr. 9).

### Sexualität, äußerer Anstand

Auch im Bereich des Sexuellen in der Öffentlichkeit ist eine „**Enttabuisierung**“ eingetreten, die ein polizeiliches Einschreiten allein auf Grund der Generalermächtigung und ohne Bezug auf Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestände kaum mehr vorstellbar erscheinen lässt (Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 15).

Man beurteilt geschlechtliche Vorgänge unbefangener als **früher**, die **Toleranzgrenze** ihnen gegenüber hat sich **verschoben**. Der gewandelten Sexualmoral und Liberalisierung des Sexualstrafrechts muss bei der Anwendung des Begriffs der öffentlichen Ordnung gebührend Rechnung getragen werden. Das führt zwangsläufig dazu, dass zahlreiche Verhaltensweisen, die nach früheren Anschauungen polizeilich unterbunden werden konnten, heute nicht mehr das allgemeine Sittlichkeitsempfinden verletzen und deshalb toleriert werden müssen:

- Das **Konkubinat** stört nicht mehr die öffentliche Ordnung.
- Das **Zusammenleben unverheirateter Paare** wird von der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung jedenfalls nicht mehr als Verletzung eines Verhaltens angesehen, auf deren Befolgung nicht verzichtet werden kann.
- Eine **Wohngemeinschaft** von mehreren Personen verschiedenen Geschlechts stellt ebenfalls keine Störung der öffentlichen Ordnung dar.
- Die **Homosexualität** an sich ist nach der Neufassung des StGB 1975 nicht mehr strafbar. Diese Entscheidung des Gesetzgebers verbietet es, etwa abweichende Bewertungen homosexueller Beziehungen in der Bevölkerung unter Berufung auf den Schutz der öffentlichen Ordnung zum Anlass polizeilichen Einschreitens gegen das Zusammenleben Homosexueller zu nehmen.
- Die **Prostitution** ist nicht schlechthin pönalisiert oder verboten worden, sondern wird grundsätzlich geduldet. Angesichts dieser gesetzlichen Wertung ist es unerheblich, ob die Ausübung der Prostitution gegen die von den guten Sitten gezogenen Grenzen verstößt.

Soweit es nicht strafbar oder sonst durch Rechtsvorschrift verboten ist, handelt es sich um eine im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG „erlaubte“ **wirtschaftliche Betätigung** (vgl. **BVerwG** GewArch 1973, S. 192 [193]), die nicht polizeilich unterbunden werden kann. Dadurch wird jedoch nicht eine strenge Reglementierung der Ausübung der Prostitution zum Schutz der Allgemeinheit vor nicht gewollten oder abgelehnten Kontakten mit dem Dirnenmilieu ausgeschlossen.

- Der Betrieb eines bloßen **Dirnenwohnheim** ist vorbehaltlich des § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB straflos. Daraus folgt, dass nach Auffassung des Gesetzgebers Dirnenwohnheime nicht schlechthin, sondern nur unter bestimmten Umständen sozialschädlich sind. Damit ist die Polizei nicht mehr ohne weiteres befugt war, Maßnahmen zu ergreifen.

In **Fragen des äußeren Anstandes** haben sich die Anschauungen ebenfalls gelockert. Allgemein anerkannt ist z.B. die Notwendigkeit in der Öffentlichkeit Kleidung zu tragen. Deshalb stört die öffentliche Ordnung, wer sich **nackt** auf der Straße zeigt. Weiter Beispiele:

- Verrichtung der natürlichen Bedürfnisse auf belebter Straße
- Belästigung von Passanten
- Verspottung von alten, kranken oder hilflosen Personen
- Anbringung eines Schildes „Gastarbeiter unerwünscht“ am Eingang einer Gaststätte

### Obdachlosigkeit

Obdachlosigkeit wird **seit jeher** als **Störung der öffentlichen Ordnung** betrachtet.

Jedoch hat das OVG Berlin (in: NJW 1980, S. 2484) bei einem unfreiwilligen schutzlosen Aufenthalt unter freiem Himmel im Hinblick auf die Gesundheit und der Habe der Obdachlosen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit angenommen.

Es muss jedoch beachtet werden, dass es seit 1974 **nicht mehr strafbar ist, als Landstreicher umherziehen** oder sich nach Verlust seiner bisherigen Unterkunft entgegen behördlichen Aufforderungen nicht um eine anderweitige Unterkunft zu bemühen. Deshalb stört derjenige, der sich nach Art eines Land- oder Stadtstreichers herumtreibt, nicht die öffentliche Ordnung (BWVG DVBl. 1983, S. 1070 [1071 f.]).

### Leichtigkeit des Verkehrs

Dieser Bereich wurde in der **Begründung zu § 14 PrPVG** ausdrücklich erwähnt. Heute ist es aber überholt, da das Verkehrswesen durch **besondere Rechtsvorschriften** (StVG, StVO) umfassend normiert wurde, die sich auch auf die Leichtigkeit des Verkehrs beziehen. Das Schutzgut der öffentlichen Ordnung wird zwar teilweise darin erwähnt, aber es scheint nicht sehr wahrscheinlich, dass dem Schutz der öffentlichen Ordnung neben dem Schutz der öffentlichen Sicherheit in diesem Rechtsgebiet noch eine nennenswerte Bedeutung zukommt.

### Immissionsschutz

Die Bekämpfung schädlicher Umwelteinwirkungen ist ebenfalls weitestgehend durch besondere Gesetze (inb. BImSchG) und Rechtsverordnungen geregelt. Wo dennoch Raum für die Generalermächtigung ist, können auch Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung in Betracht kommen. Das kann bei Immissionen der Fall sein, die zwar noch nicht die Gesundheit und damit die öffentliche Sicherheit gefährden und die auch keine Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 117 OWiG sind, aber das **nach allgemeinen Anschauungen zumutbare Maß** übersteigen. Welches Maß an Beeinträchtigung zumutbar ist, hängt dabei von den zeitlichen und örtlichen Verhältnissen ab.

### Veranstaltungen



Früher fielen oft **sittlich anfechtbare Veranstaltungen** unter den Begriff der öffentlichen Ordnung. Heute sind solche Veranstaltungen gewerblicher Art in Sondergesetzen geregelt, so dass aus polizeirechtlicher Sicht nur die öffentliche Sicherheit betroffen sein kann (Gusy, Rdnr. 99).

### Religion, Weltanschauung, Totenruhe

Es ist nicht die Aufgabe der Polizei, zur **Hebung von Religion und Sitte** beizutragen (vgl. z.B.: OVG Lüneburg, DVBl. 1953, S. 83 [86]). Denn das wäre **Wohlfahrtspflege und nicht Gefahrenabwehr** und würde außerdem der Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG widersprechen.

Es bleiben jedoch **Fälle denkbar**, in denen das religiöse Empfinden anders als durch Bruch einer Rechtsnorm verletzt werden kann:

- Störung eines evangelischen Gottesdienst durch eine katholische Prozession (PrOVG 23, S. 409)
- Da der konfessionelle Frieden ein Bestandteil der öffentlichen Ordnung ist, kann eine Fronleichnamprozession unter freiem Himmel durch Polizeiverordnung in Gemeinden mit protestantischer Bevölkerungsmehrheit verboten werden (ThürOVG, Jahrbd. 18, 1948, S. 243 ff.).
- Die Veranstaltung von Tanzlustbarkeiten in unmittelbarer Nachbarschaft zu einem Friedhof dürfte nach wie vor (vgl. PrOVG, PrVBl. 1926, S. 191) die religiösen Empfindungen der Bevölkerungsmehrheit verletzen und daher zum Schutz der öffentlichen Ordnung verbotlich sein.
- Die Schaustellung und der Verkauf der bei der Feuerbestattung übrig gebliebenen Leichenreste und der Urnen ist eine Störung der öffentlichen Ordnung (PrOVG 33, S. 445). Jedoch ist zu beachten, dass das Bestattungswesen heute vielfach gesetzlich geregelt ist.

### Weitere Beispiele

- Nach überkommener Auffassung stellt die **Verletzung patriotischen Empfindens** durch parteipolitische und sonstige Meinungsäußerungen eine Störung der öffentlichen Ordnung dar.
- Die gemeindlichen Aufgaben der **Straßenbenennung** und Festsetzung von Hausnummern, deren Regelung früher als Erfordernis der öffentlichen Ordnung betrachtet wurde, ist heute allenthalben **gesetzlich geregelt**.
- Weitere im Rahmen der öffentlichen Ordnung zu schützende Güter sind der **Lärmschutz**, die Rücksichtnahme auf **Ausländer**, Jugendliche und Hilfsbedürftige und der Landschafts- und Denkmalschutz (soweit dies alles nicht spezialgesetzlich geregelt ist).

**Fall** Bad.-Württ. Verwaltungsgerichtshof DVBl. 1950, S. 26 ff.) - Damenringkämpfe

### **Leitsatz**

„Es ist nicht Aufgabe der Polizei gegen bloße Geschmacklosigkeiten einzuschreiten, wenn durch sie nicht die Sittlichkeit verletzt wird, zumal wenn solche Darbietungen nicht in aller Öffentlichkeit, sondern in geschlossenen, nur gegen Eintrittsgeld zugänglichen Räumen stattfinden.“

### **Aus den Gründen**

Die Berufung ist nicht begründet.

„Ganz sicher sind Damenringkämpfe in hohem Maße geschmacklos, und zwar deshalb, weil sich der weibliche Körper zu echten sportlichen Ringkämpfen nicht eignet. Es ist aber nicht

*die Aufgabe der Polizei gegen bloße Geschmacklosigkeiten einzuschreiten. Sie könnte es bei Damenringkämpfen erst dann tun, wenn hierbei die Sittlichkeit verletzt würde. Durch die Augenscheinnahme des Verwaltungsgerichts steht aber fest, dass dies nicht zu befürchten war. Die Kleidung war anständig, und auch die Bewegungen verstießen nicht gegen Sittlichkeit und Anstand. Allerdings berührte das Ganze, wie nicht zu bestreiten ist, die Würde der Frau insofern, als die Vorführung mehr den Charakter eines handfesten Scherzes hatte und geeignet war, die Heiterkeit des Publikums zu erregen. Doch ist unsere Zeit verhältnismäßig unempfindlich gegen solche Erwägungen über „Anmut und Würde“. Nach schweren Kriegszeitern besteht bei weiten Bevölkerungskreisen ein Drang zu den derben kleinen Freuden des Lebens. Es ist nicht Sache der Polizei, hier einzuschreiten, sofern nur die Grenzen der Sittlichkeit und des Anstandes gewahrt sind, insbesondere dann nicht, wenn solche Lustbarkeiten nicht in voller Öffentlichkeit, sondern in geschlossenen, nur gegen Eintrittsgeld zugänglichen Räumen dargeboten werden.“*

**Fall** BVerwGE 1, S. 303 ff. - Sünderin

### **Sachverhalt**

Durch eine an die Inhaberin eines Lichtspielhauses in L., Frau H., gerichtete Verfügung am 24. März 1951 verbot das Ordnungsamt der Stadt L. unter Bezugnahme auf §§ 14, 41 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1933 in Verbindung mit Art. 2 und 5 GG die in diesem Lichtspielhaus vorgesehene Aufführung des Tonfilms „Die Sünderin“. Das Ordnungsamt begründete das Verbot damit, dass die Gefühle der überwiegend christlich denkenden Einwohnerschaft der Stadt L., und des Emslandes schlechthin durch die Aufführung dieses Tonfilms verletzt würden und somit eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung entstehen würde. Der Inhalt des Tonfilms verstoße nach Ansicht des Rates der Stadt gegen den Anstand, insbesondere auch in geschlechtlicher Hinsicht, gegen das religiöse Empfinden und die sittlichen Anschauungen des emsländischen Volkes. Das Verbot müsse auch deshalb ausgesprochen werden, weil die polizeiliche Gewaltanwendung gegen etwaige Demonstrationen unter diesen obwaltenden Umständen sich nicht als angemessen und geeignetes Mittel darstellen würde.

Frau H. und die Klägerin - die Verleiherin des Films - erhoben bei dem beklagten Kreistag des Kreises L. Beschwerde. Der Beklagte stellte die Entscheidung zurück, um das Urteil des Bezirksverwaltungsgerichts Koblenz in einem gleichen Fall abzuwarten.

Die von der Klägerin erhobene Klage hat das Landesverwaltungsgericht abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberverwaltungsgericht das Urteil des Landesverwaltungsgerichts sowie die Verfügung des Ordnungsamtes der Stadt L. aufgehoben.

Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„Die rechtliche Beurteilung richtet sich demnach nach Art. 5 III GG.*

*Nach dieser Vorschrift sind Kunst, Wissenschaft, Lehre und Forschung frei.*

*Der Senat vertritt deshalb die Ansicht, dass die Freiheit der Kunst nach Art. 5 III S. 1 GG nicht den Schranken der allgemeinen Gesetze iSd Art. 5 II GG, besonders nicht der polizeilichen Generalermächtigung, unterliegt. Das bedeutet jedoch nicht, dass für die Freiheit der Kunst überhaupt keine Schranken beständen. Wie der Senat in anderem Zusammenhang ausgesprochen hat, darf ein Grundrecht nicht in Anspruch genommen werden, wenn dadurch ein anderes Grundrecht verletzt wird oder Güter, die für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendig sind, gefährdet werden.*

*Diese Voraussetzungen sind jedoch bei dem Film „Die Sünderin“ nicht gegeben. Zwar gehört zu diesen Gütern auch das Sittengesetz iSd allgemeinen grundlegenden Anschauungen über die ethische Gebundenheit des einzelnen in der Gemeinschaft. Ferner stellt das Grundgesetz*

*in Art. 6 Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Grundordnung und sichert sie als Institution des Gemeinschaftslebens besonders auch gegenüber etwaigen Eingriffen der staatlichen Organe. Das bedeutet aber nicht, dass das Grundgesetz Darstellungen der Kunst ausschließt, die Vorgänge zum Gegenstand haben, welche von dem Sittengesetz mißbilligt werden, moralisch ungesund oder unter Strafe gestellt sind oder von herkömmlichen Anschauungen über Ehe und Familie abweichen; denn durch eine bloße Darstellung solcher Vorgänge werden diese Rechtsgüter nicht untergraben. Moralische, religiöse und weltanschauliche Auffassungen einzelner Bevölkerungskreise, wie sie in den verschiedenen Landesteilen verschieden entwickelt sind, sind zwar innere Werte. Das Grundgesetz hat sie aber nicht unter den besonderen Schutz der staatlichen Grundordnung gestellt. Dem polizeilichen Einschreiten fehlte somit die rechtliche Grundlage.“*

**Fall** BVerwG DVBl. 1960, S. 482 ff. - Zur Frage des Verkaufs von Gummischutzmitteln aus Straßenautomaten

### **Sachverhalt**

Die Ordnungsbehörde verbot dem Kläger, Gummischutzmittel aus seinem Straßenautomaten zu verkaufen. Beschwerde, Klage und Berufung waren erfolglos. Dagegen führte die Revision des Klägers zum Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„Das Verbot, Gummischutzmittel aus Straßenautomaten zu verkaufen, regelt die Berufsausübung. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG läßt eine Regelung der Berufsausübung nur durch Gesetz zu. Das Einzelverbot bedürfte daher der Grundlage in einem Gesetz, das die umstrittene Verkaufsart verböte.*

*Ein solches Gesetz sieht das Berufungsgericht in der polizeilichen Generalklausel. Es legt sie dahin aus, dass der Verkauf von Gummimitteln aus Straßenautomaten die öffentliche Sicherheit und Ordnung störe oder konkret gefährde.*

*Die Subsumtion des Gummischutzmittelverkaufs aus Straßenautomaten unter den Begriff einer Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hängt von einer verwickelten, in das Gebiet der Weltanschauungen hineinreichenden, abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen ab. Die Lebensgebiete der in Betracht kommenden gegensätzlichen Schutzinteressen - insbesondere Schutz vor Geschlechtskrankheiten, Verhütung unerwünschter Schwangerschaften und Vermeidung von Abtreibungen einerseits, Schutz der Moral der Jugend sowie von Sitte und Anstand in der Öffentlichkeit andererseits - sind in verschiedenen Gesetzen, wenn auch nicht abschließend, bereits behandelt. Bei diesem Stande der Gesetzgebung (= der hier in Rede stehende Sachverhalt wurde nicht ausdrücklich geregelt) geht es nicht an, dass die Polizei formell unter dem Gesichtspunkt, nur die Generalklausel auf Einzelfälle anzuwenden, der Sache nach das tut, was die Gesetzgebung bisher nicht getan hat, nämlich den in den letzten Jahrzehnten aufgekommenen und neuerdings verbreiteten Schutzmittelverkauf aus Straßenautomaten, eine neue Erscheinungsform der Berufsausübung, zu regeln.*

*Diese Erwägungen ergeben: Es kommt nicht darauf an, ob der Schutzmittelverkauf aus Straßenautomaten den Begriff einer Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung inhaltlich erfüllt. Jedenfalls steht es der Polizei nicht zu, diese Frage im Wege der polizeilichen Verfügung zu entscheiden.“*

**Fall** BayObLG BayVBl. 1962, S. 389 f. - Voraussetzung der Verwahrung eines Alkoholsüchtigen, der nur selbstgefährlich ist

### **Aus den Gründen**

*„Nach Art. 1 BayVerwahrG können alkoholsüchtige Personen verwahrt werden, wenn sie gemeingefährlich oder selbstgefährlich sind und die öffentliche Sicherheit oder Ordnung die Verwahrung erfordert. Eine Gemeingefährlichkeit des Betroffenen ist von der Vorinstanz nicht festgestellt worden.*

*Dieser Begriff „öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ entstammt dem Polizeirecht. Er ist diesem polizeirechtlichen Begriff entsprechend auszulegen.*

*Eine zunächst nur den einzelnen bedrohende Gefahr (wie Trunkenheit mit der Gefahr des Alkoholdeliriums) kann über den einzelnen hinauswirken und die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedrohen. Dies trifft nicht nur dann zu, wenn sie zugleich eine Gefahr für die Allgemeinheit (Gemeingefahr) bedeutet, sondern auch dann, wenn die Gefahr zwar in einer bloßen Selbstgefährdung besteht, aber die öffentliche Ordnung bedroht.*

*Nach herrschenden Auffassungen, auf die es danach für den Begriff der öffentlichen Ordnung entscheidend ankommt, greift der Selbstmord stets über den privaten Lebenskreis des einzelnen hinaus und stört die öffentliche Ordnung (BayObLGZ 1961, 49/54). Sonstige lebens- oder gesundheitsgefährliche Verhaltensarten, die nur für den Betroffenen gefährlich sind, stören oder bedrohen dagegen - für sich allein - regelmäßig die öffentliche Ordnung nicht. Gleiches gilt auch für die Alkoholsucht, selbst wenn sie das Leben des Süchtigen - in anderer Weise als durch Selbstmord - gefährdet (BayObLG, s.o.). Solche selbstgefährdenden Verhaltensarten können aber bei Hinzutreten weiterer Umstände nach den jeweils herrschenden Anschauungen die öffentliche Ordnung stören oder bedrohen, z.B. wenn sie beispielgebend wirken, berechtigte allgemeine Erregung hervorrufen oder andere gefährden, sei es auch nur in der Art, dass sie diese in die Lage bringen mit oder ohne Rechtspflicht unter eigener Gefahr Hilfe zu leisten. Insbesondere können gesundheits- und lebensgefährdende Verhaltensarten, die nur für den Betroffenen gefährlich sind, die öffentliche Ordnung dann stören oder bedrohen, wenn der Gefährdete geistesgestört oder sonst hilflos ist. Besteht also z.B. unmittelbare Gefahr, dass ein Geisteskranker durch Verweigerung der Nahrung in Freiheit verhungert, so stört diese Selbstgefährdung die öffentliche Ordnung (so auch OLG Hamm vom 20.12.1961). Allerdings bedarf die Frage, ob die öffentliche Ordnung bereits gestört oder bedroht ist, dann einer besonders sorgfältigen Prüfung, wenn der unmittelbar gefahrbringende Umstand (hier das Delirium) noch nicht eingetreten ist, sondern erst droht.“*

**Fall** OVG Lüneburg, GewArch 1976, S. 137 f. - Autowracks

### **Leitsatz:**

*„Reparaturbedürftige Autowracks, die nicht als Autowracks i.S.d. § 9 Abs. 2 AbfG anzusehen sind, stören regelmäßig in reinen Wohngebieten die öffentliche Ordnung.“*

### **Sachverhalt**

Der Kläger hat auf dem Grundstück in M. fünf Gebrauchtwagen und ein Autofahrgestell gelagert, um sie für seine Konstruktionspläne zu verwenden. Das Ordnungsamt des Amtes B gab dem Kläger auf, die „Autowracks“ zu entfernen. Die Kreisordnungsbehörde wies den Widerspruch des Klägers zurück. Mit seiner Klage vertrat der Kläger die Auffassung, dass die abgestellten Gebrauchtwagen keine Autowracks seien; er müsse sie auf seinem Grundstück abstellen, weil er sie als Anschauungsobjekte für seine Konstruktionspläne für ein sichereres Auto benötige. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„Die abgestellten Gebrauchtwagen und das Autofahrgestell stören nach den örtlichen Gegebenheiten die öffentliche Ordnung. Das Grundstück liegt in einem reinen Wohngebiet. Weder im reinen Wohngebiet noch im allgemeinen Wohngebiet sind nach Bauplanungsrecht auch nur ausnahmsweise Abstellplätze für Gebrauchtwagen zulässig.*

*Die abgestellten Wagen und das Fahrgestell stören die öffentliche Ordnung. Es widerspricht den modernen Vorstellungen von einem geordneten Zusammenleben in einem Wohngebiet, wenn ein Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück unmittelbar an der Grenze zum Nachbarn jahrelang mehrere gebrauchte Autos abstellt, um sie als Anschauungsobjekte für kraftfahrzeugtechnische Arbeiten ständig in seiner Nähe zu haben. Eine derartige Ansammlung ihrem eigentlichen Nutzungszweck entfremdeter Fahrzeuge verunstaltet in einem solchen Baugebiet das Ortsbild und wirkt insbesondere für die Bewohner von Nachbargrundstücken außerordentlich störend. Die Beseitigung derartiger Störungen ist nach den heutigen Ordnungsvorstellungen gerade in einem Wohngebiet geboten, weil alte Autos dort selbst dann stören, wenn in der Nachbarschaft - wie der Kläger behauptet - Schweinemästereien unterhalten werden, die mit der Bauplanung ebenfalls nicht in Einklang stehen.“*

**Fall** BayObLG BayVBl. 1977, S. 220 f.

### **Leitsatz**

*„Die Handlung eines Veranstalters einer öffentlichen Tanzlustbarkeit, der Teilnehmer veranlaßt, sich der Kleider vollständig zu entledigen, ist auch dann geeignet, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen, wenn die übrigen Anwesenden damit einverstanden sind.“*

### **Sachverhalt**

Der Betroffene P ist Inhaber eines Tanzlokals. Der Betroffenen W fungiert in diesem Lokal als Stimmungsmacher. Die Gemeinde hatte rückwirkend für die von P für den Monat Januar angezeigte Tanzveranstaltung die Erlaubnis erteilt.

Für den 29.01.1975 hatte P durch Zeitungsanzeigen und durch Plakate einen „Nackedeiball mit Striptease“ angekündigt. Die „drei gewagtesten Kostüme“ sollten mit Preisen bedacht werden. Bei diesem Ball verkündete der Betroffene W, nachdem er sich des Einverständnisses des Betroffenen P und der Gäste versichert hatte, dass es für den ersten Preis nicht genüge, wenn jemand „mit Höschen“ auftrete. Daraufhin forderte er die Gäste auf, sich zur Prämierung zu melden. Nachdem die Bewerber, von denen etwa drei oder vier Männer und mindestens eine Frau völlig entkleidet waren, auf der schlecht beleuchteten Tanzfläche und in ca. 3m Abstand zu den Gästen Aufstellung genommen hatten, bekamen sie ein Nummernschild ausgehändigt und W ließ das Publikum durch Beifall über die Vergebung der Preise entscheiden. Das Landratsamt hat gegen die beiden Betroffenen wegen fortgesetzt begangener Ordnungswidrigkeiten Bußgeldbescheide erlassen. Auf ihren Einspruch hin hat das Amtsgericht beide Betroffenen freigesprochen.

Die gegen das freisprechende Urteil des Amtsgerichts eingelegte Rechtsbeschwerde der Staatsanwaltschaft erweist sich als begründet.

### **Aus den Gründen**

*„Nach § 118 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig, wer „eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.“*

*Grob ungehörig (ungebührlich) ist eine Handlung dann, wenn sie sich bewußt nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der jeweiligen Rechtsgemeinschaft erforderliche Ordnung einfügt...Zu dieser Gemeinschaftsordnung rechnen die anerkannten Regeln und Einrichtun-*

*gen, die im äußeren Zusammenleben der Menschen die schutzwürdigen Interessen der einzelnen wahren sollen... Solch ein schutzwürdiges Interesse ist auch das natürliche Schamgefühl. Das Auftreten unbedeckter Menschen in der Öffentlichkeit widerspricht dem natürlichen Schamgefühl.*

*Schon für das Baden in der Öffentlichkeit wird das Auftreten in unbedecktem Zustand grundsätzlich nicht erlaubt, deswegen kann es für Teilnehmer an öffentlichen Tanzveranstaltungen gewiß nichts anderes gelten. Tanzveranstaltungen während der Faschingszeit sind davon nicht ausgenommen. Das mit Geldbuße bewehrte Badeverbot stellt im übrigen auch klar, dass das Auftreten unbedeckter Menschen in der Öffentlichkeit geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.*

*Dass die schon in gewissem Sinne durch die Plakatwerbung und außerdem durch wiederholte Ankündigungen während der Veranstaltung auf das kommende Ereignis vorbereiteten Anwesenden mit der Art und Weise der Prämierung einverstanden gewesen seien, ist rechtlich ohne Bedeutung.*

*Bei der Frage nach der Eignung zur Belästigung der Allgemeinheit kann es insbesondere nicht darauf ankommen, ob der in Rede stehende Vorfall von einigen, mehreren oder gar von allen Anwesenden als Belustigung denn als Belästigung aufgefaßt worden ist; denn die Anwesenden sind nicht identisch mit der Allgemeinheit. Ob ein Vorfall geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen, kann sich weder nach der Meinung der Beteiligten noch nach der Meinung derjenigen richten, die den Vorfall wahrgenommen haben. Vielmehr kann es nur auf das Werturteil ankommen, das die Gesamtheit des an der Verkehrssitte interessierten Publikums über den Vorgang fällt.“*

**Fall** VGH München NJW 1981, S. 1000 f. - in einer Spielhalle aufgestellte Kriegsspielgeräte

### **Sachverhalt**

Die Antragstellerin betreibt eine genehmigte Spielhalle, in der sie u.a. auch Kriegsspielgeräte aufgestellt hat, die die Möglichkeit zur Bombardierung verschiedener Ziele mittels (Licht-)Explosionen ermöglicht. Die Antragsgegnerin teilt ihr mit, dass die Aufstellung der Kriegsspielautomaten gegen § 118 OWiG verstoße. Da die Antragstellerin die Automaten nicht beseitigte, gab ihr die Antragsgegnerin mit für sofort vollziehbar erklärten Bescheid auf, die Kriegsspielgeräte aus der Spielhalle zu entfernen.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des dagegen eingelegten Widerspruchs hatte in der Beschwerdeinstanz Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„Bereits an der Frage, ob die Spielgeräte zumindest geeignet sind, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen, oder ob das Spielen damit bereits tatsächlich erkennbar die Allgemeinheit konkret erheblich belästigt, bestehen starke Zweifel: Noch viel weniger offensichtlich begründet ist die Behauptung der Antragsgegnerin, die öffentliche Ordnung werde durch den Gebrauch der Spielgeräte beeinträchtigt, da sie der Hemmschwelle gegenüber Gewaltanwendung auch außerhalb des Spiels herabsetzten und zu aggressivem, gemeinschaftsfeindlichen Verhalten stimulierten. Bei den Geräten der Antragstellerin kann sich im Gegensatz dazu auftretende Aggressionslust sofort Luft schaffen. Dies führt nach allgemein anerkannten psychologischen Erkenntnissen zu einem Abbau dieser Aggressionslust. Dass sie latent weiterbesteht mit der Gefahr jederzeitigen Umschlagens in offene Aggressionen, wie die Antragsgegnerin behauptet, ist nicht offensichtlich. Für das hier zu entscheidende Eilverfahren genügt das Kurzugutachten, um die von der Antragsgegnerin aufgestellte Behauptung einer offensichtlichen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung*

soweit in Zweifel zu ziehen, dass der hierauf gestützte Sofortvollzug nicht gerechtfertigt erscheint.“

**Fall** VGH München BayVBl. 1984, S. 152

**Leitsatz**

„Eine Veranstaltung „Damen-Schlamm-Catchen oben ohne“ verstößt gegen gesellschaftliche Wertvorstellungen, die in unserer Rechtsgemeinschaft als maßgebliche unerläßliche Ordnungsvoraussetzungen anerkannt sind.“

Das Verwaltungsgericht hatte angenommen, dass in diesem Fall keine Versagungsgründe (Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung) vorliegen.

**Aus den Gründen**

„Ein Ordnungsverstoß der geplanten Veranstaltung scheidet nicht bereits deshalb aus, weil weder Erwachsene mit den Darbietungen unvermutet und gegen ihren Willen konfrontiert werden - Zutritt erhält nur, wer Eintritt bezahlt - noch Jugendliche zu ihr Zutritt haben. Dass sichergestellt ist, dass weder Jugendliche noch Erwachsenen, die mit der Sache nichts zu tun haben wollen, mit der Veranstaltung konfrontiert werden nimmt dieser nicht die Sozialrelevanz. Die von der Antragstellerin geplante Veranstaltung verstößt trotz des vom Verwaltungsgerichts herausgestellten Wandels der gesellschaftlichen Anschauungen über Fragen der guten Sitten und des äußeren Anstands gegen gesellschaftliche Wertvorstellungen, die in unserer Rechtsgemeinschaft als maßgebliche unerläßliche Ordnungsvoraussetzungen anerkannt sind. Die von der Antragstellerin geplante Veranstaltung weist demgegenüber eine andere Qualität auf (als die Veranstaltung, die der Württ.-Bad- Verwaltungsgerichtshof als zwar in hohem Maße geschmacklos, aber nicht ordnungswidrig ansah und die er eher als eine Art derben Spaß einstuft, in: DVBl. 1950, S. 26 ff., s.o.). Der Gesamtcharakter dieser Veranstaltung in Werbung und Ablauf wird geprägt durch die kommerziell motivierte Anstachelung primitiver sexueller Instinkte der Zuschauer. Bezeichnend für Zielsetzung und Effekt der Veranstaltung ist schließlich auch, dass - wie in der Aktenvormerkung des Kreisverwaltungsreferats berichtet - die Kämpfe von anzüglichen Bemerkungen der Zuschauer begleitet werden. Den in der Veranstaltung auftretenden Frauen wird eine entwürdigende objektive Rolle zur Befriedigung primitiver Instinkte der Zuschauer zugewiesen. Unter den gesamten Begleitumständen stellt das eine Erniedrigung der Frauen dar, die nicht mehr als bloße Geschmacklosigkeit hingenommen werden kann und insbesondere die Menschenwürde verletzt.“

**Fall** VG Neustadt a.d.W. GewArch 1992, S. 296 f.

**Leitsatz**

„Die Veranstaltung eines sogenannten „Zwergenweitwurfs“ verletzt die Würde des Menschen und ist deshalb sittenwidrig.“

**Sachverhalt**

Der Antragsteller, ein Artist, wandte sich mit seinem Antrag gegen eine gegenüber einer GmbH ergangene Untersagungsverfügung. Diese GmbH wollte mit dem Antragsteller „Zwergenweitwurf“ betreiben. Sein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Versagungsverfügung blieb ohne Erfolg.

**Aus den Gründen**

„Die Untersagung konnte aber jeden Fall deshalb zu Recht erfolgen, weil die Voraussetzungen zum Einschreiten aufgrund des Polizeiverwaltungsgesetzes vorlagen und insoweit diesel-

ben Ermessenserwägungen anzustellen waren. Dadurch, dass die GmbH plante die erlaubnispflichtige, aber weder erlaubte noch erlaubnisfähige Veranstaltung des „Zwergenweitwurfs“ durchzuführen, bestand eine konkrete Gefahr sowohl für die öffentliche Sicherheit als auch für die öffentliche Ordnung. Gegen die öffentliche Ordnung wäre durch den sittenwidrigen Charakter der Veranstaltung verstoßen worden. Diese Gefahr hat die Antragsgegnerin in nicht zu beanstandender Weise dadurch abgewehrt, dass sie die Veranstalterin als Handlungsstörerin die Vorführung untersagte.“

**Fall** VG Neustadt a. d. W. GewArch 1994, S. 236 ff.

### **Sachverhalt**

„Einrichtung und Betrieb einer „Quasar“-Anlage verstoßen gegen die öffentliche Ordnung“

### **Aus den Gründen**

„Der zulässige Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 07.02.1994 wiederherzustellen, mit der ihr die Inbetriebnahme des „Quasar - The Live action Laser game“ („Quasar“ ist ein in Australien entwickeltes und im anglo-amerikanischen Raum verbreitetes Mannschaftsspiel, das nunmehr auch in Deutschland eingeführt werden soll. Die Spieler werden mit Infrarot- bzw. Laserpistolen ausgestattet, mit denen auf Brust und Rücken der gegnerischen Mannschaftsmitglieder gezielt wird. Der Unterschied zu einem Schußwechsel mit Feuerwaffen besteht nur noch darin, dass die Spieler tatsächlich nicht verletzt werden.) *im Anwesen untersagt wurde, bleibt in der Sache ohne Erfolg.*

*Die angefochtene Verfügung der Antragsgegnerin ist offensichtlich rechtmäßig.*

*Nach der hiernach allein einschlägigen polizeirechtlichen Generalklausel des § 9 Abs. 1 POG (Rhld-Pf.) können die allgemeinen Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Die von der Antragstellerin beabsichtigte Einrichtung und der anschließende Betrieb einer „Quasar“-Anlage stellen einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar.*

*Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass Ausrüstung und Spielablauf von „Quasar“ dem Beobachter und Mitspieler den Eindruck vermitteln, dass hier eine bewaffnete Auseinandersetzung zwischen zwei verfeindeten Gruppen wirklichkeitsnah nachempfunden wird.*

*Angesichts dieses offenkundigen Eindrucks einer imitierten Kampfszene ist der von der Antragstellerin beabsichtigten Einrichtung ein erheblicher Unwertgehalt beizumessen. Die Kampfszene wird in einer maßstabgetreuen Umgebung durch real existierende Personen nachgestellt. Insoweit fehlt es schon an der bei Computerspielen erkennbaren Abstraktion und der dadurch entstehenden Distanz zwischen fiktiver Vorstellung und Realität bei den Spielern. Vor allem besteht aber die Kriegshandlung gerade im Abschießen des menschlichen Gegners mit einer Feuerwaffe, wobei der Gegner als Mensch und nicht als verfremdetes, abstraktes Ziel erkannt wird. Erst recht wird das realitätsnähere, „spielerische“ Schießen auf den Gegner mit einer Handfeuerwaffe von weiten Teilen der Bevölkerung nicht mehr nur als geschmacklos, sondern als Störung der Gemeinschaftsordnung empfunden.*

*Dieser realitätsnahe spielerische Umgang mit einem Schußwechsel steht in krassem Widerspruch zu der hohen Wertstellung, die das menschliche Leben und die körperliche Unversehrtheit im Wertesystem unserer Gesellschaft erfahren. Dabei ist derzeit eine besondere Sensibilisierung der Bevölkerung einerseits dadurch festzustellen, dass Gewaltbereitschaft und gewalttätige Auseinandersetzungen in der Bundesrepublik Deutschland einen immer größeren Raum in der Berichterstattung der Medien erfahren. Zum anderen ist gerade im Hinblick auf die Kriegshandlungen im ehemaligen Jugoslawien ein verstärktes Bewußtsein für die negativen Folgen solcher bewaffneten Konflikte festzustellen. Hiermit kann aber die spielerische Nachahmung von Kampfhandlungen zum bloßen Zeitvertreib nicht in Übereinstimmung ge-*



*bracht werden. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass das sozialetische Unwerturteil breiter Bevölkerungskreise maßgeblich auch davon bestimmt wird, dass jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass unter den von der Antragstellerin als Hauptzielgruppe angesprochenen Jugendlichen und junge Erwachsenen, bei denen vielfach die Persönlichkeitsbildung noch nicht abgeschlossen ist, die Trennung zwischen Fiktion und Realität verloren geht und die Hemmschwelle zum Einsatz von Gewalt oder gar Waffen als Möglichkeit der Konfliktaustragung oder gar der Befriedigung von Abenteuerlust absinkt. Normalerweise besteht eine Hemmung, auf einen Menschen direkt mit einer Feuerwaffe zu zielen, um ihn zu töten oder kampfunfähig zu machen. Auch wenn diese natürliche Hemmschwelle beim „Quasar“-Spiel sicherlich noch nicht durch eine einmalige Teilnahme herabgesenkt wird, erscheinen aber gerade diejenigen ungefestigten Menschen gefährdet, die dem - Werbematerial für künftige Veranstaltungen stark herausgestellten - Anreiz zur ständigen Wiederholung des Spiels und zur Verbesserung der „Trefferquote“ erliegen. Wegen der möglichen Herabsetzung der Hemmschwelle gegenüber gewalttätigem Vorgehen muss das „Quasar“-Spiel unter sozial-ethischen Gesichtspunkten als nicht gemeinschaftsverträglich angesehen werden.“*

**Fall** OVG Münster, NJW 1994, S. 2909 f.

### **Leitsatz**

„Das Hissen einer Reichskriegsflagge stellt eine Störung der öffentlichen Ordnung dar.“

### **Sachverhalt**

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen das ihm auferlegte Verbot, die Reichskriegsflagge zu hissen. Der Antrag hatte keinen Erfolg.

Gemäß § 14 NWOGB können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine einzelne im Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren.

### **Aus den Gründen**

*„Selbst wenn das Hissen der Reichskriegsflagge als symbolischer Akt eine mehrdeutige Erklärung darstellen sollte und zugunsten des Antragstellers davon ausgegangen werden müßte, dass die für ein Einschreiten des Anspruchgegners zum Schutze der öffentlichen Sicherheit maßgeblichen Voraussetzungen des § 130 StGB deshalb nicht vorliegen, liegt es bei summarischer Prüfung nahe, dass der Anspruchsgegner jedenfalls tätig werden durfte, um eine Störung der öffentlichen Ordnung abzuwehren.*

*Zur Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall ein Verhalten nach herrschenden Anschauungen des Bevölkerung gegen die ungeschriebenen Regeln des gedeihlichen Miteinanderlebens verstößt, können insbesondere Wertungen des Gesetzgebers, die diesen Bereich betreffenden Normen zu entnehmen sind, herangezogen werden.*

*Insoweit kommt es nicht darauf an, ob das Hissen der Reichskriegsflagge - auch - so interpretiert werden darf, dass sie von § 130 StGB tatbestandlich nicht erfaßt wird, sondern darauf, ob ein Beobachter diesen Vorgang so verstehen kann, dass zu Einschüchterung, Diskriminierung und Gewalt gegenüber den in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländern aufgerufen wird. Eine solche Wirkung der demonstrativ öffentlich zur Schau gestellten Reichskriegsflagge kann eine Gefahr für die öffentliche Ordnung schon deshalb darstellen, weil ein derartiger Aufruf - wie bereits aufgeführt - der durch § 130 StGB zum Ausdruck gebrachten Wertung zuwiderläuft und objektiv geeignet ist, elementare Verfassungsregeln, insbesondere das Diskriminierungsverbot gem. Art. 3 Abs. 1 GG und das Gebot des Art. 1 GG, die Menschenwürde zu achten, zu verletzen.“*

- Fall** OVG Lüneburg, GewArch 1973, S. 102 f. - Die Unterhaltung eines Bordells oder eines bordellartigen Betriebs ist ... in jedem Falle ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung.
- Fall** OVG Münster, GewArch 1974, S. 354 f. - Auch im Hinblick auf die geänderten Anschauungen über Sittlichkeit und Sexualität stellt der Betrieb eines Dirnenwohnheims eine Störung der öffentlichen Ordnung dar.
- Fall** BGH DVBl. 1975, S. 579 ff. - Der Einzelne kann einer Störung der öffentlichen Ordnung unter Berufung auf Notwehr oder Nothilfe nur entgegentreten, wenn der Störer dadurch zugleich als solche geschützte Individualinteressen angreift; die Störung der öffentlichen Ordnung allein reicht hierzu nicht aus.
- Fall** BVerwG, NJW 1982, S. 664 f. - Die nach § 33a GewO erforderliche Erlaubnis zum Betrieb einer sogenannten Peep-Show muss versagt werden, weil die beabsichtigten Veranstaltungen den guten Sitten zuwiderlaufen.

### **Klausuraufbau**

Der Begriff der öffentlichen Ordnung verweist auf außerhalb des Gesetzes liegende sozioethische Wertungen, sog. „Sozialnormen“. Die Prüfung des Tatbestandsmerkmals ist wie folgt vorzunehmen:

#### **Ermittlung von Sozialnormen**

- Ist eine außerrechtliche Sozialnorm bezüglich des jeweiligen Verhaltens vorhanden?
- Ist diese Sozialnorm für ein geordnetes Zusammenleben unentbehrlich?
- Verstößt das Verhalten gegen eine solche Sozialnorm?

#### **Verstoß gegen Sozialnormen**

Ein Verstoß gegen solche Sozialnormen soll in der Regel unter folgenden Voraussetzungen vorliegen:

- Die zu beurteilende Handlung muss öffentlich geschehen. Die Öffentlichkeit kann aber auch dann hergestellt sein, wenn nicht die Handlung selbst öffentlich geschieht, aber Ankündigungen oder Werbung gegenüber Dritten stattfinden.
- Die Handlung muss geschützte Belange Dritter beeinträchtigen können. Voraussetzung dafür ist, dass sie für Dritte gegen ihren Willen zugänglich oder wahrnehmbar ist.
- Die herangezogene Sozialnorm muss empirisch feststellbar sein. Dabei kommt es auf die tatsächlichen Ordnungsvorstellungen der Menschen im konkreten Zusammenhang an.
- Die ermittelte Sozialnorm muss allgemein anerkannt sein. Als ausreichend wird dafür eine klare und deutliche Mehrheit in einem größeren sozialen Einzugsbereich angesehen.

#### **(3) Liegt eine „Störung“ eines dieser (oder beider) „polizeilichen“ Schutzgüter vor?**

##### **Schrifttum:**

- Bengl/Berner/Emerig, Art. 6 Anm. 4c)
- Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 28
- Drews/Wacke/Martens/Vogel, S. 220
- Gallwas/Möble, Rdnr. 73 ff.
- Götz, Rdnr. 123
- Knemeyer, Rdnr. 100 - 104
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 65

(4) **Liegt (ggf. zusätzlich) eine („im einzelnen Fall bestehende“) Gefahr vor?**

**Schrifttum:**

- Bengl/Berner/Emerig, vor Art. 6 Vorbem. 8c, 12c, Art. 6 Anm. 4a)
- Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 18
- Drews/Wacke/Martens/Vogel, S. 220 ff., 227
- Gallwas/Mößle, Rdnr. 86 - 100
- Götz, Rdnr. 115 - 138
- Knemeyer, Rdnr. 87 - 99
- Schenke, in: Steiner BV, Rdnr. 46, 64

**Erläuterungen:**

s. unten bei (5)!

(5) **(ggf.) Verdacht einer Gefahr? Anscheinsgefahr? Scheingefahr? - ANTLSPERGER**

**Einführung**

Im Rahmen der Prüfung der **Aufgaben** der Polizei (Art. 2 PAG) bzw. der Sicherheitsbehörden (Art. 6 LStVG) taucht zum ersten Mal der Begriff **Gefahr** auf. Ein weiteres Mal erlangt er Bedeutung im Rahmen des Bestehens spezieller **Befugnisse** innerhalb des PAG oder des LStVG oder einer generellen Befugnisnorm (Art. 11 I PAG; Art. 7 II Nr. 3 LStVG).

**„Gefahr“**

Generell versteht man unter *Gefahr* jede Sachlage, die bei **ungehindertem Ablauf** erkennbar zu einem **Schaden**, d. h. zur Minderung eines tatsächlich vorhandenen normalen Bestandes an Lebensgütern durch von außen kommende Einflüsse führen würde (vgl. Preuß. OVG, OVGE 77, 333 [338]; BVerwGE 45, 51 [57]).

Für die Feststellung des Bestehens einer *Gefahr* lässt das (vgl. E 45, S. 51, 57) eine **Prognose des zukünftigen Geschehensablaufs nach objektiven Maßstäben** genügen.

Für die Annahme einer *Gefahr* ist jedenfalls erforderlich und ausreichend, dass bei einem objektiv festzustellenden Sachverhalt nach der **Lebenserfahrung** die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht, wenn die Polizei oder die Sicherheitsbehörde nicht einschreitet (vgl. BayVGH, NJW 1979, 2631; OVG Münster, NJW 1980, 956).

Diese Prognose ist **aus der ex ante-Sicht** eines vernünftigen Durchschnittspolizisten zu treffen. Ausschlaggebend ist also der Zeitpunkt des polizeilichen bzw. sicherheitsbehördlichen Handelns (BVerwG DVBl. 1975, S. 888, 889).

Dabei muss der **Schadenseintritt** aber zumindest **objektiv wahrscheinlich** sein; die bloß subjektive Überzeugung des handelnden Beamten reicht dafür nicht aus.

Zwar hängt der **Grad der notwendigen Wahrscheinlichkeit** von der Bedeutung des jeweils betroffenen Rechtsgutes ab, doch reichen bloße Vermutungen oder die entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts nicht aus. Andererseits ist es wiederum **nicht erforderlich**, dass der **Schadenseintritt gewiss** ist oder unmittelbar bevorsteht.

Da eine Prognose aber immer mit einem **gewissen Unsicherheitsfaktor** verbunden ist, kommt es bei der **Abgrenzung der Anscheinsgefahr von der Putativ- oder Scheingefahr**

gerade darauf an, inwieweit die **Einschätzung des handelnden Beamten** sich an den objektiv zum Zeitpunkt des Einschreitens gegebenen Tatsachen orientiert. Das ist auch sinnvoll, weil im Zeitpunkt des Einschreitens niemand den Verlauf der Ereignisse objektiv absolut sicher abschätzen kann; es kann nicht richtig sein, dass die Polizei nahezu immer rechtswidrig gehandelt haben soll, wenn sich die Gefahrenprognose im nachhinein als unrichtig erweisen hat.

## Anscheinsgefahr

### Definition

Eine Anscheinsgefahr liegt vor, wenn im Zeitpunkt des Einschreitens für den objektiven Beobachter der **Eindruck** besteht, ein Geschehen führe bei weiterem Verlauf zu einem **Schaden**, tatsächlich diese Möglichkeit aber **nicht** besteht (wie sich **später** herausgestellt hat).

### Problem

Zwar gibt es Rechtsvorschriften, die **ausdrücklich** auf das Vorliegen einer **Anscheinsgefahr** Bezug nehmen.

**Beispiel einer gesetzlichen Regelung**, in der die Anscheinsgefahr ausdrücklich der „echten“ Gefahr gleichgestellt ist, § 10 I S. 1 BSeuchG: „... werden Tatsachen festgestellt, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können, oder *ist anzunehmen, dass solche Tatsachen vorliegen*, so trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit hierdurch drohenden Gefahren.“

Diese (neue) Regelung des § 10 I S. 1 BSeuchG trägt der Tatsache Rechnung, dass für eine wirksame Verhütung übertragbarer Krankheiten schon die **begründete Annahme** von Tatsachen ausreichen muss.

Die meisten spezialgesetzlichen und polizei-/ sicherheitsrechtlichen Eingriffsermächtigungen setzen aber eine „wirkliche Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus. **Fraglich** ist, ob die **Anscheinsgefahr der wirklichen Gefahr gleichzustellen** ist oder nicht.

## Meinungen

### „Subjektiver“ Gefahrenbegriff

Eine Meinung geht von einem „subjektiven“ Gefahrenbegriff aus. Die Anscheinsgefahr stelle in Wahrheit eine Gefahr dar.

*Argument:* Da der handelnde Beamte bezüglich des Vorliegens einer **Gefahr immer ein hypothetisches Urteil** fällen müsse, könne es nicht von Bedeutung sein, ob sich sein Wahrscheinlichkeitsurteil deshalb als unzutreffend erweise, weil sich eine tatsächlich bestehende Gefahr nicht realisiert hat, oder ob entgegen dem objektiven Anschein bereits von Anfang an Umstände vorlagen, die einen Schadenseintritt ausschlossen.

Im **Interesse einer effektiven Gefahrenabwehr** könne für das Vorliegen einer Gefahr nur ausschlaggebend sein, ob *bei verständiger Würdigung aus der Sicht des handelnden Polizeibeamten im Zeitpunkt seiner Entscheidung eine Gefahrenlage vorhanden war* (so Schenke, in Steiner, BV, Rdnr. 37; Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 13 2b; Breuer, in: FS für Martens, 1987, S. 317, 333 ff.).

**Beispiele:** BVerwGE 39, 190 ff.; OVG Lüneburg, DVBl. 1983, 464 (465)

### „Objektiver“ Gefahrenbegriff

In Anlehnung an das Urteil des **PrOVG Bd. 77, 333 (338)**, das ausdrücklich betont, dass eine Gefahr objektiv vorliegen müsse, soll die Anscheinsgefahr nicht unter die Gefahr zu fassen sein. Zwar dürfe die **Möglichkeit rechtzeitigen polizeilichen Handelns** nicht dadurch verhindert werden, dass die Prüfung der der Gefahr zugrunde liegenden Tatsachen nicht rechtzei-

tig abgeschlossen werden kann. Daher soll lediglich der bloße **Gefahrerforschungseingriff**, der die Befugnis der Polizei auf vorläufige Maßnahmen zur Aufklärung beschränkt, **noch** unter die **Gefahr** fallen.

*Argument:* Eine **Ausdehnung der Gefahr** auf die Anscheinsgefahr ist nur im Wege einer Analogie denkbar. Gerade aber im grundrechtlichen Bereich, hinsichtlich der Rechtsprechung des BVerfG, das vom formellen Gesetzgeber verlangt, alle für die Allgemeinheit als wesentlich anzusehenden Regelungen selbst zu treffen (sog. Parlamentsvorbehalt), erscheine eine **Analogie zweifelhaft** (Schwabe, DVBl. 1982, 655 Anmerkung zu OVG NW, KALKAR). Allerdings bestreitet auch diese Meinung die **Notwendigkeit einer Eingriffsmöglichkeit** nicht, da auch sie anerkennt, dass für die Beurteilung der Gefahrenlage die ex ante Sicht maßgeblich bleiben muss. Eine Lösung wird über den **Gefahrerforschungseingriff** gesucht. Dieser werde von der Generalermächtigung auch gedeckt, wenn sich der gefahrbezügliche Sachverhalt nicht als gegeben erweise, gibt aber lediglich die *Befugnis zum Abbruch eines gefahrenverdächtigen Geschehens einschließlich dessen Erforschung* (Götz, Rdnr. 130).

**Beispiel:** Bei hinreichendem Verdacht, dass z.B. von einem Grundstück Gefahren ausgehen, müsse der Eigentümer dann Untersuchungen wie Probebohrungen dulden (VGH Mannheim, DÖV 1985, 687).

### **Gleichstellung der Anscheinsgefahr mit der echten Gefahr**

Die **herrschende Meinung** sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum stellt die Anscheinsgefahr der echten Gefahr gleich, so dass die Polizei auch bei einem **objektiv verifizierbaren Anschein** einer Gefahr rechtmäßig einschreiten kann.

*Argument:* Die **Qualifizierung einer Situation** als gefährlich beruht **nicht** auf dem **Irrtum des handelnden Beamten**, dennoch erweist sich die Beurteilung als fehlerhaft, obwohl die Situation vom Standpunkt eines objektiven Beobachters beurteilt wurde.

Für die Gleichstellung der Anscheinsgefahr spricht, dass sonst an die **ex ante Beurteilung der Gefahrensituation** strengere Maßstäbe anzulegen wären, als sie bisher entwickelt worden sind. *Insbesondere müsste sich die Gefahrentwicklung ex post als richtig erweisen, was einen allwissenden Beobachter erfordern würde* (vgl. Hansen-Dix, S. 60). *Der Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Prognose ist aber immer zwangsläufig begrenzt.* Eine solche Veränderung der Beurteilungsmaßstäbe wäre weder im Hinblick auf Sicherheit und Vorhersehbarkeit des Gefahrbegriffs zulässig, noch mit der **Funktion der Gefahrenabwehr** zu vereinbaren (vgl. Hansen-Dix, S. 60), weil sonst die Behörden ihre Aufgabe, Gefahren zu verhindern vielfach nicht erfüllen könnten.

Hierbei soll es sich um eine „**Hilfskonstruktion**“ (so Friauf, in: v.MüncH, BV, S. 224) handeln, die verhindern soll, dass die Polizei den Ereignissen solange tatenlos zusehen muss, bis es für die Abwendung des Schadens zu spät ist (Friauf, in: v.MüncH, BV, S. 224). Die Polizei soll also einen dem objektiven Anschein nach **gefahrbringenden Gefahrverlauf** solange rechtmäßig **unterbrechen** dürfen, bis sie in der Lage ist, sich Klarheit über das tatsächliche Vorliegen einer Gefahr zu verschaffen.

**Fall** BVerwGE 45, 51 (58) - Demonstration gegen Vietnam-Krieg

### **Sachverhalt**

Der damals in Berlin wohnende Kläger hatte sich vor der streitigen Maßnahme als führendes Mitglied eines politischen Studentenbundes maßgebend an **Demonstrationen** u.a. auch in Frankfurt beteiligt. Am 5. Februar war es nach einer **Kundgebung gegen den Vietnam-Krieg** zu erheblichen Ausschreitungen der Demonstranten vor amerikanischen Einrichtungen in Frankfurt gekommen. Gegen den Kläger als mutmaßlichen Hauptträdelsführer wurde ein Er-

mittlungsverfahren wegen Aufforderungen zu strafbaren Handlungen, Aufruhrs, Landfriedensbruchs und Durchführung eines nicht angemeldeten Aufzugs eingeleitet.

Am 29. Februar um 17. 30 Uhr fand in Frankfurt **erneut** eine **Kundgebung** gegen den Vietnam- Krieg statt, an der etwa 6000 Personen teilnahmen. Am Tage der Veranstaltung erhielt die Polizei um 17.00 Uhr vom Hessischen Innenministerium die Nachricht, es sei **bekannt geworden**, dass nach der Kundgebung **in den amerikanischen Wohnsiedlungen demonstriert** werden solle. Kurz vor Beginn der Kundgebung wurde der Polizei mitgeteilt, der Kläger sei mit dem Flugzeug auf dem Wege nach Frankfurt. Der Kläger wurde bei seinem Eintreffen und nachdem er erklärte politisch unterwegs zu sein, etwa zwei Stunden am Flughafen festgehalten. Die Demonstration war dann beendet.

### **Problem**

Gleichstellung der Gefahr mit der Anscheinsgefahr, wenn und weil:

1. hinreichende zeitliche Nähe des Schadenseintritts (Eintritt des Schadens sofort und fast mit Gewissheit = mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)
2. nach dem Zweck der polizeilichen Gefahrenabwehr ist auch schon die Anscheinsgefahr eine Gefahr im Sinne der Ermächtigungsnorm

Argument: präventiv- polizeiliche Gefahrenabwehr

### **Aus den Gründen**

*S. 57 f: „Nach allgemeiner Auffassung liegt eine „Gefahr“ vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird. Da die in Verwahrungsnahme aus präventiv- polizeilichen Gründen unmittelbar in die Freiheitssphäre eingreift und dementsprechend nur aus wichtigen Gründen verfassungsgemäß ist, schränken die gesetzlichen Ermächtigungen des Bundes und der Länder diese Eingriffsmöglichkeit übereinstimmend in der Weise ein, dass sie eine- gegenüber Maßnahmen nach der Generalermächtigungsgesteigerte Gefahr voraussetzen. Schon nach § 15 des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 durfte jemand nur dann in polizeiliche Verwahrung genommen werden, wenn diese Maßnahme „zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden polizeilichen Gefahr“ erforderlich und deren Abwehr auf andere Weise nicht möglich war. (...) Indem die Vorschriften über den polizeilichen Gewahrsam durch Verwendung der Begriffe „unmittelbar bevorstehende Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung“, „unmittelbar bevorstehende erhebliche Verletzung von Recht“, „unmittelbar bevorstehende Gefahr“ oder „gegenwärtige Gefahr“ besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts stellen, läßt sich daraus für den Regelfall auch auf strengere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad schließen, da die geforderte Nähe der Gefahr meist die Sicherheit der Prognose erhöhen wird.*

*Nach herrschender Meinung liegt die von § 47 I Nr. 2 HSOG und den anderen Vorschriften über den polizeilichen Gewahrsam geforderte Gefahr vor, wenn der Eintritt des Schadens sofort und fast mit Gewißheit (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) zu erwarten ist. Rechtsprechung und Schrifttum stimmen außerdem darin überein, dass - entsprechend dem Zweck der polizeilichen Gefahrenabwehr- eine Gefahr im Sinne der maßgebenden Ermächtigungsnorm auch in den Fällen der sogenannten Anscheinsgefahr vorliegt, auf die das angefochtene Urteil abstellt.“*

### **Fall** VG Berlin, NJW 1991, 2854 - „Zeitschaltuhr“

Die Beleuchtung einer Wohnung durch Zeitschaltuhr ohne vorherige Information des Hausmeisters oder sonstiger zuverlässiger Nachbarn kann den Anschein einer Gefahr für Leib und Leben des in Wirklichkeit sich im Urlaub befindlichen Wohnungsinhabers begründen.

**Fall** OVG Münster, DVBl. 1979, 733

Wird nach Beginn der Maßnahme oder dem Zeitpunkt des Erlasses einer entsprechenden Verfügung erkennbar, dass möglicherweise nur eine Anscheinsgefahr vorliegt, muss die Polizei die Gefahrenlage alsbald intensiv aufklären.

### Voraussetzungen einer Anscheinsgefahr

- (1) objektiver Sachverhalt stellt sich
- (2) bei ex ante Betrachtung
- (3) nach verständiger Würdigung durch einen Durchschnittspolizisten (Prognose)
- (4) als Gefahr dar,
- (5) obwohl sich nachträglich herausstellt, dass zu keinem Zeitpunkt eine Gefahr bestand

### Rechtliche Behandlung

Nach **überwiegender Auffassung** steht die **Anscheinsgefahr** der **wirklichen Gefahr** im Sinne des Polizei- und Sicherheitsrechts **gleich**, so dass bei deren Vorliegen das Eingreifen der Polizei oder Sicherheitsbehörde ebenfalls als rechtmäßig anzusehen ist.

*Argument (s.o.)*

### Konsequenz (Rechtsfolge)

Auch das Vorliegen einer Anscheinsgefahr eröffnet die **Befugnis** der Polizei/Sicherheitsbehörde **zum Einschreiten**.

Da die Anscheinsgefahr der echten Gefahr gleichzustellen ist, ist es nur konsequent, auch denjenigen, der sich aus der ex ante Sicht als Störer darstellt, obwohl objektiv betrachtet gar keine Gefahr vorliegt, zunächst wie einen echten Störer zu behandeln (sog. „**Anscheinsstörer**“).

**Anmerkung:** Ein **Ausgleich** kann dann auf der **sog. (Entschädigungs- oder) Sekundärebene** erfolgen. Die herrschende Lehre unterscheidet hierzu folgendermaßen:

- (1) Der Anscheinsstörer, der den **Anschein** Störer zu sein, **zurechenbar verursacht** hat, soll **entschädigungsrechtlich wie der echte Störer** behandelt werden. Er trägt dann die finanziellen Lasten des polizeilichen/ sicherheitsbehördlichen Eingriffs;
- (2) hat der **Inanspruchgenommene** den **Anschein aber nicht hervorgerufen**, sei es ein Gebot der Billigkeit ihm wenigstens einen **Entschädigungsanspruch** zu gewähren; der Anscheinsstörer ist dann wie der rechtmäßig in Anspruch genommene Nichtstörer zu behandeln, Art. 70 PAG wird entweder direkt oder analog angewendet. (Auch im Sicherheitsrecht findet Art. 70 PAG Anwendung, weil Art. 11 I S. 1 LStVG dies vorsieht.)

### Gefahrverdacht

#### **Definition**

Bei einem Gefahrverdacht besteht **nicht** der **Anschein** eines gefährlichen Geschehens, sondern **lediglich** der **Eindruck**, dass eine Situation gefährlich werden könnte. Nach den objektiv gegebenen Umständen im Zeitpunkt des Einschreitens besteht nämlich die bloße Möglichkeit (der Verdacht) einer Gefahr. Die Behörde hat bei verständiger Würdigung und hinreichender Sachverhaltsaufklärung zwar **Zweifel am Vorhandensein einer Gefahr**, gleichzeitig liegen jedoch Anhaltspunkte für eine solche vor. Die Sachlage kann sich daher ebenso gut als gefährlich wie als ungefährlich erweisen.

## Problem

Es könnte sich bei einer Gleichstellung von Gefahr und Gefahrverdacht um die **Überdehnung des Eingriffsinstrumentariums des Polizei- und Sicherheitsrechts** handeln (vgl. Problematik bei der Anscheinsgefahr). Immerhin bestehen beim Gefahrverdacht schon von vornherein Zweifel, ob die Verwirklichung einer Gefahr überhaupt möglich ist, die ex ante Prognose des handelnden Beamten muss zusätzlich auf ein Wahrscheinlichkeitsurteil über das Vorhandensein einer Gefahr gestützt werden.

## Meinungen

### „Subjektiver“ Gefahrbegriff

Die mit dem Begriff des **Gefahrverdachts** charakterisierten Fallgestaltungen erfüllen in Wirklichkeit **alle Voraussetzungen für das Vorliegen einer konkreten Gefahr** im Sinne der Generalklausel. Auch die fälschlich als Gefahrverdacht, bezeichneten Fallkonstellationen sind daher- ebenso wie die Anscheinsgefahr- echte Gefahren. Maßgeblich ist insoweit nur, wie der handelnde Beamte die **objektive Lage** im Zeitpunkt seiner Entscheidung bei **verständiger Würdigung** einschätzen durfte.

*Argument:* Bei korrektem Gebrauch dürfte der wirkliche „Gefahrverdacht“ nur die Fälle umfassen, bei denen es sich um **Gefahrenvorsorge**, unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Gefahr handelt. Dann stellt der „Gefahrverdacht“ aber ein **Minus im Verhältnis zur Gefahr** dar und kann der echten Gefahr keinesfalls gleichgestellt werden. Eine Gefahrenvorsorge ist in diesen Fällen aber nur im Rahmen der polizeilichen **Aufgabeneröffnung** möglich, d. h. in Rechte des Betroffenen darf nicht eingegriffen werden. Würde man jedoch auch hier bereits belastende staatliche Maßnahmen zulassen, so würden die Befugnisse der Polizei bzw. der Sicherheitsbehörden in bedenklichem Maße über ihren Wortlaut ausgedehnt, was zudem unter dem Aspekt des Übermaßverbotes höchst bedenklich wäre (Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 59, 60).

**Fälle** BVerwG DÖV 1982, 552 (553); OVG NW DÖV 1982, 551 (552)

### „Stillschweigend mitgeschriebene Gefahrerforschungsbefugnis in der Generalklausel“

Der **Gefahrverdacht** wird **nicht** als **polizeiliche Gefahr** angesehen, weil es an der Voraussetzung des tatsächliche Vorliegens einer Gefahr fehle (so Götz, Rdnr. 128; Wolff/Bachof III, § 125 Rdnr. 22). Auch der ex ante- Maßstab kann diese Voraussetzung nicht ersetzen, **weil** - anders als bei der Anscheinsgefahr- bereits im Zeitpunkt der polizeilichen Beurteilung **Zweifel** am Vorliegen einer Gefahr bestehen.

Die Generalermächtigung sowohl im Polizei- als auch im Sicherheitsrecht deckt, wenn sich der gefahr begründende Sachverhalt nicht als gegeben erweist, lediglich den Eingriff zum Abbruch eines gefahrverdächtigen Geschehens und zu dessen Erforschung (**Gefahrerforschungseingriff**).

*Argument:* Bei ungewissen Sachlagen, die eine konkrete Gefahr in sich bergen können, bedeutet die **Gefahrenabwehraufgabe**, dass die Polizei für den Fall des Vorhandenseins einer Gefahr tätig wird. Dies liegt im Rahmen ihrer Aufgabe konkrete Gefahren abzuwehren. Unterbricht die Polizei sodann ein gefahrverdächtiges Geschehen, so hat sie sich in erster Linie um dessen **Aufklärung** zu bemühen. Ist diese aber zunächst nicht möglich, so können einstweilige Anordnungen auch für sich Bestand haben, selbst wenn keine speziellen Ermächtigungsnormen innerhalb des PAG oder des LStVG vorliegen, die ausdrücklich auf den Gefahrverdacht Bezug nehmen (vgl. Art. 21, 22, 23 PAG: „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, bzw. §§ 19 ff. TierseuchenG, § 10 I S. 1 BSeuchG: „Verdacht“). *Die Generalermächtigung deckt aber lediglich den Gefahrerforschungseingriff, wenn sich der gefahr begründende*



*Sachverhalt nicht als gegeben erweist. Dieser ist in der Ermächtigung, konkrete Gefahren abzuwehren, sinngemäß mitenthalten (Götz, Rdnr. 130).*

**Beispiel:** OVG Münster, NJW 1980, 138 (139)

### **Gleichstellung des Gefahrverdachts mit der echten Gefahr**

Die **Rechtsprechung** geht über diese Beurteilung hinaus. Der **begründete Gefahrverdacht** wird als **Gefahr im Sinne der Eingriffsnorm** eingestuft, die Abwehrmaßnahmen werden nicht nur auf vorläufige Aufklärungsmaßnahmen beschränkt. Als Korrektiv dient der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

*Argument:* Die Rechtsprechung stellt auf das an den **Schutzgütern** orientierte Interesse ab, zu deren Wahrung die Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Polizeiliches Einschreiten müsse bereits aufgrund des Gefahrverdachts zulässig sein, um dadurch einen **möglichst effektiven Schutz** sicherzustellen. Denn immerhin können vorläufige Maßnahmen, wie sie im Rahmen eines Gefahrerforschungseingriffs zulässig sein sollen, all *den* Sachverhalten nicht gerecht werden, in denen wegen der *zeitlichen Nähe* des befürchteten Schadenseintritts, eine *Aufklärung* des Sachverhalt *unmöglich* ist. In diesen Fällen kann aber gerade einem möglichen Schadenseintritt nicht tatenlos zugesehen werden, vor allem dann nicht, wenn *bedeutende Schutzgüter* auf dem Spiel stehen. Ein angemessener Ausgleich mit dem hinsichtlich des Eingriffsguts bestehenden Interesse kann über solche Korrektive wie Begründetheit des Gefahrverdachts, Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, bzw. deren drohende Beeinträchtigung in hinreichendem Maße gewährt werden.

*Eine Gefahr liegt bei nicht vollständig aufgeklärten bzw. aufklärbaren Sachverhalten jedenfalls dann vor, wenn das der Schadensprognose zugrunde liegende Wahrscheinlichkeitsurteil ergibt, dass es hinreichend wahrscheinlich sei, dass die konkrete Sachlage hinsichtlich der in Rede stehenden Rechtsgüter und nach der Beurteilung im Einzelfall eine solche ist, die nach den Kriterien des Gefahrbegriffs eine Gefahr darstelle.*

Dem steht im Interesse der effektiven Gefahrenabwehr auch der Wortlaut der Eingriffsermächtigung nicht entgegen, der den Gefahrverdacht als solchen nicht ausschließt (vgl. BVerwGE 39, S. 190, 194).

**Fall** BVerwGE 39, 190 (193 ff.) - Salmonellenbefall argentinischer Hasen

### **Sachverhalt**

Die Klägerin, eine Lebensmittelgroßhandlung, kaufte eine größere Menge tiefgefrorener argentinischer Hasen. Nachdem an einem erheblichen Prozentsatz aus Argentinien eingeführter Hasen Salmonellen festgestellt worden waren, stellte der Beklagte bei der Klägerin mit deren Einverständnis 50 Kisten mit ca. 600 Hasen sicher. Bei der Untersuchung von Stichproben wurden keine Salmonellen nachgewiesen. Dennoch wird die ordnungsbehördliche Aufsicht über die Hasen angeordnet. Laut ergangener Verfügung gegen die Klägerin könne die von den seuchenverdächtigen Hasen für den Verbraucher ausgehende Gefahr nur beseitigt werden, wenn die Hasen beseitigt würden, wobei die Klägerin eine Wahlmöglichkeit zwischen drei Beseitigungsalternativen hatte.

Nach der Beseitigung erstrebt die Klägerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung.

### **Problem**

- (1) Eine seuchenpolizeiliche Maßnahmen rechtfertigende Gefahr liegt bereits dann vor, wenn lediglich ein durch Tatsachen erhärteter Seuchenverdacht besteht, der mit Wahrscheinlichkeit zu einem Seuchenverdacht führen kann (vgl. Endiviensalat-Fall des BVerwGE 12, 87 [92 ff.]).

- (2) Gleichstellung des Gefahrverdachts mit der echten Gefahr, deshalb keine Beschränkung auf Abwehrmaßnahmen mit nur vorläufigem Charakter.
- (3) Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der getroffenen Maßnahmen.

*Argument:* Präventivfunktion der Gefahrenabwehr i.S.d. § 10 BSeuchG

**Anmerkung:** § 10 BSeuchG enthielt seinerzeit noch nicht die heutige Fassung!

### **Aus den Gründen**

*S. 193 f: „Das BSeuchG hat nicht nur die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten zum Ziel, sondern will von vornherein die Entstehung übertragbarer Krankheiten vermeiden. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die Behörden in den Stand gesetzt werden, alle erforderlichen Maßnahmen zur Seuchenverhütung rechtzeitig, d. h. in einem frühen Stadium einer für wahrscheinlich angesehenen Schadensentwicklung, zu ergreifen. Eine nicht rechtzeitig getroffene oder eine nicht genügend durchgreifende seuchenpolizeiliche Maßnahme kann zur Folge haben, dass sich die der Bevölkerung drohenden Gesundheitsgefahren vervielfachen und es den zuständigen Stellen dann nicht mehr möglich ist, die Seuche zu verhindern. Diese allgemeine Zielsetzung, die auch der Generalklausel des § 10 I BSeuchG zugrunde liegt, gebietet es, die Vorschrift dahin auszulegen, dass der Gesetzgeber bereits den Verdacht als gefährlich festgestellt und die Eingriffsbefugnis der Polizei bereits an den Seuchenverdacht geknüpft hat. Eine andere Auslegung würde dem Ausmaß der drohenden Gesundheitsgefahren und dem Gewicht der auf dem Spiel stehenden Gesundheitsinteressen der Bevölkerung nicht gerecht werden.(...) Diese aus der Zweckrichtung der Vorschrift gewonnene Auslegung begegnet vom Wortlaut her keinen Bedenken.(...) Aus der unterschiedlichen Wortfassung (Anmerkung der Verfasserin: § 39 BSeuchG ließ im Gegensatz zu § 10 BSeuchG a. F. die Annahme = Verdacht einer Gefahr ausreichen) kann indessen nicht gefolgert werden, dass nur die Bekämpfungsmaßnahmen im Rahmen des § 39 BSeuchG die Annahme, den Verdacht, zu einem Eingreifen ermächtigt. Mit dem Erfordernis, dass „Tatsachen“ festgestellt sein müssen, verlangt § 10 I BSeuchG das Vorliegen einer konkreten Gefahr. Dies schließt nicht aus, dass der Gesetzgeber schon einen - konkret begründeten- Verdacht als gefährlich im Sinne dieser Vorschrift angesehen hat.“*

### **Fall** BVerwG, NJW 1975, S. 2158 ff. - Schah- Besuch

Eine Gefährdung der öffentliche Sicherheit sieht das BVerwG auch dann i.S.d. § 6 II AuslG gegeben, wenn nicht feststehe, ob der betreffende Ausländer tatsächlich Schah-Gegner sei und damit vom BKA zu Recht als potentieller Störer eingestuft worden sei. Jedenfalls durfte der Innenminister auf den von der Liste des BKA ausgehenden „Anschein“ (Anmerkung: trotz der als Anschein bezeichneten Gefahr handelte es sich wohl um einen Gefahrverdacht im oben definierten Sinne) vertrauen und gegen den Kläger rechtmäßige **endgültige** Maßnahmen (Demonstrationsverbot) richten, weil Nachforschungen in der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen wären.

### **Fall** VGH Mannheim, NVwZ 1990, S. 781 - Altlasten

M betrieb eine Schrottmethallhütte. Bodenproben aus der näheren Umgebung des Betriebsgeländes ergaben hohe Konzentrationen des sog. Seveso-Dioxins. Durch Verfügung gab die zuständige Behörde dem M auf, auf bestimmten Grundstücken das kontaminierte Erdreich 0,4 m tief abzuheben und mit unbelastetem Erdreich auszutauschen.

Spezielle Rechtsgrundlagen nach Abfall-, Wasser- und Immissionsschutzrecht sind nicht einschlägig. Die Maßnahmen konnten daher nur auf die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel gestützt werden. Der VGH bestätigte die behördliche Annahme, dass bei weiterem

Verbleiben des kontaminierten Erdreichs im Boden mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden an der Gesundheit der Bewohner, insbesondere der Kleinkinder, eintreten werde. Ob die festgestellten Belastungswerte aller Voraussicht nach zu einem akuten Schaden und nicht nur zu einer gesundheitlichen Belastung führen würden, war ungeklärt. Dies hätte sich erst in Zukunft bei der Überschreitung bestimmter Schwellenwerte zeigen können. *Da es jedoch um den Schutz von Leben und Gesundheit ging, genügte für die Prognose der Gefahrenwahrscheinlichkeit, dass mit dem Eintritt eines Schadens in überschaubarer Zukunft gerechnet werden konnte*, und außerdem durfte der Bodenaushub als Maßnahme zur „Störungsbeseitigung“ trotz der nicht restlos aufgeklärten Lage angeordnet werden.

### Voraussetzungen (des Gefahrenverdachts)

- (1) nach einem **objektiver** Sachverhalt besteht
- (2) bei **verständiger Würdigung** durch einen Durchschnittspolizisten (Prognose)
- (3) sowohl die Möglichkeit eines **Schadenseintritts**, als auch die Möglichkeit des Ausbleibens eines Schadens;
- (4) aufklärende Eingriffe sind aber wegen der **Kürze der Zeit nicht** möglich

### Rechtliche Behandlung

Nach überwiegender Ansicht steht der Gefahrverdacht der **echten Gefahr** gleich, so dass bei dessen Vorliegen das Eingreifen der Polizei ebenfalls als rechtmäßig anzusehen ist.

*Argument:* Das Interesse des Schutzgutes muss gegenüber dem des Eingriffsgutes im Interesse einer präventiv- polizeilichen Tätigkeit dominieren.

### Konsequenz ( Rechtsfolge)

Grundsätzlich hat der Betroffene aber Aufklärungsmaßnahmen (z.B. behördliche Untersuchungen auf seinem Grundstück wie Probebohrungen oder Messungen) zu **dulden**, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein Gefahrverdacht besteht; in der Auferlegung der Duldungspflicht liegt der sog. Gefahrerforschungseingriff. Dies gilt auch dann, wenn tatsächlich Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit betroffen sind, aber nicht feststeht, von wem die Gefahr ausgeht (z.B. Grundwassergefährdung durch Chemikalien aus einem nahe liegenden Industriegebiet, wobei unklar ist, von welchem Betrieb die Belastung ausgeht) (vgl. VGH Bad-Württ DÖV 1985, S. 687, 688; OVG Koblenz DÖV 1991, S. 1075; OVG Hamburg DVBl. 1992, S. 41, 42).

An die **Verhältnismäßigkeit von Eingriffen** werden beim Gefahrverdacht aber **höhere Anforderungen** gestellt, als bei der Anscheinsgefahr. Die dem Bürger aufgebene Verpflichtung, eigene Aufklärungsarbeiten vorzunehmen, dürfte wohl unverhältnismäßig sein, denn die Ermittlung des Sachverhalts ist grundsätzlich Aufgabe der Verwaltung (Art. 24 BayVwVfG). Die „**Verdachtsstörer**“ können auf der Primärebene rechtmäßig herangezogen werden, sind also wie Störer zu behandeln. **Entschädigungsrechtlich** tragen jedoch diejenigen keine Kosten, bei denen sich der Gefahrverdacht nicht bestätigt hat. Derjenige, bei dem sich später der Verdacht jedoch als begründet herausstellt, ist kostenpflichtig. *Argument:* die Gefahrerforschungsmaßnahmen dienen bei diesem nicht nur der Aufklärung eines Gefahrverdachts, sondern sind bereits der erste Schritt in der Gefahrenabwehr (vgl. BayVGH BayVBl. 1986, S. 592).

### Unterschied zwischen Anscheinsgefahr und Gefahrverdacht

Die Polizei hat sich bei Vorliegen eines Gefahrverdachts im Unterschied zur Anscheinsgefahr **grundsätzlich** zunächst auf **vorläufige Maßnahmen** zur Gefahrenabwehr zu beschränken.

Endgültige Maßnahmen sollen nur dann zulässigerweise ergriffen werden können, wenn (z.B. in der Kürze der Zeit) keine Gefahrerforschung betrieben werden kann.

### Schein- oder Putativgefahr

#### **Definition**

Eine bloße Putativ- oder Scheingefahr liegt vor, wenn die Polizei aufgrund subjektiver, mit den tatsächlichen Gegebenheiten nicht übereinstimmender Vorstellungen des handelnden Beamten zu dem Ergebnis gekommen ist, es liege eine Gefahr vor. Die Annahme der Gefahr beruht also nicht auf objektiven Verdachtsmomenten, sondern auf dem **pflichtwidrigen Irrtum** des handelnden **Beamten**. Die Behörde irrt dann pflichtwidrig, wenn sie entweder vorwerfbar falsch diagnostiziert (= den Sachverhalt nicht richtig aufgeklärt) oder aber falsch prognostiziert hat.

#### **Konsequenz (Rechtsfolge)**

Ein solcher Irrtum ermächtigt nach ganz einhelliger Meinung die Polizei **nicht** zum Einschreiten.

Bloß subjektive Vermutungen können den tatbestandlich geforderten Begriff der Gefahr nicht bestimmen, denn es fehlt insoweit am Maßstab des objektiven Beobachters.

*Die Putativ- oder Scheingefahr ist somit **keine** Gefahr im Sinne des Polizeirechts.*

*Die zur Abwehr einer vermeintlichen Gefahr dennoch von der Polizei ergriffenen Maßnahmen sind in vollem Umfang **rechtswidrig**.*

**Fall** OVG Hamburg NJW 1986, S. 2005 ff. - „Löwe“

#### **Sachverhalt**

Der Kläger wendet sich dagegen, zu den Kosten polizeilicher Maßnahmen herangezogen zu werden, die der Suche nach einem jungen Löwen galten. Der Kläger hatte zusammen mit einem Bekannten und einer jungen Hündin als Leittier seinen drei Monate alten männlichen Löwen morgens in einem nahe gelegenen Park spazieren geführt. Die Polizei wurde von dem Zeugen R vormittags telefonisch benachrichtigt, in der I. - Straße laufe ein junger Löwe frei umher. Dies führte zu einem polizeilichen Sucheinsatz unter Beteiligung von 12 Streifenwagen mit 24 Beamten und zu einer Durchsage im Rundfunk. Ein Löwe wurde dabei nicht entdeckt. Nachdem der Kläger der Polizei mitgeteilt hatte, der Löwe befinde sich in seiner Wohnung, und die Polizei sich davon überzeugt hatte, wurde der Einsatz beendet. Für die unmittelbare Ausführung der polizeilichen Maßnahmen setzte die Beklagte gegen den Kläger Kosten iHv DM 864.- per Bescheid fest.

#### **Problem**

- (1) Eine **Scheingefahr** liegt vor, wenn die Polizei nach den Angaben des Passanten sicher sein kann, dass es sich um einen ganz jungen Löwen handelt, von dem objektiv und bei pflichtgemäßer Betrachtung auch subjektiv eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit nicht ausgehen kann.
- (2) Ist sich die Polizei in Anbetracht der Ungenauigkeit der Angaben des Passanten hingegen nicht sicher, ob das Tier nicht möglicherweise schon älter und größer und damit auch gefährlich ist, liegt eine **Anscheinsgefahr** vor, die die eingeleiteten Suchmaßnahmen rechtfertigt.

#### **Aus den Gründen**

„Voraussetzung der Heranziehung eines Verantwortlichen zu den Kosten einer Verwaltungsvollstreckung ist zunächst, dass eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung eingetreten war oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bevorstand und deswegen die polizeiliche Maßnahme gerechtfertigt war. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme geht das Ber. Ger. davon aus, dass es am 23.1.1983 gegen 11.00 Uhr gerechtfertigt war, polizeiliche Maßnahmen zur Suche nach einem jungen Löwen zu treffen. es kann dahins-  
 tehen, ob der durchgeführte Sucheinsatz in vollem Umfange erforderlich war. Allerdings läßt sich nicht feststellen, dass zu diesem Zeitpunkt tatsächlich eine Gefahrenlage bestand. Der vom Zeugen R gemeldete junge Löwe war - selbst wenn er sich zu diesem Zeitpunkt frei auf der I.-Straße bewegt haben sollte - bereits nach dem Eindruck des Zeugen noch so jung, dass von ihm keine Bedrohung auszugehen schien. Auch die Beklagte geht hinsichtlich des noch nicht ganz 4 Monate alten Löwen, davon aus, dass dieser keine wirkliche Gefährdung verursacht hat. (...) Der angefochtene Bescheid ist aufzuheben.“

### **Voraussetzungen**

- (1) Die Polizei hält einen Schadenseintritt **subjektiv** für wahrscheinlich,
- (2) **ohne** dass sie diese Annahme auf **hinreichend tatsächliche Anhaltspunkte** zu stützen vermag;
- (3) die Behörde irrt **pflichtwidrig**.

### **Hinweis. Rechtsfolgen**

Da die gegen den Betroffenen gerichteten Maßnahmen der Polizei *rechtswidrig* sind, der Betroffene somit Nichtverantwortlicher nach Art. 10 PAG/ Art. 9 III LStVG ist, müssen ihm Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche zustehen. Da schon der rechtmäßig in Anspruch genommene Nichtstörer einen Entschädigungsanspruch aus Art. 70 I iVm III ff. PAG geltend machen kann, muss dies erst recht dem rechtswidrig in Anspruch genommenen Nichtstörer möglich sein. Der *rechtswidrig* und *schuldhaft* in Anspruch genommene Nichtstörer kann überdies einen Schadensersatzanspruch (Art. 34 GG, § 839 BGB) geltend machen.

### **Literaturhinweise:**

- Hoffmann-Riem, Wolfgang: „Anscheinsgefahr“ und „Anscheinsverursachung“ im Polizeirecht, in: Festschrift für Gerhard Wacke, 1972, S. 327- 342
- Schoch, Friedrich: „Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht“, in JuS 1994, 667.- 670
- Kokott, Juliane: „Die dogmatische Einordnung der Begriffe Störer und Anscheinsstörer in einer zunehmend technisierten Gesellschaft“, in DVBl. 1992, S. 749 - 756

## Gegenüberstellung der Gefahrenbegriffe

Begriff	Definition	ex ante Sicht: Durchschnitts- polizist	Behandlung	RM der Maß- nahme	Entschädigung des Inanspruchgenommenen
<b>Gefahr</b>	jede Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf erkennbar zu einem Schaden durch von außen kommende Einflüsse führt	(+)		(+)	Verantwortlicher iSd Art. 7, 8 PAG / 9 I, 9 II LStVG (-)
<b>Anscheinsgefahr</b>	im Zeitpunkt des Einschreitens besteht für objektiven Beobachter der Eindruck, ein Geschehen führe bei weiterem Verlauf zu einem Schaden, <u>tatsächlich besteht diese Möglichkeit aber nicht</u>	(+)	<i>Gleichstellung der Anscheinsgefahr mit der echten Gefahr</i> Arg.: Polizei müsste sonst tatenlos zusehen, bis es für die Abwehr eines Schadens zu spät ist, oder ginge jedes mal Risiko ein, dass Einschreiten rechtswidrig	(+)	Anscheinsstörer:  (1) zurechenbare Verursachung des Anscheins (-)  (2) keine Verursachung des Anscheins (+)  ⇒ Art. 70 PAG
<b>Gefahrenverdacht</b>	nach den objektiven Umständen im Zeitpunkt des Einschreitens besteht <u>die bloße Möglichkeit (Verdacht)</u> einer Gefahr; die Sachlage kann ebenso gut als ungefährlich erweisen; aufklärende Eingriffe sind aber wegen der Kürze der Zeit nicht möglich	(+)  Wahrscheinlichkeitsurteil über <u>Vorhandensein</u> einer Gefahr	<i>Gleichstellung des Gefahrenverdachts mit der echten Gefahr</i> Arg.: Interesse des Schutzgutes vor dem des Eingriffsgutes vorrangig	(+)	Verdachtsstörer:  (1) keine Bestätigung des Verdachts (+)  (2) Bestätigung des Verdachts (-)
<b>Putativ- oder Scheingefahr</b>	Annahme der Gefahr beruht auf einem Irrtum des Amtsverwalters, dem ein objektiver Beobachter nicht unterlegen wäre	(-)	<i>kein Vorliegen einer Gefahr i.S.d. Polizei- und Sicherheitsrechts</i>	(-)  RW!	Nichtverantwortlicher iSd Art. 10 PAG / 9 III LStVG  ⇒ Art. 70 PAG, Art. 34 GG, § 839 BGB

**(6) Abstrakte („allgemein bestehende“) Gefahr, insb. auch für VOen gem. LStVG (Art. 12 ff., 42 ff.)**

Vgl. dazu auch unten XIII. 2., XIV. 1. b), XIV. 6. a).

**e) Art. 2 Abs. 2 PAG**

**Schrifttum:**

- Berner/Köhler, Art. 2 Rdnr. 32
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 21, 238
- Gallwas/Möble, Rdnr. 91 ff.
- Götz, Rdnr. 76 f.
- Knemeyer, Rdnr. 135 f.
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 47
- Schmidbauer/Steiner, Bayerisches PAG und POG, Art. 2 Rdnr. 30 f.

**Fälle** OVG Münster DÖV 1968, S. 697 = DVBl. 1968, S. 759 - Namensfeststellung

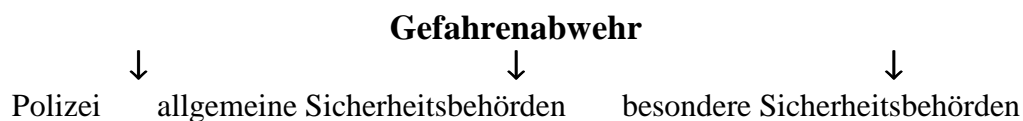
VG Freiburg NJW 1979, S. 2060 - Abschleppen eines Pkw

f) **Art. 3 PAG; Art. 10 LStVG (Zusammenwirken der Gefahrenabwehrbehörden)**  
 - **VOLKMANN**

Zur Gefahrenabwehr werden im Polizei- und Sicherheitsrecht die **Polizeibehörden** sowie besondere und allgemeine Sicherheitsbehörden (**Ordnungsbehörden**) tätig. Die allgemeinen Sicherheitsbehörden stehen zur Polizei in einem besonderen, mit der Stellung der übrigen Verwaltungsbehörden nicht vergleichbaren Rechtsverhältnis, da sowohl die Polizei (Art. 2 I PAG) als auch die Sicherheitsbehörden nach Art. 6 LStVG die **gleiche Aufgabe** - die Abwehr der Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung - haben.

Den in Art. 6 LStVG genannten allgemeinen Behörden kommt jedoch nur dann die Funktion einer Sicherheitsbehörde zu, wenn sie auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tätig werden, das ihnen **neben vielen anderen Gebieten** der allgemeinen inneren Verwaltung anvertraut ist.

Demgegenüber stehen diejenigen Behörden (**sog. Sonderpolizei** oder **Sonderordnungsbehörden**), denen außerhalb der allgemeinen inneren Staats- und Kommunalverwaltung nur **verwaltungspolizeiliche Aufgaben** übertragen werden. Ihr Aufbau und ihre Zuständigkeiten bestimmen sich nach den für sie erlassenen Sondergesetzen des Bundes oder des Landes. Diese Behörden stehen jedoch nicht außerhalb des Polizei- und Ordnungsrechts; vielmehr gelten die allgemeinen Bestimmungen des Polizeirechts grundsätzlich auch für die Sonderbehörden, soweit sich nicht aus den Sondergesetzen Abweichungen ergeben.



Zu den Verwaltungsbehörden gehören die in **Art. 6 LStVG** genannten **Gemeinden, Landratsämter**, Regierungen und das Staatsministerium des Inneren. Den **allgemeinen Sicherheitsbehörden** können auch spezielle Polizeiaufgaben zugewiesen sein (z.B. Bauaufsicht des Landratsamt als unterste Staatsbehörde nach Art. 65 ff. BayBO; Straßenaufsicht gem. § 20 BFernStrG, Wasseraufsicht gem. Art. 75 ff. BayWG).

**Besondere Sicherheitsbehörden** sind beispielsweise Bergämter zur Bergaufsicht, Gewerbeaufsichtsämter zur Gefahrenabwehr auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes, Gesundheitsämter auf dem Gebiet der Krankheitsbekämpfung, Forstämter, Eichämter, Straßenverkehrsämter u.v.m.

(1) **Verhältnis der Polizei zu den allgemeinen Sicherheitsbehörden**

**Der polizeiliche Tätigkeitsbereich i.V.m. Art. 3 PAG**

**Beispiel 1**

In einer ländlichen Gegend beobachtet ein Polizeibeamter, wie ein Bauer das durch heftige Regenfälle nass gewordene Heu in die Scheune fährt. Da er weiß, dass sich **nasses Heu** entzünden kann, ordnet er, um kein Risiko einzugehen, gegenüber dem Bauern an, das Heu wieder aus der Scheune zu entfernen. Sowohl der Bürgermeister als auch das Landratsamt wären telefonisch erreichbar gewesen. Außerdem findet die **Selbstzündung von Heu** - was in ländlichen Gebieten bekannt ist - erst nach Tagen statt. Kann der Bauer die Aufhebung der polizeilichen Anordnung verlangen?



### Beispiel 2

Ein Polizeibeamter stellt fest, dass A ein Handwerk als **stehendes Gewerbe** betreibt, **ohne** in die **Handwerksrolle eingetragen** zu sein. Dies stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 117 I Nr.1 Handwerksordnung dar. Der Polizist lässt sein Geschäft sofort schließen. Dabei werden unachtsamerweise einige Gefäße zerstört. Kann der A Schadensersatz gem. Art. 34 GG/§ 839 BGB verlangen?

### Beispiel 3

In der Stadt G bemerkt ein Polizeibeamter das deutlich wahrnehmbare **Wanken einer Brücke**. Daraufhin sperrt er diese wegen einer von ihm angenommenen Einsturzgefahr großräumig. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass die Brücke nur einen leichten Defekt an einer Schweißnaht hatte, welcher nicht zum Einsturz geführt hätte. Durfte der Polizist handeln?

### Problem

Für die Entscheidung der Fragen ist maßgeblich, ob das Handeln des Polizisten in seinen **Zuständigkeitsbereich** fällt, sein Handeln also insoweit rechtmäßig war. Von der Rechtmäßigkeit der Maßnahme wiederum können Amtshaftungs- und Schadensersatzprozesse abhängen.

### Kollisionsregelung des Art. 3 PAG

Aufgrund des gleichen Aufgabenbereiches (Art. 2 I PAG und Art. 6 LStVG) bedurfte es, um Kollisionen zu vermeiden, einer eigenen Kollisionsregelung (ausdrückliche Kompetenzverteilungsnorm), die in **Art. 3 PAG** getroffen worden ist. Danach wird die Polizei tätig, soweit ihr die **Abwehr** der Gefahr durch eine **andere Behörde** nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.

Durch Art. 3 PAG wird **ein spezielles Subsidiaritätsverhältnis** zwischen den im Vollzugsdienst tätigen Beamten und der zuständigen Sicherheitsbehörde begründet. (Gallwas/Mössle, Rdnr. 189 ff.; a.A. Maunz/Obermayer/Berg/Knemeyer, Polizei nicht bloß Hilfs- und Vollzugsorgan, da Gefahrenabwehr originäre Aufgabe).

**Zu berücksichtigen ist, dass Art. 3 PAG nicht nur das Verhältnis zu den allgemeinen Sicherheitsbehörden, sondern auch das zu allen im konkreten Fall zuständigen Behörden regelt.** Vorliegend wird zunächst die Bedeutung des Art. 3 PAG für das Verhältnis der Polizei zu den allgm. Sicherheitsbehörden (Art. 6 LStVG) untersucht.

Während die Polizei nur tätig werden darf, wenn die Gefahrenabwehr durch andere Behörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint, handeln die Sicherheitsbehörden ohne eine derartige Beschränkung. Daraus folgt, dass im Gefahrenabwehrbereich **primär die Sicherheitsbehörden** i.S.d. Art. 6 LStVG **zuständig** sind.

Nach dem in Art. 3 PAG verankerten polizeiliche Grundsatz der **Unaufschiebbarkeit** darf die Polizei nur tätig werden, wenn das sicherheitsbehördliche Einschreiten nicht rechtzeitig möglich erscheint. Ein Fall ist dann unaufschiebbar, wenn das Einschreiten der Polizei nicht ohne Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zurückgestellt werden kann (PAG 1954).

**Anlass für das polizeiliche Einschreiten** bei gleichzeitiger behördlichen Zuständigkeit können sein: **Dringlichkeit**, Rechtzeitigkeit des Eingreifens, **Fehlen ausreichender behördlicher Dienstkräfte** (mangelnder Ausbildung, Ausrüstung) und organisatorische Voraussetzungen (z.B. bei Sicherung eines größeren Geländes). Kann die andere Behörde, weil sie nicht rechtzeitig erreichbar ist, nicht rechtzeitig tätig werden, so soll jedoch die **weitere Durchführung der Maßnahme** der anderen Behörde überlassen werden, sobald die andere Behörde tätig werden kann (VollzBek 3.2 zum PAG).

### Ausnahmen der Primärzuständigkeit

Die Sicherheitsbehörden nach Art. 6 LStVG sind jedoch **nicht bei den in Art. 7 IV LStVG** festgelegten **Grundrechten** einschränkend **primär tätig**. Ist die Maßnahme also gegen die Grundrechte der Freiheit der Person (Art. 2 II S.2 GG, Art. 102 I BV) oder die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG, Art. 106 III BV) gerichtet, kann **keine Befugnis der Sicherheitsbehörde** aus Art. 7 II oder III LStVG abgeleitet werden.

In solchen Fällen bleibt die polizeiliche Aufgabe nach Art. 2 PAG bestehen, d.h., es besteht entweder die Möglichkeit der Aufgabenerfüllung durch die Polizei aus eigener Initiative oder durch Weisung einer Sicherheitsbehörde, nach Art. 9 II POG tätig zu werden.

Der Regelung des Art. 3 PAG bedarf es in den Fällen nicht, in denen die **Aufgabenkonkurrenz in einem besonderen Verwaltungsgesetz** gelöst ist, **z.B.** wird in **Art. 7 II AGVersammlG** allein die Polizei für die Auflösung einer Versammlung für zuständig erklärt.

Auch bei der Verfolgung einer strafbaren Handlung oder einer Ordnungswidrigkeit erübrigt sich die Prüfung des Art. 3 PAG, weil die Aufgabenkonkurrenz zwischen Polizei und Strafverfolgungsbehörden abschließend durch die StPO und das OWiG bestimmt wird.

**Art. 3 PAG findet nur für die Aufgabe der Gefahrenabwehr Anwendung, da die Verfolgung von Straftaten ausschließlich im Bundesrecht geregelt ist (StPO, OWiG).**

**Lösungsansatz: Unaufschiebbarkeit gem. Art. 3 PAG als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung**  
Umstritten ist, ob Art. 3 PAG eine **Rechtmäßigkeitsvoraussetzung (h.M.)** oder eine bloße, für die Rechtmäßigkeit bedeutungslose **Ordnungsvorschrift** ist (Samper, BayVBl. 1979, 33[36]). Für eine Entscheidung ist der Zweck des Art. 3 PAG zu berücksichtigen, nämlich die Abgrenzung des Aufgabenbereiches der Polizei im institutionellen Sinne (Art.1 PAG) von dem anderer Verwaltungsbehörden. Für die Auffassung, Art. 3 PAG sei eine zuständigkeitsbegründende bzw. -begrenzende Vorschrift, deren Verletzung zur Rechtswidrigkeit führt, spricht, dass es sich bei dem Grundsatz der Unaufschiebbarkeit polizeilicher Maßnahmen **nicht** um eine **Ermessensentscheidung** handelt, die der Polizei eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Reichweite ihrer Befugnisse einräumt, sondern um einen **unbestimmten Rechtsbegriff** dessen Bejahung **unbedingte Voraussetzung** für das Tätigwerden ist.

Die Polizei müsste bei den vorliegenden Fällen unter der Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Art. 3 PAG tätig geworden sein.

Der **Wortlaut des Art. 3 PAG** mit dem Tatbestandsmerkmal "erscheint" bringt zum Ausdruck, dass für die Beurteilung der Unaufschiebbarkeit der polizeilichen Maßnahme auf die Sachlage und die damit verbundene **Sicht der Polizei zum Entscheidungszeitpunkt** abzustellen ist. Hierbei ist als Maßstab eine **vernünftige und verständigende Beurteilung der Situation** entscheidend. Dabei können für die Polizei nur Umstände in Betracht kommen, die zum Entscheidungszeitpunkt erkennbar sind. Der polizeiliche Aufgabenbereich ist nur eröffnet, wenn zum Entscheidungszeitpunkt bei erkennbaren Umständen und vernünftiger, verständigender Beurteilung der Lage der Schluss gerechtfertigt war, dass die zuständige Sicherheitsbehörde die Gefahr nicht oder nicht rechtzeitig abwehren kann.

**Der in Art. 3 PAG verankerte Grundsatz der Unaufschiebbarkeit begründet keine Ermessensentscheidung, die der Polizei die Wahlfreiheit hinsichtlich ihrer Reichweite der Befugnisse einräumt, sondern ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und verpflichtet damit auch zu einer pflichtgemäßen Prüfung seiner Tatbestandsvoraussetzungen. Sachverhaltselemente, die sich erst später herausstellen, werden nicht berücksichtigt, wohl aber solche Umstände, die nach vernünftiger und verständigender Beurteilung zum Entscheidungszeitpunkt erkennbar waren, jedoch unter Verletzung der aus dem Untersuchungsgrundsatz folgenden Pflicht nicht erkannt wurden (vgl. Art. 24 I BayVwVfG).**

**Des Weiteren kann nur eine überschlägige Beurteilung der Abwehrmöglichkeiten gefordert werden, d.h. es sind Zeitablauf, Handlungsmöglichkeiten der anderen Behörden und Gefahrenlage (Dringlichkeit, Nachhaltigkeit, Rang des Rechtsgutes) zu berücksichtigen.**

**Ergibt sich aus der objektivierten Sicht des handelnden Polizeibeamten bereits vor Erlass einer Maßnahme, dass eine Verwaltungsbehörde zur Gefahrenabwehr tätig werden kann, so fehlt es schon von vornherein an der Zuständigkeit der Polizei, und die Maßnahme ist rechtswidrig.**

### **Zu den Beispielfällen**

Im ersten Beispielfall hätte der auf dem Land tätige Polizist bei einer pflichtgemäßen objektivierten Prüfung der Sachlage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung erkennen können, dass die Gefahr der Entzündung sich erst nach Tagen verwirklichen kann (Zeitablauf).

Die Möglichkeit des rechtzeitige Einschreitens durch den telefonisch erreichbaren Bürgermeisters - dem Vertreter der Gemeinde als Sicherheitsbehörde i.S.d. Art. 6 LStVG - war für einen verständigen Beamten durchaus erkennbar (Dringlichkeit).

Da erkennbar genügend Zeit und noch kein hoher Dringlichkeitsgrad erreicht war, liegt eine Verletzung des Unaufschiebbarkeitsgrundsatzes vor. Die polizeiliche Maßnahme ist rechtswidrig und damit aufzuheben.

Im zweiten Fall liegt zwar eine Störung vor, die Maßnahmen gegen A erforderlich macht, jedoch ist sie nicht unaufschiebbar, da für den Polizisten erkennbar war, dass die Sicherheitsbehörden die Störung für der öffentliche Ordnung auch nach einigen Tagen noch rechtzeitig abwehren können. Es hätte genügt, wenn der Beamte der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde Mitteilung macht und diese der Sache nachgeht. Er war somit nicht zuständig, die Maßnahme also rechtswidrig. Insoweit sind die Voraussetzungen für einen Amtshaftungsprozess (Prüfungspunkt: Amtspflichtverletzung) gegeben.

Im dritten Beispielfall erschien ein rechtzeitiges Einschreiten der Sicherheitsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung auch bei pflichtgemäßer Prüfung der Umstände nicht rechtzeitig möglich, da aufgrund erkennbarer Umstände (dem Wanken der Brücke) davon ausgegangen werden musste, dass sie jederzeit einbrechen könne.

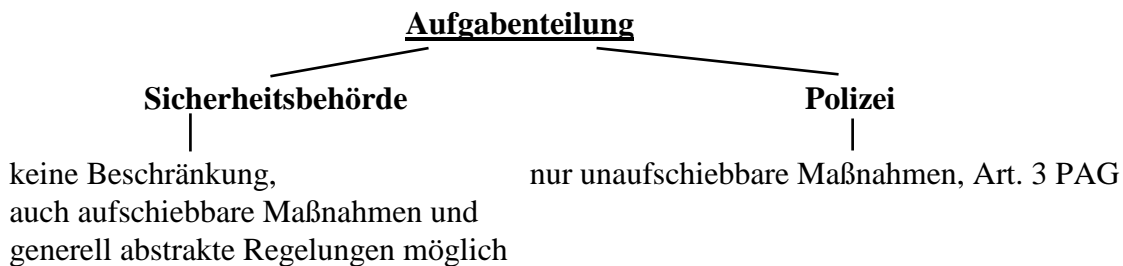
Die spätere Feststellung mangelnder Gefahr ist für die Bejahung der Unaufschiebbarkeit und damit für die Rechtmäßigkeit unbeachtlich.

Unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit des Polizisten bestehen hier keine Bedenken; die Maßnahme ist insoweit rechtmäßig.

### **Verhältnis des Art. 3 PAG zu § 80 II Nr. 2 VwGO**

Die Voraussetzungen des Art. 3 PAG sind gegenüber § 80 II Nr.2 VwGO abzugrenzen, da beide Tatbestände nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden sind.

Während **Art. 3 PAG** die Frage der **Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns** betrifft, regelt **§ 80 II Nr. 2 VwGO** das Problem der **Vollziehbarkeit (Durchsetzbarkeit)** polizeilicher Anordnungen (dazu König, BayPolR, S. 43).



### **Entscheidungsalternativen nach Art. 3 PAG**

Erachtet der Polizeibeamte bei sachgemäßer Würdigung die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 2, 3 PAG für gegeben, so kann er eigenständige polizeiliche Maßnahmen treffen. Er kann aber auch im Rahmen seines Entschließungsermessens gem. Art. 5 II, 1 PAG eine der in Art. 6 LStVG genannten Sicherheitsbehörden informieren (Ausnahme Ermessensreduzierung auf Null).

Erkennt die Polizei zwar Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, hält aber nach verständiger Beurteilung die Voraussetzungen des Art. 3 PAG für nicht vorliegend, so **darf** sie mangels Aufgabeneröffnung **nicht** eigenständig tätig werden, sondern kann nur die Sicherheitsbehörde gem. Art. 9 I POG verständigen.

### **Literatur**

- Huber, Die Unaufschiebbarkeit, BayVBl. 1989, S. 5 - 9
- Gallwas/Mössle, Rdnr. 189 ff., 218 ff.
- Berner/Köhler, Art. 3
- König, S. 40 ff.

### **Sicherheitsbehördliche Weisung gem. Art. 9 II POG, Art. 10 S. 2 LStVG**

#### **Beispiel 4**

Das Landratsamt X weist per Telefon die Landespolizeiinspektion an, die Überschreitung der genehmigten Stauhöhe bei einem Triebwerk zu unterbinden. War dies mit dem Weisungsrecht nach Art. 9 II POG vereinbar?

#### **Weisungsrecht**

Zunächst ist festzustellen, ob das Landratsamt überhaupt ein Weisungsrecht hat.

Gemäß Art. 9 II POG sind die **allgemeinen Sicherheitsbehörden**, d.h. Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Inneren berechtigt, **den Dienststellen der Landes- und Grenzpolizei** Weisungen zu erteilen. Für ein Weisungsrecht an die Bereitschaftspolizei gilt die Spezialvorschrift des Art. 6 I S. 2 POG.

Zu beachten ist, dass das Gesetz **allen Sicherheitsbehörden** ein **Weisungsrecht** einräumt, d.h., auch die kleinste kreisfreie und kreisangehörige Gemeinde kann gegenüber der Landes- und Grenzpolizei Weisungen erteilen.

Ein **solches** in Art. 9 II POG festgelegtes **Weisungsrecht** kommunaler Stellen an staatliche Stellen ist **einzigartig in der bestehenden Rechtsordnung**.

Art. 10 S. 2 LStVG weist lediglich auf das Bestehen eines Weisungsrechtes nach Art. 9 II POG und auf dessen Unberührbarkeit durch Art. 10 S. 1 LStVG hin.

Das Landratsamt ist Sicherheitsbehörde i.S.d. Art. 6 LStVG und hat damit ein Weisungsrecht.

**Besondere Sicherheitsbehörden** wie z.B. Gewerbeaufsichtsämter oder Gesundheitsämter sind, selbst wenn sie spezielle Sicherheitsaufgaben zu erfüllen haben, **nicht weisungsbefugt**. Sie **können** sich allerdings an die allgemeinen Sicherheitsbehörden wenden und die Erteilung einer **Weisung anregen**.

Überdies können sie sich für den Vollzug eigener Maßnahmen von der Polizei helfen lassen.

### Umfang des Weisungsrechtes

Handelt die Polizei aufgrund einer Weisung nach Art. 9 II POG, so wird sie auf der Grundlage des materiellen Polizeirechts tätig, d.h., die Sicherheitsbehörden können der Polizei Weisungen **nur im polizeilichen Aufgabenbereich** erteilen (Art. 9 II POG, "Gefahrenabwehr", i.V.m. Art. 2 I PAG). Erfolgt also eine Weisung einer Sicherheitsbehörde an die **Polizei**, so **prüft** diese sowohl ihre **Handlungsermächtigung** nach Art. 2 I PAG als auch das Vorliegen einer **Befugnisnorm nach Art. 11 ff. PAG** und zudem das weitere Vorliegen der polizeilichen **Handlungsgrundsätze**. Nur im Bereich dieses "polizeilichen Handlungsraumes" ist die Weisungsbefugnis umfassend. Diese Weisung kann die Verpflichtung zum Handeln als auch den Abbruch einer noch im Gange befindlichen Maßnahme zum Inhalt haben.

Die **Weisungsbefugnis des Art. 9 II PAG** erstreckt sich **nicht auf den Bereich der Vollzugshilfe**, da die Regelungen des Art. 50-52 PAG vorgehen.

Die Weisung ersetzt nicht die Grundlagen der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns. Da sie die Unaufschiebbarkeitsschranke des Art. 3 PAG aufhebt, macht sie **lediglich die Prüfung der Unaufschiebbarkeitsvoraussetzung** entbehrlich (Honnacker/Beinhofer, PAG, Art. 3, Nr. 4; Maunz/Obermayer/Berg/Knemeyer, 5.Aufl., S. 343; a.A.: Polizei würde nur Entscheidung über Voraussetzungen des Art. 3 PAG abgenommen, Gallwas/Mössle, Rdnr. 189 ff.).

Durch die Weisung wird der Polizei die Prüfung der Voraussetzungen des Art. 3 PAG abgenommen, unabhängig davon, ob Unaufschiebbarkeit nach Art. 3 PAG vorgelegen hat oder nicht.

**Beispiel 5:** Der Kinobesitzer K stellt aus Reklamezwecken ein mit Plakaten versehenes Auto auf öffentlichem Parkplatz für längere Zeit ab. Es liegt eine **unerlaubte Sondernutzung** nach Art. 18a BayStrWG vor (Ordnungswidrigkeit nach Art. 66 Nr. 2 BayStrWG). Die Polizei schreitet nicht ein, weil sie einen aufschiebbaeren Fall annimmt.

Das Landratsamt (Art. 6 LStVG) erteilt der zuständigen Landespolizeiinspektion die Weisung einzuschreiten (Art. 9 II POG). Mit der sich im Aufgaben- und Befugnisbereich der Polizei (Art. 2 I und Art. 11 II Nr.1 PAG) befindlichen Weisung wurde die Unaufschiebbarkeitsschranke des Art. 3 PAG beseitigt.

Auch im Beispielfall 4 befand sich die angewiesene Maßnahme der Polizei im Rahmen des polizeilichen Aufgaben- und Befugnisbereich, da sie zur Unterbindung einer mit Geldbuße bedrohten Handlung (§ 41 I Nr.1 WGH) diente und somit die Befugnis auf Art. 11 II Nr. 1 PAG beruhte.

Weiterhin begründet die **Weisung eine Pflicht zum Handeln, wenn die Voraussetzungen zum Einschreiten nach dem PAG** gegeben sind; ein **Entschließungsermessen der Polizei** (Art. 5 II PAG) besteht also **nicht**.

Die **Sicherheitsbehörde** kann **auch dort Weisung** erteilen, wo sie **selbst auf Grund des Art. 7 II LStVG oder einer spezialgesetzlichen Anordnungsbefugnis einschreiten** könnte (im Gegensatz zu Art. 7 III LStVG !!!, dazu später).

Zum Beispiel 5: Obwohl es dem Landratsamt möglich gewesen wäre, die Unterbindung auch von sich aus anzuordnen (Art. 7 II Nr. 1 LStVG) und mit eigenen Verhütungs- oder Unterbindungsmaßnahmen einzuschreiten, durfte sie der Polizei Weisung erteilen.

### Voraussetzungen des Weisungsrechtes

#### **Rechtsnatur des Weisungsrechtes**

Wird die **Weisung** nach Art. 9 II POG **von staatlichen Behörden** an die Polizei erteilt, so wird der staatsinterne Bereich nicht verlassen. Grundsätzlich hat diese **nur innerdienstliche Wirkung** und ist mangels unmittelbarer Rechtswirkung nach außen kein Verwaltungsakt i.S.d. Art. 35 BayVwVfG, sondern ein **Organisationsakt**.

Weist dagegen eine **Gemeinde** als Sicherheitsbehörde die **Polizei** zum Tätigwerden an, so besitzt diese Weisung Außenwirkung, weil sie über den Bereich der Gebietskörperschaft Gemeinde - als selbständiger juristischer Person des öffentlichen Rechts - hinaus in den staatlichen Bereich hineinwirkt. Insoweit handelt es sich um einen **Verwaltungsakt** gem. Art. 35 S. 1 VwVfG.

Eine Form ist nicht vorgeschrieben (vgl. Art. 37 Abs. 2 BayVwVfG). Somit bestehen auch bezüglich der Form der Weisung per Telefon keine Bedenken, da diese auch mündlich bzw. fernmündlich erteilt werden kann.

#### **Inhaltliche Voraussetzungen**

Materiell **darf** die **Weisung nicht rechtswidrig** sein, d.h. nicht gegen geltendes Bundes- oder Landesrecht (BV, BayVwVfG) verstoßen. Das Weisungsrecht nach Art. 9 II POG ist keine Weisung des Dienstvorgesetzten („Befehl“) i.S.d. Art. 55 Nr. 5, 6 BV und darf auch nicht in die Dienstaufsicht und Organisationsgewalt der Staatsregierung eingreifen.

Da die in Art. 6 LStVG genannten Sicherheitsbehörden nicht Dienstvorgesetzte der Polizeibeamten sind, haben sie auch gegenüber der bayrischen Polizei keine Organisationsgewalt. Die bayrische Polizei ist nicht in den allgemeinen Verwaltungsbehörden integriert, sondern verfügt über einen eigenständigen organisatorischen Aufbau.

Weiterhin muss für die Rechtmäßigkeit der Weisung die Polizei im Rahmen des polizeilichen Aufgabenbereiches gehandelt haben (s.o.) und die Weisungserteilung ermessensfehlerfrei sein.

#### **Beachte:**

Die Weisung nach Art. 9 II POG ist nur ein **Fachweisungsrecht der Sicherheitsbehörde**. Sie ist auf **Bezeichnung** der zu lösenden **Aufgabe** und auf **Lösungsvorschläge** zu beschränken. Art und Zeitpunkt der Durchführung, Stärke der einzusetzenden Kräfte und die notwendigen organisatorischen Mittel bestimmt die Polizei selbst.

Zum Beispiel 4: Das Landratsamt hat nur das zu lösende momentan bestehende Problem der möglichen Überschreitung der Stauhöhe der Polizei dargestellt. Der polizeiliche Aufgabenbereich war eröffnet und der Entscheidungsspielraum der Polizei über Art und Umfang nicht berührt, das Fachweisungsrecht insoweit ordnungsgemäß gebraucht.

#### **Formelle Voraussetzungen des Weisungsrechtes**

Es muss sich um Weisungen der Sicherheitsbehörden i.S.d. Art. 6 LStVG handeln.

Weiterhin sind die Weisungen **an die Dienststelle** der Polizei, nicht an einzelne Polizeibeamte zu richten.

Die Weisungen sollen im Gegensatz zum Weisungsrecht des Staatsanwaltes (§ 163 StPO) an die **unterste Polizeidienststelle** gerichtet werden, deren Dienstbereich für den Vollzug der Weisung ausreicht (**Art. 9 III S. 1 POG**).

Es handelt sich bei Art. 9 III S.1 POG um eine **Sollvorschrift**; ein Verstoß dagegen würde die Fachweisung nicht unwirksam machen!

**Beachte dazu Examensfall in BayVBl. 1986 S. 252 - 255!**

**Die kreisangehörigen Gemeinden** können der für ihr Landesgebiet zuständigen Landespolizeiinspektion und den nachgeordneten Landespolizeistationen bei Zuständigkeit für das Gemeindegebiet Weisungen erteilen. Liegt die Gemeinde im Grenzgebiet, so kann sie auch an die zuständige Grenzpolizeiinspektion oder Station Weisung erteilen.

Gemeinden, die **nicht zu Verwaltungsgemeinschaften** gehören, können in ihrem Tätigkeitsbereich, d.h. im eigenen und übertragenen Wirkungsbereich nach Art. 6 LStVG selbst Weisungen erteilen.

Bei den Gemeinden, die **Verwaltungsgemeinschaften** angehören, kommt es entscheidend darauf an, in welchem **Wirkungskreis** die Aufgabe nach Art. 6 LStVG im Einzelnen fällt (Bengl/Berner/Emmerig, Art. 6 LStVG Anm. 2d).

Bei der Weisungsbefugnis handelt es sich in der Regel um eine Angelegenheit des **übertragenen Wirkungskreises**. Deshalb wird in diesen Fällen nach Art. 4 I VGemO die **Verwaltungsgemeinschaft** als Sicherheitsbehörde tätig.

Handelt es sich dagegen doch um eine Angelegenheit des **eigenen Wirkungskreises (Art. 7 GO)** oder verbleibt die Sache als Angelegenheit des übertragenen Wirkungskreises aufgrund einer Verordnung nach Art. 4 I S.1 VGemO bei den **Mitgliedsgemeinden**, so werden diese als Sicherheitsbehörden tätig. Demnach ist auch bei der Erfüllung sicherheitsrechtlicher Aufgaben aus Art. 6 LStVG der gemeindliche Wirkungskreis zu bestimmen (wie bei Art. 6 GO).

Im **eigenen Wirkungskreis** werden die **Gemeinden** beim Vollzug des Art. 6 LStVG tätig, soweit **rein örtliche** Angelegenheiten der öffentliche Sicherheit und Ordnung in Betracht kommen und ein Gesetz nichts anderes bestimmt.

Zu diesem Wirkungskreis gehören die **Verhütung (nicht Unterbindung!)** von Zuwiderhandlungen gegen bewehrtes Ortsrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen) oder andere **rein örtliche** Angelegenheiten der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (BayVGH BayVBl. 1964, 228 (231); Bengl/Berner/Emmerig, Art. 6 LStVG, Anm. 1d, aa).

Nach **Art. 83 I BV** gehört auch die **örtliche** Polizei in den **eigenen Wirkungskreis**.

Der in dieser Verfassungsnorm verwendete Begriff „Polizei“ umfasst die Gesamtheit der Tätigkeiten der Verwaltungsbehörden und Vollzugsorgane, die auf Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bzw. auf Unterbindung und Beseitigung von Störungen gerichtet ist. Der an der Funktion orientierte Begriff trennt nicht die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden von der polizeilichen Exekutive (König, S. 20).

Somit fällt unter **Ortspolizei** nicht nur die **Einrichtung einer Gemeindepolizei** (von der heute keiner mehr Gebrauch macht), sondern auch das **Handeln der Gemeinde im eigenen Wirkungskreis** bei der Ausübung der Ermächtigung gem. Art. 7 II LStVG (**Examensfall! lesenswert BayVGH BayVBl. 1994, 51**).

Handelt es sich hingegen um Fälle, die der Sicherheit des Staates selbst (verfassungsfeindliche Handlungen) oder der **Unterbindung** von strafbaren Handlungen und Ordnungswidrigkeiten

dienen, so liegt eine Aufgabe des übertragenen Wirkungskreises vor. Auch die **Verhütung** von Straftaten, die **nicht** lediglich gegen **Ortsrecht** verstoßen, sind Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises. (dazu BayVBl. 1964, 228 (231))

*Beispielsweise würde ein **Banküberfall** in den **übertragenen Wirkungskreis** der Gemeinde fallen, er ist nicht nur ortsrechtlich mit Strafe bedroht, noch räumlich begrenzt. Gehört die Gemeinde einer Verwaltungsgemeinschaft an, so würde die Verwaltungsgemeinschaft als Sicherheitsbehörde i.S.d. Art. 6 LStVG tätig.*

### **Die kreisfreien Gemeinden**

können der für ihr **Gemeindegebiet zuständigen Landespolizeiinspektion** und nachgeordneten **Landespolizeistationen** Weisungen erteilen. Liegen diese Gemeinden im Grenzgebiet, so kann die Weisung auch an die zuständige Grenzpolizeiinspektion erfolgen.

### **Die Landratsämter**

dürfen für das Gebiet des **Landkreises** den **zuständigen Landespolizeiinspektionen** und **-stationen** Weisungen erteilen. Bei Grenzgebietlage sind sie auch gegenüber zuständigen Grenzpolizeiinspektion weisungsbefugt.

### **Die Regierungen**

können dem für den **Regierungsbezirk zuständigen Landpolizeipräsidium**, sowie der für den Regierungsbezirk zuständigen **Landespolizeiinspektion** und **Landespolizeistation** Weisung erteilen. Sie ist auch weisungsbefugt gegenüber den zuständigen Grenzpolizeipräsidium und den nachgeordneten Grenzpolizeiinspektionen und -stationen.

### **Das Staatsministerium des Inneren**

kann **allen Landespolizeipräsidien, -direktionen, -inspektionen, -stationen** und dem Grenzpolizeipräsidium, -inspektionen und -stationen Weisung erteilen. Jedoch ist die direkte Weisung an untere Polizeidienststellen, d.h. ohne Einschaltung des Präsidiums, nur auf besonders dringende Ausnahmefälle zu beschränken.

### **Ausübung des Weisungsrechtes**

Zu klären ist nun, welcher **Personenkreis** (welches **Organ**) das Weisungsrecht ausüben darf. Bei der Gemeinde richtet sich diese Frage unmittelbar nach dem **Gesetz**; bei den Staatsbehörden nach der innerbehördlichen **Organisation**.

In den **Gemeinden** kann der **erste Bürgermeister** die Weisung in eigener Zuständigkeit erteilen, wenn es sich um einen Fall des Art. 37 I Nr.1-3 GO handelt.

Dafür müsste es sich entweder um eine **laufende Angelegenheit**, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung hat (Nr. 1) oder um eine durch Bundesgesetz übertragene hoheitliche Aufgabe in Verteidigungsangelegenheiten (Nr. 2) oder um geheim zu haltende Angelegenheiten (Nr. 3) handeln.

Eine Weisungsbefugnis des Bürgermeisters kann jedoch **auch aus Art. 37 II GO** resultieren, wenn eine Angelegenheit vorliegt, die der Gemeinderat dem ersten Bürgermeister zur selbständigen Erledigung übertragen hat.

Gemäß Art. 37 III GO ist der erste Bürgermeister ausnahmsweise befugt, **dringliche Anordnungen** und unaufschiebbare Geschäfte selbst zu besorgen.

Bei den staatlichen Behörden steht das Weisungsrecht grundsätzlich dem Behördenchef (Innenminister, Regierungspräsident, Landrat) zu, doch kann die Befugnis nach innerbehördli-



chen Regelungen **delegiert** sein (z.B. Staatssekretär, Ministerialdirektor, Abteilungsdirektor u.v.m.).

### Zurechenbarkeit der Maßnahme

Wird die Polizei auf Weisung einer Sicherheitsbehörde nach Art. 9 II POG tätig, so stellt sich die Frage, ob **der auf Weisung erlassene Verwaltungsakt** dem Freistaat Bayern, oder der anweisenden Sicherheitsbehörden zuzurechnen ist.

Dies wird vor allem beim **Rechtsbehelfsverfahren** für die Bestimmung der richtigen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO), sowie des richtigen Beklagten (§ 78 I VwGO) bzw. des Passivlegitimierten im Prozess relevant.

**Grundsätzlich** werden Maßnahmen der erlassenden Behörde bzw. dem Hoheitsträger dem die Behörde angehört zugerechnet (vgl. § 78 I Nr. 1 VwGO, **Rechtsträgerprinzip!**).

Hier erlässt die Polizei aufgrund der Weisung den VA. Somit wird die angewiesene polizeiliche Maßnahme dem Rechtsträger der Polizei- also dem Freistaat Bayern zugerechnet.

**Der Gesetzgeber kann jedoch die Zuordnung abweichend von dieser Regel gestalten!**

Ob und in welchem Ausmaß das durch **Art. 12 II S.2 POG** geschieht, ist **umstritten**.

Der **Wortlaut** der Vorschrift spricht dafür, dass ein angewiesener polizeilicher Verwaltungsakt, der **anweisenden Stelle** zugerechnet werden muss.

Nach einer Auffassung soll nach Art des Weisungsgebers differenziert werden.

Handelt die Polizei aufgrund einer **nichtpolizeilichen Weisung** (durch **Sicherheitsbehörden**) so wird die Polizei zwar auf der Grundlage des materiellen Rechts tätig; die getroffene Maßnahme wird jedoch für das Rechtsmittel und Klageverfahren **der weisungsgebenden Behörde**, also den Sicherheitsbehörden **zugerechnet**. (Schiedermaier/König, Art. 10 LStVG, Nr.3; Wegmann, BayVBl. 1985, 417 [422]) Handelt die Polizei aufgrund einer **polizeilichen Weisung**, so wird die Handlung unproblematisch der Polizei und damit dem Freistaat Bayern zugerechnet.

Nach **anderer restriktiver Ansicht** umfasst Art. 12 II S.2 POG nach dem **Gesetzeswortlaut "andere Stelle" ausschließlich Polizeidienststellen**, nicht jedoch Sicherheitsbehörden. Für ein Handeln der Polizei auf Weisung einer Sicherheitsbehörde soll Art. 12 II S.2 POG nicht gelten. Damit würde die Maßnahme immer der Polizei und damit dem Freistaat Bayern zugerechnet. (ausführlich Gallwas/Mössle, Rdnr. 200 ff.; im Ergebnis ebenso Samper/Honnacker, POG Art. 12 Nr. 11; Knemeyer, Rdnr. 118).

### Abgrenzung zu Art. 7 III LStVG

Bei der Weisung nach Art. 9 II POG wird **der nach außen ergehende Eingriffsakt** von der **Polizei** erlassen, während die **Sicherheitsbehörden** lediglich einen **innerdienstlichen Rechtsakt** (Weisung, s.o.) erteilen.

Zu **unterscheiden** von der Weisung nach Art. 9 II POG, Art. 10 I S. 2 LStVG ist die Vollzugshilfe nach **Art. 7 III LStVG**. In diesem Fall bedienen sich die Sicherheitsbehörden der Polizeidienstkräfte als ihre **Hilfskräfte**. Es handelt sich **nicht** um eine **Weisung an die Polizei** zur Vornahme von polizeilichen Handlungen aufgrund des allgemeinen oder besonderen Polizeirechtes, sondern um einen Verwaltungsakt, der durch die Sicherheitsbehörden erlassen wird, die sich der Polizei lediglich als ausführendes Organ bedienen. (Bengl/Berner/Emmerig; BayLStVG, Art. 7 Anm. 6) Dies ist jedoch gem. Art. 7 III LStVG (im Gegensatz zu Art. 9 II POG!!) erst möglich, wenn eine Anordnung nach Art. 7 II LStVG nicht möglich, nicht zulässig oder nicht Erfolg versprechend erscheint. Die Polizei wird bei Art. 7 III LStVG im Rahmen einer zugewiesenen Aufgabe i.S.v. Art. 2 IV PAG tätig, die Maßnahme bleibt ein Verwaltungsakt der Sicherheitsbehörden.

**Maßnahmen nach Art. 7 III LStVG werden nur den Sicherheitsbehörden zugerechnet, da Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln nicht das materielle Polizeirecht, sondern Art. 7 III LStVG ist.**

**Rechtsbehelfe sind nur gegen die Sicherheitsbehörde zu richten.**

Ein **weiterer Unterschied** ist, dass die Anwendung unmittelbaren Zwanges anders als bei Art. 9 II POG, 10 S. 2 LStVG nicht auf Art. 7 III LStVG gestützt werden kann (dazu König, S. 37 ff.).

### Grenzen des Weisungsrechtes

**Grundsätzlich gibt es keinen weisungsfreien Raum.**

Da der Polizei auch **Aufgaben der Strafverfolgung** obliegen (Art. 2 IV PAG, §§ 161, 163 StPO), können die Sicherheitsbehörden im Rahmen des Weisungsrechtes nach Art. 9 II POG für strafprozessuale Maßnahmen Weisungen unbeschadet anderweitiger gesetzlicher Vorschriften, insbesondere des GVG, der StPO und des OWiG, erteilen. Weisungen der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet der polizeilichen Verfolgung von Straftaten sind **nur insoweit und solange zulässig**, als die **in erster Linie für die Strafverfolgung zuständige Behörde** - die Staatsanwaltschaft - **keine Weisung** nach § 152 I GVG oder § 161 S. 2 StPO erteilt hat.

Sobald die **Staatsanwaltschaft** von ihrem **Weisungsrecht Gebrauch** macht, d.h. der Polizei Aufträge gem. §§ 161 S. 2 StPO, 152 I GVG erteilt, besteht für die **Sicherheitsbehörde** keine Möglichkeit mehr, **weisungsgebend tätig** zu werden.

### Literatur:

- Samper/Honnacker, POG, Art. 9
- Knemeyer, Rdnr. 115 - 119
- zur „örtlichen Polizei“ bei gemeindl. Wirkungskreis: König, S. 20 ff.,
- Gallwas, „Verwaltungsgemeinschaft von Amts wegen“, BayVBl. 1973, 393 - 400  
BayVBl. 1964, BayVG, S. 228 - 231, BayVBl. VG 1994, 51 ff., BayVBl. 1986, S. 22 - 254

### Kollisionsregel des Art. 10 S.1 LStVG

#### **Übersicht**

Handeln die Sicherheitsbehörden unabhängig von der Polizei zur Gefahrenabwehr, so kann es aufgrund des gleichen Aufgabenbereiches zu Kollisionen kommen.

Art. 10 S. 1 LStVG stellt den **Vorrang der Sicherheitsbehörden** bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung **gegenüber der Polizei** eindeutig heraus: Maßnahmen der Sicherheitsbehörden schließen widersprechende Maßnahmen der Polizei aus. (Art. 10 S. 1 LStVG) Die **Rechtsfolge** von **widersprechenden Maßnahmen** ist deren **Rechtswidrigkeit**, d.h. der Adressat braucht ihr keine Folge zu leisten.

**Widersprechende Maßnahmen** sind solche, die mit denen der Sicherheitsbehörden nicht in Einklang zu bringen sind, sondern zu einem widerstreitenden Ergebnis führen. Dies kann geschehen, wenn gegenüber demselben Adressaten verschiedene sich ausschließende bzw. widersprechende Maßnahmen (*z.B. bei einem Brand gleichzeitig eine Platzverweisung nach Art. 15 PAG und eine Anordnung helfend einzugreifen Art. 7 II, 9 III PAG*) oder gleichartige Maßnahmen gegen verschieden Adressaten die zu einem widersprechenden Ergebnis führen wür-

den, getroffen werden (z.B. Sicherheitsbehörden verlangen nach Unfall von zwei Unbeteiligten in dem eigenen Wagen den Verletzten ins Krankenhaus zu fahren).

Dabei sind folgende **Fallgruppen** zu unterscheiden:

- Handeln Polizei und Sicherheitsbehörden „gleichlaufend“, sind also beide Maßnahmen miteinander zu vereinbaren, so können beide nebeneinander erlassen werden. Ebenso können ergänzende Maßnahmen der Polizei erlassen werden.
- Handelt es sich um zeitlich aufeinander folgende Maßnahmen, so ist wiederum nach drei Fallgruppen zu differenzieren:
  - Handelt die Polizei **nicht im Einklang** mit einer *bereits* von der *Sicherheitsbehörde erlassenen* Maßnahme, ist die **Maßnahme der Polizei** rechtswidrig. Art. 10 S. 1 LStVG wirkt bei bereits erlassenen Maßnahmen der Sicherheitsbehörde als Sperre gegenüber widersprechenden polizeilichen Aufgaben.
  - Die *Polizei* hat *bereits* eine Maßnahme *erlassen* und die Sicherheitsbehörde trifft danach eine andere nicht im Einklang zu bringende Maßnahme. In diesem **Fall darf die Polizei ihre Maßnahme nicht durchsetzen**, sie braucht sie jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht aufzuheben.
  - **Umstritten** ist der Fall, wenn die **Polizei ihre Maßnahme bereits vollzogen** hat und danach eine widersprechende Maßnahme der Sicherheitsbehörde erlassen wird.

Nach einer Auffassung soll Art. 10 LStVG die **Verpflichtung der Polizei** zu entnehmen sein, schon vollzogene widersprechende Maßnahmen **rückgängig** zu machen (so Emmerig, in: BayVBl. 1972, S. 129 [130]).

Andere lehnen eine Ableitung einer solche Verpflichtung aus Art. 10 LStVG ab (M/O/B/K, 5. Aufl.; S. 377).

**Widersprechende Maßnahmen** der Polizei sind zwar **rechtswidrig**, jedoch bilden sie für sich genommen **keinen Nichtigkeitsgrund** i.S.d. Art. 44 I bzw. II BayVwVfG. Zwar führt absolute Unzuständigkeit zur Nichtigkeit, diese liegt aber bei einer polizeilichen Maßnahme, die lediglich im Widerspruch zur sicherheitsbehördlichen Maßnahme steht, ansonsten aber im Aufgaben- und Befugnisbereich der Polizei liegt, nicht vor. (Bengl/Berner/Emmerig, Art. 10 LStVG Anm. 2) Insbesondere kann eine polizeiliche Maßnahme, die zunächst rechtmäßig ist und erst später zu einer behördlichen Maßnahme im Widerspruch gerät, nicht rückwirkend nichtig sein. Die zunächst rechtmäßigen polizeilichen Maßnahmen können nur mit ex nunc Wirkung aufgehoben werden.

### Verhältnis Art. 3 PAG zu Art. 10 S.1 LStVG

Zu unterscheiden ist die Bestimmung des Art. 10 S. 1 LStVG von der des Art. 3 PAG. Der **tatsächliche Erlass einer sicherheitsbehördlichen Maßnahme ist nur für Art. 10 LStVG und nicht für Art. 3 PAG von Bedeutung**, weil es bei diesem allein auf die Prognoseentscheidung der Polizei ankommt. **Art. 10 S. 1 LStVG** wiederum betrifft nur die Fälle, in denen es tatsächlich zu einer Kollision zwischen Maßnahmen kommt, lässt aber die **Frage der Erkennbarkeit unberührt**. Art. 3 PAG und Art. 10 S. 1 LStVG sind deshalb in einem **Stufenverhältnis** zu sehen, wobei Art. 10 S. 1 LStVG an einen rechtmäßigen Polizeiverwaltungsakt anknüpft, d.h. in Fällen, wo Aufgaben- und Befugnisbereich, insbesondere auch Art. 3 PAG zuvor bejaht wurden.

### Möglichkeiten der Sicherheitsbehörden, die Polizei zur Unterstützung heranzuziehen

**Art. 9 II POG,  
für Weisungen im**

**Art. 7 III LStVG für  
unmittelbaren Zugriff**

**Art. 50 I PAG zur  
Vollzugshilfe**

## polizeilichen Aufgaben- gebiet

**Art. 4 ff BayVwVfG  
zur Amtshilfe**

**Art. 4 I, S. 1, Art. 5 III KSG  
zur Katastrophenschutzhilfe**

### Literatur:

- Schiedermaier/ König, Kommentar zum LStVG, Art. 10
- Bengl/Berner/Emmerig, Komm. zum LStVG, Art. 10
- Samper/Honnacker, PAG, Art. 10 LStVG

## (2) Zusammenwirken innerhalb der allgemeinen Sicherheitsbehörden

### Mehrfachkompetenz

Die in Art. 6 LStVG genannten Verwaltungsbehörden gehören im Stufenaufbau der Verwaltung **verschiedenen Ebenen** an.

Im Bereich der **Aufgabenzuweisung** gibt es **spezialgesetzliche Regeln**, die den allgemeinen Tätigkeitsbereich der Sicherheitsbehörden spezifizieren.

Hat eine **allgemeine Sicherheitsbehörde** gehandelt, ist deshalb **zunächst zu prüfen**, ob sie auf einem **Spezialbereich** mit eigener gesetzlicher Normierung tätig wurde, z.B. dem Bau-, dem Gewerbe-, dem Immissionsschutz- oder dem Versammlungsrecht.

Erst wenn eine derartige spezielle Aufgabeneröffnung nicht vorliegt, wird der sicherheitsbehördliche Raum über die **allgemeine Aufgabenzuweisungsnorm** nach Art. 6 LStVG eröffnet. (dazu Knemeyer, Rdnr. 436; König, S. 3 ff.)

Nach Art. 6 LStVG haben die Gemeinden, Landratsämter, Regierungen und das Staatsministerium des Inneren die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten. Zwar ist die Zuständigkeit **in manchen Fällen nur einer** dieser Behörden verschiedener Stufe vorbehalten (z.B. Art. 29 I LStVG den Gemeinden), **in anderen Fällen**, wie bei Art. 7 II LStVG, besteht jedoch eine **mehrfache Zuständigkeit** nebeneinander.

Daraus ergibt sich das **Problem der Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche**, und die Frage nach der **Rangfolge der Handlungspflichten** der in Art. 6 LStVG genannten Verwaltungsbehörden. Art. 6 LStVG sagt über die Rangfolge der Handlungspflichten der allgemeinen Sicherheitsbehörden nichts aus. Diese Aufgabenzuweisung stellt jedoch keine Zuständigkeitsabgrenzung im Rechtssinn, sondern lediglich eine allgemeine Konkretisierung des Tätigkeitsbereiches der Sicherheitsbehörden dar. Durch das in Art. 6 LStVG verankerte Prinzip der Mehrfachkompetenz kann es zu widersprechenden Maßnahmen zwischen den Sicherheitsbehörden kommen.

Jedoch **fehlt** hierfür **eine dem Art. 10 S. 1 LStVG vergleichbare Vorschrift**. Der BayVGH (E 27, S. 50 ff. oder in BayVBl 1974, 471 ff.) führt dazu Folgendes aus:

*„Aufgrund der Aufgabenstellung sind alle Normadressaten des Art. 5 I AGStPO (jetzt Art. 6 LStVG) aufgerufen und berechtigt, bei Sicherheitsstörungen tätig zu werden.*

*Die gleichzeitige Aufgabenübertragung an Normadressaten verschiedener Art und Rangstufe ist **mit dem Rechtsstaatsprinzip** durchaus **vereinbar**. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert zwar, dass grundsätzlich jedermann aus der Rechtsordnung erkennen kann, welche Behörde ihm gegenüber zu bestimmtem Maßnahmen verpflichtet und ermächtigt ist. Andererseits verlangt es aber auch die schnelle und wirksame Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, dass jede handlungsfähige, geeignete Dienststelle oder Behörde sofort wirksam handeln kann. Der Zweck des Sicherheitsrechtes fordert nicht nur weitgehende Mehrfachkompetenzen, sondern auch die Übertragung ein und derselben Aufgabe auf mehrere Si-*

**Sicherheitsbehörden.** Dabei stellt sich allerdings das Problem der praktikablen Abgrenzung, um einer schädlichen Untätigkeit bzw. Mehrfach­tätigkeit zu begegnen. Der Sicherheitsgesetzgeber hat eine solche Bereichs­abgrenzung bei Mehrfach­kompetenzen, z.B. in Art. 44 LStVG, dergestalt vorgenommen, dass bei sicherheitsrechtlicher Normsetzung mehrerer normsetzender Behörden die höhere Behörde von ihrer Befugnis nur Gebrauch machen soll, wenn eine einheitliche Regelung für ihren Bereich erforderlich ist. Der Gesetzgeber bedient sich demnach für die Bereichs­abgrenzung des Gedankens der Subsidiarität, wonach die übergeordnete Stelle von ihrer Befugnis nur Gebrauch machen soll, wenn die Tätigkeit der nachgeordneten Behörde entweder nicht gewährleistet ist oder nicht mehr ausreicht.

Die Brauchbarkeit des Subsidiaritätsprinzips für die Rechtsauslegung und Rechtsanwendung ist umstritten. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 23, 304(306) erkennt das Subsidiaritätsprinzip nur bestimmte einzelne Rechtsgebiete als Rechtsgrundsatz an, will aber daraus keinen allgemeinen Verfassungsgrundsatz ableiten. Die Heranziehung des Subsidiaritätsprinzips zur Lösung möglicher Konkurrenz bei Mehrfach­kompetenzen kann und darf aber nicht zur Aufrichtung neuer Zuständigkeitsschranken führen; denn der Sinn einer Norm mit Mehrfach­kompetenz ist es, dass jede allgemeine Sicherheitsbehörde, die Gemeinde, das **Landratsamt als Staatsbehörde**, die Regierung und das Staatsministerium des Inneren jederzeit in rechtlich zulässiger Weise die erforderlichen Maßnahmen treffen kann. Der Grundsatz der Subsidiarität verlangt lediglich, dass eine höherrangige Behörde oder Stelle nach eigenem Recht erst eingreifen soll, wenn die nachgeordnete Behörde oder Stelle, nicht oder nicht ausreichend tätig wird. Das **Subsidiaritätsprinzip** vermag hier **lediglich eine Richtlinie** zur Lösung von Konflikten beim Tätigwerden bzw. Nichttätigwerden von Sicherheitsbehörden abzugeben."

### Ergebnis

Damit kann bei gleichzeitiger Aufgabenübertragung an die verschiedenen Sicherheitsbehörden das **Subsidiaritätsprinzip des Art. 44 LStVG nur als Richtlinie** herangezogen werden. Bei **widersprechenden Maßnahmen** kommt somit nur **eine Lösung nach den allgemeinen Regeln** in Betracht. Die nachrangige Sicherheitsbehörde hat Maßnahmen der höherrangigen grundsätzlich zu respektieren. Die höherrangige Sicherheitsbehörde kann überdies mit ihrer Maßnahme die vorsorgliche Aufhebung aller entgegenstehenden Maßnahmen verbinden. In diesem Fall gilt kraft sicherheitsbehördlicher Einzelanordnung für das Verhältnis zwischen den Sicherheitsbehörden dasselbe, was Art. 10 S. 1 LStVG allgemein für das Verhältnis zwischen sicherheitsbehördlichen und polizeilichen Maßnahmen vorschreibt.

### (3) Verhältnis zu den Sonderbehörden

Art. 6 LStVG und Art. 2 I PAG sind nur allgemeine Aufgabenzuweisungsnormen. **Daneben** existieren **polizeiliche Aufgabenbereiche**, die vom Bundes- und Landesgesetzgeber **bereichsspezifisch** geregelt sind. (z.B. Kern- und Energierecht, Gewerbe-, Immissions-, Versammlungs-, Waffenrecht aus dem Bundesrecht; andererseits aus dem Landesrecht das Katastrophenschutz-, Bausicherheits- und Bestattungsrecht und die Abschnitte des 3. Teils des LStVG). Auch Bezirke, Landkreise und Gemeinden können auf der Grundlage des ihnen zustehenden **Satzungsrechtes** (z.B. Art. 24 II GO, 27 I GO) und **Verordnungsermächtigungen** Teilbereiche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung speziell regeln (z.B. Errichtung von Campingplätzen nach Art. 25 LStVG oder Regelung für das Baden Art. 26 LStVG).

Unproblematisch sind diejenigen Fälle, bei denen der Polizei und den Sicherheitsbehörden die Erfüllung ihrer Aufgaben (Art. 6 LStVG und 2 PAG) belassen wird.(z.B. Art. 3 S.2, Art. 7 I S.2, II AG VersammlG) In diesen Fällen muss die Polizei nicht mehr prüfen, ob ein versamm-

lungsrechtliches Handeln von der Aufgabenzuweisungsnorm des Art. 6 LStVG bzw. Art. 2 I PAG umfasst wird.

**Probleme** ergeben sich, wenn durch **spezifische Regelungen besondere Zuständigkeiten von Sonderbehörden** geschaffen worden. Fraglich ist dann, ob und in welchem Umfang Sicherheitsbehörden und Polizei auf Grund der allgemeinen Zuweisungsnorm neben oder anstelle der Sonderbehörden tätig werden dürfen.

### **Verhältnis der (allgemeinen) Polizei zu Sonderbehörden**

Der polizeilichen Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr sind diejenigen Gebiete entzogen, die anderen Behörden zugewiesen sind. Dabei handelt es sich zum einen um Bereiche die wegen erforderlicher spezieller Sachkunde Sonderbehörden obliegt (z.B. Bauaufsicht, Versicherungsaufsicht, Bankaufsicht), und zum anderen um Verwaltungszweige die nicht materiell polizeiliche Aufgaben haben (z.B. Schul- und Hochschulwesen; Finanzverwaltung). Diesen Behörden steht als **Annex zu ihrer Aufgabenverantwortung** auch die Befugnis zu, in ihrem Geschäftsbereich Gefahren abzuwenden, die ihre Funktionsfähigkeit bedrohen (str.). Die polizeiliche Zuständigkeit tritt dahinter zurück.

**Zur Lösung des Problems ist jedoch zu beachten, dass auch das Sicherheitsrecht wie das Polizeirecht vom Prinzip der Effektivität der Gefahrenabwehr beherrscht wird. Deshalb liegt es nahe, Spannungen zwischen Spezialität und Effektivität zugunsten der Effektivität zu lösen und damit auch das in Art. 3 PAG positivrechtlich zum Ausdruck kommende polizeiliche Subsidiaritätsprinzip anzuwenden.** Die Polizei darf also **auch gegenüber Sonderbehörden** tätig werden, wenn eine unaufschiebbare Maßnahme gem. Art. 3 PAG vorliegt.

### **Verhältnis der Sicherheitsbehörden zu Sonderbehörden**

Problematisch könnte das Verhältnis der **allgemeinen Sicherheitsbehörden zu den Sonderbehörden** sein, da eine dem Art. 3 PAG vergleichbare, ihre subsidiäre Kompetenz ausdrücklich bestätigende Vorschrift fehlt. Zwar wird in Art. 3 PAG nur das Verhältnis der Polizei zu allen im konkreten Fall zuständigen Behörden bestimmt. Jedoch ist in diesem Fall auch für das Verhältnis zwischen allgemeinen Sicherheitsbehörden und Sonderbehörden **Art. 3 PAG sinngemäß anwendbar**, da es nicht einsichtig ist, dass die Sicherheitsbehörde im Notfall bei Vorliegen einer Spezialzuständigkeit nicht selbst eine vorläufige Anordnung zur Eindämmung der Gefahr erteilen darf, jedoch Weisung an die Polizei nach Art. 9 II POG erteilen kann. Dies wäre mir dem **Grundgedanken des Vorrangs der Sicherheitsbehörden gegenüber der Polizei** nicht zu vereinbaren.

**Beispiel:** *Ein Bausicherungsfall erfordert sofortiges Einschreiten. Die Gemeinde erhält hiervon Kenntnis, ist aber nicht untere Bauaufsichtsbehörde. Das Landratsamt (als Bauaufsichtsbehörde) einzuschalten, oder die Polizei anzuweisen (Art. 9 II POG), wäre mit nicht hinnehmbaren Verzögerungen verbunden. Hier würde es dem Effektivitätsprinzip widersprechen, wenn der Erste Bürgermeister (Art. 37 I Nr.1, III GO) nur versuchen darf die Polizei oder das Landratsamt zu verständigen, aber nicht selbst vorläufige Maßnahmen treffen darf.*

**Art. 6 LStVG eröffnet auch den sicherheitsbehördlichen Aufgabenbereich bei Bestehen einer Spezialzuständigkeit, wenn ein rechtzeitiges Einschreiten der Sonderbehörde zur Gefahrenabwehr nicht möglich ist.**

### **Literatur:**

- Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 15
- Gallwas/Mössle, Rdnr. 168 ff.

g) **Zuständigkeit bei polizeiwidrigem Verhalten anderer (u.U. „polizeipflichtiger“) Hoheitsträger? - SEEWALD**

**Problem** „Polizei gegen Hoheitsträger“

Ob und in welchem Umfang Polizei- oder Sicherheitsbehörden Maßnahmen zur **Gefahrenabwehr gegen andere Hoheitsträger** und Behörden richten dürfen, ist - wie mittlerweile erkannt worden ist - ein Problem der **Zuständigkeit**.

**Erläuterungen**

Grundsätzlich sind Polizei- und Sicherheitsbehörden nicht befugt, gegen andere Hoheitsträger und Behörden mit Anordnungen und Zwang vorzugehen, wenn dadurch in deren hoheitlichen **Aufgabenbereich** eingegriffen werden würde.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn dies ausnahmsweise durch eine **Sonderregelung** zugelassen ist **oder** eine Ausnahmesituation, etwa Gefahr im Verzug, vorliegt.

Dagegen sind Polizei und Sicherheitsbehörden dann für die Gefahrenabwehr zuständig, wenn die beabsichtigten Maßnahmen den Adressaten in der Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben nicht beeinträchtigen können. Dies ist etwa der Fall, wenn der betroffene Hoheitsträger oder die betroffene Behörde ausschließlich in **fiskalischen Belangen** berührt werden (z.B. bei der Heranziehung zur Erfüllung der den Bund als Grundstückseigentümer treffenden Pflicht zur Anliegerreinigung) oder die öffentliche Hand sich **erwerbswirtschaftlich** betätigt.

Dies beruht darauf, dass innerhalb der **Gesamtorganisation der Staatsverwaltung** die einzelnen Staatsaufgaben auf verschiedene Aufgabenträger verteilt sind, die diese selbständig und eigenverantwortlich nach Maßgabe der durch die Verfassung und das einfache Gesetzesrecht vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung wahrnehmen.

Zum Beispiel war das **Postwesen** gemäß Art. 87 I GG (a.F., vgl. nun Art. 87 f. GG) Teil der Staatsverwaltung und wurde in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt. Der Paketdienst gehörte dabei zum hoheitlichen Aufgabenbereich der Post.

Ein Untersagen der Paketverladung aus polizeirechtlichen Erwägungen hat daher der Post vorgeschrieben, wie sie ihren Paketdienst zu organisieren hat und hat damit in ihren hoheitlichen Aufgabenbereich eingegriffen.

Von der **Zuständigkeitsproblematik zu unterscheiden** ist die Frage, ob andere Behörden oder Hoheitsträger bei ihrer hoheitlichen Tätigkeit der Sache nach an das Polizei- und Sicherheitsrecht gebunden sind (sog. **materieller Polizeipflichtigkeit**).

Grundsätzlich ist dies der Fall. Das heißt, dass jede Verwaltung ihre Tätigkeit an sich so gestalten muss, dass daraus keine polizeilichen Gefahren und Störungen entstehen; das lässt sich jedoch nicht immer verwirklichen (z.B. Bundeswehr, Feuerwehr u.ä.). Diese Bindung steht demnach aber unter dem Vorbehalt, dass im Einzelfall u.U. miteinander kollidierende **öffentliche Interessen** gegeneinander **abzuwägen** sind. Je nach ihrem jeweiligen Gewicht kann sich dabei ein mehr oder weniger weitreichender Vorrang der von dem betreffenden Hoheitsträger wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben gegenüber den Belangen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ergeben.

Der Ausgleich ist dabei so vorzunehmen, dass einerseits ein **ordnungsgemäßer Verwaltungsbetrieb** gewährleistet bleibt und andererseits die davon betroffenen Güter und Interessen nicht stärker beeinträchtigt werden als bei strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unerlässlich erscheint.

**Bedeutung des Problems**

Soweit es um ein Handeln der **Vollzugspolizei** geht, deren Zuständigkeit nach Art. 3 PAG lediglich in Fällen gegeben ist, in denen die Abwehr von Gefahren durch eine andere Behörde nicht rechtzeitig möglich erscheint, wird die Zuständigkeit häufig auch dann gegeben sein, wenn die polizeiliche Maßnahme in die hoheitliche Tätigkeit eines anderen Hoheitsträgers eingreift, weil insoweit Gefahr im Verzug ist, also eine gesetzlich geregelte Ausnahmesituation vorliegt (vgl. Berner/Köhler, Art. 7 Rz. 3).

**Fall** OVG Lüneburg OVGE 12, 340 ff. - „Lärm aus dem Paketpostamt“

Die Ladeöffnungen eines Paketpostamtes, durch die die Pakete ver- und entladen wurden, befanden sich an der Straßenseite des Postamtes. Ein Anwohner fühlte sich durch die auch zur Nachtzeit stattfindende Ladetätigkeit gestört und verklagte den Regierungspräsidenten.

### **Ziel der Klage. Probleme**

Der Regierungspräsident sollte das Ordnungsamt der Stadt anweisen, das Verladen von Paketen während der Nachtstunden zu untersagen, hatte einem entsprechenden Antrag des Anwohners jedoch nicht stattgegeben.

Voraussetzung für den Erfolg der Klage war ein **Anspruch** des Klägers darauf, dass das Ordnungsamt die von ihm beantragten **Maßnahmen** ergriff. Ein solcher Anspruch konnte sich allenfalls aus § 1 I nds. SOG ergeben, wonach die zuständigen Verwaltungs- und Polizeibehörden im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßen Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen haben, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird (polizei- und sicherheitsrechtliche **Generalklausel**).

Das OVG ließ **offen, ob** sich aus § 1 nds. SOG überhaupt ein **Anspruch** des einzelnen auf polizeiliches Einschreiten herleiten lässt. Es wies die Klage ab, weil ein solcher Anspruch, selbst wenn er grundsätzlich denkbar wäre, hier nicht hätte verwirklicht werden können. Denn das Ordnungsamt sei für die Abwehr der Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die durch die von der nächtlichen Ladetätigkeit ausgehende Lärmentwicklung verursacht wurden, sachlich nicht zuständig.

### **Aus den Gründen**

*„Die Ordnungsbehörden sind auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 nds. SOG in der Regel nicht befugt, in die staatshoheitlichen Funktionen der Bundespost einzugreifen und ihr vorzuschreiben, auf welche Weise sie ihre Aufgaben wahrzunehmen hat.*

*Die Ordnungsbehörden sind wie die Dienststellen der Bundespost ein Teil der als Einheit aufzufassenden Organisation der Staatsverwaltung. Diese hat je nach ihrer Aufgabenstellung eine Aufgliederung und Untergliederung erfahren. Die Aufgliederung führt zu einem Behördensystem der Über- und Unterordnung innerhalb des einzelnen Aufgabenträgers. Die Aufgliederung des einheitlichen Gefüges auf einzelne selbständige Träger ist notwendig, um die verschiedenartigen Aufgaben des Staates reibungslos erfüllen zu können. Ein geordnetes und fachlich fundiertes Arbeiten in den einzelnen Teilen der Verwaltung wäre nicht gewährleistet, wenn die einzelnen Verwaltungsträger nicht selbständig, folglich auch nicht selbstverantwortlich, auf ihrem Aufgabengebiet entscheiden könnten und müßten. Daher darf ein Aufgabenträger nicht in den Bereich des anderen eingreifen. Er muss sich vielmehr auf seine eigenen Bereich beschränken, es sei denn, dass ihm ausnahmsweise eine besondere Zuständigkeit zum Eingreifen in den Aufgabenbereich anderer Dienststellen übertragen ist.“*

Ein Untersagen der Paketverladung würde der Post vorschreiben, wie sie ihren Paketdienst zu organisieren hat und damit in ihren hoheitlichen Aufgabenbereich eingreifen. Mangels einer



ausdrücklichen Zuständigkeitsregelung zugunsten der Ordnungsbehörden oder einer Ausnahmesituation wie Gefahr im Verzug war dies unzulässig. Die Klage war daher wegen der Unzuständigkeit des Ordnungsamtes abzuweisen.

Die Frage, ob die Ordnungsbehörden auch ohne eine ausdrückliche Zuständigkeitsregelung zuständig gewesen wäre, wenn eine plötzliche und schwerwiegende Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Augenblick nicht anders beseitigt hätte werden können, hat das Gericht offen gelassen, weil eine solche Situation nicht vorlag.

Zur heutigen Bewertung der Tätigkeit der Post (hoheitliches oder privates Handeln?) vgl. Götz, Rdnr. 226 a.E.

**Fall** BVerwGE 29, 52 ff. - „Forstpolizei und Bundeswehr“

LS: „Zur Polizeipflicht der hoheitlichen Verwaltung des Bundes auf Grund Landesrechts“

### **Sachverhalt**

Die Bundesrepublik Deutschland war Eigentümerin eines bewaldeten Grundstücks, auf dem die Bundeswehr ein Munitionsdepot betrieb, dessen Tarnung der Wald diente. Die Forstpolizeibehörde verfügte die Eintragung des Geländes in das Waldverzeichnis. Nach dem Forstpolizeigesetz des Landes Baden-Württemberg war diese Eintragung Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschriften dieses Gesetzes, die eine ordnungsgemäße Waldbewirtschaftung und die Möglichkeit der Abwehr von Gefahren für den Wald gewährleisten sollten.

Die Bundesrepublik focht diese Verfügung an.

### **Problem**

Auch hier stellte sich im Rahmen der Prüfung der **Rechtmäßigkeit der Eintragung** zunächst die Frage der **Zuständigkeit** der Forstpolizeibehörde.

Die Behörde war dann nicht für den Erlaß der Eintragungsverfügung zuständig, wenn sie damit gegen den Grundsatz verstieß, dass eine Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen oder gar mit Zwang in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung, sei es derselben, sei es einer anderen Körperschaft, eingreifen darf, außer wenn insoweit eine Sonderregelung besteht oder eine Ausnahmesituation, z.B. Gefahr im Verzug, vorliegt.

In der bloßen Eintragung in das Waldverzeichnis allein lag noch nicht ein solcher Eingriff in die hoheitliche Tätigkeit der Bundeswehr, der der Zuständigkeit der Forstpolizeibehörde entgegen gestanden hätte.

Es war aber weiter zu fragen, ob die Verfügung deshalb rechtswidrig war, weil das (Landes!-) **Forstpolizeigesetz** auf die **Bundeswehr** (Bundesverwaltung) überhaupt nicht angewendet werden durfte. Dabei ist zu bedenken, dass das württ. Forstpolizeigesetz u.a. die folgende konkrete Auswirkung der „Wald“-Eigenschaft und somit des angefochtenen Verwaltungsakts vorsieht: Ohne Erlaubnis holzlos gewordener Waldgrund ist auf forstpolizeiliche Anordnung wiederaufzuforsten, wenn er „zur Holzzucht geeignet“ ist (Art. 7 und 10). Kahlschläge oder starke Lichtungen sind auch im Rahmen forstgesetzlicher Holzzucht erlaubnispflichtig, wenn

- näher angegebene - forstpolizeiliche Gründe es nach dem Ermessen der Forstpolizeibehörde erfordern, die Waldung zu erhalten (Art. 9). Für den Fortbestand des Waldes gefährliche Folgen ordnungswidriger Bewirtschaftung sind auf forstpolizeiliche Anordnungen zu beseitigen (Art. 11). Die Forstpolizeibehörden haben sich fortlaufend in Kenntnis vom Stande der Waldungen zu halten (Art. 11 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 zweiter Halbsatz). Der Waldbesitzer muss der Forstpolizeibehörde Gefahren melden, die dem Walde durch Naturereignisse oder schädliche Tiere drohen (Art. 12 Abs. 1); die Forstpolizei hat Abwehrmaßnahmen anzuordnen und zu erzwingen oder durchzuführen (Art. 12 Abs. 2 - 5).

### Aus den Gründen

„... Die Träger öffentlicher Aufgaben und ihre Organe sind bei hoheitlicher Betätigung nicht von der Beachtung solcher Gesetze freigestellt, die speziell für andere als die jeweils von ihnen betreuten einzelnen Lebens- oder Rechtsgebiete erlassen sind. Neben allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen haben sich entsprechend den verschiedenartigen Belangen, die in verschiedenen typischen Lebensbereichen auftreten, besondere, nach Rechtsmaterien aufgeteilte Normengruppen entwickelt. Diese stehen nicht isoliert derart nebeneinander, dass jede nur für 'ihr' Gebiet gälte. Sie sind vielmehr als Teile einer Gesamtrechtsordnung anzusehen. In der Wirklichkeit durchdringen und überlagern sich häufig die verschiedenen Lebensbereiche, die der Gliederung der Rechtsmaterien zugrunde gelegt sind. Verschiedene rechtlich geschützte Belange können miteinander kollidieren und Normen der verschiedenen Rechtsmaterien miteinander konkurrieren. Zur Wahrung der Harmonie in der Gesamt-Rechtsordnung muss dann im Ergebnis noch heute das gelten, was das Preuß. Obergerverwaltungsgericht (Pr.OVGE 2, 399 ff.) über die Kompetenzverteilung zwischen Militär- und Zivilbehörden ausgeführt hat: Das Gesetz (im Sinne der Gesamtrechtsordnung gemeint) habe, von Ausnahmefällen abgesehen, keinem der kollidierenden öffentlichen Interessen eine so absolute Bedeutung eingeräumt, dass demselben die anderen Rücksichten des Staatswohls unbedingt zu weichen hätten; bei dieser Lage der Gesetzgebung komme es regelmäßig auf einen Ausgleich der kollidierenden öffentlichen Interessen nach solchen Gesichtspunkten an, die das Staatswohl in allen Beziehungen umfaßten. Ähnlich erkennt Werner Weber (Arch. f.d. Post- und Fernmeldewesen, 1958, 65 ff.) grundsätzlich eine materiellrechtliche Polizeipflichtigkeit des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts auch bei ihren hoheitlichen Funktionen an und verlangt eine Abwägung der Interessen, die bei den verschiedenen Manifestationen hoheitlichen Waltens kollidieren. Diese Erkenntnis von der grundsätzlichen materiellen Geltung auch 'fachfremden' Rechts für hoheitliche Tätigkeiten unter dem Vorbehalt einer Abwägung widerstreitender öffentlicher Interessen hat sich weitgehend durchgesetzt. Sie wird in Rechtsprechung und Schrifttum vielfach überdeckt durch Darlegungen zur Kompetenzfrage, d.h. darüber, dass keine Hoheitsverwaltung befugt sei, auf die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung einzuwirken (Nachweise bei Rudolf, Polizei gegen Hoheitsträger, 1965, bei Reigl, Landesrecht und Bundesverwaltung [DÖV 1967, 397 ff.] und bei Folz, Polizeiliche Zuständigkeiten und kollidierende Kompetenzen anderer Hoheitsträger [JuS 1965, 41 ff.]).

Nun meint die Klägerin, eine bundeshoheitliche Tätigkeit könne schlechthin keinerlei Landeshoheit unterworfen sein, auch nicht der Legislative eines Landes und damit nicht dem Landesrecht. Diese Auffassung entspricht dem Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 15. März 1957 (BayVBl. 1957, 295 ff.), in dem es heißt: Da die Länder bei der bundeseigenen Verwaltung ganz ausgeschaltet seien (Art. 86 GG), seien die Bundesbehörden bei ihrer (scil. bundeshoheitlichen) Verwaltungstätigkeit der Gewalt der Länder (Länderkompetenz) insoweit entzogen, als die Länder weder gesetzgebend noch verwaltend in diese Tätigkeit eingreifen könnten, es sei denn, der Bundesgesetzgeber ließe Ausnahmen zu. Dem ist nicht zu folgen. Bund und Länder stehen mit den ihnen vom Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen gleichrangig nebeneinander, soweit sich nicht aus dem Grundgesetz selbst ein Vorrang bestimmter Bundeskompetenzen ergibt. Bei den in die Landesgesetzgebung fallenden Materien, wie hier bei der Forstpolizei, besteht kein Vorrang für den Bund. Der erkennende Senat hat im Urteil vom 29. August 1961 (DÖV 1962, 142 = DVBl. 1962, 178 = NJW 1962, 552) zu einem Fall nichthoheitlicher Betätigung der Bundesbahn ausgeführt, für ihre Gebundenheit an die allgemeinen Gesetze komme es nicht darauf an, ob es Bundes- oder Landesgesetze seien, sie müßten nur in Wahrung der Gesetzgebungskompetenzen ergangen sein. Der gegenwärtige Fall gibt Anlaß, ergänzend - nicht, wie es nach der Darstellung bei Reigl (aaO., S. 400, links) scheinen könnte, abändernd - zu bemerken, dass bei hoheitlicher Tätigkeit des Bundes

*Gleiches gelten muss. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Bindung an ein Gesetz, d.h. die Verpflichtung, sich dem Gesetz entsprechend zu verhalten, das Gesetz zu beachten, nichts mit der Kompetenz zum Vollzug, zur Ausführung des Gesetzes zu tun hat.*

*Materiellrechtlich sind somit Bund, Länder und andere Träger öffentlicher Aufgaben sowie ihre Organe auch bei hoheitlicher Tätigkeit an die jeweils fachfremden und allgemeinen Gesetze ohne Rücksicht darauf, auf welcher Normsetzungsebene diese entstanden sind, mit dem Vorbehalt gebunden, dass die im Einzelfall kollidierenden öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Die Abwägung hat nach solchen Gesichtspunkten zu erfolgen, die das Wohl der Allgemeinheit (nach Pr.OVG, aaO.: „das Staatswohl“) in allen seinen Beziehungen umfassen. Sie wird je nach dem Gewicht, das den kollidierenden Interessen vom Standpunkt der Allgemeinheit aus beizumessen ist, entweder ergeben, dass die von dem betreffenden Hoheitsträger betreuten Belange den von dem fachfremden Gesetz geschützten einen mehr oder weniger weitgehenden Vorrang einräumen müssen, oder aber, dass umgekehrt das fachfremde Gesetz auf die hoheitliche Tätigkeit materiell nur in beschränktem Maße oder gar nicht anwendbar ist.*

*In der Kompetenzfrage folgt der Senat der von jeher herrschenden Meinung, dass - von Sonderregelungen und Ausnahmelagen, z.B. Gefahr im Verzug abgesehen - eine Hoheitsverwaltung nicht mit Anordnungen oder gar mit Zwang in die hoheitliche Tätigkeit einer anderen Hoheitsverwaltung, sei es derselben, sei es einer anderen Körperschaft, eingreifen darf (so sinngemäß schon Pr.OVG, aaO., S. 409; ebenso Weber, Rudolf, Reigl und Folz, je aaO. mit weiteren Nachweisen). Für die Beachtung auch der fachfremden Gesetze ist also in der Regel die jeweils tätig werdende Hoheitsverwaltung selbst zuständig und verantwortlich, nicht die fremde Fachbehörde. Zu betonen ist, dass dieser Grundsatz nur Übergriffe und Eingriffe in die der anderen Hoheitsverwaltung zustehende Tätigkeit ausschließt, nicht aber Einwirkungen, welche ihre Tätigkeit unberührt lassen.*

*Ausdrückliche Rechtsvorschriften, die dem Vorstehenden entsprechen (z.B. Art. 89 Abs. 3 GG; § 6 des Reichsnaturschutzgesetzes vom 26. Juni 1935 [RGBl. I, S. 271, 327]; s. auch Erl. d. BMVtdg vom 14. August 1957 - VIII A 3 - 1754/57 - [VMBl. 1957, S. 486]), sind als Bestätigung der hier entwickelten Grundsätze anzusehen und nicht, wie das Bayerische Oberste Landesgericht es andeutet (aaO., S. 296, rechts) als Ausnahmen von einem gegenteiligen Prinzip.“*

**Fall** VGH Mannheim VBl. BW 1993, S. 105 - Schulturnhalle für „Asylbewerber“

Hier ging es um eine Klage des Landes gegen die Verfügung einer Gemeinde, mit der diese eine Schulturnhalle es Landes beschlagnahmt hatte, um Asylbewerber unterzubringen. Da der „störenden“ Körperschaft (Land) gegenüber der Ordnungsbehörde (Gemeinde) in bezug auf die streitige Angelegenheit ein Weisungsrecht zustehen sollte, konnte sie damit die Ordnungsverfügung abwehren. Einer gleichwohl gegen die Ordnungsverfügung gerichtete Klage fehlt deshalb das Rechtsschutzbedürfnis.

### **Literatur:**

- Berner/Köhler, Art. 7 Rdnr. 3
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 15, 3. b), S. 240 ff., § 19, 4. Subjekte der Polizeipflicht, b) - Juristische Personen des öffentlichen Rechts (S. 294 f.):  
 „Die Frage der Polizeipflicht des Staates und der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts hat einen zweifachen Aspekt. Materiellrechtlich geht es darum, ob Hoheitsträger an die Bestimmungen des Rechts der Gefahrenabwehr gebunden sind. Von dieser materiellrechtlichen Problematik muss streng unterschieden werden die Zuständigkeitsfrage. Sie geht dahin, ob die Polizei verbindliche Anordnungen gegen andere Behörden

desselben Verwaltungsträgers sowie Behörden anderer Hoheitsträger erlassen darf. Das ist - wie oben dargelegt - grundsätzlich zu verneinen, soweit dadurch polizeilich in fremde hoheitliche Zuständigkeiten eingegriffen würde. Hier interessiert daher nur noch die materielle Polizeipflicht von Hoheitsträgern.

Im Prinzip läßt sich nicht bezweifeln, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch im Rahmen hoheitlicher Verwaltung die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht stören oder gefährden dürfen. Das folgt zwingend aus dem Vorrang des Gesetzes (Art. 20 III GG), der Hoheitsverwaltungen u.a. dazu verpflichtet, ihre Tätigkeit und den Zustand ihrer Einrichtungen in Einklang mit den Geboten des Rechts der Gefahrenabwehr zu halten. Etwas anderes gilt nur dort, wo rechtssatzmäßig ausdrücklich eine Freistellung vorgesehen ist (vgl. § 35 StVO). Auch die verschiedenen Zweige der Bundesverwaltung (z.B. Bundeswehr, Bundesbahn, Bundespost) sind an das Landespolizeirecht gebunden, ohne dass dies verfassungsrechtlich suspekt wäre.

Die soeben begründete materielle Polizeipflicht von Hoheitsträgern muss jedoch sogleich relativiert werden. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen selbst ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist. Wird daher bei der Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlich geordneten Verwaltungsaufgabe ein anderes Schutzgut der öffentlichen Sicherheit beeinträchtigt (z.B. die menschliche Gesundheit durch nächtlichen Verladebetrieb der Bundespost oder nächtliche Gleisbauarbeiten der Bundesbahn), so kommt es zu einem Konflikt verschiedener Güter und Interessen, denen weder die Schutzwürdigkeit noch die Schutzfähigkeit abgesprochen werden kann. In solchen Fällen bedarf es einer Abwägung der kollidierenden Güter und Interessen in concreto. Diese Abwägung kann im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass den von dem jeweiligen Verwaltungszweig vertretenen öffentlichen Belange der Vorrang eingeräumt werden muss. Das braucht aber nicht so zu sein. Es sind durchaus Situationen denkbar, in denen sie jedenfalls teilweise hinter die von ihnen beeinträchtigten Schutzgüter zurückzutreten haben. So muss z.B. dafür Sorge getragen werden, dass beim Übungsschießen der Bundeswehr nicht Unbeteiligte gefährdet werden. Die Abwägung ist - allgemein formuliert - so vorzunehmen, dass einerseits ein ordnungsgemäßer Verwaltungsbetrieb gewährleistet bleibt und andererseits die davon betroffenen Güter und Interessen nicht stärker beeinträchtigt werden, als das bei strikter Wahrung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit unvermeidbar erscheint. Die Entscheidung darüber liegt zunächst in der Hand der fachlich zuständigen Behörde, kann jedoch - soweit die betroffenen Interessen subjektivrechtlich geschützt sind - einer Überprüfung durch das Verwaltungsgericht zugeführt werden. Diese Beurteilung der materiellen Polizeipflicht von Hoheitsträgern ist heute weitgehend anerkannt.“

- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 101 - 105
- Gallwas/Mössle, Rdnr. 488 ff.
- Götze, Rdnr. 222 - 226
- Knemeyer, Rdnr. 351 - 354
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 147 - 151
- Schmidbauer/Steiner, PAG und POG, Art. 7 Rdnr. 3 - 6

#### Zur Ergänzung und Vertiefung

- Gebhard, Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern, DÖV 1986, S. 545 ff.

### **3. Örtliche Zuständigkeit (Art. 3, 4 POG; Art. 6 LStVG und Spezialregelungen)**

#### **Schrifttum:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 6 Anm. 1f
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 106 ff., S. 407
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 165-169
- Gallwas/Möble, Rndr. 154, 160, 185 ff.
- Götz, Rdnr. 413 ff.
- Knemeyer Rdnr. 435 - 437
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 261, 262

### **III. Formelle Voraussetzungen von „Polizei-Verfügungen“ Art. 37 Abs. 2 BayVwVfG**

#### **Schrifttum:**

- Bengl/Berner/Emmerig, vor Art. 6 Vorbem. 12b
- Berner/Köhler, Art. 5 Rdnr. 7 f.
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 407, S. 433 ff.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 176 ff.
- Gallwas/Möble, Rndr. 582
- Götz, Rdnr. 452
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 271

**Fall** OVG Lüneburg DVBl. 1977, S. 832 ff., 835 - mündliche Verfügung über Lautsprecher

### **IV. Wirksamkeit Art. 41, 43 ff. bayVwVfG; §§ 80, 123 VwGO**

#### **Schrifttum:**

- Bengl/Berner/Emmerig, vor Art. 6 Vorbem. 15 a; 16
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 437, S. 592 ff.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 176
- Gallwas/Möble, Rndr. 582, 791 ff.
- Götz, Rdnr. 363, 417 ff., 452
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 271 ff.

**Fall** OVG Lüneburg DVBl. 1977, S. 832 ff., 835 - Bekanntgabe über Lautsprecher

## V. Weitere Voraussetzungen des bayVwVfG - SEEWALD

### 1. Anhörung (Art. 28)

### 2. Bestimmtheit (Art. 37 BayVwVfG)

**Fall 20** BVerwGE 31, 15 ff. -

#### **Sachverhalt**

Der Kläger betrieb eine Gastwirtschaft in gepachteten Räumen. Zur Gastwirtschaft gehörten auch zwei Kegelbahnen, die auf diejenige Hauswand zuliefen, an die das Nachbargebäude unmittelbar angebaut war. Der Nachbar beschwerte sich beim Amt für öffentliche Ordnung darüber, dass er durch das Aufprallen der Kugeln und das Umfallen der Kegel in seiner Nachtruhe gestört werde. Die daraufhin von der Behörde durchgeführten Schallmessungen ergaben, dass in der Wohnung des Nachbarn durch den Betrieb der Kegelbahn Geräusche in einer Lautstärke von 42 bis 56 DIN-Phon hervorgerufen wurden.

Darauf teilte die Behörde dem Kläger mit, dass die durch das Kegeln hervorgerufenen Geräusche in der Wohnung des Nachbarn nach 22 Uhr 30 DIN-Phon nicht überschreiten dürften, und machte dem Kläger zur Auflage, die Kegelbahnen und die Wand zum Nachbargebäude ausreichend zu isolieren.

Auf den Widerspruch des Klägers hin änderte die Widerspruchsbehörde den Bescheid dahin ab, dass die Geräusche so einzudämmen seien, dass sie in der Wohnung des Nachbarn nach 22 Uhr 30 DIN-Phon nicht überschritten.

#### **Problem**

Als Rechtsgrundlage für den Bescheid kam § 5 I Nr. 3 GastG (damals § 11 I b GastG) in Betracht.

Danach können Gewerbetreibende jederzeit Auflage zum Schutz gegen erhebliche Belästigungen für die Bewohner der Nachbargrundstücke erteilt werden.

Die gemessenen Lärmwerte von 42 bis 56 DIN-Phon stellten eine erhebliche Belästigung für den Nachbarn dar.

Als Betreiber der Gastwirtschaft und der dazugehörigen Kegelbahnen war der Kläger auch der richtige Adressat des Bescheides, so dass die Voraussetzungen von § 5 I Nr. 3 GastG grundsätzlich vorlagen.

Auch § 5 I Nr. 3 GastG gestattet jedoch nur solche Auflagen, deren Durchführung dem Gewerbetreibenden rechtlich möglich ist.

In der Fassung, die der Verwaltungsakt durch den Widerspruchsbescheid erhalten hatte (§ 79 I Nr. 1 VwGO) enthielt er nicht mehr das Gebot, bauliche Veränderungen vorzunehmen, wozu der Kläger möglicherweise zivilrechtlich nicht berechtigt gewesen wäre, sondern das Verbot, durch den Betrieb der Kegelbahnen in der Wohnung des Nachbarn nach 22 Uhr Geräuschmissionen von mehr als 30 DIN-Phon zu verursachen.

Dieses Verbot konnte aber nicht nur durch bauliche Veränderungen, sondern auch dadurch eingehalten werden, dass der Betrieb nach 22 Uhr eingeschränkt oder ganz eingestellt wurde, was dem Kläger ohne weiteres rechtlich möglich war.

Es stellte sich weiter die Frage, ob der Bescheid inhaltlich hinreichend bestimmt war (Art. 37 I BayVwVfG).

Die Vorinstanzen hatten die hinreichende Bestimmtheit verneint. Ihrer Ansicht nach genügte es nicht, dass nur das angestrebte Ziel genannt worden war. Es hätte vielmehr auch aufgezeigt werden müssen, durch welche technischen Maßnahmen dieses Ziel hätte erreicht werden können.

Das BVerwG ließ die Frage, ob ein Verwaltungsakt ohne die Bezeichnung der Art der Ausführung unbestimmt sei, offen, weil sich diese Frage nur bei Verwaltungsakten stellt, die ein Gebot enthalten, nicht aber bei Verboten, etwas Bestimmtes zu tun.

Die Verfügung setzte einen genauen Grenzwert fest, der die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Immissionen eindeutig festlegte. Durch entsprechende Messungen konnte der Kläger feststellen, welches Verhalten seiner Gäste nach 22 Uhr noch zulässig war oder ob die Kegelbahn von diesem Zeitpunkt an überhaupt noch betrieben werden konnte.

Dies reichte für die hinreichende Bestimmtheit aus, obwohl dem Kläger so die Wahl blieb, ob der den Betrieb der Kegelbahnen einschränken oder lieber entsprechende Lärmschutzmaßnahmen treffen wollte, die den uneingeschränkten Betrieb ermöglichten.

Denn das öffentliche Interesse an der Anordnung umfasste nur die Vermeidung der Belästigung des Nachbarn, so dass die Art und Weise der Einhaltung des Verbots nicht vorgeschrieben werden musste, sondern dem Kläger überlassen werden durfte.

Das BVerwG wies daher die Klage ab.

### 3. Begründung (Art. 39 VwVfG)

**Fall 21** OVG Münster, BauR 1981, 363 (= v.Mutius, JK, VwVfG § 39/2)

#### Sachverhalt

Das Haus des Klägers war aufgrund einer rechtmäßig erteilten Baugenehmigung errichtet worden. Er betrieb dort eine Gaststätte und ein Hotel, die jeweils getrennte Eingänge hatten. Von der Hotelrezeption aus war die Gaststätte durch eine Holzschiebetür, das zu den Hotelräumen im Obergeschoß führende Treppenhaus durch eine zweiflügelige verglaste Holzrahmentür zu erreichen. Nach einer Brandschau erließ der Beklagte einen schriftlichen Bescheid, in dem er dem Kläger aufgab, die verglaste Holzrahmentür durch eine rauchdichte, mindestens feuerhemmende, selbstschließende Tür gemäß DIN 4102 zu ersetzen. Zur Begründung führte der Beklagte aus, der gegenwärtige Zustand entspreche nicht den Vorschriften der Art. 34 VI 1, 52 I 2 Nr. 5, II, 63 V BayBO (bzw. den entsprechenden Vorschriften der BauO NW). Der Widerspruch des Klägers wurde unter Bezugnahme auf die Begründung des Ausgangsbescheides zurückgewiesen.

#### Problem

Das OVG prüfte, ob der Verwaltungsakt nicht bereits aus formellen Gründen rechtswidrig war, weil er die nach Art. 39 I 1 VwVfG für schriftliche Verwaltungsakte vorgeschriebene Begründung zwar enthielt, diese aber nicht den Anforderungen der Art. 39 I 2, 3 VwVfG genüge.

Nach Art. 39 I 2 VwVfG sind in der Begründung die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben.

Bei Ordnungsverfügungen erfordert dies zumindest ein Eingehen auf die wesentlichen und im Einzelfall bedeutenden Eingriffsvoraussetzungen.

Dies folgt aus dem Zweck der Begründung, den Betroffenen in die Lage zu versetzen, seine Rechte angemessen zu verteidigen, insbesondere sich über einen eventuellen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung schlüssig zu werden und ihn sachgemäß zu begründen (vgl. auch Kopp, VwVfG, 5. Aufl., Rz. 6 zu § 39).



An bestehende und ordnungsgemäß genehmigte Gebäude können aus Gründen des Bestandschutzes (Art. 14 I 1 GG) nach Art. 52 II 1, 63 V BayBO nachträglich bauordnungsrechtliche Anforderungen nur noch bei Vorliegen einer erheblichen Gefahr, insbesondere für Leben und Gesundheit, gestellt werden.

Das Vorliegen einer erheblichen Gefahr ist eine der wesentlichen Eingriffsvoraussetzungen, auf die es in diesem Fall entscheidend angekommen wäre. Die Begründung enthielt aber zu diesem Tatbestandsmerkmal keinerlei Ausführungen, sondern beschränkte sich auf die Nennung der für einschlägig gehaltenen Rechtsnormen.

Die Begründung entsprach daher nicht den Anforderungen des Art. 39 I 2 VwVfG.

Nach Art. 39 I 3 VwVfG soll die Begründung von Ermessensentscheidungen - um eine solche handelte es sich hier - ferner *auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.*

Der Bescheid des Beklagten enthielt dazu jedoch ebenfalls keinerlei Ausführungen.

Anhaltspunkte dafür, dass eine Begründung nach Art. 39 II VwVfG nicht erforderlich gewesen wäre, lagen nicht vor.

Das Fehlen einer ausreichenden Begründung war auch nicht nach Art. 45 I Nr. 2, II VwVfG unbeachtlich, weil die Begründung nicht bis zum Abschluss des Vorverfahrens ergänzt wurde, sondern die Widerspruchsbehörde lediglich auf die unzureichende Begründung des Ausgangsbescheides verwies.

Schließlich lagen auch die Voraussetzungen des Art. 46 VwVfG nicht vor, weil diese Norm nach h.M. bei Ermessensentscheidungen nur im Falle einer Ermessensreduktion auf Null anwendbar ist. Denn bei Ermessensentscheidungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei Beachtung der betreffenden Verfahrensvoraussetzungen eine andere Entscheidung in der Sache ergangen wäre.

### **Beachte**

Bei den häufig mündlich ergehenden Verwaltungsakten der Vollzugspolizei ist eine Begründung nicht vorgeschrieben. Art. 39 I 1 VwVfG gilt nur für schriftliche oder schriftlich bestätigte Verwaltungsakte.

## VI. Voraussetzungen der Befugnisnormen (§§ 11 ff. PAG; §§ 7 ff. LStVG)

### Besondere Befugnisnormen außerhalb des PAG und des LStVG - KLAPPROTT

Sind spezialgesetzliche Befugnisse zur Gefahrenabwehr einschlägig, sind diese anzuwenden; der Rückgriff auf die Befugnisse des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechtes ist unzulässig!

#### Spezialgesetzliche Befugnisnormen

- Versammlungsrecht, z.B.
  - § 5 VersG - Verbot von Versammlungen in geschlossenen Räumen
  - § 9 II 2 VersG - Beschränkung der Zahl der Ordner
  - § 13 VersG - Auflösung einer Versammlung
  - § 15 VersG - Generalklausel - Verbot von Versammlungen im Freien
  - §§ 18 III, 19 IV VersG - Ausschluss von Versammlungsteilnehmern
  
- Umweltrecht, z.B.
  - §§ 17, 20, 24, 25 BImSchG
  - §§ 7, 17 II-V AtG
  - Art. 20, 21, 22, 31 BayAbfAlG (Bay. Abfallwirtschafts- und Altlastengesetz)
  - Art. 68 III, 81 I BayWG
  
- Gewerberecht, z.B.
  - § 35 GewO
  - §§ 24a i.V.m. 24 GewO
  - § 24 b GewO
  - § 25 GewO
  - § 51 GewO - Generalklausel
  
- Gaststättenrecht, z.B.
  - §§ 4, 5, 19, 21 GastG
  
- Handwerksrecht, z.B.
  - §§ 16 II, 24 HandwO
  
- Landesbauordnung, z.B.
  - Art. 63 II 2 BayBO - Generalklausel
  - Art. 79, 80, 81, 82 S. 1 und 2 BayBO
  
- Ausländerrecht, z.B.
  - §§ 37, 45 - 47, 49 AuslG
  - § 28 AsylVfG - Befugnis der Ausländerbehörde zu aufenthaltsbeendenden Maßnahmen
  
- Straßenverkehrsrecht
- Vereinsgesetz
- Waffengesetz
- Lebensmittelgesetz

- Infektionsschutzgesetz
- Tierseuchengesetz
- Bestattungsgesetz

## 1. Außerhalb des PAG (Art. 11 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 4) oder des LStVG (Art. 7 Abs. 1, Abs. 2, 1.HS) - KLAPPROTT

### (A.) Versammlungsgesetz (VersG)

#### Anwendbarkeit

Zunächst stellt sich die Frage, ob das VersG im konkreten Fall überhaupt anwendbar ist.

#### Öffentliche Versammlung

Es muss sich um eine öffentliche Versammlung handeln.

Der Begriff Versammlung ist zunächst i.S.d. Art. 8 GG zu verstehen. Danach ist eine Versammlung die Mehrheit natürlicher Personen, die für kürzere Dauer zu einem gemeinsamen Zweck zusammengekommen sind.

Jedoch ist der versammlungsgesetzliche Versammlungsbegriff enger als der versammlungsrechtliche, weil außer der Kriterien *Personenmehrheit*, *kürzere Dauer* und *verbindender Zweck* noch das Merkmal *öffentlich* hinzutreten muss. Letzteres bezieht sich zunächst auf die Personenmehrheit. Eine Versammlung ist dann öffentlich, wenn jedermann die Möglichkeit hat, sich an der Bildung der Personenmehrheit zu beteiligen. Das ist der Fall, wenn der Zugang nicht auf individuell bestimmte Personen begrenzt ist. Insoweit werden **private**, nur bestimmten Personen zugängliche **Zusammenkünfte nicht erfasst**, obwohl sie sich im Schutzbereich des Art. 8 I GG befinden können.

Das Kriterium *öffentlich* bezieht sich auch auf den verbindenden Zweck. Während der weite Versammlungsbegriff des Art. 8 GG beliebige Zwecke gelten lässt, stellt der engere Versammlungsbegriff des VersG auf den Zweck gemeinsamer Meinungsbildung oder Meinungskundgabe in öffentlichen Angelegenheiten ab. So bezieht auch das BVerfG die versammlungsgesetzlichen Regelungen auf den kommunikativen Zweck und die demokratische Relevanz der Versammlungsfreiheit.

(BVerfGE 69, S. 315)

**Versammlung i.S.d. VersG ist demnach eine Mehrheit natürlicher Personen, die zusammengekommen sind, um gemeinsam in öffentlicher Angelegenheit eine Diskussion zu führen oder bzw. und eine Meinung kundzutun.**

**Strittig** ist jedoch nun auf welcher Rechtsgrundlage präventivpolizeiliche **Maßnahmen bei nichtöffentlichen Versammlungen** zu erfolgen haben.

Das polizeiliches Einschreiten auch bei nichtöffentlichen Versammlungen notwendig ist, ist belegbar. Man nehme nur das Beispiel immer wiederkehrender Ausschreitungen infolge des Auftretens von Gegendemonstranten bei Parteitag und Delegiertenversammlungen rechtsextremistischer Parteien.

Trotzdem hat der Gesetzgeber - abgesehen von den Verbotstatbeständen und der Befugnisnorm des § 17a IV VersG - keinen Regelungsbedarf gesehen, woraus folgt, dass einschränkende Maßnahmen nicht unmittelbar auf das VersG gestützt werden können.

Ein **Teil des Schrifttums** erachtet hier eine mittelbare Anwendung des VersG im Wege der **Analogie** für zulässig (vertreten z.B. von Drews/Wacke/Vogel/Martens oder Götz).

Jedoch fällt dabei auf, dass eine Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen der Analogie durchwegs unterbleibt. Sie liegen für nichtöffentliche Versammlungen nämlich auch gar nicht vor. Allein die ungewollte Regelungslücke ist schon nicht gegeben (Ketteler, DÖV 1990, S. 956 / Lisken/Denninger, H., Rdnr. 184).

Der **Gesetzgeber** hat **bewusst** auf Befugnisnormen für nichtöffentliche Versammlungen **verzichtet**. Ihr Gefährdungspotential ist von ihm als geringer eingestuft worden, weil nichtöffentliche Versammlungen wegen des individuell bestimmten Personenkreises bezüglich ihres Verlaufs leichter steuerbar sind und weil ein möglicherweise vorhandener Konfliktstoff nur von versammlungsinternem Interesse und deshalb kaum geeignet ist, als Funken am Pulverfass auf eine bestimmte Vielzahl von Personen überzuspringen. Nichtöffentliche Versammlungen sind daher im Gesetz abschließend geregelt.

Die **Rechtsprechung** und ein erheblicher **Teil der Literatur** gehen von der Anwendung des allgemeinen Polizeirechts, insbesondere der **Generalklausel** als Eingriffsermächtigung für gebotene Maßnahmen aus. Dieser Weg ist jedoch nicht weniger problematisch. Denn ist vom abschließenden Charakter des VersG auszugehen, dann sind **nichtöffentliche Versammlungen polizeifest** und auf das allgemeine Polizeirecht kann nicht mehr zurückgegriffen werden. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass es bei einem Rückgriff auf das Polizeirecht zu systematisch unhaltbaren Ergebnissen käme.

Es kann jedoch gesagt werden, dass die Heranziehung der polizeilichen Generalklausel dann zulässig ist, wenn es um den Schutz verfassungsrechtlich verbürgter Rechte geht.

(Ketteler, DÖV 1990, S. 956)

Abschließend ist zu sagen, dass mit **Ausnahme des § 17 a IV VersG** keine Befugnisnormen für die nichtöffentliche Versammlung bestehen.

#### **Abgrenzung zur „Ansammlung“**

Weiter ist von einer **Versammlung** die bloß **zufällige Ansammlung von Menschen** abzugrenzen. Gegen die bloße Ansammlung kann gegebenenfalls auf der Grundlage der Generalermächtigung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts vorgegangen werden.

Auch die vom Versammlungsleiter geschlossene (§§ 8, 18 I VersG) oder von der Polizei aufgelöste Versammlung (§§ 13, 15 VersG) wird zur bloßen Ansammlung (BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 654 f.).

Das noch nicht dem VersG unterliegende **Vorfeld von Versammlungen** ist, je nach der Art der Versammlung und der von den Teilnehmern zur Anreise gewählten Beförderungsmitteln, von der eigentlichen Versammlung abzugrenzen.

Die einem Aufzug vorausgehende zeitliche **Phase des Zusammenkommens am Startpunkt** ebenso der unmittelbare Weg zum Versammlungsort werden bereits nach dem Versammlungsgesetz beurteilt (VG Hamburg NVwZ 1987, S. 829 ff.).

Dagegen wird auf örtlich und zeitlich abgesetzte Anfahrtskontrollen allgemeines Polizeirecht angewandt (VG Würzburg NJW 1980, S. 2541).

Letztlich ist hier für die **Grenzziehung** entscheidend, ob eine Maßnahme bereits im **Wirkungskreis der Versammlung** getroffen wird. Wenn dies zu bejahen ist, hat das Versammlungsgesetz Vorrang.

#### **Anwendungskonkurrenzen**

##### **Versammlungsspezifische Gefahr**

Soweit es um die Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren geht ist das Versammlungsgesetz als *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht zu qualifizieren und hat daher absoluten Vorrang.

Versammlungsspezifische Gefahren sind die Gefahren, die typisch bei kommunikativer Meinungsbildung in Gruppen entsteht.

### **Vom VersG nicht erfasste Gefahren**

Wenn die abzuwehrende Gefahr ihre Ursache nicht im Versammlungsgeschehen selbst hat sondern lediglich auch bei der Versammlung zum Tragen kommt, kommen neben dem VersG auch spezielle Gefahrenabwehrrechtskompetenzen des besonderen Polizei- und Ordnungsrechts aus Anlass von Versammlungen zur Anwendung.

**Beispiele** dafür sind bauordnungsrechtliche Gefahren, straßenverkehrsrechtliche Gefahren, Gefahren im Vorfeld einer Versammlung oder nach ihrer Auflösung (s.o.) (BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 654 ff.).

### **Ergänzungsfunktion**

Ferner kommt dem allgemeinen Polizeirecht auch für das Versammlungsrecht eine Ergänzungsfunktion in der Weise zu, dass für **im VersG nicht geregelte Punkte**, wie z.B. die **Adressatenfrage** oder die Durchsetzung von auf versammlungsrechtlicher Rechtsgrundlage ergangener Verwaltungsakt, auf die allgemeinen Vorschriften zurückgegriffen wird. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass die Spezialvorschrift - hier das VersG- gegenüber den allgemeinen Vorschriften nur insoweit Vorrang genießt, wie die Regelungsinhalte des Spezialgesetzes reichen.

Verfassungsrechtlich ist dies dadurch legitimiert, dass es sich beim Versammlungsrecht gemäß Art. 74 Nr. 3 GG um eine Materie der konkurrierenden Gesetzgebung handelt.

### **In Betracht kommende Ermächtigungsgrundlagen**

#### **§ 5 VersG**

§ 5 VersG ist die Befugnisnorm für das **präventive Verbot** einer tatsächlich geplanten öffentlichen Versammlung im geschlossenen Raum.

Obwohl nicht ausdrücklich bestimmt enthält § 5 VersG **auch die Ermächtigung für beschränkende Verfügungen** als „Minusmaßnahmen“ zum Verbot, soweit sie ausreichen, die in Nr. 1 - 4 beschriebenen Gefahren abzuwehren.

#### **Bis Beginn der Versammlung**

Präventivverbot und beschränkende Verfügung nach § 5 VersG können nur bis zum Beginn der Versammlung ausgesprochen werden. Nach Beginn der Versammlung ist nur Auflösung möglich.

Der Versammlungsbeginn muss **im Einzelfall ermittelt** werden. Das mit dem Betreten des Versammlungsraumes einsetzende Sichversammeln wird zwar vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst, ist aber im Regelfall nur Vorstufe der eigentlichen Versammlung (BVerfGE 84, S. 203 ff.).

Das bloße **Betreteten des Versammlungsraumes** kann nicht als Versammlungsbeginn angesehen werden, weil sonst die Versammlung bereits bei Anwesenheit von Veranstalter, Leiter und Ordner, die ebenfalls Versammlungsteilnehmer sind, existent wäre.

Zumeist dienen Versammlungen in geschlossenen Räumen der Diskussion, Information oder Kundgebung. Solche Versammlungen beginnen mit der **Eröffnung durch den Leiter**.

### **Aktuelle, konkret geplante Versammlung**

Das Verbot muss sich auf eine aktuelle und konkret geplante Versammlung beziehen, ein generelles Verbot an eine Vereinigung, Versammlungen zu veranstalten, kann nur vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen einer Verwirkungsfeststellung nach Art. 18 GG i.V.m. § 39 I BVerfGG ausgesprochen werden.

### Verbotsgründe

Es muss einer der in § 5 VersG genannten Verbotsgründe vorliegen:

(1) *Dem Veranstalter steht das Versammlungsrecht nicht zu* (Nr. 1):

Ob dem Veranstalter das **Versammlungsrecht** nicht zusteht bestimmt sich nach § 1 II **VersG**. Wer Mitglied einer Personenvereinigung ist, der nach § 1 II VersG das Versammlungsrecht nicht zusteht, kann gleichwohl als natürliche Person eine Versammlung veranstalten, vorausgesetzt, dass er das Versammlungsrecht hat. Wem als natürliche Person das Versammlungsrecht nicht zusteht, muss ein gegen ihn gerichtetes Verbot, eine Versammlung zu veranstalten, gelten lassen.

(2) *Zutrittsgewährung für bewaffnete Teilnehmer* (Nr. 2):

Das Verbot nach Nr. 2 ist erst dann zulässig, wenn der **Veranstalter oder Leiter** bewaffneten oder mit gefährlichen Gegenständen ausgerüsteten Teilnehmern Zutritt gewährt.

**Gewähren** liegt vor, wenn der Zutritt wissentlich geduldet oder billigend in Kauf genommen wird. Was **Waffe** bzw. gefährlicher Gegenstand ist bestimmt sich nach § 2 III VersG.

(3) *Anstreben eines gewalttätigen oder aufrührerischen Verlaufs* (Nr. 3):

Die Verbotsermächtigung der Nr. 3 konkretisiert Gewährleistungsschranken des Art. 8 I GG (Gebot der Friedlichkeit). Von **Unfriedlichkeit** ist schon dann auszugehen, wenn Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beabsichtigt oder gebilligt werden.

Die Tatsachen, aus denen sich die unfriedliche Absicht ergibt, müssen dem Willensbereich des Veranstalters oder seines Anhangs angehören. „**Anhang**“ ist dabei nicht die Gesamtheit der Versammlungsteilnehmer. Erforderlich ist vielmehr eine **gesinnungsmäßige Verbundenheit** zwischen Veranstalter und denjenigen, die ihm anhängen.

Die **Tatsachen** können sich aus vorangegangenen Verhalten ergeben, wenn für die geplante aktuelle Versammlung weitere Anhaltspunkte vorhanden sind, aus denen sich ergibt, dass wiederum ein gewalttätiger oder aufrührerischer Verlauf mit großer Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Tatsachen können auch aus bestimmten Handlungen des Veranstalters oder seines Anhangs erkennbar werden. Sie können sich auch aus der Art der Einladung ergeben. In keinem Falle aber genügen Vermutungen anstelle von Tatsachen.

Angelastet werden dürfen dem Veranstalter ausschließlich nur Bestrebungen seines Anhangs.

(4) *Vertreten strafbedrohter Ansichten bzw. Dulden strafbedrohter Äußerungen* (Nr. 4):

Der Verbotsgrund der Nr. 4 kann nur dann herangezogen werden, wenn sich **aufgrund belegbarer Tatsachen** ein Bezug zu den Gewährleistungsschranken des Art. 8 I GG friedlich und ohne Waffen herstellen lässt.

„**Vertreten von Ansichten**“ ist eigene Meinungsäußerung. **Dulden** ist widerspruchsloses Geschehenlassen fremder Meinungsäußerung. Der Unrechtsgehalt muss in der Meinung liegen. Die Strafbarkeit wird durch Weitergabe an andere Personen begründet. Diese Weitergabe kann schriftlich, mündlich, bildlich, durch Zeichen oder auf jede andere Weise erfolgen. Die durch Vertreten von Ansichten oder Äußerungen begangene **strafbedrohte Handlung** muss ein Verbrechen oder von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen sein.

Für das voraussichtliche Dulden als widerspruchsloses und reaktionsloses Geschehenlassen strafbedrohter Ansichten oder Äußerungen müssen Tatsachen vorliegen. Die Duldung ist al-

lerdings nur dann als Verbotgrund relevant, wenn sie durch **Personen** erfolgt, die nach dem Versammlungsgesetz **Ordnungspflichten** haben. Das sind der Veranstalter und der Leiter, auch die Ordner im Rahmen der Weisungen des Leiters.

Strafbedrohtes Vertreten von Ansichten i.S.d. Nr. 4 liegt vor, wenn schwerwiegende Verbrechen öffentlich gebilligt werden (§ 140 StGB).

Für die „Minusmaßnahmen“ zum Verbot, die in Form einer beschränkenden Verfügung ergehen, kommen nur die Verbotstatbestände der Nr. 2, 3 und 4 als mögliche Ermächtigung in Frage.

### § 13 VersG

In § 13 VersG ist die Befugnis zur Auflösung einer Versammlung im geschlossenen Raum begründet.

**Auflösung** ist Beendigung einer bereits existierenden Versammlung mit dem Ziel, die Personenansammlung aufzuheben.

### Die Versammlung muss bereits existieren.

#### Auflösungsgründe

Es muss einer der in § 13 VersG genannten Auflösungsgründe vorliegen:

(1) *Dem Veranstalter steht das Versammlungsrecht nicht zu* (Nr. 1)

Dieser Auflösungsgrund ist **identisch mit dem Verbotgrund** des § 5 Nr. 1 VersG. Zu beachten ist aber, dass unter den Voraussetzungen des § 1 II Nr.2 VersG die Auflösung erst dann zulässig ist, wenn in der Versammlung Tatsachen zutage treten, aus denen sich eindeutig der Wille des Veranstalters ergibt, verfassungswidrige Ziele einer durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei oder Teil- oder Ersatzorganisation dieser Partei zu fördern oder zu unterstützen.

Weiter muss **bei einer Auflösung differenziert** werden, weil bei einer Auflösung der Kreis der unmittelbar betroffenen größer ist als bei einem Verbot. Eine Auflösung beeinträchtigt neben dem Veranstaltungsrecht auch das Leitungsrecht und das Teilnahmerecht. Hinsichtlich des Teilnahmerechts ist dies erheblich. Fehlendes Recht oder Rechtsmissbrauch beim Veranstalter sind nicht ohne weiteres Ermächtigung, das Recht auf Teilnahme zu bestreiten, es sei denn, dass sich die Teilnehmer mit dem Veranstalter solidarisieren. Daher darf eine **Auflösung nur** erfolgen, **wenn die Fortführung der Versammlung als andere Veranstaltung nicht in Frage kommt**.

(2) *Gewalttätiger oder aufrührerischer Verlauf, Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer* (Nr. 2)

Hier ist ein **Auflösungsgrund** schon dann gegeben, wenn der gewalttätige oder aufrührerische Verlauf der Versammlung durch Teilnehmer verursacht wird, die **nicht zum Anhang des Veranstalters** gehören (im Gegensatz zu § 5 Nr. 3 VersG).

Gefahren für Leben oder Gesundheit müssen durch das Versammlungsgeschehen bedingt sein. Andere Gefahren liefern keinen versammlungsgesetzlichen Auflösungsgrund. Die zur Abwehr solcher Gefahrenlagen **notwendigen Maßnahmen** sind auf entsprechende Ermächtigung des allgemeinen oder besonderen Polizeirechts zu stützen.

(3) *Nichtausschluss bewaffneter Personen* (Nr. 3):

Siehe bei § 5 Nr. 2 VersG.

(4) *Verstoß gegen Strafgesetze, Aufforderung zu Straftaten* (Nr. 4):

Dieser Auflösungsstatbestand hat **zwei Alternativen**. Bei Alternative 1 genügt der Verstoß gegen bestimmte Strafgesetze. Bei Alternative 2 muss zum Auffordern oder Anreizen zu solchem Verstoß hinzukommen, dass der Leiter es nicht unterbindet. Auch hier muss es sich bei den Straftaten um Verbrechen oder von Amts wegen zu verfolgende Vergehen handeln. Es kommen nur solche **Straftaten** in Frage, die einen **Bezug zu den Gewährleistungsschranken** *friedlich und ohne Waffen* aufweisen. Außerdem solche Straftaten, die dem Schutz **von Grundrechten Dritter** oder **anderer Verfassungsgüter** dienen, die der Versammlungsfreiheit mindestens gleichgeordnet sind.

Die Straftaten müssen durch den Verlauf der Versammlung provoziert sein.

Neben der Begehung reicht für die 2. Alt. das Auffordern und Anreizen zu relevanten Straftaten aus. **Auffordern** liegt vor, wenn die erkennbare Absicht geäußert wird, andere zur Begehung einer Straftat zu bestimmen. Anreizen besteht darin, dass bei anderen Vorstellungen geweckt werden die zum Entschluss führen, eine Straftat zu begehen. Als Auflösungsgrund wird das Auffordern und Anreizen aber erst bedeutsam, wenn es der Leiter nicht unverzüglich unterbindet.

„Minusmaßnahmen“, auf die in § 13 I 2 VersG ausdrücklich hingewiesen wird, können sich nur auf die Auflösungsstatbestände der Nr. 2, 3 und 4 beziehen.

## § 15 VersG

§ 15 VersG ist die **zentrale Befugnisregelung im VersG**. Sie betrifft öffentliche Versammlungen und Aufzüge unter freiem Himmel. Die Befugnisregelung für Verbotsverfügungen und sie ersetzende „Minusmaßnahmen“ in § 15 I VersG ist **generalklauselartig ausgestaltet**. Ausgangstatbestand der Befugnis ist **Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung**. Die Befugnisregelung für Auflösungsverfügungen und sie ersetzende Minusmaßnahmen in § 15 II VersG ist nur scheinbar konkreter. Auch sie führt auf den generalklauselartig ausgestalteten Befugnisstatbestand in Abs.1 und die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zurück.

## § 15 I VersG

Die Verbotsgründe für Versammlungen in geschlossenen Räumen gelten auch für Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge.

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe *öffentliche Sicherheit und Ordnung* decken sich mit denen in den Polizeigesetzen der Länder. Jedoch ist bei § 15 VersG eine unmittelbare **Gefährdung** erforderlich. **Unmittelbarkeit** liegt vor, wenn der drohende Schadenseintritt so nahe ist, dass er jederzeit, unter Umständen sofort eintreten kann. Bloße Verdachtsmomente oder Vermutungen reichen für die Begründung einer unmittelbaren Gefährdung nicht aus. Es müssen erkennbare Umstände vorliegen.

Die unmittelbare Gefährdung allein der öffentlichen Ordnung reicht - entgegen dem Wortlaut - nicht aus.

## § 15 II Vers G

Die in § 15 II VersG genannten Auflösungsgründe dürfen **nicht** schematisch und **isoliert** gesehen werden. Nichtanmeldung (1. Alt.), Abweichen von den Angaben der Anmeldung (2. Alt.) und Missachtung von Auflagen (beschränkende Verfügungen) nach § 15 I (3. Alt.) reichen nur dann für eine Auflösung, wenn sie wie die 4. Alt. (Vorliegen der Voraussetzungen für ein Verbot) sich mit einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit verbinden.



## (B.) Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)

### **Anwendungsbereich**

Zweck des BImSchG ist es, Menschen sowie Tiere, Pflanzen und andere Sachen vor schädlichen Umwelteinwirkungen und, soweit es sich um genehmigungsbedürftige Anlagen handelt, auch vor Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen, die auf andere Weise herbeigeführt werden, zu schützen und dem Entstehen schädlicher Umwelteinwirkungen vorzubeugen (§ 1 BImSchG).

§ 2 BImSchG regelt den Geltungsbereich des BImSchG. Mit dem **sachlichen Geltungsbereich** sind bestimmte Objekte umschrieben, von denen schädliche Umwelteinwirkungen, aber auch andere schädliche Einwirkungen ausgehen können. Ansatzpunkte für die Regelung des BImSchG und damit Gegenstand des Geltungsbereichs sind jedoch nicht diese Objekte an sich, sondern bestimmte **darauf bezogene Handlungen**, etwa die Herstellung die Errichtung und der Betrieb. Der sich so verstandene Geltungsbereich ist in § 2 BImSchG abschließend umschrieben.

Man kann also sagen, **der Anwendungsbereich umfasst die Erfüllung der sich aus dem BImSchG und den aufgrund BImSchG erlassenen Rechtsverordnungen ergebenden Betreiberpflichten.**

### **Anwendungskonkurrenzen**

Schwierige **Probleme** wirft das Verhältnis von BImSchG und allgemeinem Recht der Gefahrenabwehr auf. Dabei geht es insbesondere darum, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang in Bezug auf die Errichtung und den Betrieb von Anlagen **Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit** auch auf die **Generalmächtigung** der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze gestützt werden können.

Der Systematik des Gesetzgebers folgend empfiehlt es sich, die Rechtslage für genehmigungsbedürftige Anlagen, nicht genehmigungsbedürftige Anlagen und anzeigepflichtige Anlagen getrennt zu untersuchen. Außerdem müssen betriebsbezogene und sonstige Maßnahmen unterschieden werden.

[Anders meint das BVerwG, dass sich diese Frage nur einheitlich beurteilen lässt (BVerwGE 55, S. 118 ff.). Dagegen spricht jedoch schon eindeutig die Systematik und der Aufbau des BImSchG.]

Soweit **betriebsbezogene Maßnahmen** gegen *genehmigungsbedürftige Anlagen* in Rede stehen, ist das immissionsschutzrechtliche Instrumentarium (§§ 4 - 21 BImSchG) Ausdruck einer in sich geschlossenen Konzeption mit **abschließendem** Charakter. Deshalb verbietet sich ein subsidiärer Rückgriff auf die Generalklauseln des Polizei- und Ordnungsrechtes der Länder. Sie kommen aber auch nicht als Grundlagen für sonstige Maßnahmen in Betracht, weil der **Anlagenbetreiber**, der gemäß und **im Rahmen einer** ihm erteilten immissionsschutzrechtlichen **Genehmigung** tätig wird, **nicht** als polizeirechtlicher **Störer** angesehen werden kann.

Sehr unübersichtlich ist das Rechtsstatut *nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen* (§§ 22 - 25 BImSchG). Da ihren Betreibern die **Legalisierungswirkung** der immissionsschutzrechtlichen **Genehmigung** nicht zugute kommt, bestehen keine Bedenken gegen die Heranziehung des allgemeinen Rechts der Gefahrenabwehr für nicht betriebsbezogene Maßnahmen.

Betriebsbezogene Maßnahmen zur Gefahrenabwehr sind ebenfalls nach Landesrecht zulässig, soweit es sich um **andere Gefahren** als solche in Gestalt schädlicher **Umwelteinwirkungen** handelt; denn § 22 I Nr. 1 und 2 BImSchG begnügt sich damit, die Anlagenbetreiber zu verpflichten, schädliche Umwelteinwirkungen zu verhindern bzw. auf ein Mindestmaß zu be-

schränken. Das Polizei- und Ordnungsrecht ist auch dann anwendbar, wenn die Verursachung einer vermeidbaren schädlichen Umwelteinwirkung zugleich ein **anderweitig** als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit **geschütztes Rechtsgut** beeinträchtigt.

Im Übrigen verdrängen die §§ 24 und 25 BImSchG das allgemeine Recht der Gefahrenabwehr, soweit betriebsbezogene Maßnahmen durch schädliche Umwelteinwirkungen nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen veranlasst werden. Auch in Bezug auf diese Anlagen ist nämlich die **gesetzliche Regelung** Ausdruck einer **umfassenden Konzeption kodifikatorischen Charakters**, die einen effektiven Immissionsschutz ermöglicht und deshalb den Rückgriff auf die polizei- und ordnungsrechtlichen Generalermächtigungen ausschließt.

Die **Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder** gehören auch **nicht** zu den weitergehenden **öffentlich-rechtlichen Vorschriften**, die **gemäß § 22 II BImSchG** unberührt bleiben. Diese Bestimmung kann im Rahmen der Gesamtkonzeption des Gesetzes allein dahin verstanden werden, dass sie nicht etwa Vorschriften meint, die sich speziell auf die Errichtung und den Betrieb von Anlagen beziehen. Es muss sich vielmehr um Rechtsnormen handeln, die ohne Rücksicht auf die Art der Immissionsquelle dem Schutz spezieller Rechtsgüter vor Immissionen dienen. Das gilt etwa für die landesrechtliche Regelung über den Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe. Ihnen unterliegen auch nicht genehmigungsbedürftige Anlagen.

Gegen *anzeigepflichtige Anlagen* (§ 67 II BImSchG) sind **nicht betriebsbezogene Maßnahmen** in gleicher Weise zulässig wie gegen nicht genehmigungsbedürftige Anlagen. Betriebsbezogene Maßnahmen können auf § 17 BImSchG und den entsprechend anwendbaren § 25 II BImSchG gestützt werden. Ein Rückgriff auf das allgemeine Recht der Gefahrenabwehr kommt nur dann in Betracht, wenn Gefahren bekämpft werden sollen, die vor dem Eintritt der Anzeigepflicht entstanden sind (vgl. näher zu diesem Abschnitt Martens, DVBl. 1981, S. 603 ff.).

## In Betracht kommende Ermächtigungsgrundlagen

### bei genehmigungsbedürftigen Anlagen

Das BImSchG stellt für genehmigungsbedürftige Anlagen nach Genehmigungserteilung drei Befugnisnormen zu Verfügung:

- die nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG
- das Verbot des Anlagenbetriebs nach § 20 BImSchG
- Widerruf der Genehmigung nach § 21 BImSchG

### Genehmigungsbedürftige Anlage

Was eine genehmigungsbedürftige Anlage ist ergibt sich aus § 3 V BImSchG.

Genehmigungsbedürftig ist eine Anlage, wenn sie im **Anhang zur 4. BImSchVO** aufgeführt ist. Entscheidend ist, ob eine Anlage ihrer technischen Natur und Zweckbestimmung nach unter eine der in der 4. BImSchVO genannten Anlagentypen fällt. Im Zweifel kommt es darauf an, ob die betreffende Anlagenart typischerweise mit den in § 4 I 1 BImSchG angesprochenen potentiellen Umweltgefährdungen verbunden ist.

### Genehmigte Anlage

Für die fragliche Anlage muss eine Genehmigung erteilt sein.

### § 17 BImSchG

§ 17 BImSchG setzt eine **Pflichtverletzung durch den Anlagenbetreiber** voraus; d.h., dass eine Pflicht aus geltendem Immissionsschutzrecht verletzt ist oder eine Verletzung droht. Pflichten können sich ergeben aus § 5 BImSchG oder aus, gemäß §§ 7 oder 49 I, II BImSchG erlassenen, Rechtsverordnungen.

### § 20 I BImSchG

§ 20 I BImSchG betrifft die **Untersagung bei Pflichtverletzung**. Jedoch sind hierbei **nur** erfasst die **materiellen Anforderungen**, nicht die formalen Pflichten; d.h. erfasst sind nur die Auflagen, Anordnungen oder Pflichten aus Gesetz und Rechtsverordnungen, die die Beschaffenheit oder den Betrieb der Anlage betreffen.

### § 20 II BImSchG

§ 20 II BImSchG betrifft die **Stillegung** bzw. **Beseitigung** bei fehlender Genehmigung. Im Gegensatz zu den oben genannten Befugnisnormen wird hier vorausgesetzt, dass die Anlage ganz oder teilweise ohne Genehmigung errichtet, betrieben oder wesentlich geändert wurde.

### § 20 III BImSchG

§ 20 III BImSchG betrifft die **Untersagung wegen Unzuverlässigkeit**.

Hier wird Unzuverlässigkeit des Anlagenbetreibers oder Betriebsleiters bezüglich des Immissionsschutzes vorausgesetzt.

Unzuverlässig ist eine Person, wenn sie nicht Gewähr bietet, dass sie die Anlage künftig entsprechend den für die Anlage geltenden Vorschriften betreiben wird. Weiter muss die Untersagung zum Wohl der Allgemeinheit geboten sein.

## Bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen

Bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen kommen als Befugnisnorm die **Anordnung** gemäß § 24 BImSchG und die **Untersagung** gemäß § 25 BImSchG in Betracht.

### § 24 BImSchG

§ 24 BImSchG setzt eine Pflichtverletzung voraus. Ausdrücklich gemeint sind ausschließlich die **Pflichten gemäß § 22 I BImSchG**. Jedoch bestehen keine Bedenken § 24 BImSchG **analog** auf **Verletzungen von anderen Vorschriften des BImSchG** anzuwenden, soweit sie Errichtung und Betrieb von Anlagen betreffen.

### § 25 BImSchG

§ 25 I BImSchG betrifft den **Verstoß gegen** eine auf § 24 S. 1 BImSchG gestützte **Anordnung**. Wurde die Anordnung auf eine andere Ermächtigung gestützt, ist Abs.1 nicht einschlägig. Als Anordnung kommt nur eine Verfügung in Betracht, in der es unmittelbar um die Beschaffenheit oder den Betrieb der Anlage geht, nicht etwa nur um formale Pflichten.

§ 25 II BImSchG betrifft die **Verursachung einer bedeutenden Gefahr**. Die Anlage muss konkret geeignet sein schädlicher Umwelteinwirkungen auszulösen. Das setzt zunächst voraus, dass von der Anlage Emissionen ausgehen. Die **Emissionen** müssen zu **Immissionen** führen, die ihrerseits eine konkrete Gefahr für Leben oder Gesundheit oder bedeutende Sachwerte auslösen. Der Begriff der Gefahr ist dabei der gleiche wie im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht.

## (C.) Allgemeine Ergänzung

Allgemein ist **zu den sondergesetzlichen Befugnisnormen** noch zu sagen:

Wenn und soweit sondergesetzliche Befugnisnormen geregelt sind, ist von ihnen Gebrauch zu machen, und der Rückgriff auf die Befugnisse des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ist untersagt. Die fachspezifische Ermächtigung verdrängt insbesondere die Generalklausel. Dieser Anwendungsvorrang setzt freilich voraus, dass die sondergesetzliche Eingriffsermächtigung eine **abschließende** Regelung darstellt. Eine derartige, den Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht verbietende Spezialermächtigung kann im Einzelfall in Bezug auf die **Eingriffsvoraussetzungen** oder die (erlaubten) **Eingriffsmaßnahmen** bestehen. Was gilt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Man kann die Faustregel aufstellen, **dass die gesetzliche Normierung spezieller Eingriffsvoraussetzungen für eine insoweit bestehende abschließende Regelung spricht, während - auf der Rechtsfolgenseite der Befugnisnorm - bei den zu ergreifenden Gefahrenabwehrmaßnahmen (in Bezug auf Inhalt und Adressat) der Rückgriff auf das Allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht im allgemeinen nicht ausgeschlossen ist.**

## Literatur

- Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl., 2005
- Habermehl, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1993
- H. D. Jarras, Bundesimmissionsschutzgesetz, 3. Aufl., 1995
- Krüger, Versammlungsrecht, 1994
- S. Ott, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, 4. Aufl., 1983
- D. Schipper, Gefahrenabwehr und Zwangsmittel der Polizei, 1981

## 2. Spezielle Befugnisnormen

### a) Die speziellen Befugnisnormen im PAG (Art. 12 - 29) - RIEDI

#### Allgemeines

##### Begriff

Unter **Standardmaßnahmen**, auch Standardbefugnisse oder spezielle Befugnisnormen genannt, versteht man die im allgemeinen Polizei- und Sicherheitsrecht geregelten Spezialermächtigungen, die in den Art. 12 - 29 PAG und Art. 30 - 49 PAG (für die Datenerhebung und -verarbeitung) aufgeführt sind. Dabei geht es um Eingriffsmaßnahmen, die wegen ihrer Häufigkeit in der polizeilichen Praxis und/oder der Intensität der mit ihnen verbundenen **Eingriffe** in die Grundrechte des Bürgers nur **unter besonderen, engeren Voraussetzungen** zulässig sein sollen, und deshalb überwiegend ausdrücklich geregelt sind. Dies ergibt sich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip. Für Grundrechtseingriffe, wie sie die Standardmaßnahmen vorsehen, ist die Generalermächtigung mit ihrem weiten Maßnahmenbegriff zu unbestimmt. Man spricht bei Maßnahmen nach den Art. 12 - 29 PAG auch von den typischen Maßnahmen der Polizei, wogegen die atypischen Maßnahmen nach der Generalklausel des Art. 11 I, II PAG getroffen werden.

Die Standardbefugnisse sollen rechtmäßige Grundrechtsschranken darstellen. Zur Verfassungsmäßigkeit einzelner Normen vgl. die Nachweise.

##### Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Standardbefugnisse im PAG beschränkt sich grundsätzlich auf die **präventive Tätigkeit** der Polizei. Für das repressive Handeln ergeben sich die polizeilichen Befugnisse nur aus der StPO bzw. dem OWiG.

##### Verhältnis zur Generalklausel und zu anderen Gesetzen

Die Standardbefugnisse gehen als Spezialregelungen der Generalermächtigung vor (Subsidiarität der Generalklausel). Sie treffen **abschließende Regelungen** (so ausdrücklich Art. 11 I PAG). Fällt eine **Maßnahme** zwar **begrifflich** unter eine **Standardbefugnis**, liegen aber die **materiellen Voraussetzungen** der sie regelnden speziellen Vorschrift **nicht** vor, so ist die **Maßnahme unzulässig**. Die **Spezialbefugnisse** stellen **höhere Anforderungen**, insbesondere bzgl. des Gefahrengrades (vgl. dazu auch Punkt 1). Liegen diese nicht vor, so darf auch nicht auf die Generalbefugnis zurückgegriffen werden, denn damit würde das System der Spezialbefugnisse unterlaufen werden.

Das Verhältnis von Standardbefugnissen nach dem PAG und in anderen Gesetzen (Art. 2 IV PAG) zueinander bestimmt sich nach Art. 11 III PAG.

Überwiegend handelt es sich dabei um **Standardmaßnahmen im repressiv-polizeilichen Aufgabenbereich** nach der StPO und dem OWiG. Ein Rückgriff auf die Standardmaßnahmen des PAG ist hier ausgeschlossen.

Es gibt daneben noch weitere in anderen Gesetzen geregelte **Standardbefugnisse**, wie z. B. aus dem **Bauordnungs- und Immissionsschutzgesetz**, Gewerbegesetz, Ausländergesetz, Versammlungsgesetz. Bei Aufgabeneröffnung außerhalb des PAG hat die Polizei die im anderen Gesetz vorgesehenen Befugnisse (Art. 11 III S. 1 PAG). Sieht dieses Gesetz keine Befugnisse vor, dann ist der Rückgriff auf die Befugnisnormen des PAG zulässig (S. 2).

## Adressat

Wer Adressat einer Standardmaßnahme sein kann, ergibt sich i.d.R. jeweils aus den **einschlägigen Befugnisnormen** selbst. Fehlt eine derartige Regelung, so muss auf die Art. 7, 8 und 10 PAG zurückgegriffen werden. Bei Besonderheiten im Einzelnen mehr bei den einschlägigen Befugnisnormen.

## Rechtsnatur der Standardmaßnahmen

Die Rechtsnatur, die insbes. für die Frage des Rechtsschutzes von Bedeutung ist, wird unterschiedlich beurteilt.

Während **früher** überwiegend vertreten wurde, die **Standardmaßnahmen** stellen **immer VA** dar (so z.B. noch Habermehl), setzt sich jetzt eine differenzierende Betrachtungsweise durch. Einige Standardmaßnahmen beinhalten eindeutig den Erlass von Ge- oder Verboten gegen einen anwesenden Adressaten und sind deshalb als VA zu qualifizieren (z.B. die Befragung nach Art. 12 PAG, die Aufforderung, Ausweispapiere auszuhändigen nach Art. 13 PAG oder die Vorladung nach Art. 15 PAG). Andere Standardmaßnahmen werden jedoch **mangels Regelung** i.S.v. Art. 35 BayVwVfG als **Realakte** eingestuft (z.B. die Ingewahrsamnahme, die Durchsuchung). Diese Maßnahmen haben, wie sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung ergibt, **tatsächliches, reales Verwaltungshandeln** zum Gegenstand. Das **schließt** allerdings **nicht aus**, dass ihrer Anwendung, soweit ein Adressat vorhanden ist, im Einzelfall ein **VA** vorausgeht, der ein Handeln, Dulden oder Unterlassen verlangt.

Anzumerken ist, dass sich eine Abgrenzung zwischen VA und Realakt bei den einzelnen Standardmaßnahmen nicht immer eindeutig vollziehen lässt, so dass auch diesbezüglich unterschiedliche Meinungen vertreten werden. (Die Beispiele sind deshalb nicht verbindlich; andere Ansichten sind ebenso gut vertretbar). Die Abgrenzung muss jedoch vom Rechtsanwender getroffen werden.

## Befugnisnormen im Einzelnen

### Art. 12 PAG (Auskunftspflicht)

#### Art. 12 S. 1 PAG

Eine Pflicht zur Beantwortung besteht für die Angabe des Namen, Vornamen, Geburtsdaten und Wohnanschrift und der Staatsangehörigkeit. Die **Verweigerung der Angaben** ist eine **Ordnungswidrigkeit** nach § 111 OWiG.

Eine Befragung nach S.1 ist jedoch nur **zulässig**, wenn anzunehmen ist, dass die befragte Person **sachdienliche Angaben** machen kann, die zur Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe nach Art. 2 PAG erforderlich sind. Die **Annahme der Polizei** muss nicht auf bestimmte Tatsachen gestützt werden können. Sie muss aber für einen vernünftig denkenden Menschen nachvollziehbar sein und darf **nicht willkürlich** sein. Die bestimmte polizeiliche Aufgabe muss im Rahmen des Art. 2 liegen und dort bestimmt, also konkret zu beschreiben sein. Eine Befragung durch die Polizei zur allgemeinen Gefahrenabwehr wäre demnach unzulässig, nicht dagegen, wenn sie z.B. der besseren Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität dienen würde.

**Sachdienliche Angaben** liegen vor, wenn sie für die Erfüllung der aktuellen polizeilichen Maßnahme von Bedeutung sind. Sie dürfen aber beispielsweise **nicht** der bloßen **Ausforschung** über Lebensumstände von Personen dienen.

Eine Befragung kann **an jedem Ort und zu jeder Zeit** stattfinden, solange die erwarteten Angaben die Voraussetzungen des S. 1 erfüllen. Eine vorgreifliche Pflicht des zu Befragenden, etwa sich zu melden, begründet S. 1 nicht.

Die **selbständige Adressatenbestimmung in S. 1** erlaubt der Polizei, dass sie jede beliebige Person befragen kann, von der die Polizei die benötigten Auskünfte erwarten darf (Verantwortliche, Nichtverantwortliche oder unbeteiligte Personen). Ein bestimmtes Alter oder eine Zeugeneigenschaft i.S.d. StGB oder der ZPO sind nicht erforderlich.

Beispiele: Zufallszeugen einer Gefahrenlage, Nachbarn eines Störers.

#### **Art. 12 S. 2 PAG**

Hinsichtlich der "sachdienlichen Angaben" begründet Art. 12 PAG keine Aussagepflicht. Es sei denn, dass die befragte Person nach anderen Gesetzen zum Handeln verpflichtet ist (z.B. §§ 138, 323c StGB).

#### **Art. 12 S. 3 PAG**

S. 3 gibt der Polizei nur die Befugnis, die zu befragende Person **für die Dauer der Befragung anzuhalten**. Führt die Befragung nicht zum Ziel, weil z.B. der Befragende nicht der deutschen Sprache mächtig ist oder nicht antworten will, so entfällt die Befugnis zum Anhalten.

Die Durchsetzung des Anhaltens **mit unmittelbarem Zwang (Art. 58 PAG)**, insbesondere das Festhalten der betroffenen Person, ist zulässig. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Befragte gegen seinen Willen festgehalten werden soll und an einen anderen Ort, etwa in ein Polizeifahrzeug oder auf die Polizeidienststelle, gebracht werden soll. Diese über das Anhalten hinausgehenden Freiheitsbeschränkungen sind nur unter den Voraussetzungen des Art. 13 II S. 3 PAG zulässig.

#### **Art. 13 PAG (Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen)**

Identitätsfeststellung bedeutet die Vergewisserung, welche **Personalien**, also Vor-, Familien- oder Geburtsname, Ort und Tag der Geburt, Familienstand, Beruf, Wohnort, Wohnungsanschrift und Staatsangehörigkeit eine bestimmte Person hat.

#### **Art. 13 I PAG**

Die in Art. 13 I PAG geregelte Identitätsfeststellung dient **ausschließlich der präventiven Gefahrenabwehr**. Der Inhalt und der Umfang der Identitätsfeststellung ist für die Polizei verbindlich bestimmt (Nr. 13.1 VollzBek). Wenn Sinn und Zweck der Vorschrift es erfordern, kann die Feststellung jedoch darüber hinausgehen, z.B. Namen und Anschrift der Eltern bei Minderjährigen, Betreuer von Hilflosen oder psychisch Kranken. Andererseits erfordert der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**, keine Angaben zur Person zu verlangen, die mit Anlass, Sinn und Zweck der Kontrolle im Einzelfall nicht im Zusammenhang stehen (vgl. OLG Düsseldorf NVwZ 1986, S. 247).

Art. 13 I PAG ist die Rechtsgrundlage sowohl für Einzel- wie für **Sammelkontrollen (Razzien)** von Personen. Allgemeine Voraussetzung ist, dass die Identitätsfeststellung nach pflichtgemäßem Ermessen geeignet erscheint, die in Art. 13 PAG (oder in Rechtsvorschriften außerhalb des PAG) vorgesehenen Zwecke zu erfüllen.

Vgl. dazu den **Fall OVG Berlin**, NJW 86, 3223 bei dem es um die Zulässigkeit von Identitätskontrollen der **Gäste eines Lokals** geht, in dem es schon zu zahlreichen Straftaten gekommen ist und das in einer **Gegend mit hoher Kriminalitätsbelastung** liegt.

Folgende **Möglichkeiten einer Identitätsfeststellung** durch die Polizei kommen in Betracht:

- nach Art. 13 I Nr.1 PAG, wenn eine **konkrete Gefahr** (i.S.d. Generalklausel) vorliegt. Beispiele: Täter oder Zeuge einer verfassungsfeindlichen Handlung soll festgestellt werden, bei ausländerfeindliche Demonstration;
- nach Art. 13 I Nr. 2, wenn sich die Person an Orten, an denen tatsächliche Anhaltspunkte einen Gefahrenverdacht rechtfertigen, **sog. gefährliche oder verrufene Orte (allgemeine Gefahr)** aufhält. Es ist nicht erforderlich, dass nach den Anhaltspunkten Tätigkeiten gerade zur Zeit der Identitätsfeststellung gegeben sind oder dass alle, oder die meisten sich an diesen Orten aufhaltenden Personen, diesbezüglich verdächtig sind. Von der Feststellungsbefugnis werden daher alle Personen an derartigen Orten erfasst, außer sie haben offensichtlich keine Beziehung zu diesen Tätigkeiten;
- nach Art. 13 I Nr.3 PAG, wenn sich eine Person in oder in der **Nähe eines potentiell gefährdet erscheinenden Objektes**, sofern dort aufgrund objektiver Anhaltspunkte Straftaten zu befürchten sind (sog. gefährdete Objekte), aufhält. Die Voraussetzungen sind bereits gegeben, wenn **Tatsachen die Annahme rechtfertigen**, dass ein Objekt dieser Art gefährdet ist, ohne dass schon erkennbar ist, welchem einzelnen Objekt die Gefahr droht (**keine konkrete Gefahr notwendig**). Die Straftat muss gegen das Objekt selbst, gegen dessen Einrichtungen oder gegen Personen in diesen Objekten oder in deren unmittelbarer Nähe gerichtet sein (z.B. Drohung mit einem Sprengstoffanschlag an einem Busbahnhof).

Bzgl. des Adressaten ist es nicht erforderlich, dass die besonderen Anhaltspunkte auf die einzelne Person hindeuten, deren Identität festgestellt werden soll.

- Art. 13 I Nr.4 PAG, an errichteten **Kontrollstellen** um die **Fahndungsmöglichkeiten** der Polizei in den Fällen des § 100a StPO oder § 27 VersG zu **verbessern**. Eine **konkrete Gefahr** muss hierbei **nicht** gegeben sein. Art. 13 I Nr.4 PAG **ergänzt § 111 StPO (Kontrollstellen auf Straßen und Plätzen) für den präventiven Bereich**.
- Art. 13 Nr. 5 PAG. Die Befugnis zur Personenkontrolle ist in den genannten Bereichen **verdachts- und ereignisunabhängig**.
- Art. 13 Nr.6 PAG. Eine Identitätsfeststellung kommt nach Nr. 6 in Betracht, wenn sie geeignet ist, die **Wahrnehmung privater Rechte** zu sichern, sofern ohne sofortige Identitätsfeststellung, die Verwirklichung des Rechts in Frage steht. Hier muss eine konkrete Gefahr vorliegen. Zu den geschützten Rechten vgl. Art. 2 II PAG. **Beispiel: Sachbeschädigung**; Schädiger will sich ohne Feststellung seiner Personalien entfernen.

### **Art. 13 II PAG**

Abs. 2 umschreibt im Einzelnen die Maßnahmen, die zur Identitätsfeststellung getroffen werden dürfen.

### **Art. 13 II S. 2 PAG**

Das Anhalten nach Art. 13 II S.2 PAG ist das Gebot an eine Person, an Ort und Stelle solange zu verweilen, wie die Feststellung der Personalien es erfordert. Das Anhalten ist auf das **unumgängliche Maß** zu **begrenzen** und darf die Dauer der normalen Identitätsfeststellung nicht übersteigen.



Die Pflicht, mitgeführte Ausweispapiere (Personalausweis, Pass oder sonstige, mit einem Lichtbild versehene amtliche Urkunden wie z.B. einen Führerschein) auszuhändigen, begründet grundsätzlich noch **keine Pflicht, Ausweispapiere mit sich zu führen**. Deutsche Staatsangehörige müssen daher weder Personalausweis noch einen Pass mit sich führen. Eine solche Pflicht kann sich jedoch aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, z.B. für den **Führerschein** nach § 4 II 2 StVZO, **Reisegewerbekarte** nach § 60c I GewO.

#### **Art. 13 II S. 3 PAG**

Dauert die Feststellung der Personalien länger, so gewährt S. 3 der Polizei ein **Festhalterecht** unter den genannten Voraussetzungen. **Typisch** für das Festhalten ist die **Mitnahme zur Dienststelle ("Verbringung")**; es kann aber auch dergestalt erfolgen, dass der Betroffene für einen längeren Zeitraum am Ort des Geschehens verbleiben muss, z.B. in einem Streifenwagen.

Das Anhalten und insbesondere das Festhalten einer Person sind **Eingriffe in deren persönliche Freiheit**, die das GG als unverletzlich und damit als ein besonders hohes Rechtsgut kennzeichnet (Art. 2 II, Art. 104 I GG; Art. 102 I BV). Der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ist deshalb besonders zu beachten. Insbesondere muss der Eingriff zum Erreichen des angestrebten Zwecks erforderlich und durch kein milderes Mittel ersetzbar sein. (vgl. Art. 4 PAG und BVerfG BayVBl. 1992, S. 433).

Bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit werden sich beide Maßnahmen i.d.R. nur als Freiheitsbeschränkung, und noch nicht als **Freiheitsentzug** darstellen, wobei letztere über **Art. 18 I PAG**, der auf Art. 13 II S. 3 PAG verweist, unter bestimmten Voraussetzungen, ebenfalls zulässig wäre (Näheres in Art. 18 PAG).

#### **Art. 13 II S. 4 PAG**

Die Durchsuchung nach Art. 13 II S. 4 PAG muss sich auf den Zweck der Identitätsfeststellung beschränken, also auf das Auffinden von Ausweisen oder sonstigen zur Identitätsfeststellung geeigneten Schriftstücken gerichtet sein.

#### **Art. 13 III PAG (Aushändigen von Berechtigungsscheinen)**

Rechtsvorschriften i.S.d. Art. 13 III PAG sind z.B. § 60c GewO (**Reisegewerbekarte**); § 35 III BayFiG (Erlaubnisschein des Fischfangausübenden); § 35 V WafG (**Waffenschein**, Waffenbesitzkarte); § 15 I BfjG (Jagdschein).

Abs. 3 enthält **keine Befugnis**, eine Person anzuhalten. Bei Verweigerung der Aushändigung des Berechtigungsscheines kann jedoch eine Gefahr i.S.d. Abs. 1 Nr. 1 gegeben sein, und ein **Anhalterecht** würde sich dann aus Absatz II S.2 ergeben. Das Aushändigungsverlangen ist ein VA, der unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit (Art. 4 PAG) mit Zwangsmitteln (Art. 53 ff. PAG) durchgesetzt werden kann.

**Fall** BVerfG BayVBl 1992, S. 433, 434 – „**Stadtratsausweis**“

#### **Ziel des Klägers, Problem**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob Art. 2 II S. 2 GG eine polizeiliche **Freiheitsentziehung zur Feststellung der Identität** zulässt, obwohl der Betroffene einen Stadtratsausweis mit sich führt; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

#### **Aus den Gründen**

*„Die Verfassungsbeschwerde ist offensichtlich begründet im Sinne des § 93 b II S.1 BVerfGG. Die polizeiliche Maßnahme verletzte das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 2 II S.2 GG.*

*(...) Das Grundgesetz bezeichnet die Freiheit der Person als "unverletzlich"; damit wird eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung in dem Sinne getroffen, dass dieses Recht als ein besonders hohes Rechtsgut zu achten ist, das nur aus wichtigen Gründen eingeschränkt werden darf (vgl. BVerfGE 29, 312/316 m.w.N.). Es ist insbesondere sorgsam abzuwägen, ob ein an sich zulässiger Eingriff in denjenigen Grenzen verbleibt, die der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zieht (BVerfGE, aaO.). Dieser Grundsatz muss bei allen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in den Freiheitsbereich des Bürgers beachtet werden (BVerfGE 30, 173/199 = BayVBl. 1972, 412). Er gebietet unter anderem, dass der Eingriff zur Erreichung des angestrebten Zweckes erforderlich sein muss. Dies ist nicht der Fall, wenn ein milderes Mittel ausreicht (vgl. BVerfGE 67, 157/173).*

*Den dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen wird das Festhalten des Beschwerdeführers und seine Aufrechterhaltung bis zum Abschluß der Identitätsprüfung nicht gerecht. Als Rechtsgrundlage für das Festhalten kommen § 163 b I S.2 StPO (Identitätsfeststellung für Zwecke der Strafverfolgung) und Art. 12 II S. 3 PAG a.F. (= Art. 13 II S. 3 PAG, Identitätsfeststellung zur Gefahrenabwehr) in Betracht. Auf welche dieser Bestimmungen die Polizei ihre Maßnahme stützte, kann indes dahinstehen. Denn ein Festhalten des Beschwerdeführers zur Feststellung seiner Identität war in keinem Falle erforderlich.*

*Die beinahe wortgleichen Vorschriften des § 163 b I S.2 StPO und des Art. 12 II S.3 PAG a.F. lassen ein Festhalten zur Identitätsfeststellung übereinstimmend nur zu, wenn die Identität "sonst" (§ 163 b I S.2 StPO) bzw. „auf andere Weise“ (Art. 12 II S.3 PAG) nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Diese gesetzliche Konkretisierung des Übermaßverbotes (vgl. auch § 163 c StPO sowie Art. 4 PAG) soll sicherstellen, dass ein Eingriff in die persönliche Freiheit nur in Fällen erfolgt, in denen er zur Feststellung der Identität unerlässlich ist. Hiervon kann vorliegend nicht die Rede sein:*

*Das Gesetz berechtigt die Polizeibeamten, den Beschwerdeführer zum Zwecke der Identitätsfeststellung nach seinen Personalien zu befragen und ihn aufzufordern, mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung auszuhändigen (vgl. hierzu Art. 12 II S. 2 PAG a.F. ...). Nur wenn die Identität des Beschwerdeführers nach Ausschöpfung dieser Befugnisse nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten hätte festgestellt werden können, hätten die Beamten ihn festhalten dürfen. Dieser an Intensität gesteigerte Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers kam sohin erst dann in Betracht, wenn die der Polizei bereits bekannten Daten des Beschwerdeführers noch nicht ausreichten, um dessen Identität eindeutig zu bestimmen (vgl. hierzu näher KK-Müller, § 163b Rdnr 11 m.w.N. sowie Ziffer 12.1 VollzBek.). Dies wäre der Fall gewesen, wenn konkreter Anlaß bestanden hätte, an der Echtheit vorgelegter Ausweispapiere oder an der Richtigkeit der Angaben des Beschwerdeführers zu zweifeln (vgl. Samper/Honnacker, 14. Aufl. 1987, Art. 12 Anm. 14).*

*Für eine solche Annahme bietet der vorliegende Fall indes keinen Anhalt:*

*Der Beschwerdeführer hatte seinen mit Lichtbild, Geburtsdatum und vollständigem Namen versehenen, von der Stadt M. ausgestellt und vom Oberbürgermeister unterzeichneten Stadtratsausweis den Polizeibeamten unaufgefordert vorgelegt. Die polizeirechtliche Fachliteratur hält eine solche mit Lichtbild versehene amtliche Urkunde für ein hinreichendes Ausweispapier im Sinne des Art. 12 II PAG a.F., auch wenn sie nicht die vollständigen Personalien des Inhabers enthält (vgl. Samper/Honnacker, aaO., RdNr. 13, sowie Ziffer 12.9 VollzBek.). Er hatte nach seinem unwidersprochenen Vorbringen den Polizeibeamten auch angeboten, seinen mitgeführten Personalausweis einzusehen. Schließlich hatte er den Polizeibeamten seine Personalien auch mündlich bekanntgegeben.*

*Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Polizeibeamten die Identität aufgrund der mündlichen Angaben und der mitgeführten Ausweispapiere des Beschwerdeführers ohne nennenswerte Schwierigkeiten schon in der Ausstellungshalle, mithin ohne ein Festhalten hätten bestimmen können. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die vom Beschwerdeführer gelieferten Daten zur Feststellung seiner Identität nicht ausgereicht hätten. Ebenso ist nicht erkennbar, weshalb an der Richtigkeit dieser Daten Zweifel derart hätten bestehen können, dass es einer Abgleichung mit der Einwohnermeldekartei bedurft hätte. (...) „*

## Art. 14 ( Erkennungsdienstliche Maßnahmen; erkd. M.)

### Art. 14 I PAG

Art. 14 I PAG enthält in den Nr. 1 und 2 **zwei voneinander unabhängige Befugnisnormen** für erkd.M. Der **Begriff** erkd. M. ist im Gesetz selbst **nicht definiert**. In Abs. 3 sind lediglich Beispiele für solche Maßnahmen aufgezählt. Nach der Rspr. sind es alle Feststellungen über Merkmale des äußeren Erscheinungsbildes einer Person, die ihre Wiedererkennung ermöglichen (vgl. BayVGH BayVBl. 1984, S. 272, 274). **Eingriffe** in die **körperliche Unversehrtheit**, die über ein bloßes Registrieren hinausgehen, sind **unzulässig**. Hinsichtlich der Eingriffstiefe müssen die Eingriffe mit den in Abs. 3 aufgeführten Beispielen vergleichbar sein. **Erlaubt** sind **z.B. offene Video- oder Tonaufnahmen**, nicht jedoch die Genomanalyse (z.B. anhand eines gefundenen Haares), die Informationen über nicht äußerlich erkennbare Merkmale des menschlichen Körpers bringt und somit den Regelbeispielen des Abs. 3 widerspricht (zum Ganzen näher Keller in NJW 1989, 2289 m.w.N.).

Erkd. Unterlagen enthalten **nach der Rspr. keine personenbezogenen Daten** i.S.v. Art. 30 ff. PAG, sind somit selbst auch nicht Dateien oder (Kriminal-)Akten nach diesen Vorschriften. Folglich können die **Art. 30 ff. PAG** auf sie nicht, auch nicht analog, angewendet werden (Bay VGH BayVBl. 1993, S. 211).

### Art. 14 II PAG

Abs. 2 gewährt, von Abs. 1 unabhängig zu sehen, einen (subjektiven) **Anspruch** für den Betroffenen auf Vernichtung (nicht die Herausgabe), der mittels der erkd.M. gefertigten Unterlagen. Davon unberührt bleibt die (objektiv-rechtliche) **Amtspflicht** der Polizei, die Unterlagen nach Abs. 1 von sich aus zu vernichten, wenn die Voraussetzungen für die Gewinnung entfallen sind (vgl. BVerwG, NJW 1983, S. 772/1338 zum Anspruch auf Vernichtung erkd. Unterlagen).

Der **Rechtsschutz** im Zusammenhang mit Maßnahmen nach Art. 14 PAG richtet sich aufgrund deren präventiven Charakters allein nach den Vorschriften der **VwGO**.

Wird der Antrag auf Vernichtung abgelehnt oder ihm nicht gefolgt, so kann der Anspruch auf Vernichtung erkd. Unterlagen gem. Abs. 2 mit der **Verpflichtungsklage** (§ 42 I Alt. 2 VwGO) durchgesetzt werden, weil es sich bei der Vernichtung wiederum um einen VA handelt (**str.** - vgl. **BVerwGE** 26, 169; a.A.: **allgemeine Leistungsklage**).

Richtige **Klageart gegen die Vornahme** erkd. M als VA i.S.v. Art. 35 BayVwVfG ist die **Anfechtungsklage** (§ 42 I 1.Alt. VwGO). Sie bleibt es auch dann, wenn die erkd. Behandlung als solche beendet ist, wirkt doch die Beschwer des Betroffenen, über den die gewonnenen Unterlagen aufbewahrt werden, weiter fort. Die beeinträchtigende Wirkung der Maßnahme hat sich damit noch nicht erledigt.

Sind die erhobenen **Unterlagen** bereits **vernichtet**, kann der Betroffene über die **Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 I S. 4 VwGO) die Unrechtmäßigkeit der Maßnahme feststellen lassen.

### Art. 15 PAG (Vorladung)

Die Vorladung ist die mündliche (auch fernmündliche) oder schriftliche **Aufforderung**, zu einer bestimmten Zeit zur Dienststelle zu kommen. Der Betroffene ist dann verpflichtet vor der Polizei zu erscheinen, nicht aber vor ihr auszusagen.

Art. 15 PAG gibt **keine** eigenständige **Befugnis zur Datenerhebung** (wie Befragung oder erkd. M.), sondern regelt nur die Art und Weise der Erhebung.

#### **Art. 15 I Nr.1 PAG**

Abs. 1 Nr. 1 setzt voraus, dass **im Einzelfall** Tatsachen die Annahme rechtfertigen (konkrete Gefahr), dass der Betroffene Angaben machen kann, die für die Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe erforderlich sind (Erreichen sachdienlicher Angaben). Eine Vorladung zum Zweck einer **allgemeinen Ausforschung** ist **nicht zulässig**. Ebenso folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass eine Vorladung unzulässig ist, wenn die Angaben **einfacher** und gleich wirksam auf andere Weise beschafft werden können z.B. im Wege der **Amtshilfe** von anderen Behörden. Ferner wenn sich zeigt, dass der Zweck trotz Vorladung nicht erreicht werden kann. Beispiel: da der Vorgeführte nicht verpflichtet ist, zur Sache auszusagen (sinngemäße Anwendung der Aussageverweigerungsrechte nach der StPO), ist eine Vorladung **unzulässig**, wenn die Personalien des Betroffenen bekannt sind und nach den Umständen **zu erwarten** ist, dass der **Betroffene keine Angaben zur Sache** macht (vgl. BayVBl. 57, S. 35).

#### **Art. 15 I Nr. 2 PAG**

Abs. 1 Nr. 2 erlaubt die Vorladung zum Zweck der Durchführung erkd. M., die nur auf der Dienststelle vorgenommen werden können.

#### **Art. 15 II PAG**

Art. 15 II PAG, der **Ausfluss der Übermaßprinzips** ist, verlangt die Angabe von Gründen und eine **Rücksichtnahme** auf Beruf und sonstige Lebensverhältnisse des Betroffenen, z.B. Krankheit.

Abs. 2 S. 1 und S. 2 sind **Sollvorschriften** und deshalb erheblich enger als Ermessensvorschriften. Solange die Polizei nicht besondere Umstände dartun und beweisen kann, die ausnahmsweise ein Abweichen von der Regel zulassen, sind sie deshalb wie eine Muss-Vorschrift zu behandeln. Eine Pflicht nach Abs. 2 S. 2 besteht z.B. nicht, wenn das öffentliche Interesse an einer sofortigen Auskunft (Intensität oder Ausmaß der Gefahr) das private Interesse des Betroffenen (berufliche und sonstige Verpflichtungen) überwiegt.

#### **Art. 15 III PAG (i.V.m. Art. 53 ff. PAG)**

Abs. 3 lässt die **Anwendung von Verwaltungszwang** zur Durchsetzung einer Vorladung (Vorführung) nur in den in Nr. 1 und 2 genannten Fällen zu. Da die Vorladungsvorschriften lediglich die materiellen Voraussetzungen der zwangsweisen Durchsetzung bestimmen, sind bzgl. der **Art und Weise der Durchsetzung** die Vorschriften der Art. 53 ff. PAG anzuwenden. Zu beachten ist, dass bei einem Auskunftsverlangen grundsätzlich nur Zwangsgeld in Frage kommt.

Bei erkd. M. (Nr. 2) ist zu **unterscheiden** zwischen einer **Freiheitsbeschränkung**, die einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf (Art. 104 I GG), und einer **Freiheitsentziehung**, die außerdem nur bei einer richterlichen Entscheidung zulässig ist (Art. 104 II 1 GG, Näheres dazu in Art.18 PAG).

Nach Nr. 1 ist Voraussetzung der **zwangsweisen Durchsetzung** der Vorladung, dass der Betroffene **ohne hinreichenden Grund der Vorladung keine Folge** leistet. Ein derartiger Grund liegt im Allgemeinen vor, wenn Berufs- und sonstige Lebensverhältnisse, auf welche nach Art. 15 II PAG Rücksicht genommen werden soll, einen hinreichenden Grund für das Nichterscheinen liefern. Dem Betroffenen wird jedoch regelmäßig zuzumuten sein, die Polizei zu verständigen. Ein **Fernbleiben ohne Entschuldigung** ist i.d.R. (Ausnahme z.B. plötzlicher Todesfall eines Angehörigen) ein Indiz für eine Fernbleiben ohne hinreichenden Grund. Ne-

ben den Voraussetzungen des Abs. 3 muss zur Zeit der zwangsweisen Durchsetzung der Vorladung auch Abs. 1 gegeben sein.

### **Art. 15 IV PAG**

Abs. IV stellt durch die Bezugnahme auf § 136a StPO sicher, dass auch im präventiven Bereich **keine verbotenen Vernehmungsmethoden** angewendet werden.

**Fall:** BayVBl. 1957, 35 – „Nichtbefolgung einer Vorladung“

### **Problem**

Aussageverweigerung als hinreichender Grund, um einer polizeilichen Vorladung zum Zwecke der Vernehmung nicht zu folgen.

### **Sachverhalt**

Der Angeklagte begann auf der Straße vor seiner Wohnung mit anderen Personen einen **Streit** und bedrohte sie mit Schlägen. Die sich dadurch angesammelte Menschenmenge nahm schließlich gegen den Angeklagten eine drohende Haltung ein. Nachdem er in seine Wohnung zurückgekehrt war, trafen zwei Polizeibeamte der Funkstreife ein und begaben sich in die Wohnung. Sie versuchten vergeblich, in aller Ruhe, den Angeklagten, der sich **wie tobsüchtig gebärdete**, zu einer Schilderung des Vorgefallenen zu bewegen. Daraufhin forderten sie ihn mehrmals auf, zur Wache mitzugehen. Der Angeklagte weigerte sich ihnen zu folgen. Die Beamten entschlossen sich daher, den **Angeklagten mit Gewalt zur Wache** mitzunehmen. Jeder von ihnen fasste ihn am Arm, um ihn hochzuheben. Der **Angeklagte** machte sich jedoch frei, schlug wie wild um sich und **verletzte** dabei einen **Beamten am Hals**. Als er einen gedeckten Tisch gegen einen der Polizeibeamten stürzte, versetzten sie ihm Faustschläge in das Gesicht. Auch dem herbeigerufenen Überfallkommando leistete er weiterhin Widerstand. Schließlich gelang es, den Angeklagten zur Wache zu bringen, wo er bis Mitternacht festgehalten wurde.

Die Vorinstanzen haben ihn wegen **Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte** verurteilt. Auch die Revision des Angeklagten ist zurückverwiesen worden.

### **Aus den Gründen**

*„(...) Die Widerstandshandlung des Angeklagten begann nach den Feststellungen des Landgerichts damit, dass er sich von den Polizeibeamten losriß, als sie ihn gewaltsam zur Wache bringen wollten. Diese Widerstandshandlung war nur dann rechtswidrig, wenn die Amtshandlung der Polizeibeamten zu diesem Zeitpunkt rechtmäßig war.*

*Die gewaltsame Mitnahme zur Wache gegen den Willen des Angeklagten war eine Freiheitsentziehung. Eine Freiheitsentziehung durch die Polizei ohne richterliche Anordnung ist durch das GG (Art. 104 I und II GG) und durch die bay. Verfassung (Art. 102 I i.V.m. Art. 98 II BV) eng beschränkt und nur zulässig, wenn ein Gesetz sie gestattet. Als solche Gesetze kommen hier insbesondere die Bestimmungen der StPO und des PAG in Betracht.*

*.... Gem. § 163 StPO hat die Polizei das Recht und im Rahmen des Verfolgungszwanges (§ 160 StPO) sogar die Pflicht, selbständig strafbare Handlungen und die Täter zu erforschen. Sie ist dabei befugt, Beschuldigte vorzuladen und zu vernehmen. Eine Pflicht eines Beschuldigten, vor der Polizei zu erscheinen, ist durch die StPO nicht begründet worden. Eine Zwangsgewalt zur Erzwingung des Erscheinens eines Beschuldigten vor ihr, wie sie dem Ermittlungs- und Untersuchungsrichter zusteht (§§ 133, 192 StPO), gibt die StPO dem Staatsanwalt und dem Polizeibeamten nicht.*

*Dagegen gewährt Art. 15 I PAG der Polizei die Befugnis, Personen, die einer Vorladung auf Grund eines Gesetzes nicht Folge leisten, vorzuführen. Ob in der wiederholten mündlichen Aufforderung der Polizeibeamten an den Angeklagten, zur Vernehmung (§§ 160, 163 StPO) zur Wache mitzukommen, eine solche Vorladung zu erblicken ist, hat das Landgericht nicht erörtert. Zu einer Klärung dieser Frage besteht jedoch keine Anlaß; denn die Polizei kann nach dem Sinn des Art. 15 PAG eine Person ebenfalls nur dann vorführen, wenn sie einer Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge geleistet hat. Ob der Angeklagte es ohne hinreichenden Grund abgelehnt hat, einer etwaigen Vorladung der Polizei zu folgen, hängt davon ab, ob er sich erkennbar geweigert hat, den Polizeibeamten das Vorgefallene zu schildern. Eine solche Weigerung wäre berechtigt gewesen. Nach den Grundsätzen des deutschen Strafverfahrensrechts kann ein Beschuldigter nicht gezwungen werden, auszusagen. Es steht in seinem freien Belieben (vgl. Löwe-Rosenberg Anm. 5 und KMR 3. Aufl. Anm. 3 je zu § 136 StPO). Die Weigerung des Angeklagten, auszusagen und zum Zwecke seiner Aussage auf die Wache mitzugehen, wäre also berechtigt gewesen. Seine Aussage hätte nicht durch Vorführung erzwungen werden dürfen. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Ermittlungs- und der Untersuchungsrichter das Erscheinen zur Vernehmung auch dann erzwingen kann, wenn der Beschuldigte die Aussage verweigern will. Diese Zwangsgewalt steht nur dem Richter zu. Der Polizei ist sie auch nicht durch Art. 15 PAG gegeben. (...)“*

### **Art. 16 PAG (Platzverweisung)**

Die Platzverweisung ist die **Verweisung** einer Person **von einem Ort** und/oder das **Verbot, vorübergehend einen Ort zu betreten**. Die Anordnung kann sich auch auf Fahrzeuge oder andere Sachen, z.B. Tiere erstrecken, die der Betroffene mit sich führt. Eine Anordnung, wie weit und in welcher Richtung sich die Person zu entfernen, oder dass sie sich an einen bestimmten Platz zu begeben hat, kann nicht auf Art. 16 PAG gestützt werden. Dies könnte allenfalls als atypische Maßnahme nach Art. 11 I, II PAG in Betracht kommen.

### **Art. 16 S. 1 PAG**

Eine Platzverweisung ist nur zur Abwehr einer **konkreten Gefahr** zulässig und muss sich im Rahmen der präventiven Tätigkeit der Polizei bewegen. Sie darf **nur vorübergehend** sein. Die Zulässigkeit der Platzverweisung wird auf eine geringe Dauer, je nach Sachlage allenfalls wenige Stunden, eingengt. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 4 PAG). Werden Personen **endgültig** und für immer von einem Platz verwiesen, so muss sich eine solche Maßnahme auf Art. 11 I, II PAG stützen, z.B. die Polizei räumt ein besetztes, zum Abbruch bereitstehendes Gebäude; **Aufenthaltsverbot für Stadstreicher im Stadtpark**.

Der **Adressat** der Platzverweisung ergibt sich nach einer Auffassung aus der Norm selbst. Adressat ist also die Gefahr verursachende Person (so Knemeyer, Rdnr. 218). Nach einer anderen Sicht sind die Art. 7, 8 und 10 PAG heranzuziehen, da Art. 16 PAG alleine auf die Abwehr einer Gefahr abstellt (Honnacker/Beinhofer, PAG, Art. 16 Nr. 7). Demnach kann sich eine Platzverweisung **nur gegen einen Verantwortlichen** richten oder gegen andere Personen nur unter den erschwerten Voraussetzungen des Art. 10 PAG.

### **Art. 16 S. 2 PAG**

Nach Art. 16 S. 2 PAG ist die Platzverweisung gegen Personen zulässig, die den **Einsatz der Feuerwehr** oder den Einsatz von Hilfs- und Rettungsdiensten **behindern**. Ein aktives Behindern ist nicht erforderlich. Allein die Anwesenheit von Menschen oder Fahrzeugen, die ein Hindernis darstellen, reicht aus.

### **Beispiele zu Art. 16 PAG:**

Bei einer **Prügelei im Wirtshaus** wird einer der Kontrahenten durch einen Polizisten aus den Raum verwiesen (unterbindende Platzverweisung); Aufforderung an eine **Menschenmenge auseinander zu gehen** - bei einer Menschenmenge sind alle Personen verantwortlich, weil sie die Gefahr durch ihre Gegenwart verstärken (h. M.); die Polizei gebietet neugierigen Passanten weiterzugehen, um den Straßenverkehr nicht zu stören.

#### **Beachte:**

Das PAG im Allgemeinen und Art. 16 PAG im Besonderen finden grundsätzlich **keine Anwendung, wenn eine von Art. 8 GG geschützte Versammlung** gegeben ist. Es gilt dann ausschließlich das Versammlungsgesetz (§§ 11, 15 II, 17a IV, 18 III, 19 IV). So kann nach h.M und Rspr. eine **Platzverweisung** erst dann ausgesprochen werden, **wenn die Versammlung offiziell beendet** ist und den Teilnehmern genügend Zeit zum Entfernen eingeräumt wurde. Entfernen sie sich trotzdem nicht, obwohl sie hierzu verpflichtet sind (vgl. §§ 15, 18 I, 13 II VersG), kann erst dann nach Art. 16 PAG ein Platzverweis erteilt werden. Die an die Teilnehmer einer soeben aufgelösten, friedlichen Versammlung gerichtete Aufforderung, sich zu entfernen ist keine Platzverweisung i.S.d. Art. 16 PAG, sondern eine Aufforderung, eine gesetzliche Vorschrift zu beachten. Wer sich nicht entfernt, verstößt gegen § 29 Nr. 2 VersG. (vgl. BayObLG BayVBl. 1190, S. 347, 350; auch NVwZ 1989, 895 f.; DVBl. 1990 (§ 15 VersG betreffend; massive Polizeibegleitung einer friedlichen Demonstration) und DVBl. 1990, S. 1048, 1052 (zu den im Zusammenhang mit § 15 VersG auftretenden Problem der Einkesselung).

**Fall** BVerwG NVwZ 1990, S. 250, 251 (zur Vorinstanz: BayObLG BayVBl. 1990, S. 347, 350)

#### **Problem**

Abtransport von Versammlungsteilnehmern ohne Auflösungsverfügung (Art. 8 GG; § 15 II VersG; §§ 14, 15 BremPolG).

#### **Sachverhalt**

Die Kl. ließen sich im Rahmen von **Aktionen der Friedensbewegung gegen die sog. Nachrüstung** mit zahlreichen anderen Demonstranten auf einer innerstädtischen Straße nieder. Die Polizei transportierte nach erfolgloser Aufforderung zur Räumung der Straße etwa 150 Demonstranten - darunter die Kl. - mit Fahrzeugen in mehrere km entfernte Orte und setzte sie dort ab. Die Kl. beehrten die Feststellung, dass dieser Transport rechtswidrig gewesen sei. Das VG gab der Klage statt, das OVG wies die Berufung zurück.

#### **Aus den Gründen**

*„Nach den Feststellungen des BerGer., die den beschließenden Senat binden und gegen die die Beschwerde keine Rügen erhoben hat, handelte es sich bei der Menschenansammlung, ..., um eine Versammlung i.S. des Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge (VersG), und ist diese Versammlung nicht durch eine Auflösungsverfügung nach § 15 II VersG, sondern dadurch unterbunden worden, dass die Polizei gegen die auf der Straße sitzenden und stehenden Personen eine Platzverweisung nach § 14 BremPolG ausgesprochen und diese Platzverweisung alsdann durch den Abtransport der auf der Straße verbleibenden Personen - darunter der Kl. - durchgesetzt hat. (...)*

*Das BerGer hat die von ihm festgestellte Platzverweisung als rechtswidrig angesehen, weil die Polizei die von dieser Platzverweisung betroffene Versammlung nur durch Erlaß einer Auflösungsverfügung nach*



*§ 15 II VersG habe unterbinden dürfen ... Diese Rechtsauffassung steht mit dem Urteil des BVerwG vom 8.9.1981 (NJW 1982, 1008) in Einklang.*

*Das BVerwG hat in diesem Urteil nicht - wie die Bekl. anscheinend meint - entschieden, dass eine Versammlung auch durch andere Maßnahmen als durch Auflösung nach § 15 II VersG unterbunden werden darf. Der Senat hat vielmehr in dem genannten Urteil befunden, dass die Unterbindung einer Veranstaltung durch Auflösung nach § 15 II VersG in den Fällen nicht in Betracht kommt, in denen die Unterbindung der Versammlung zur Abwehr der zu bekämpfenden Gefahr nicht erforderlich oder unverhältnismäßig und deswegen übermäßig belastend ist. In diesen Fällen muss die Behörde im Rahmen der ihr zur Gefahrenabwehr zustehenden Befugnisse ein - gegenüber der Unterbindung der Veranstaltung - milderes und angesichts der konkreten Sachlage angemessenes Mittel zur Abwehr der von der Veranstaltung ausgehenden unmittelbaren Gefahren i.S. von § 15 VersG einsetzen und kann hierbei gegebenenfalls auch von den ihr landesrechtlichen zustehenden Befugnissen Gebrauch machen (vgl. BVerwGE 64, 55 (55 Leits. 1, 58) = NJW 1982, 1008). Daran, dass - wie das BerGer. angenommen hat - die Fortführung einer Versammlung nur durch eine Auflösung nach § 15 II VersG unterbunden werden kann, ändert dies nichts.“*

### **Art. 17 PAG (Gewahrsam)**

Gewahrsam bedeutet, dass eine **Person** auf Grund gesetzlicher Befugnis und in einer dem polizeilichen Zweck genügenden Weise daran **gehindert** wird, **sich zu entfernen**. Art. 17 PAG ist eine **Freiheitsentziehungsgrundlage** i.S.d. Art. 2 II S. 3 GG und ist mit Verfassungsrecht vereinbar (Art 102 I BV; Art. 104 GG). Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 654 (658 ff.); BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 685 (687).

Der Begriff stellt auf das tatsächliche Verhindern des Sich-Entfernens ab; dazu ist z.B. das Verbringen in einen abgeschlossenen Raum nicht notwendig (vgl. OVG Münster NJW 1980, 138; OVG Bremen NVwZ 1987, 235/237 = DÖV 1987, 253).

Die Rechtsgrundlage für die Anwendung unmittelbaren Zwangs kann nicht aus Art. 17 PAG entnommen werden, sondern Art. 58, 60 PAG sind dabei heranzuziehen.

Art. 17 PAG unterscheidet verschiedene Formen des Gewahrsams:

### **Art. 17 I Nr. 1 PAG (Schutzgewahrsam)**

Der Gewahrsam nach Abs. 1 Nr. 1 dient in erster Linie dem **eigenen Schutz des Betroffenen**. Dieser wird in Gewahrsam genommen, weil er nicht in der Lage ist, sich selbst vor einer Gefahr für Leib oder Leben zu schützen. Es kommt nicht darauf an, ob sich der Gefährdete schuldhaft oder schuldlos in die Gefahr begeben hat. Die **Gefahr** kann von Dritten ausgehen, durch Naturereignisse oder sonstige Fälle höherer Gewalt verursacht sein.

Eine Gefahr i.d.S. ist auch die **Selbstmordgefahr**. Schutzgewahrsam ist jedoch nur insoweit zulässig, als dass eine Maßnahme nach Art. 18 II **UnterbringG** wegen „Selbstgefährlichkeit“ nicht in Betracht kommt.

### **Art. 17 I Nr. 2 PAG (Unterbindungsgewahrsam)**

Der Unterbindungsgewahrsam umfasst den **Präventivgewahrsam**, d.h. Gewahrsam zur Verhinderung der Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit, **und den Repressivgewahrsam**, der die Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit zum Ziel hat. Die Ingewahrsamnahme ist praktisch das **äußerste Mittel** zur Verhinderung oder Fortsetzung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten.

Die Einschränkung „**von erheblicher Bedeutung**“ gilt vor allem für **Ordnungswidrigkeiten**, für deren Verhinderung **im Regelfall die Ingewahrsamnahme unverhältnismäßig** wäre. Im Hinblick auf den modernen Umweltschutz, der durch eine Vielzahl von Ordnungswidrigkeits-

vorschriften abgesichert ist, kann jedoch auf das Mittel der Ingewahrsamnahme zur Gefahrenabwehr bei Ordnungswidrigkeiten nicht ganz verzichtet werden.

Angesichts des erheblichen Freiheitseingriffs und im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind an die **Prognose über Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Tat** erhebliche Anforderungen zu stellen. Die in Art. 17 I Nr. 2 2.HS. PAG enthaltenen **Kriterien** geben dabei der Polizei und den zuständigen Gerichten **konkrete Anhaltspunkte** für die Prognoseentscheidung über das unmittelbare Bestehen von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit. Es handelt sich hierbei **nicht** um **Regelbeispiele**. Jedoch muss auch in diesem Rahmen die polizeiliche Ingewahrsamnahme unerlässlich sein, d.h., ob ein geringerer Eingriff nicht möglich wäre (z.B. ob eine Platzverweisung zur Abwehr der Gefahr ausreichen würde).

### **Art. 17 I Nr. 3 PAG**

Der Gewahrsam nach Abs. 1 Nr. 3 ist nur zulässig, wenn der Polizei kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um eine Platzverweisung nach Art. 16 PAG durchzusetzen. Da eine Platzverweisung nur vorübergehenden Charakter hat und somit i.d.R. nur von kurzer Dauer ist, kommt eine längerfristige Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung einer Platzverweisung **nur in besonderen Ausnahmefällen** in Betracht.

### **Art. 17 II PAG (Gewahrsam von Minderjährigen)**

Der Gewahrsam von Minderjährigen nach Abs. 2 hat zum Ziel, sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen. **Nicht erforderlich** ist es, dass von dem Minderjährigen eine **konkrete Gefahr** ausgeht oder dass eine solche ihm droht.

### **Art. 17 III PAG (Gewahrsam von Entwichenen)**

Der Gewahrsam nach Abs. 3 dient dem Zweck, die Entwichenen in die Anstalt zurückzubringen. **Nicht erforderlich** ist, dass eine **besondere Gefahr** von dem Entwichenen ausgeht. Entscheidend ist, dass sich die betreffende Person unerlaubt außerhalb der Anstalt aufhält. Der Eingriff ist auch dann zulässig, wenn noch kein Ersuchen der Vollzugsanstalt vorliegt.

In allen in Abs. 3 genannten Fällen stellt sich der Polizeigewahrsam **nicht** als **Rechtseingriff** dar, weil dem Betroffenen die Freiheit rechtlich bereits entzogen ist. Der Polizeigewahrsam dient nur dazu, den unterbrochenen Freiheitsentzug wieder herzustellen. Art. 18 PAG (richterliche Entscheidung) ist deshalb auf Fälle des Art. 17 III PAG, der insoweit *lex specialis* ist, nicht anzuwenden.

Art. 17 III PAG betrifft eine rein **repressive Tätigkeit** der Polizei. Das System des PAG (präventive Tätigkeit) wird hier durchbrochen.

**Fall** BayObLG BayVBl. 1989, S. 219 - "Selbstmordfall"

### **Problem**

Zulässigkeit einer Ingewahrsamnahme zur Verhinderung eines Selbstmordes; Anwendung unmittelbaren Zwangs

### **Sachverhalt**

Der Angeklagte lebte mit seiner Lebensgefährtin M zusammen, die ihn wegen mehrerer Delikte angezeigt hatte, die Anzeige dann jedoch wieder zurückzog. Von einem Polizisten begleitet, holte sie ihre Habseligkeiten aus der Wohnung, da sie sich von den Angeklagten trennen wollte. Als es dem Angeklagten nicht gelang, seine Lebensgefährtin zum Bleiben zu überreden, äußerte er **Suizidabsichten**. Er verließ die Wohnung und nahm ein Stück Wäscheleine

mit. Dies bemerkte M. Der von ihr verständigte Polizist versuchte daraufhin vergeblich den Angeklagten zu bewegen, die **Wäscheleine herauszugeben**. Nach dem Hinweis auf eine ansonsten notwendige Polizeiverwahrung und unmittelbaren Zwang wurde der Angeklagte mit Handschellen gefesselt und zur Dienststelle verbracht und in eine **Arrestzelle** gesperrt. Dort drohte er weiter, mit einer aus einem Unterhemd angefertigten Schlinge, sich umzubringen. Um dies zu unterbinden, versuchten die Polizeibeamten in die Zelle gelangen. Der Angeklagte verhinderte dies, indem er sich gegen die Zellentür stemmte. Als die Zellentür sich einen Spalt weit öffnen ließ, geriet ein **Polizist** mit einem Finger zwischen Tür und Türrahmen. Beim erneuten Zuschlagen der Zellentür wurde der **Finger erheblich verletzt**. Nachdem es schließlich gelang die Zellentür zu öffnen, wurde der Angeklagte überwältigt und gefesselt. Dabei zogen sich zwei weitere Beamte leichte Verletzungen zu.

Das Amts- und Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen dreier tateinheitlich begangener fahrlässiger Körperverletzungen zu einer Geldstrafe. Die Revision richtete sich dagegen, dass der Angeklagte nicht auch wegen **Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte** (§ 113 StGB) verurteilt worden ist. Die Revision hatte Erfolg.

### Aus den Gründen

*„Soweit die Polizeibeamten Maßnahmen gegen den Angeklagte ergriffen haben, dienten sie der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung. Sie hielten sich daher im Rahmen des Tätigkeitsbereichs der Polizei gem. Art. 2 I PAG. Nach Art. 2 II S.1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieses Recht hat der Staat in der Weise zu schützen, dass er es vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer und vor sonstigen Bedrohungen bewahrt (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, 9. Aufl., S. 230). Auf Grund des Stellenwerts, den das menschliche Leben demnach im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung der BRD einnimmt, ist dessen Erhaltung auch eine Aufgabe zur Wahrung der öffentlichen Ordnung (Bernert/Köhler, PAG, 10. Aufl., Art. 11 RdNr. 12, Götz, 3. Aufl., S. 48/49). Es gehört sonach zu den Aufgaben der Polizei, im Hinblick auf den verfassungsmäßig gebotenen Schutz des Lebens zu dessen Bewahrung auch gegenüber einem selbstgefährlichen Menschen einzuschreiten. (...)*

*Nach Art. 16 I Nr. 1 PAG kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das zu ihrem Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist. Diese Vorschrift rechtfertigt einen Gewahrsam auch zur Verhinderung eines Selbstmords, da es sich insoweit um einen Fall der Gefahr für das Leben handelt (vgl. Samper/Honnacker, 14. Aufl., Art. 16 Anm.4). Da das menschliche Leben im Rang der Rechtsgüter an höchster Stelle steht (BVerfGE 39, 1/36; Maunz/Dürig, GG, ASrt. 2 II RdNr. 12 m.w.N.), ist auch der mit der Ingewahrsamnahme verbundene Eingriff in das - zwar ebenfalls hochrangige, aber gegenüber dem Leben gleichwohl nachrangige - Rechtsgut der persönlichen Freiheit zulässig (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO., S. 19 und 230).*

*.... Dass ein Staatsbürger, ohne sich dadurch möglicherweise strafbar zu machen angesichts einer Suizidsituation untätig bleiben kann, bedeutet für den besonderen Pflichten unterliegenden Polizeibeamten keineswegs, dass er sie tatenlos hinnehmen darf. Dieser kann vielmehr seine dahingehenden dienstlichen Pflichten verletzen, wenn er zur Verhinderung der Selbsttötung nicht einschreitet. Rechtswidrig i.S. des § 113 III S. 1 StGB ist jedenfalls sein Eingreifen nicht; es ist vielmehr durch die nach Art. 16 I Nr. 1 PAG bestehende Befugnis zur Ingewahrsamnahme gerechtfertigt. (...)*“

**Fall** VG Frankfurt/M. NVwZ 1994, S. 720 - Ingewahrsamnahme eines polizeibekanntenen „**Hütchenspielers**“, gegen den bereits an die 100 Ermittlungsverfahren wegen Durchführung dieses nach § 284 StGB verbotenen Glücksspiels eingeleitet waren, um ihn an der Durchführung weiterer Spiele zu hindern, zu denen er gerade ansetzte.

**Art. 18 PAG (Richterliche Entscheidung)**

Art. 18 PAG trägt dem Art. 104 II GG und dem Art. 102 II BV Rechnung. Der richterliche Schutz wird dadurch gewährt, dass der Polizei die auch **dem Betroffenen gegenüber bestehende Amtspflicht** auferlegt wird, bei Freiheitsentziehungen von sich aus die richterliche Entscheidung herbeizuführen. Art. 18 PAG ist eine zwingende Vorschrift für die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Maßnahme (BayVerfGH BayVBl. 1989, S. 496).

**Art. 18 I PAG**

Wie aus Abs. 1 S. 1 hervorgeht, bezieht sich Art. 18 PAG auf ein Festhalten i.S. einer Freiheitsentziehung (Art. 13 II S. 3, 15 III, 17 PAG). Bei bloßen **Freiheitsbeschränkungen**, also kurzfristigen Behinderungen der Bewegungsfreiheit bis zum Abschluss notwendiger polizeilicher Maßnahmen, ist nach der Rspr. die richterliche Entscheidung **nicht geboten** (vgl. BayObLG, DVBl. 1983, S. 1069; BGHZ 82, S. 261, 267 ff., jeweils m.w.N.).

**Äußerste zeitliche Grenze** für das Festhalten allein auf Grund Polizeirechts (Freiheitsbeschränkung) ist jedoch immer das Ende des Tages nach dem Ergreifen einer Person (so Art. 104 II S.3 GG und Art. 20 Nr. 3 PAG, der dies nochmals ausdrücklich erwähnt).

Abs. 1 S. 1 beschränkt die Pflicht der Polizei ausdrücklich auf die dort genannten Gewahrsamsfälle nach dem PAG. Die **richterliche Entscheidung** ist bereits vor der Ingewahrsamnahme herbeizuführen, wenn dadurch der Erfolg der Maßnahme nicht gefährdet wird (was in der Praxis jedoch die Regel sein dürfte). Würde die Herbeiführung einer vorherigen richterlichen Entscheidung den Zweck der Maßnahme gefährden, so ist die **Entscheidung** ohne jede Verzögerung, die nicht aus sachlichen Gründen geboten ist (= **unverzüglich**), nachzuholen. Nach S. 2 gilt dies nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde. Nach einer Entlassung aus dem Gewahrsam ist eine notwendige richterliche Entscheidung nicht mehr nachzuholen.

**Art. 18 II PAG**

Art. 18 II PAG regelt die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages für den Fall, dass die Freiheitsentziehung vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung beendet wurde.

**Art. 18 III PAG**

In Art. 18 III PAG wird die örtliche Zuständigkeit für die gerichtlichen Entscheidungen nach Art. 18 I, II PAG, sowie das anzuwendende gerichtliche Verfahren bestimmt. Es handelt sich dabei um eine **besondere Rechtswegzuweisung** i.S.d. § 40 I VwGO (vgl. BayVGH BayVBl. 1988, S. 246; BayVBl. 1989, S. 244).

**Art. 19 PAG (Behandlung festgehaltener Personen)**

Art. 19 PAG gilt wie auch Art. 18 PAG nur für die genannten Freiheitsentziehungsbefugnisse. Die Vorschriften des Art. 19 PAG sind **sog. Ordnungsvorschriften**. Ihre Nichtbeachtung kann zwar für den verantwortlichen Beamten eine Amtspflichtverletzung und ein Dienstvergehen sein, doch macht sie die Maßnahme selbst nicht rechtswidrig. Dies gilt auch für die Sollvorschriften des Art. 19 III S.1 und 2 PAG, wenn sie missachtet werden, obwohl die gegebenen Verhältnisse ihre Einhaltung erlaubt hätten.

**Art. 19 I PAG**

Nach Art. 19 I PAG ist der Person unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 I BGB) der Grund der Maßnahme bekannt zu geben (vgl. auch Art. 5 MRK). Die mündliche

Bekanntgabe genügt. Aus Beweisgründen ist jedoch eine Niederschrift zweckmäßig. Die **Bekanntgabepflicht** ist **zwingend**, jedoch hat sie nur dann einen Sinn, wenn der Betroffene in der Lage ist, die Bekanntgabe aufzunehmen (keine Aufnahmefähigkeit z.B. bei Personen i.S.d. Art. 17 I Nr.1 PAG). Die Bekanntgabe ist dann nachzuholen, sobald der Hinderungsgrund weggefallen ist.

Die Person ist ferner über die ihr zustehenden **Rechtsbehelfe** zu belehren. Zur **Belehrung** gehören die Angaben in welcher Form, in welcher Frist und bei welcher Stelle (lt. Art 18 II S. 2 PAG Amtsgericht) der Rechtsbehelf einzulegen ist (vgl. BayObLG BayVBl. 1986, S. 666). Bzgl. der Aufnahmefähigkeit gilt das oben genannte. Mit der Rechtsbehelfsbelehrung ist der Hinweis zu verbinden, dass eine Aussage freiwillig erfolgt. **Vor der Polizei besteht keine Aussagepflicht.**

### **Art. 19 II PAG**

Das Benachrichtigungsrecht des Betroffenen steht unter dem Vorbehalt, dass der Freiheitsentziehungszweck nicht gefährdet wird (S. 1), z.B. wenn der Verdacht besteht, der Festgehaltene wolle einen Komplizen warnen. Die Benachrichtigung eines **Rechtsanwalts** wird man allerdings auch bei diesem Verdacht gestatten müssen.

Die Benachrichtigungspflicht der Polizei greift nur dann Platz, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, von seinem Benachrichtigungsrecht Gebrauch zu machen (S. 3). Liegen keine gegenteiligen Anhaltspunkte vor, so ist davon auszugehen, dass die Benachrichtigung durch die Polizei dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht.

Die Sondervorschrift des S. 4 ist in jedem Fall (d. h. unbedingt und ohne Einschränkungen) zu beachten und unverzüglich auszuführen.

### **Art. 19 III PAG**

Art. 19 III PAG enthält Regelungen für den Vollzug der Festhaltung.

### **Art. 20 PAG (Dauer der Freiheitsentziehung)**

Wie Art. 18 und 19 gilt Art. 20 PAG nur für den **Freiheitsentzug**. Art. 20 PAG enthält **Amtspflichten** der Polizei (vgl. dazu oben).

Art. 20 PAG trägt Art. 104 II S.2 GG, Art. 102 II S. 1 BV Rechnung. (Zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vom 23.3.1989, das die Höchstdauer auf zwei Wochen ausdehnte, vgl. BayVerfGH BayVBl. 1989, S. 496; BayVerfGH BayVBl. 1990, S. 654 [658 ff.]).

Wie die VollzBek. zu Art. 19 PAG bestimmt, hat die **Polizei** von Amts wegen **ständig** zu **prüfen**, ob die Voraussetzungen für die Freiheitsentziehung entfallen sind. Sie hat von sich aus darauf hinzuwirken, dass der Betroffene **sobald wie möglich entlassen** werden kann. Über das Ende des Tages nach dem Ergreifen hinaus darf die Polizei in keinem Fall aus eigener Machtvollkommenheit eine Person festhalten. Bei Erreichung dieses Zeitpunktes muss die festgehaltene Person, wenn noch keine richterliche Entscheidung vorliegt, auch dann entlassen werden, wenn der polizeiliche Zweck als solcher eine Fortdauer der Festhaltung erfordern würde.

Bei richterlicher Entscheidung beträgt die höchstzulässige Dauer der **Freiheitsentziehung zwei Wochen** (S. 2).

### **Art. 21 PAG (Durchsuchung von Personen)**

Die Durchsuchung von Personen zielt auf das **Auffinden von körperfremden Gegenständen**, die möglicherweise in der Kleidung oder am Körper (auch in Mund, Ohren, Haaren) verborgen werden. Es umfasst also nur das Betrachten oder Ertasten des Äußeren des Betroffene-

nen. Die Durchsuchung kann von Hand oder auch mit Hilfe von Geräten vorgenommen werden. Dabei muss es dem Betroffenen freigestellt werden, dass er z.B. selbst seine Taschen vor den Augen des Durchsuchenden ausleert.

Die **Durchsuchung selbst** ist ein **Realakt**, der allerdings **von Verwaltungsakten begleitet** werden kann, die die Durchsuchung erst ermöglichen sollen und selbst mit Zwangsmitteln durchsetzbar sind (z.B. Aufforderung, sich zu entkleiden).

Sie ist grds. eine Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 104 I S.1 GG, sofern sie nicht ohnehin mit einer Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 II GG verbunden wird.

Zu beachten ist, dass die Rechtswidrigkeit einer Durchsuchung noch nicht zur Rechtswidrigkeit der im Rahmen der Durchsuchung getroffenen Maßnahme führt, z.B. einer - als solchen rechtmäßigen - Sicherstellung (Art. 25 PAG).

Die bei einer Durchsuchung aufgefundene Gegenstände sind dem Betroffenen zu belassen, wenn sie weder sichergestellt (Art. 25 PAG), noch beschlagnahmt (§§ 94 ff. StPO) werden.

### **Art. 21 I PAG**

Art 21 I PAG verweist zunächst auf Art. 13 II S. 4 PAG als **selbständigen Durchsuchungstatbestand** mit besonderen Voraussetzungen, die **keinen Rückgriff auf Art. 21 PAG** (oder 22 PAG) notwendig machen.

Nr. 1 verweist auf Art. 25 PAG und lässt die Durchsuchung einer Person zu, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Sachen bei sich führt, die der Sicherstellung unterliegen. Derartige Tatsachen können z.B. in einer sinnlichen Wahrnehmung liegen (Umriss einer **Waffe** zeichnet sich in der Kleidung ab) oder in früher gewonnen Erkenntnissen bestehen (schon früher bereits **gefälschte Papiere** bei der Person gefunden).

Die Durchsuchung hilfloser Personen nach Nr. 2 beschränkt sich nach dem Zweck der Maßnahme auf die **Suche nach Identitätspapieren** oder -hinweisen, um gegebenenfalls Angehörige benachrichtigen zu können und auf die Suche nach Unfallausweisen und auf Hinweise für den Grund des körperlichen Zustandes, um dem Hilflosen zweckmäßigen Beistand leisten zu können.

Abs. I Nr. 3 und 4 erlaubt die Durchsuchung von Personen, die sich an den betreffenden Orten und Bereichen oder in den betreffenden Objekten befinden.

### **Art. 21 II PAG**

Die Durchsuchung nach Abs. 2 dient der **Eigensicherung der Beamten** und dem Schutz Dritter. Sie ist zulässig, wenn die Identität des Betroffenen nach Art. 13 PAG oder anderen Rechtsvorschriften (insb. §§ 111, 163b StPO) festgestellt werden soll oder der Betroffene nach Art. 13 II S.3 PAG (oder anderen Rechtsvorschriften) festgehalten werden kann und wenn die genannten besondere Umstände vorliegen.

Eine **Leibesgefahr** i.S.d. Abs. 3 ist nur die Gefahr einer **erheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit** des Beamten oder eines Dritten.

### **Art. 21 III PAG**

Abs. 3 enthält noch die besonderen Bestimmungen über die Personen, die eine Durchsuchung vornehmen dürfen.

### **Art. 22 PAG (Durchsuchung von Sachen)**

Diese Vorschrift, die der Suche nach Sachen und Personen dient, betrifft in erster Linie die Durchsuchung beweglicher Sachen (z.B. **Koffer, Kisten, Autos**; nicht jedoch am Körper befindliche Kleidungsstücke und deren Inhalt vgl. dazu Art. 21 PAG). Hinsichtlich unbeweglicher Sachen gelten sie praktisch nur noch für **unbefriedetes Besitztum**, da für das Betreten

und Durchsuchen von Wohnungen, im Hinblick auf den weitgehenden Schutz des Art. 13 I GG, die Sondervorschriften der Art. 23, 24 PAG Vorrang haben.

### Art. 22 I PAG

- Zunächst ist an die Fälle des Art. 13 II S. 4 PAG zu denken, vgl. oben bei Art. 21 Abs. 1 PAG.
- Art. 22 I Nr. 1 PAG lässt die Durchsuchung von Sachen zu, die von einer Person mitgeführt werden, die nach Art. 21 PAG durchsucht werden darf. Diese **Akzessorietät zu Art. 21 PAG** erklärt sich aus der praktischen Notwendigkeit bei der Durchführung der polizeilichen Aufgaben. Zur Voraussetzung der Durchsuchung von Personen nach Art. 21 PAG s. dort. „**Mitgeführt**“ wird z.B. Gepäck oder ein Kraftfahrzeug, dessen sich eine Person bedient, wenn sie die **tatsächliche Gewalt** darüber ausübt oder ausüben kann.
- Für Art. 22 I Nr. 2 PAG (wie auch bei Nr. 3 und Nr. 5) ist erforderlich, dass Tatsachen die jeweils gesetzliche vorgesehene Annahme rechtfertigen. Bei Nr. 2 Buchst. a kann sich die **Zulässigkeit des Gewahrsams** sowohl auf das PAG (Art. 13 II S. 3, 15 III, 17) wie auf Rechtsvorschriften außerhalb des PAG stützen. Nr. 2 Buchst. b betrifft Fälle von **Freiheitsberaubung** und **Geiselnahme** (§§ 234, 234a, 235, 237, 239 - 239b, 240 StGB). Zur Hilflosigkeit i.S.d. Nr. 2 Buchst. c vgl. Art. 17 PAG.
- Zur Zulässigkeit der Sicherstellung nach Nr. 3 ist zu beachten, dass sich Nr. 3, anders als Nr. 1, auf Sachen bezieht, die nicht von einer Person mitgeführt werden.
- Bei Nr. 4 ist **auf die Voraussetzung der Tatsachenkenntnis verzichtet**, weil bereits der Umstand, dass eine Sache sich an einem der in Art. 13 I Nr. 2 oder Nr. 5 PAG genannten Orte befindet, insbesondere nach den **Erfahrungen** auf dem Gebiet der **Gewaltkriminalität** einen nach dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** hinreichenden Anlass zur Durchsuchung bieten kann. (z.B. herrenloser Koffer in der Bahnhofshalle, in dem es tickt).
- Zu Nr. 5 ist beachtlich, dass die Einschränkung des Art. 13 I Nr. 3 PAG nicht gilt.
- „Sache“ i.S.d. Nr. 6, die durchsucht werden darf, sind **Land-, Wasser- und Luftfahrzeuge**, die unter der Voraussetzung der Nr. 6 **in allen Teilen**, auch einschließlich der dem Betrieb und der Gepäckbeförderung dienende Räume (z.B. **Cockpit** und **Frachtraum** des Flugzeugs, Kofferraum des Autos) durchsucht werden dürfen. Darüber hinaus ist die Durchsuchung aller in dem betreffenden Fahrzeug enthaltenen Sachen zulässig, gleichgültig, ob sie zur Ausrüstung des Fahrzeugs gehören, von Mannschaft und Passagieren mitgeführt werden oder Transportgüter sind. Diese **sehr weitgehende Vorschrift** dient v. a. den Erfordernissen moderner Verbrechensbekämpfung (Rauschgiftdelikte, Flugzeugentführung).

### Art. 22 II PAG

Abs. 2 regelt in **Anlehnung an § 106 StPO** das Verfahren bei der Durchsuchung von Sachen. Nach S. 1 kommt es beim Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf die tatsächliche Herrschaft über die Sache an, wie sie im Zeitpunkt der Maßnahme gegeben scheint. Unerheblich ist, ob der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese auch Rechtens ausübt. Auf sein Anwesenheitsrecht muss die Polizei den Betroffenen nicht hinweisen.

**Problematisch** ist, ob trotz des **Anwesenheitsrechts** von einer **Platzverweisung** nach Art. 16 PAG Gebrauch gemacht werden darf, wenn die Voraussetzungen des Art. 16 PAG vorliegen.

Im Hinblick auf Sinn und Zweck des Gesetzes dürfte dies zu bejahen sein. Für diesen Fall ist aber Abs. 2 S. 2 zu beachten.

Abs. 2 S. 2 ist eine Sollvorschrift; zu deren Verbindlichkeit vgl. Art. 15.

Bei der **Auswahl von Zeugen** hat die Polizei deren objektive Eignung und Glaubwürdigkeit zu bedenken und unter mehreren geeigneten Personen nach pflichtgemäßem **Ermessen** eine Auswahl zu treffen. Lehnt es eine Person ab, als Zeuge tätig zu werden, kann sie nicht nach Art. 10 PAG dazu verpflichtet werden.

Eine Bescheinigung nach Abs. 2 S. 3 ist nur auf Verlangen auszustellen. Eine Belehrung über den Anspruch schreibt das Gesetz nicht vor.

### **Art. 23 PAG (Betreten und Durchsuchen von Wohnungen)**

Art. 23 PAG ist die Rechtsgrundlage für einen Eingriff in das **Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung** nach Art. 13 GG, 106 III BV, wenn der Inhaber der Wohnung nicht einwilligt. Art. 23 I, II PAG sind **Schranken** i.S.d. Art. 13 II GG, wogegen Art. 23 III PAG Art. 13 III GG entspricht. Willigt der Inhaber ein, so handelt es sich um eine Maßnahme nach Art. 11 I, II PAG; Art. 23 und 24 PAG sind nicht heranzuziehen.

Unter **Wohnung** ist jede tatsächlich bewohnte oder Wohn-, Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftszwecken dienende Räumlichkeit, ferner anderes befriedetes Besitztum zu verstehen (Art. 23 I S.2 PAG). Wohnungen sind demnach auch zu den genannten Zwecken genutzte bewegliche Sachen wie Schiffe, Wohnwagen, Zelte, Schlafkojen in Lastkraftwagen.(s. dazu BayVGH BayVBl. 1994, S. 272, 273).

**Inhaber** einer Wohnung ist diejenige natürliche oder juristische Person, die rechtmäßig die tatsächliche Gewalt über die Räumlichkeit ausübt (auch Mieter, Untermieter, Hotelgäste). Bei Gemeinschaftsunterkünften, Internaten, Obdachlosenasylen sind nur die Leiter oder deren Beauftragte Inhaber.

Unter **Betreten** der Wohnung versteht man Eintreten, Verweilen und Besichtigen (Wahrnehmen von Personen, Sachen und Zuständen, ohne jeglichen Aufwand), ohne dass diese auf das Auffinden von Sachen oder Ergreifen von Personen ausgerichtet sind. Das Betreten kann durch die regulären Eingänge wie auch durch Fenster, Keller oder Dachluken geschehen und umfaßt u.U. auch das Befahren mit Fahrzeugen.

**Durchsuchen** ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung einer Gefahrenquelle in einer Wohnung.

Das Betreten von Wohnungen ist der Durchsuchung von Wohnungen immanent (Art. 23 I S.1 1.HS PAG).

### **Art. 23 I PAG**

Bei allen **Einzeltatbeständen des Abs. 1** ist zu beachten, dass sie wegen Art. 13 II GG nur bei **Gefahr im Verzug** angewendet werden dürfen, wenn nicht eine richterliche Anordnung nach Art. 24 I PAG vorliegt. Bei der Durchsuchung ohne richterlichen Beschluß kommt es daher nicht darauf an, ob die Durchsuchung "zur Verhütung dringender Gefahren" für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorgenommen wird.

Gefahr im Verzuge i.S.d. Art. 13 II GG liegt nach der Entscheidung des BVerwG (BVerwGE 28, S. 285 ff. = DVBl. 1968, S. 752) nur dann vor, **wenn** die durch die Anrufung des zuständigen Richters bewirkte **Verzögerung den Zweck der Durchsuchung gefährden würden**. Ob Gefahr im Verzug vorliegt, entscheidet die handelnde Polizei nach pflichtgemäßer Prüfung aller im Zeitpunkt der Maßnahme bekannten Umstände und unter Beachtung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit**. Liegt Gefahr im Verzuge nicht vor, durchsucht die Polizei aber gleichwohl eine Wohnung ohne richterliche Anordnung, so ist die Maßnahme rechtswidrig und die Polizei macht sich zugleich einer Amtspflichtverletzung schuldig.



**Art. 23 II PAG**

Abs. 2 enthält ebenso wie § 104 StGB **strengere Voraussetzungen** für Durchsuchungen zur **Nachtzeit**. (Nachtzeit = vom 1.04 - 30.09: 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens, vom 1.10 - 31.03: 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens). Zu beachten ist, dass Abs. 2 **auch** gilt, wenn eine **richterliche Durchsuchungsanordnung** vorliegt.

**Art. 23 III PAG**

Abs. 3 gilt nur für das Betreten von Wohnungen i.S.d. Abs. 1 S.2. Das Betreten ist nur zulässig zur **Abwehr dringender Gefahren**. Es genügt nicht das Vorhandensein einer (konkreten) Gefahr i.S.v. Art. 11 I PAG, sondern diese Gefahr muss dringend sein, d.h., es muss anzunehmen sein, dass mit Handlungen der in Abs. 3 Nr. 1 und 2 genannten Art **unmittelbar** zu rechnen ist (vgl. BVerwGE 47, S. 31 = BayVBl. 1975, S. 309).

**Art. 23 IV PAG**

Abs. 4 enthält für die darin besonders beschriebenen Räume und Grundstücke eine **Ausnahme von der zeitlichen Beschränkung** des Abs. 2. Sind die Räume oder Grundstücke auch zur Nachtzeit öffentlich (bzw. zumindest auch öffentlich) zugänglich, so wäre es nicht sinnvoll, der Polizei das Betreten zu verwehren. Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, die nur dem Aufenthalt von Beschäftigten oder anderweitig hierzu befugten Personen dienen, fallen deshalb nicht unter Abs. 4.

Abs. 4 gilt ebenso wie Abs. 3 nur für das Betreten, nicht für die Durchsuchungen oder andere weitergehende Maßnahmen. Ansonsten müssen die dafür jeweils besonderen Voraussetzungen erfüllt sein.

**Beachte:**

Zur Problematik der **Durchsuchung von Presseräumen** und der damit verbundenen besonderen Bedeutung des **Art. 5 GG** vgl. BVerfGE 20, S. 162/186 ff. = NJW 1966, S. 1603 (sog. Spiegel-Urteil): Die Redaktionsräume des „Spiegels“ wurden aufgrund eines Ermittlungsverfahren wegen angeblichen Landesverrats (Artikel „Bedingt abwehrbereit“ über die militärische Situation der Bundesrepublik und der NATO sowie militärische und strategische Probleme und Zukunftspläne) durchsucht und es wurde Material beschlagnahmt.

**Fall** DVBl. 1974, S. 846 – „Eindringen in Studentenwohnheim“

**Problem** Abgrenzung Betreten - Durchsuchen

**Sachverhalt**

Nach einer Truppenparade der Alliierten in Berlin kam es vor der Technischen Universität zu Ausschreitungen, die mehrere Stunden dauerten. U.a. wurden die eingesetzten **Polizeibeamten** vom Dach eines sich auf dem Universitätsgelände befindlichen Studentenwohnheims mit **Steinen und Flaschen beworfen**. Mehrere Beamte betraten daraufhin von einem anderen Haus aus die Dachterrasse des Wohnheims. Nachdem die Aufforderung der Polizei, das Werfen von Steinen und Flaschen einzustellen und das Dach zu verlassen, ohne Erfolg geblieben war, drang die **Polizei** von oben in das Treppenhaus ein, verschaffte sich gegen den Widerstand des Hausmeisters Zugang zum **Flur** des vierten Obergeschosses, betrat einzelne **Zimmer**, soweit diese nicht verschlossen waren, und forderte die dort angetroffenen Personen teilweise unter Anwendung unmittelbaren Zwanges auf, sich in den Hof zu begeben. Danach wurde der größte Teil der aus dem Haus gewiesenen Personen zu einer Polizeidienststelle gebracht, dort fotografiert und am Abend entlassen.

Mit der Klage beantragte der Kl. festzustellen, dass das Eindringen der Polizei in das Studentenwohnheim und die Anordnung der Räumung rechtswidrig waren. Klage, Berufung und Revision blieben ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„(...) Zu Unrecht geht das OVG von der Annahme aus, jedes Eindringen von Staatsorganen in eine Wohnung sei äußerlich bereits eine Durchsuchung, weil sich staatliche Maßnahmen niemals im Eindringen erschöpften, sondern jedes Eintreten bestimmte Ziele verfolge und verfolgen müsse. Damit wird der bundesrechtliche Begriff der Durchsuchung zu weit ausgelegt. Die Ansicht, dass schon allein durch das Betreten einer Wohnung (ohne oder gegen den Willen des Inhabers) eine Durchsuchung vorgenommen werde, steht auch im Widerspruch zur Rspr. des BVerfG (BVerfGE 32, 54, 73), derzufolge die sogenannte Nachschau einer Überwachungsbehörde keine Durchsuchung ist.*

*(...) Die gesetzlich zulässigen Durchsuchungen dienen als Mittel zum Auffinden und Ergreifen einer Person, zum Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme einer Sache oder zur Verfolgung von Spuren. Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist somit die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung. Eine solche Maßnahme ist mit dem Betreten einer Wohnung durch Träger hoheitlicher Gewalt nicht notwendigerweise verbunden. Eine Wohnung kann auch zur Vornahme anderer Amtshandlungen betreten werden. So ist z.B. die Besichtigung einer Wohnung zur Feststellung, ob der Inhaber seinen Beruf ordnungsgemäß ausübt, keine Durchsuchung der Wohnung. (...)*

*Von diesen Grundsätzen ausgehend, ergibt sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, dass die strittigen Maßnahmen, soweit sie den Kl. betrafen, keine Durchsuchungen waren. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Polizei in das Studentenwohnheim ohne Einwilligung des Kl. eingedrungen ist, um von der Allgemeinheit oder einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht war. Durch das Einschreiten in diesem Haus sollte verhindert werden, dass weiterhin Steine, Flaschen und andere Gegenstände auf die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eingesetzten Polizeibeamten geworfen wurden, um diese an der Ausführung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu hindern. Mit der Annahme, dass sich ein Teil der Störer in dem Studentenwohnheim aufhalte, drang die Polizei dort ein und gebot denjenigen Personen, die sie für keine friedlichen Heimbewohner hielt, das Haus zu verlassen. (...) Diese Störungen der Umwelt sollten durch das Eindringen der Polizei in das Haus unterbunden werden. Daher wurden dort nicht Nachforschungen angestellt, sondern Personen außerhalb des Hauses dadurch geschützt, dass die Polizei einen Teil der im Hause angetroffenen Personen hinausdrängte. ...“*

### **Art. 24 PAG (Verfahren bei der Durchsuchung von Wohnungen)**

#### **Art. 24 I PAG**

Art. 24 I PAG regelt das Verfahren vor der Durchsuchung. Danach bedarf es vor einer Durchsuchung stets einer **richterlichen Anordnung**. Eine **Ausnahme** tritt nur ein, wenn Gefahr im Verzug ist (s. dazu Art. 23 [Punkt a]). Bei S. 2 handelt es sich, wie bei Art. 18 PAG um eine **besondere Rechtswegzuweisung** i.S.d. § 40 I S. 2 VwGO. Für das gerichtliche Verfahren bestimmt Abs. 1 S. 3, dass die Vorschriften über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) entsprechend anzuwenden sind (v.a. §§ 1 - 34 FGG).

#### **Art. 24 II - V PAG**

Die Abs. 2 - 5 gelten auch, wenn die Polizei bei Gefahr im Verzug ohne vorgängige richterliche Anordnung handelt. Sie enthalten **Verfahrensvorschriften (sog. Ordnungsvorschriften)**.

**ten).** Werden die Vorschriften der Abs. 2 - 5 nicht beachtet, wird die Durchsuchung dadurch nicht rechtswidrig, aber es können u.U. Haftungsansprüche ausgelöst werden.

### **Art. 25 PAG (Sicherstellung von Sachen)**

Durch die **Sicherstellung** wird dem bisherigen Eigentümer oder sonstigen Berechtigten die **Verfügungsgewalt** über eine Sache (auch über ein Tier) **entzogen** und **neuer Gewahrsam** in Form eines öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses begründet (vgl. OVG NW DVBl. 91, S. 1373). Hierdurch soll eine **Gefahr** abgewehrt werden, die **von der Sache** ausgeht oder ihr droht. Ein dadurch möglicherweise bedingter Eingriff in das Eigentum hält sich in den Schranken des Art. 14 I S.2 GG.

**Herrenlose Sachen** werden nicht sichergestellt, sondern der Staat erwirbt daran Eigentum.

Art. 25 PAG regelt **lediglich** die Sicherstellung von Sachen **zur präventiven Gefahrenabwehr**. Für den Bereich der **Strafverfolgung** gelten §§ 94 - 111n StPO, für die Erforschung von **Ordnungswidrigkeiten** die §§ 53 mit 46, 47 OWiG. Überschneidungen dieser Vorschriften mit dem PAG sind möglich.

Andere Vorschriften, auf Grund deren eine Sicherstellung möglich ist, stellen **Spezialvorschriften** dar und gehen dem PAG vor (z.B. WaffenG, LmBG, BayPrG).

### **Beachte:**

Bzgl. der **Sicherstellung von Presseerzeugnissen** (Zeitungen und Zeitschriften) ist eine Sicherstellung als präventivpolizeiliche Maßnahme **nach dem PAG ausgeschlossen**. Insoweit ist § 16 II BayPrG lex specialis und stellt eine abgeschlossene Regelung dar (s. BayVGh NJW 1983, S. 1339). Andere Druckwerke (z.B. **Flugblätter**) darf die Polizei vorläufig wegnehmen, wenn sie gegen § 7 BayPrG verstoßen oder einen strafbaren Inhalt haben; dabei sind aber die §§ 14, 16 II BayPrG zu beachten (dazu OVG Koblenz DÖV 1981, S. 801).

### **Art. 25 Nr.1 PAG**

Nr.1 erlaubt die Sicherstellung zur Abwehr einer **gegenwärtigen Gefahr**. Die Gefahr kann ausgehen **von der Sache selbst**, d.h. durch ihre Beschaffenheit oder Lage im Raum, **vom Zustand des Besitzers** (z.B. körperlicher Zustand) oder von der **Absicht des Besitzers** (z.B. Sache als Werkzeug eines die Gefahr begründenden Verhaltens). Eine Sicherstellung nach Art. 25 Nr. 1 PAG kann beispielsweise in Betracht kommen bei **Schusswaffen** oder Explosivmittel im Besitz Nichtsachkundiger, unsachgemäß gelagertem **Giftmüll**.

### **Beachte:**

Die **Sicherstellung eines Kraftfahrzeugs** kann zulässig sein:

- wenn es verbotswidrig abgestellt ist und den Verkehr behindert oder gefährdet und der Verantwortliche nicht erreichbar ist und auch kein geeigneter Abstellplatz auf öffentlichen Straßen vorhanden ist,
- wenn es als Unfallfahrzeug ein Verkehrshindernis darstellt und der Verantwortliche das Fahrzeug nicht beseitigen kann oder will,
- wenn ein Fahrzeug nicht verkehrssicher ist, nicht zugelassen ist oder keine Betriebserlaubnis besitzt, und wenn nur auf diese Weise Gefahren oder wesentliche Belästigungen für die Allgemeinheit verhindert werden können,
- wenn das Fahren durch einen Fahruntüchtigen nicht auf andere Weise, z.B. durch Sicherstellung der Fahrzeugpapiere oder des Zündschlüssels, verhindert werden kann.

Ist das **Abschleppen** eines Fahrzeugs erforderlich, sind die Voraussetzungen zur Sicherstellung jedoch nicht gegeben, so kommt als Rechtsgrundlage für das Abschleppen Art. 11 I, II

PAG in Betracht. Zur Problematik des Abschleppens eines straßenverkehrswidrig abgestellten Kfz vgl. BayVGH BayVBl. 1984, S. 559 ff.; BayVGH BayVBl. 1988, S. 180 - s. dazu ausführlich unten.

### **Art. 25 Nr.2 PAG**

Nr. 2 dient dem **Schutz** von Rechten aus Eigentum oder Besitz, also **privater Rechte** i.S.d. Art. 2 II PAG. Beispiele hierfür sind eine drohende **Hausbesetzung**, ein ungesichertes und nicht bewachtes Kfz wird aufgefunden, wie es häufig bei gestohlenen Fahrzeugen geschieht (vgl. DÖV 1989, S. 173), **entlaufene Tiere**.

### **Art. 25 Nr. 3 PAG**

Art. 25 Nr. 3 PAG setzt voraus, dass der Betroffene tatsächlich festgehalten wird und dass die Sache geeignet ist, zu einer in den Buchstaben a bis d bezeichneten Tätigkeiten verwendet zu werden. Für die Sicherstellung kommen insbesondere **Waffen und Werkzeuge** jeder Art, auch Gürtel, Nadeln, Rasierklingen, Ausweispapiere und Geld in Betracht. Dass eine in den Buchstaben a bis d bezeichnete Gefahr konkret vorliegt, ist nicht erforderlich.

**Fall** BayVGH BayVBl. 1984, S. 559 ff. – „Abschleppen eines Kfz“

### **Problem**

Wann liegt beim Abschleppen eines verkehrswidrig abgestellten Kfz eine bloße Versetzung nach Art. 2, Art. 11 II S. 2 Nr. 1 PAG oder eine Sicherstellung i.S.v. Art. 25 PAG vor?

### **Sachverhalt**

Der Kläger K parkte sein Kraftfahrzeug im Bereich der **Fußgängerzone**, da er in der Nähe keinen geeigneten freien Parkplatz finden konnte. Der Polizist P ließ den straßenverkehrsrechtswidrig abgestellten Wagen **durch** ein **Abschleppunternehmen abschleppen**. Er ordnete an, das Fahrzeug in den Hof des Polizeipräsidiums zu bringen. Dem Kläger gegenüber wurden Abschleppkosten in Höhe von 130,55 DM sowie eine Verwahrgebühr von 10 DM und eine Tagesgebühr von 3 DM in Rechnung gestellt.

Die **Klage** des K richtete sich u.a. auf die **Rückzahlung** der von ihm bezahlten **Abschleppkosten**. Die Klage wurde abgewiesen.

**Nichtamtlicher Leitsatz:** „Das Abschleppen eines straßenverkehrsrechtswidrig abgestellten Kraftfahrzeugs stellt eine bloße Versetzung dar (Rechtsgrundlage Art. 2 I, Art. 11 II S. 1 Nr. 1 PAG), wenn es auf einen freien, der StVO entsprechenden Parkplatz umgesetzt wird. Eine Sicherstellung im Sinne von Art. 24 PAG ist aber anzunehmen, wenn es die Polizei mangels eines solchen Parkplatzes auf einen eigens für diese Zwecke bereitgestellten Verwahrplatz verbringen läßt.“

### **Aus den Gründen**

„(...)Die rechtliche Beurteilung des polizeilichen Abschleppens rechtswidrig abgestellter Fahrzeuge ist nicht einheitlich. Während es vielfach ohne weitere Ausführungen als Sicherstellung angesehen wird (vgl. OVG Münster, NJW 1982, 2277/2278; DVBl. 1983, 1074; Martens in Drews/Wacke/Vogel/Martens, 8. Aufl., Band 2 S. 98; Samper/Honnacker, PAG, 13. Aufl., Art. 24 RdNr. 4; (...)), sehen andere darin nur eine von der Polizei getroffene Maßnahme zur Entfernung des Fahrzeugs aus dem Bereich, in dem es sich nicht aufhalten darf (sog. Versetzen) (vgl. OVG Münster, DVBl. 1975, 588; VGH Bad.-Württ. ESVGH 21, 166; HessVGH, HessVGRspr. 1981, 81; BayVGH, BayVBl. 1972, 47; usw.(...)). Rechtsgrundlage

*für das Abschleppen sind letzterer Auffassung die polizeirechtlichen Generalklauseln (in Bayern Art. 2 I, Art. 11 I, II Nr.1 PAG).*

*Nach erneuter Überprüfung ist nach Ansicht des Senats eine differenzierende Betrachtungsweise geboten. Unproblematisch sind solche Fälle, in denen die Polizei ein falsch parkendes Fahrzeug auch deshalb abschleppen läßt, weil von ihm selbst (durch abgefahrene Reifen, funktionsunfähige Bremsen, auslaufendes Öl usw.) oder mit seiner Hilfe vom Fahrer (z.B. Geisteskrankheit) eine anders nicht zu behebende Gefahr ausgeht, und sie es deshalb in ihren Gewahrsam nimmt. Dies ist eine Sicherstellung nach Art. 24 Nr. 1, 25 I PAG a.F. (= Art. 25, 26 PAG).*

*Wird dagegen ein Fahrzeug nur deshalb abgeschleppt, weil es straßenverkehrsrechtswidrig geparkt worden ist, so kann entgegen der Meinung des Beklagten nicht in jedem Fall von einer Sicherstellung gesprochen werden. Denn für die Sicherstellung ist charakteristisch, dass eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne durch amtlichen Gewahrsam behoben werden kann und dass die Polizei zu diesem Zweck das Fahrzeug in ihren Besitz nimmt (Art. 24, 25 I S. 1 PAG a.F.). Zwar stellt bereits falsches Parken eine Gefahr im polizeirechtlichen Sinne dar, denn in einem Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften liegt immer eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit (vgl. MEPolG, Rdnr. 33; Martens, aaO., BVerwGE 45, 51 ff. ...). Diese Gefahr kann jedoch teilweise, wie in den vom Senat bislang entschiedenen Fällen, unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 4 I PAG) bereits dadurch abgewehrt werden, dass das Fahrzeug von seinem Parkplatz in einer Parkverbotszone auf einen in der unmittelbaren Nähe gelegenen freien, der StVO entsprechenden Parkplatz versetzt wird. Besteht diese Möglichkeit, so bedarf es zur Gefahrenabwehr nicht der Begründung amtlichen Gewahrsams an dem Fahrzeug, sondern es genügt die auf Art. 11 II S. 1 Nr. 1 PAG gestützte Versetzung auf diesen freien Parkplatz. Eine Sicherstellung wäre hier also unverhältnismäßig und rechtswidrig (so auch Samper/Honnacker, aaO.). Deshalb geht Art. 24 PAG hier auch nicht der atypischen Maßnahme gem. Art. 11 I PAG vor. Ist dagegen bei vernünftiger Beurteilung durch den das Abschleppen veranlassenden Polizeibeamten ein solcher freier Parkplatz in der unmittelbaren Nähe nicht vorhanden oder ein Versetzen technisch unverhältnismäßig schwierig und damit auch zu kostenintensiv, so kann die aus dem falschen Parken entstandene Gefahr nur dadurch rechtmäßig abgewehrt werden, dass das Fahrzeug durch den Polizeibeamten durch Sicherstellung in amtlichen Gewahrsam genommen und vorläufig auf einem amtlichen Verwehrplatz verwahrt wird (vgl. insbes. Kottmann, DÖV 1983, 493/498). Denn die Gefahrenabwehr endet nicht, wie etwa Würtenberger/Görs (aaO.) und Samper (BayVBl. 1983, 333/334) behaupten, bereits mit der Entfernung des Fahrzeuges aus der Parkverbotszone mit der Folge, dass die Polizei das Fahrzeug an jedem beliebigen freien, der StVO entsprechenden Parkplatz irgendwo im Gemeindegebiet abstellen lassen könnte, um sich seiner wieder zu entledigen. Wesentlich für jedes Handeln zur Gefahrenabwehr ist, dass das dazu eingesetzte Mittel von vorneherein auch geeignet ist, die bekämpfte Gefahr vollständig und ohne neue Gefahren zu beseitigen. Dies muss der zur Gefahrenabwehr handelnde Polizeibeamte bei Anordnung der jeweiligen Maßnahme bereits von vorneherein prognostizierend beurteilen und darf es nicht dem Zufall während der Ausführung der angeordneten Maßnahme überlassen, ob mit dieser die Gefahr auch ganz beseitigt werden kann. Daher gehört zum Anordnen des Abschleppens eines falsch geparkten Fahrzeuges von vorneherein auch die Beurteilung und Entscheidung der Frage, was mit dem an den Abschleppunternehmer übergebenen Fahrzeug geschehen soll. Steht insoweit aber dem anordnenden Polizeibeamten kein geeigneter freier, der StVO entsprechender Parkplatz in der Nähe zur Verfügung, so kann er es nicht dem Gutdünken des Abschleppunternehmers überlassen, wo er sich des Fahrzeugs wieder entledigt. Denn sonst ist nicht gewährleistet, dass nicht am neuen Abstellplatz erneut wegen eines Parkverstoßes eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit hervorgerufen wird (vgl. BayVBl. 1982, 469). Deshalb kommt es auf die möglicherweise auch für das Fahrzeug an*

*einem neuen Abstellplatz selbst drohende Gefahr, dass es dort eher als am bisherigen (verbotenen) Parkplatz gestohlen oder beschädigt würde (vgl. dazu besonders Kottmann, aaO.; Knöll, DVBl. 1980, 1027/1032), nicht an. Der anordnende Polizeibeamte kann in diesem Fall vielmehr die Gefahr nur durch die Sicherstellung des falsch geparkten Fahrzeuges vollständig beseitigen, da sie zur amtlichen Verwahrung führt (Art. 25 I S. 1 PAG a.F.) und da erst hierdurch gewährleistet ist, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt von diesem Fahrzeug keine Gefahr mehr ausgeht. (...)*

*Im Falle des Klägers ist der Beklagte zutreffend davon ausgegangen, dass ein Versetzen seines Fahrzeugs nicht möglich war, vielmehr nur eine Sicherstellung die vom Fahrzeug des Kl. ausgehende Gefahr abwehren konnte. Wie der Kläger selbst nicht bestreitet, gab es zum Zeitpunkt, als sein Fahrzeug in der Fußgängerzone parkend aufgefunden wurde, in der Nähe keinen geeigneten freien, der StVO entsprechenden Parkplatz, auf den es hätte versetzt hätte werden können. Gerade deshalb war es in der Fußgängerzone abgestellt worden. Auch der vom Kläger reklamierte Abstellort im Hof des Polizeipräsidiums war kein solcher Parkplatz, da er nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist. (...)*

*Das Befahren dieses Fußgänger-Bereichs mit dem Kraftfahrzeug des Klägers und das Parken dieses Fahrzeugs in diesem Bereich überschritten den durch die Widmung für Fußgänger vorgesehenen Gemeindegebrauch. (...) Sie stellten nach § 7 Altstadt-Fußgängerbereich-Satzung i.V.m. Art. 66 Nr.2 BayStrWG eine Ordnungswidrigkeit dar. (...) Für die daraus für den Beklagten entstehende Befugnis, zur Unterbindung und Verhütung der Ordnungswidrigkeit das Fahrzeug abschleppen zu lassen, kommt es entgegen der Meinung des Klägers und des von ihm herangezogenen Urteils des Hess VGH nicht darauf an, ob durch das straßenrechtswidrige Benützen der Fußgängerzone zum Parken des klägerischen Fahrzeugs am 14.7.1981 eine konkrete Störung des allgemein zugelassenen Fußgängerverkehrs durch eine Behinderung oder Gefährdung der Fußgänger verursacht wurde. (...)*“

**Fall** BayVGH BayVBl. 1988, S. 180, 181

Ein **vor dem Landeskriminalamt** auf dem Gehsteig im **Halteverbot** parkendes Fahrzeug wurde abgeschleppt und sichergestellt, weil die Polizei glaubte, es könnte ein Gewaltanschlag stattfinden.

**Nichtamtlicher Leitsatz:** „Ohne konkrete Anzeichen für einen Gewaltanschlag und ohne eine Verkehrsbehinderung kann eine von einem Behördengebäude auf dem Bürgersteig widerrechtlich geparktes Kraftfahrzeug nur dann kostenpflichtig abgeschleppt werden, wenn auch auf dem Bürgersteig über das allgemeine Parkverbot des § 12 IV S.1 StVO hinaus eine sog. Sicherheitszone nach § 45 I S. 2 Nr. 5 StVO festgesetzt und entsprechend kenntlich gemacht worden ist.“

### **Art. 26 PAG (Verwahrung)**

**Lit.:** Büllebach, Die öffentlich-rechtliche Verwahrung, 1994

#### **Art. 26 I PAG**

Verwahrung i.S.d. Art. 26 I PAG ist die Aufbewahrung einer Sache bei der Polizei oder im Auftrage der Polizei bei einem Dritten oder die Sicherung der Sache vor dem Zugriff Dritter auf andere Weise (z.B. Versiegelung). Es wird ein **öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründet**. Art. 26 I PAG ermächtigt die Polizei nicht dazu, einem Dritten die Übernahme der Aufbewahrung zu gebieten (allenfalls nach Art. 11 i.V.m. Art. 10 PAG).

**Art. 26 II PAG**

Abs. 2 S. 1 schreibt vor, dass dem Betroffenen eine **Bescheinigung** über die Sicherstellung zu erteilen ist, und bestimmt deren Inhalt. Die Bescheinigung als solche ist **kein selbständig anfechtbarer VA** (vgl. VGH Mannheim NVwZ 1992, S. 184, 185). Sie dient der Information und enthält keine selbständige Beschwer.

Es wird jedoch eine **Amtspflicht** begründet.

**Art. 26 III PAG**

Abs. 3 enthält ebenfalls eine der Polizei gegenüber dem Betroffenen auferlegte **Amtspflicht**. Sie richtet sich darauf, **Wertminderungen** vorzubeugen, wobei der Zusatz "nach Möglichkeit" die Pflicht der Polizei auf das ihr rechtlich, wie nach ihren räumlichen und personellen Gegebenheiten Mögliche, begrenzt. Da es sich um öffentlich-rechtliche Verwahrung handelt, können zur Bestimmung der wechselseitigen Rechte, Pflichten und Ansprüche die **§§ 688 ff. BGB sinngemäß** herangezogen werden. Dies gilt jedoch nur, soweit die Art. 25 und 26 PAG dafür Raum lassen.

**Art. 26 IV PAG**

Die Verfahrensvorschriften des Art. 26 IV PAG sind ebenfalls Amtspflichten der Polizei.

**Art. 27 PAG (Verwertung, Vernichtung)**

Die Verwertung ist die Umsetzung einer sichergestellten Sache in einen Geldbetrag, der an die Stelle der Sache tritt. Während die Sicherstellung regelmäßig nur einen Eingriff in den Besitz darstellt, ist die **Verwertung** oder **Vernichtung** ein **Eingriff** in das Eigentum. Art. 27 I PAG bewegt sich im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG und wird auch durch den Schutzzweck des Art. 14 II GG gerechtfertigt.

Abs. 2 S. 1 ist eine **Soll-Vorschrift**. Abs. 2 S. 2 ist **eine eingeschränkte Muss-Vorschrift** im Interesse des Betroffenen und begründet damit eine Amtspflicht. Die Mitteilung darf nur aus den gesetzlich umschriebenen, allerdings weit gefassten Gründen unterbleiben.

**Art. 28 PAG (Herausgabe sichergestellter Sachen oder des Erlöses, Kosten)**

Art 28 PAG ist eine Ausformung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** (Art. 4 III PAG). Er enthält **besondere Verfahrensbestimmungen** für die Beendigung der Sicherstellung und die Abwicklung ihrer möglichen Folgen.

**Art. 28 I PAG**

Sind die in Art. 25 Nr. 1 - 3 PAG genannten Voraussetzungen für eine Sicherstellung weggefallen, so hat die Polizei so schnell wie möglich ("sobald") die Sachen herauszugeben. Die Herausgabepflicht ist eine Vorschrift **zur Sicherung der Rechte des Betroffenen**. Deshalb ergibt sich aus ihr grundsätzlich ein Anspruch des Betroffenen auf Herausgabe (**Leistungsklage** vor den Verwaltungsgerichten; vgl. auch § 113 I S. 2 VwGO; BVerwG BayVBl. 1989, S. 52, 53).

Im Fall des Art. 28 I PAG unterliegt der Herausgabeanspruch den **Einschränkungen** der S. 2 und 3. So darf z.B. nach S. 2 eine Sache nicht an den Dieb oder Hehler herausgegeben werden, auch wenn die Sache bei ihm sichergestellt wurde, da er kein Berechtigter i.d.S. ist.

**Art. 28 II PAG**

Die Pflicht zur **Herausgabe des Erlöses** nach Abs. 2 S. 1 ist die notwendige Folge daraus, dass nach Art. 27 III S. 3 PAG der Erlös an die Stelle der verwerteten Sache tritt. I.d.R. wird mit der **Verwertung** auch der Grund der Sicherstellung entfallen. Eine weitere Verwahrung,

Art. 28 I S. 3 PAG entsprechend, kann jedoch erforderlich sein, wenn z.B. Tatsachen bekannt sind, die darauf schließen lassen, dass der Erlös alsbald zur Finanzierung strafbarer Handlungen verwendet wird.

S. 2 verweist auf die §§ 690 - 697 BGB.

S. 3 enthält einen **selbständigen Erlöschstatbestand für die Herausgabe** des Erlöses an den Berechtigten. Die Dreijahresfrist beginnt mit dem Zeitpunkt der Verwertung (zur Berechnung: §§ 186, 187 I, 188 II, 193 BGB).

### **Art. 28 III PAG**

Die **Kosten für die Sicherstellung, Verwertung und Unbrauchbarmachung/Vernichtung** sowie die Benutzungsgebühren für die Verwahrung trägt der nach Art. 7 oder 8 PAG Verantwortliche (S.2). Abs. 3 S. 3 räumt der Polizei ein Zurückbehaltungsrecht ein. Die Herausgabe kann von der Zahlung der geschuldeten Beträge abhängig gemacht werden (vgl. OVG NW DÖV 1983, 1023).

Für die **Praxis** ist das Zurückbehaltungsrecht v. a. für den Fall wichtig, dass ein durch einen Privatunternehmer im **Auftrag der Polizei abgeschlepptes Kfz** von diesem nur gegen Erstattung der Abschleppkosten herausgegeben wird.

Die **Ausübung des Zurückbehaltungsrechts** unterliegt den allgemeinen Grundsätzen öffentlich-rechtlichen Handelns, insbesondere dem **Übermaßverbot**. So ist es im Einzelfall unbillig, wenn der Abholwillige glaubhaft machen kann, nicht genügend Geld bei sich zu haben, das sichergestellte Fahrzeug aber aus wichtigen Gründen unverzüglich benötigt (Künstler hat nicht genügend Geld für Taxi, würde dadurch einen Auftritt versäumen).

### **Art. 29 PAG (Befugnisse für Aufgaben der Grenzkontrolle und Sicherung von Anlagen)**

Art. 29 PAG entspricht inhaltlich § 62 BGS. Die Bayer. Grenzpolizei nimmt mit der Grenzkontrolle dieselben Aufgaben wahr wie der Bundesgrenzschutz in den anderen Ländern.



**b) Die speziellen Befugnisnormen des LStVG (ohne Problematik der Rechtsverordnungen) - SCHRIEVER**

Befugnisnormen sind Rechtsgrundlagen für den Erlass eines Einzelakts, insbesondere eines gebietenden oder verbietenden Verwaltungsakts.

**Arten der speziellen Befugnisnormen:**

Die speziellen Befugnisnormen des LStVG lassen sich unterteilen in:

- Gebots- und Verbotsnormen, die zu Geboten/Verboten für den Einzelfall befugen, und
- Erlaubnisnormen, die zu bestimmten Genehmigungen befugen.

**Gebots- und Verbotsnormen:**

Art. 12 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2, Art. 19 Abs. 5, Art. 23 Abs. 1 und 2, Art. 24 Abs. 2, Art. 26 Abs. 2, Art. 28 Abs. 3, Art. 29 Abs. 1, Art. 37 Abs. 4 S. 2, Art. 37a Abs. 3 S. 2, Art. 61 Abs. 1.

**Erlaubnisnormen:**

Art. 19 Abs. 3, Art. 24 Abs. 2 S. 2, Art. 25 Abs. 2, Art. 37 Abs. 1, Art. 37a Abs. 2

**Verbote mit Erlaubnisvorbehalt**

Die Erlaubnisnormen des dritten Teils des LStVG sind „Verbote mit Erlaubnisvorbehalt“. Die Rechtsfigur des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ (Otto Mayer; Deutsches Verwaltungsrecht I, 239) bezeichnet ein präventives Verbot mit dem Vorbehalt einer gebundenen Erlaubnis (BVerwGE 19, 242). Hierbei besagt die gesetzliche Verpflichtung, eine Erlaubnis einzuholen, nicht, dass die erlaubnispflichtige Tätigkeit als solche verboten ist, sondern nur, dass mit der Rechtsausübung erst begonnen werden darf, wenn die Gesetzmäßigkeit des Vorhabens in einem geordneten Verfahren geprüft und festgestellt wird. Mit der Erlaubniserteilung wird also eine vorläufige Sperre, die der Rechtsausübung zunächst gesetzt war, aufgehoben (BVerfGE 20, 150 = NJW 1966, 1651).

**Vollziehbare Auflagen**

Mit der Erlaubniserteilung können gemäß Art. 36 I BayVwVfG vollziehbare Auflagen verbunden werden. Explizit erwähnt werden vollziehbare Auflagen in Art. 25 Abs. 3 Nr. 2, Art. 37 Abs. 5 Nr. 3, Art. 37a Abs. 4 Nr. 3.

**Ermessen der Befugnissträger (Art. 25 Abs. 2 S. 1, 37 Abs. 2 S. 1, 37a Abs. 2 S. 2)**

Die Formulierung „Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn ...“ bedeutet nicht, dass ein Rechtsanspruch auf die Erlaubniserteilung schon dann besteht, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Vielmehr hat die zuständige Behörde bei Erfüllung der Tatbestandsseite der Erlaubnisnorm pflichtgemäßes Ermessen zu üben.

Zunächst muss eine Rechtsgüterabwägung stattfinden.

Die zuständige Behörde muss folgende Rechtsgüter einander gegenüberstellen:

betroffenes Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

rechtlich geschütztes Interesse des Antragstellers

z.B. Leben, Gesundheit, Eigentum (wie in Art. 37 Abs. 2 S. 1)

z.B. Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG für Art. 37)

Überwiegt ein Interesse, so ist seiner Verwirklichung, seinem Schutz, die Folge zu geben.

Nur dann, wenn sich die Rechtsgüter die Waage halten, ist ein Ermessensspielraum der Befugnissträger eröffnet, d.h., die zuständige Behörde kann dann nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit/ Nützlichkeit (Opportunität) die Erlaubnis erteilen oder versagen.

### **Allgemeines zu den Befugnisnormen**

Auf jede einzelne Befugnisnorm kann aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Für Einzelheiten der i.F. nicht erläuterten Normen sei auf die Kommentare (z.B.: Schieder-mair/König, Bengl/Berner Emmerig, ... ) verwiesen.

Aufschlussreich sind auch auf die Vollzugsbekanntmachung zum LStVG(VollzBekLStVG) (MABl. 1986, 361, auch abgedruckt in: Schieder-mair/König, S. 327 ff.).

### **Bewehrung**

Einzelfallanordnungen, die auf Grund einer dieser Ermächtigungen ergehen, sind, mit Ausnahme solcher auf Grund des Art. 28 Abs. 3, sämtlich bewehrt.

Zu beachten ist Art. 4 Abs. 2, wonach Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen der Verwaltungsbehörden für den Einzelfall nur dann geahndet werden können, wenn die Einzelfallanordnungen auf bewehrte LStVG Vorschriften verweisen und wenn die Anordnung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsbehelfen angefochten werden kann oder ihre Vollziehung angeordnet ist. (vgl. VwGO §§ 68 ff., 80).

### **Art. 7 Abs. 2 und 3 als Ergänzungsnormen**

Bei den speziellen Befugnisnormen kommt, falls durch sie keine abschließende Regelung getroffen wird und es keine noch spezielleren Ermächtigungsnormen für den betroffenen Bereich gibt (vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 1), eine ergänzende Anwendung der Art. 7, Abs. 2 und 3, in Betracht.

## **Die Voraussetzungen einzelner Befugnisnormen:**

### **(1) Gebots-/Verbotsnormen**

#### **Art. 12 Abs. 2 - Verhütung von übertragbaren Krankheiten**

##### **Schutzzweck:**

Schutz des Lebens und der Gesundheit.

##### **Übertragbare Krankheiten**

„Übertragbare Krankheiten“ sind solche i.S.d. § 1 BSeuchG (BSeuchG: „§ 1 [Übertragbare Krankheiten] Übertragbare Krankheiten im Sinne dieses Gesetzes sind durch Krankheitserreger verursachte Krankheiten, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden können.“).

Dieses sind alle durch Erreger verursachten bekannten oder bisher unbekanntem *Krankheiten, die durch Menschen, Tiere oder Gegenstände, sowie durch Lebensmittel, Wasser, Schmutz oder Staub auf den Menschen übertragen werden können*, gleichgültig auf welche Weise.

- die Erreger müssen nicht auf weitere Menschen übertragen werden können - für manche Krankheiten(z.B. Milzbrand, Tetanus, Tollwut, die meisten Salmonellen) ist der Mensch in der Infektions-Kette „blindes Endglied“ (Schumacher/Meyn, BSeuchG, 3. Auflage 1987, Erl. zu § 1; BayObLGSt 7, 326).
- Auch AIDS gehört zu den „übertragbaren Krankheiten“ (BVerfG BayVBl. 1987, 719/720).

- Zur Verhütung von Tierkrankheiten, die nur auf Tiere übertragen werden können, ist Art. 12 nicht anwendbar (dieser Bereich ist im Tierseuchengesetz [Sartorius I, Nr.870] geregelt).

### **Befugnisträger**

Befugt sind: kreisfreie Gemeinden  
Landratsämter  
Regierungen und das  
Staatsministerium des Innern

### **Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1**

Unter den Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 dürfen die Befugnisträger gemäß Art. 12 Abs. 2 Einzelfallanordnungen erlassen.

Art. 12 Abs. 1 ermächtigt dazu,

1. *die Beschäftigungsverbote des § 17 BSeuchG auch dort nicht genannten Personen aufzuerlegen, die andere anstecken können,*
2. *diesen und den in § 17 BSeuchG bezeichneten Personen die Tätigkeit*
  - a) *in Betrieben, in denen Lebensmittel hergestellt, verarbeitet oder abgegeben werden,*
  - b) *im Friseurhandwerk,*
  - c) *in Leihbüchereien oder in anderen Betrieben oder Einrichtungen, in denen die Gefahr besteht, dass die dort beschäftigten Personen andere anstecken,**verbieten oder von besonderen Voraussetzungen abhängig machen, welche die Eignung dieser Personen für die Tätigkeit oder die Beschäftigungen in solchen Betrieben oder Einrichtungen betreffen.*

Art. 12 Abs. 1 ist eine Erweiterung des § 17 BSeuchG (BSeuchG §17:

(1) Personen, die 1. an Cholera, Enteritis infectiosa, Paratyphus, Shigellenruhr, Typhus abdominalis oder Virushepatitis erkrankt oder dessen verdächtig sind, 2. an ansteckungsfähiger Tuberkulose der Atmungsorgane, an Scharlach oder an Hautkrankheiten, deren Erreger über Lebensmittel übertragen werden können, erkrankt sind, 3. Choleravibrionen, Salmonellen oder Shigellen ausscheiden, **dürfen** beim gewerbsmäßigen Herstellen, Behandeln oder Inverkehrbringen der in Abs. 2 genannten Lebensmittel **nicht tätig sein oder beschäftigt werden, wenn sie dabei mit diesen in Berührung kommen.**

(2) ...

**zum Verständnis der Problematik des Art. 12 LStVG ist eine genaue Lektüre des gesamten § 17 BSeuchG unerlässlich !).**

### **Art. 12 I Nr. 1 - Beschäftigungsverbote**

#### **Personelle Erweiterung des § 17 I BSeuchG**

§ 17 I BSeuchG richtet sich an einen in seinem Abs. 1 klar definierten Personenkreis. Art. 12 I Nr. 1 erweitert diesen Personenkreis auf alle Personen, von denen Ansteckungsgefahr ausgeht. Art. 12 I Nr. 1 ist also eine Ausdehnung der Ermächtigung zur Auferlegung von Beschäftigungsverboten des § 17 BSeuchG auf alle Personen, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt sind, und alle Personen, die Krankheitserreger ausscheiden, ohne selbst erkrankt zu sein (vgl. auch BSeuchG § 2 [BSeuchG: „§ 2 Im Sinne dieses Gesetzes ist“] Nrn. 1 und 4).

### **Art. 12 I Nr. 2 - Betätigungsverbote**

### Sachliche Erweiterung des § 17 BSeuchG

Art. 12 I Nr. 2, 1. Alt. erlaubt Betätigungsverbote.

§ 17 BSeuchG betrifft nur die Betätigung des in Nr. 1 festgelegten Personenkreises in solchen Betrieben, in denen bestimmte Lebensmittel hergestellt, verarbeitet oder abgegeben werden. Er betrifft auch nur solche Personen, die mit diesen Lebensmitteln in Berührung kommen.

Art. 12 I Nr. 2 a) hebt letztere Voraussetzungen auf. Art. 12 gilt für alle „Lebensmittel- Betriebe“. Die Personen müssen nur in diesen Betrieben beschäftigt sein oder sich betätigen, sie müssen nicht mit den Lebensmitteln in Berührung kommen.

Die Buchstaben b)-d) erweitern den Sachbereich. In den Buchstaben b) und c) werden bestimmte Sachbereiche beispielhaft angegeben. d) stellt klar, dass der Sachbereich alle Betriebe oder Einrichtungen umfasst, in denen im besonderen Maß die Gefahr besteht, dass die dort beschäftigten Personen andere anstecken.

Art. 12 I Nr. 2, 2. Alt. erlaubt es, die Tätigkeit in den in den Buchst. a)- d) genannten Betrieben von besonderen Voraussetzungen abhängig zu machen, „welche die Eignung dieser Personen für die Tätigkeit oder die Beschäftigung in solchen Betrieben oder Einrichtungen betreffen.“

### Ergebnis

Art. 12 Abs. 2 erlaubt nach seinem Wortlaut die Anordnung von Beschäftigungs- und die Anordnung von Betätigungsverboten.

### Vorgehendes Recht

Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für „... die Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren ...“ (Art. 74 Nr. 19 GG). Hiervon hat er durch das BSeuchG Gebrauch gemacht. Die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten bei Menschen ist, bis auf den Vorbehalt in § 80 Nrn. 5, 7, 8 BSeuchG, im BSeuchG erschöpfend geregelt.

Nur im Rahmen des Vorbehaltes des § 80 Nr. 7 BSeuchG (§ 80 BSeuchG: Unberührt bleiben 1. ... 7. landesrechtliche Vorschriften über das Verbot der Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder der Beschäftigung in bestimmten Betrieben, **soweit die Verbote über diejenigen des § 17 hinausgehen oder sich auf weitere als die darin bezeichneten Personen erstrecken.** 8. ...) kann der Landesgesetzgeber also Verordnungen auf der Grundlage des Art. 12 LStVG erlassen. § 17 BSeuchG enthält Beschäftigungsverbote und Betätigungsverbote. Er gilt aber nur für die in ihm aufgezählten übertragbaren Krankheiten. Art. 12 LStVG bildet die Grundlage für Maßnahmen gegen noch nicht bekannte, bzw. von § 17 BSeuchG noch nicht erfasste (übertragbare) Krankheiten.

Eine Einschränkung der Ermächtigung zu Anordnungen ergibt sich aus § 38 BSeuchG, der den § 17 BSeuchG ergänzt und die Kreisverwaltungsbehörden, bei Gefahr im Verzug auch die Gesundheitsämter (§ 34 II i.V. mit § 10 VII BSeuchG) dazu ermächtigt, Kranken, Krankheitsverdächtigen,... die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise zu untersagen und zwar durch Einzelanordnung (§ 64 I Nr. 5 BSeuchG).

Die Befugnis zu Einzelfallanordnungen beschränkt sich somit auf die in Art. 12 Abs. 1 Nr. 1 normierten Fälle.

Art. 12 Abs. 2 LStVG gibt aufgrund der Spezialität des § 38 BSeuchG nur die Befugnis zur Anordnung von Beschäftigungsverboten, nicht die zur Anordnung von Betätigungsverboten.

### Verfassungsmäßigkeit

Art. 12 LStVG enthält die Befugnis zu Berufsausübungsregelungen i.S.d. Art. 12 I GG. Nach der Stufentheorie (vgl. BVerfGE 7, 377 vom 11.6.1958) ist eine Berufsausübungsregelung zulässig, falls sie „vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls entspricht“. Die Verhütung der Ausbreitung übertragbarer Krankheiten durch eine gesetzliche Berufsausübungsregelung oder durch Einzelfallanordnungen erfüllt dieses Kriterium.

### **Ergebnis**

Art. 12 Abs. 2 gibt den oben genannten Behörden die Befugnis, die Beschäftigung von Personen, die an einer in § 17 Abs. 1 BSeuchG nicht genannten übertragbaren Krankheit erkrankt sind, oder dort nicht genannte Krankheitserreger ausscheiden, ohne selbst erkrankt zu sein, beim gewerbsmäßigen Herstellen, Behandeln oder Inverkehrbringen der in § 17 Abs. 2 BSeuchG genannten Lebensmittel, unter der Voraussetzung, dass diese Personen bei ihrer Tätigkeit mit diesen Lebensmitteln in Berührung kommen, per Einzelfallanordnung zu verbieten.

### **Art. 18 Abs. 2 - Halten von Hunden**

Geschützte Rechtsgüter:     Leben und Gesundheit  
  Eigentum  
  die öffentliche Reinlichkeit

### **Inhalt der Befugnisnorm**

Zum Schutz dieser Rechtsgüter sind die Gemeinden gemäß Art. 18 Abs. 2 befugt, Anordnungen für den Einzelfall zur Haltung von Hunden zu treffen.

Art. 18 Abs. 2 spricht von „Hunden“, nicht etwa von Hunden i.S.d. Abs. 1. Die Bestimmung bezieht sich also nur auf den Schutz der Rechtsgüter des Abs. 1, nicht auf die dort genannten Hundarten.

Inhalt der Anordnung kann ein Gebot oder Verbot sein, das nähere Verhaltensweisen des Tierhalters oder des Tierhüters (so auch BayVGH BayVBl. 1989, 214; §§ 833, 834 BGB) beim Halten von Hunden vorschreibt oder untersagt.

**Beispiele:**     Anleinplicht,  
                          Pflicht zur Haltung in einem Zwinger  
                          Schließvorrichtungen

Art. 18 Abs. 2 ist nicht nur wie Abs. 1 auf die Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Tieres eingeeignet. Es kann deshalb auch die Anbringung von Warntafeln an den Grundstückszugängen oder ein Maulkorbzwang angeordnet werden.

### **Konkurrenzen**

#### **Art. 7 Abs. 2 LStVG**

Durch die Einführung der Spezialbefugnis des Art. 18 Abs. 2 soll der Rückgriff auf die allgemeine Befugnis in Art. 7 Abs. 2, soweit es um die Modalitäten der Hundehaltung geht, entbehrllich werden (Bengl/Berner/Emmerig, Art. 18 Anm. 4a).

Art. 7 Abs. 2 ist aber anzuwenden, sofern Anordnungen über das Halten von Hunden hinausgehen sollen (z.B. Wegnahme, Tötung des Hundes), oder wenn andere als die in Art. 18 normierten Schutzgüter betroffen sind.

In der Praxis bedeutsam sind Anordnungen zur Unterbindung von Ruhestörungen durch Hundegebell. (Diese sind allerdings nur dann angezeigt, wenn der Beschwerdeführer nicht wegen

ebenso wirksamen Rechtsschutzes im Rahmen der Betätigung des Einschreitensermessens auf den Privatrechtsweg verwiesen werden kann.)

Bei erheblich belästigender Wirkung des Hundegebells kommt eine Anwendung des Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i.V.m. § 117 OWiG in Betracht, bei gesundheitsbeeinträchtigender Wirkung eine Anwendung des Art. 18 Abs. 2 LStVG.

### **Haltung von Kampfhunden**

(Der Begriff „Kampfhund“ ist in der „Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit“ vom 10. Juli 1992 definiert. Abgedr. in: Praxis der Gemeindeverwaltung (204. Nachlieferung Bayern, August 1993), K20 (LStVG), S. 103)

Art. 18 Abs. 2 LStVG bezieht sich nicht auf die Haltung von Kampfhunden. Diese wird von Art. 37 Abs. 1 LStVG mitgeregelt. Zwar regelt Art. 37 nicht explizit die Haltung von Kampfhunden, eröffnet aber i.V.m. Art. 36 Abs. 1 Alt. 1 die Möglichkeit die Kampfhundhaltung durch vollziehbare Auflagen zu regeln. (Näheres hierzu s.u. zu Art. 37 Abs. 1)

### **Art. 23 Abs. 1 S 1, Abs. 2 - Menschenansammlungen**

Geschützte Rechtsgüter: Leben und Gesundheit von Menschen,  
Sittlichkeit,  
ungestörte Religionsausübung (vgl. Art. 4 Abs. 2 GG , Art. 107 Abs. 2 BV)  
Eigentum und Besitz, wobei Schutzgut auch der Ort der Ansammlung selbst ist (Scholz/Decker, aaO., Art. 23 Anm. 3)

Der Begriff Sittlichkeit ist synonym zum Begriff Sittengesetz (vgl. Art. 98 S. 2 BV, Art. 2 Abs. 1 GG) zu verstehen.

Das Sittengesetz beinhaltet die Gesamtheit der sittlichen Normen, die Allgemeingut des Bewusstseins unserer Rechtsgemeinschaft und von der subjektiven Auffassung des Einzelnen unabhängig sind (Meder, BV-Kommentar, Art. 98 Rdnr. 6; Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 16).

### **Befugnisträger**

Befugnisträger sind die Gemeinden.

### **Art. 23 Abs. 2 - Weitere Befugnisträger**

Gemäß Art. 23 Abs. 2 ist für Ansammlungen, die über das Gebiet einer Gemeinde hinausgehen, auch die gemeinsame höhere Behörde, also der Landrat oder die Regierung, zu Anordnungen für den Einzelfall nach Abs. 1 S. 1 befugt.

### **Inhalt**

Sie dürfen für Ansammlungen einer größeren Anzahl von Menschen, insbesondere bei religiösen Feiern, Volksfesten und Sportveranstaltungen, Anordnungen für den Einzelfall erlassen.

### **Ansammlung**

Ansammlung ist eine Vereinigung einer Anzahl von Menschen zu einer Gruppe in der Öffentlichkeit oder in einem geschlossenen Raum.

In behördlicher Praxis und in der Rechtsprechung hat sich keine bestimmte Mindestanzahl von Menschen als größere Anzahl i. S. des Art. 23 Abs. 1 S. 1 durchgesetzt. Je nach Fallgestaltung liegt sie wohl zwischen 10 und 100 Menschen (Schiedermaier/König, Art. 23 Rdnr. 2).

### Konkurrenzen

#### **Vorrang des Versammlungsgesetzes - Art. 23 Abs. 1 S. 2, 1. HS**

Art. 23 Abs. 1 S. 1 gilt **nicht** für Versammlungen i.S. des Versammlungsgesetzes.

Nach § 1 VersammlG ist Versammlung eine „Zusammenkunft einer nicht auf einen bestimmten oder bestimmaren Personenkreis beschränkten (also öffentlichen) Mehrheit natürlicher Personen mit dem erkennbaren Ziel, gemeinsam in einer öffentlichen Angelegenheit durch Diskussion und Demonstration eine Aussage zu machen.“

Solche Versammlungen sind z.B. Bürgerversammlungen, Studentenversammlungen, ...

Dient eine Versammlung hingegen internen Vereinsangelegenheiten, so ist keine öffentliche Angelegenheit betroffen. Die Versammlung ist dann Ansammlung und fällt unter Art. 23 Abs. 1 S. 1.

Wegen des Charakters des Versammlungsgesetzes als abschließende Regelung zu Art. 8 GG, fallen Spontandemonstrationen, obwohl sie im BVerfGG nicht geregelt sind, unter den Vorbehalt des Art. 23 I S. 2.

#### **Vorrang des Straßenverkehrsrechts - Art. 23 Abs. 1 S. 2, 2. HS**

Das StVG, die StVO und die StVZO regeln erschöpfend den Straßenverkehr.

Für Menschenansammlungen auf öffentlichem Verkehrsgrund (Straßen, Wege, Plätze) gilt Art. 23 Abs. 1 S. 1 demnach nur, wenn Gefahren verhütet werden sollen, die das Straßenverkehrsrecht nicht berücksichtigt (vgl. VollzBekLStVG Art. 23 Anm. 4).

#### **Weitere vorrangige Normen**

Art. 23 Abs. 1 ist in solchen Bereichen nicht anzuwenden, auf denen schon spezialgesetzliche Regelungen für bestimmte Ansammlungen bestehen.

Solche sind z.B.:

- § 24 LuftVG,
- § 5 GastG (Auflagen zum Schutz der Gäste)
- §§ 120a ff. GewO (Betriebssicherheit)
- Schulrecht (schulische Veranstaltungen)

### Art. 24 Abs. 2 S. 1 - Ski- und Skibobfahren, Rodeln

#### **Befugnisträger: Gemeinden**

#### **Inhalt**

Art. 24 Abs. 2 S. 1 gibt die Befugnis, den Sportbetrieb an den dort bestimmten Orten vorübergehend zu untersagen oder zu beschränken, wenn dieses zur Verhütung von Gefahren oder aus sonstigen wichtigen Gründen erforderlich ist.

#### **Gefahren**

Gefahren können durch die Witterung, so z.B. durch starke Vereisung der Abfahrt (vgl. BGH NJW 1971, 1093), Lawinengefahr durch Neuschnee oder Wetterumschwung, Steinschlaggefahr oder Sturm,

oder durch menschliches Zutun, so z.B. durch

unaufschiebbare Baumaßnahmen oder Holzabfuhr entstehen.

### **Sonstige wichtige Gründe**

Als sonstige wichtige Gründe kommen z.B. Herrichten der Abfahrtsstrecke oder Schonung der Strecke für bevorstehende Sportveranstaltungen in Betracht.

### **Art. 29 Abs. 1 - Fliegende Verkaufsanlagen**

Schutzgüter: Orts- und Landschaftsbild  
Natur-, Kunst- und Kulturdenkmäler  
die öffentliche Reinlichkeit

Art. 29 Abs. 1 befugt die Gemeinden zu Anordnungen, in denen das Aufstellen fliegender Verkaufsanlagen (Def. in S. 2) an bestimmten Orten außerhalb öffentlicher Verkehrsflächen verboten oder davon abhängig gemacht wird, dass Störungen durch geeignete Vorkehrungen verhütet werden.

### **Einschränkung**

Gemäß Art. 29 Abs. 1 S. 3 bleibt Art. 85 BayBO unberührt. Von Art. 85 BayBO sind in seinem maßgeblichen Bereich unbedeutende fliegende Verkaufsanlagen nicht erfasst. Art. 29 Abs. 1 betrifft dementsprechend lediglich unbedeutende fliegende Verkaufsanlagen auf nicht-öffentlichem Grund. Er ergänzt § 33 Abs. 1 Nr. 2 StVO, der nur auf öffentlichem Grund gilt.

### **(2) Erlaubnisnormen**

#### **Art. 24 Abs. 2 S. 2 - Ski- und Skibobfahren, Rodeln**

Art. 24 Abs. 2 S. 2 gibt den Gemeinden die Möglichkeit, in Einzelfällen das Befahren von Hauptabfahrten oder Loipen mit Fahrzeugen

- zur Versorgung von Einrichtungen(z.B. Berghütten)
- zur Pistenpflege oder die
- Benutzung für land- und forstwirtschaftliche Zwecke zuzulassen.

### **Voraussetzung**

Es dürfen keine Gefahren für die Sicherheit der Sporttreibenden entstehen.

### **Ausnahme - Abs. 2 S. 3**

Eine Erlaubnis nach Abs. 2 S. 2 ist nicht erforderlich, soweit eine Ausnahmegenehmigung nach Art. 12 Abs. 2 BayImSchG vorliegt.

Für den Betrieb motorisierter Schneefahrzeuge bedarf es o.g. Ausnahmegenehmigung. Im Verfahren nach Art. 12 Abs. 2 BayImSch werden die durch Art. 24 Abs. 2 S. 2 geschützten Rechtsgüter mitberücksichtigt, weshalb es keiner weiteren Erlaubnis für den gleichen Lebensvorgang bedarf (vgl. Fundstelle 1978, Rdnr. 141).

### **Verkehrssicherungspflicht**

Die zuständige Gemeinde trifft im Umfang des Abs. 2 eine Verkehrssicherungspflicht. Ist eine Untersagung des Sportbetriebs zur Gefahrenabwehr „erforderlich“, so können entsprechende Maßnahmen trotz des Gesetzeswortlauts „kann ... untersagen...“ nicht mehr im freien Ermessen der Gemeinde stehen.



Der Sporttreibende muss sich darauf verlassen können, dass er auf einer nicht gesperrten offiziellen Abfahrtstrecke keinen Gefahren ausgesetzt wird, zu deren Verhütung eine Untersagung oder Beschränkung des Sportbetriebs - Art. 24 Abs. 2 S. 1 - erforderlich gewesen wäre oder die überhaupt erst durch eine Zulassung seitens der Gemeinde - Abs. 2 S. 2 - entstanden sind (vgl. Fundstelle 1967, Rdnr. 146; Stöckel, BayVBl. 1977, 71 ff.; Scheuer, DAR 1990, 121). Art. 24 Abs. 2 ist somit für die Gemeinden nicht nur Befugnis-, sondern auch „Verpflichtungs“-Norm. Kommt eine Gemeinde ihren öffentlich-rechtlichen Pflichten aus Art. 24 Abs. 2 LStVG nicht nach, so kann sie für dadurch entstandenen Schaden unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung verantwortlich sein (vgl. Fundstelle 1972, Rdnr. 27, s.a. Leitsätze des Deutschen Skiverbands in: FAZ vom 6.10.1981).

### **Art. 25 Abs. 2 - Zelten, Aufstellen von Wohnwagen**

Art. 25 Abs. 2 S. 1 begründet ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für das Errichten und Betreiben von Campingplätzen.

#### **Art der Campingplätze - Art. 25 Abs. 2 S. 4**

Art. 25 Abs. 2 S. 1 - 3 gelten nur für solche Campingplätze, die nicht einer Genehmigung nach der BayBO bedürfen.

Unter Art. 25 Abs. 1 fallen wegen Art. 2 Abs. 1 S. 2 und Art. 65 BayBO nur solche Zeltlager, die nach ihrem erkennbaren Zweck gelegentlich und nur für höchstens zwei Monate errichtet werden.

#### **Voraussetzung - Art. 25 Abs. 2 S. 2**

Es dürfen keine Rechtsgüter i.S.d. Abs. 1 gefährdet werden. Eine Gefährdung liegt dann vor, wenn eine konkrete Gefahr für eines der Rechtsgüter des Abs. 1 gegeben ist.

#### **Auflagen - Art. 36 Abs. 1 BayVwVfG**

Gegebenenfalls kann die Erlaubnis nach Art. 25 Abs. 2 S. 2 zur Sicherstellung der Erfüllung der Voraussetzung nach Art. 25 Abs. 1 mit Auflagen verbunden werden. Möglich sind Auflagen über die Anlage und Ausstattung des Platzes, insbesondere über seine hygienischen Vorkehrungen.

### **Art. 37 Abs. 1 - Halten gefährlicher Tiere**

#### **Inhalt**

Art. 37 Abs. 1 befugt die Gemeinden zur Erlaubnis der Haltung gefährlicher Tiere wildlebender Arten und der Haltung von Kampfhunden.

**Wildlebend** sind alle Tierarten, die üblicherweise nicht in menschlicher Obhut gehalten werden.

**Gefährlich** sind solche Tiere, wenn der Umgang mit ihnen wegen der ihnen eigentümlichen Veranlagungen oder Verhaltensweisen zu Verletzungen oder zu Schäden führen kann (z.B. Löwen, Tiger, Bären, große oder giftige Schlangen).

Auf die spezifische Eigenschaft einzelner Tiere (z.B. Gezähmtheit, Gutmütigkeit) kommt es nicht an (VollzBekLStVG Art. 37 Anm. 1, bestätigt durch BayVGHE v. 20.8.1985, BayVBl. 85, 693).

#### **Kampfhunde**

Bei Kampfhunden sind grundsätzlich die spezifischen Eigenschaften des einzelnen Tieres maßgeblich (Art. 37 Abs. 1 S. 2).

Genauer ist in der „Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit“ vom 10. Juli 1992 (Abgedr. in: Praxis der Gemeindeverwaltung(204. Nachlieferung Bayern, August 1993), K20 (LStVG), S. 103) festgelegt.

### **Voraussetzungen - Art. 37 Abs. 2**

#### **Berechtigtes Interesse - Art. 37 Abs. 2 S. 1 (1.)**

Der (zukünftige) Tierhalter muss ein berechtigtes Interesse nachweisen.

Berechtigte Interessen können sein: Einsatz zur Bewachung gefährdeter Besitztümer, Einsatz für wissenschaftliche Zwecke.

#### **Zuverlässigkeit des Tierhalters - Art. 37 Abs. 2 S. 1 (2.)**

Es dürfen keine Bedenken gegen seine Zuverlässigkeit bestehen. Zuverlässig ist, wer die Gewähr dafür bietet, dass er zukünftig für eine im öffentlichen und Nachbarinteresse ordnungsgemäße und artgerechte Tierhaltung sorgen wird (eine Aufzählung von in der Regel „unzuverlässigen“ Personen findet sich in VollzBekLStVG Art. 37 Anm. 4).

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit und Eignung eines Tierhalters können die Vorlage eines Führungszeugnisses und eines Sachverständigengutachtens (Art. 26 Abs. 1 Nr. 2 BayVwVfG) verlangt werden.

#### **Keine Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigentum oder Besitz - Art. 37 Abs. 2 S. 1 (3.)**

Es dürfen keine Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigentum oder Besitz entgegenstehen. Die Tiere müssen ihrer potentiellen Gefährlichkeit entsprechend gehalten und beaufsichtigt werden. (Es müssen aber auch die Erfordernisse einer artgerechten Tierhaltung erfüllt sein, VollzBekLStVG Art. 37 Anm. 4.)

#### **Haftpflichtversicherung - Art. 37 Abs. 2 S. 2**

Die Gemeinden **können** die Erlaubniserteilung vom Abschluss einer besonderen Haftpflichtversicherung abhängig machen.

#### **Sonstige Versagungsgründe bleiben unberührt - Art. 37 Abs. 2 S. 3**

Solche können sich z.B. aus den Tierschutz- und Naturschutzgesetzen ergeben.

#### **Keine Diensthunde - Art. 37 Abs. 3**

Gemäß Art. 37 Abs. 3 sind die dort genannten Diensthunde aus dem Geltungsbereich des Art. 37 Abs. 1 S. 1 ausgenommen.

#### **Übergangsregelung - Art. 37 Abs. 4 S. 1, S. 4**

Ausgenommen von der Geltung des Art. 37 Abs. 1 S. 1 sind Kampfhunde, deren Haltung der zuständigen Gemeinde gemäß Abs. 4 schriftlich fristgemäß und vollständig angezeigt ist. S. 4 nimmt auch die dort bestimmten Kampfhund- Abkömmlinge vom Geltungsbereich des Abs. 1 S. 1 aus.

### **Auflagen**

#### **Art. 37 Abs. 2 S. 1, 1. HS LStVG i.V. mit Art. 36 Abs. 1, 1. Alt. BayVwVfG**

Art. 37 Abs. 2 S. 1 eröffnet die Möglichkeit, die für die Haltung eines Kampfhundes erforderliche Erlaubnis mit Auflagen zum Schutz der Allgemeinheit zu verbinden.

**Beispiele:** Anlein-/Maulkorbzwang  
Kennzeichnung von Kampfhunden

ausbruchssichere Unterbringung  
Mitführen des Erlaubnisbescheids beim Ausführen von Kampfhunden.

Für die Haltung von Kampfhunden ist sie insoweit *lex specialis* zu Art. 18 Abs. 2.  
Das folgende Beispiel basiert auf der Gesetzeslage vor dem 10.4.1992, also vor Einfügung der Spezialbefugnisnormen Art. 18, 37 und 37a LStVG.

**Beispiel: Anlein- und Maulkorbzwang für „Kampfhund“ (vgl. Fst 1993, 97 f.)**

Der Bullterrier „Fritz“ biss bei einer Hunderauferei einen kleinen Hund in ein Bein, so dass es amputiert werden musste.

Die Stadt M prüfte daraufhin, ob aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Maßnahmen gegen den Hundehalter zu treffen seien. In diesem Zusammenhang wurde bekannt, dass der Hund bereits früher einen anderen Hund angefallen und gebissen hatte.

Ein von der Stadt M mit der Begutachtung beauftragter Sachverständiger stellte in seinem Gutachten fest, das Wesen des Hundes und sein Verhalten gegenüber Menschen seien nicht zu beanstanden. Nur anderen Hunden gegenüber sei die Reizschwelle abgesenkt, mit der Folge, dass Fritz sich schneller auf Raufereien einlasse.

Nur wegen dieses erhöhten Risikos einer Hunderauferei schlug der Sachverständige vor, dass der Hund nur vom Antragsteller an einer reißfesten Leine oder von anderen Personen, die ausreichend auf ihn eingehen könnten, mit reißfester Leine und angelegtem, beißsicherem Maulkorb ausgeführt werden dürfe. Die Stadt M erließ gegen den Hundehalter auf der Grundlage von Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG eine entsprechende sofort vollziehbare Anordnung. Dieser legte dagegen Widerspruch ein und beantragte beim Verwaltungsgericht erfolglos die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs. Die dagegen eingelegte Beschwerde wies der VGH zurück.

Der Beschwerdeentscheidung ist folgendes zu entnehmen:

*1. Zu den Voraussetzungen, unter denen bei einem „Kampfhund“ eine die Anordnung gemäß Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG rechtfertigende Gefahr für Leben oder Gesundheit angenommen werden kann: Bereits das erhöhte Risiko, dass der Hund anderen Hunden erhebliche Bißverletzungen zufügt, rechtfertigt eine Anordnung gemäß Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG.*

„...Zwar besteht im vorliegenden Fall keine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen... Doch besteht aufgrund der Feststellungen des Sachverständigen eine Gefahr für Sachwerte deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Hierunter fallen auch Hunde, die als Haustiere gehalten werden. Ein gesteigertes öffentliches Interesse an ihrem Schutz ergibt sich allgemein aus dem Tierschutzgedanken, aber auch daraus, dass gerade Hunde zu treuen, wertvollen und nicht ohne weiteres zu ersetzenden Genossen des Menschen werden können.“

**Anmerkung:** Heute wäre bei gleichem Sachverhalt eine Auflage zum Schutze der Allgemeinheit gemäß Art. 37 Abs. 2/ Abs. 4 LStVG i.V. mit der „Verordnung über Hunde mit gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit“ vom 10. Juli 1992 einschlägig (vgl. Verordnung Abs. 2 Nr. 2, wonach bei Bullterriern die Kampfhundeigenschaft bis zum Beweis des Gegenteils ohnehin zu vermuten ist).

**Art. 37 a Abs. 2 S. 1 - Zucht und Ausbildung von Kampfhunden**

Art. 37a Abs. 2 S. 1 befugt die Kreisverwaltungsbehörden zur Erlaubnis der, auf das Ziel gesteigerter Aggressivität und Gefährlichkeit gegenüber Menschen und Tieren gerichteten, Ausbildung von Hunden.

Entgegen der Gesamtüberschrift des Art. 37a sind von Abs. 2 nicht nur Kampfhunde i.S.d. Art. 37 erfasst, sondern alle Hunde.

### **Voraussetzungen - Art. 37 a Abs. 2 S. 2:**

#### **Sachkunde des Ausbilders (1.)**

Der Ausbilder muss ausreichende Kenntnisse und Fähigkeiten im Umgang mit den auszubildenden Hunden haben.

#### **Zuverlässigkeit des Ausbilders (2.)**

s. o., Zuverlässigkeit des Tierhalters - Art. 37 Abs. 2 S. 1 (2.)

#### **Ausbildung muss Schutzzwecken dienen (3.)**

s.o., Berechtigtes Interesse - Art. 37 Abs. 2 S. 1 (1.)

### **Ausnahmen**

#### **Art. 37a Abs. 2 S. 3**

Keine Erlaubnis zur Ausbildung von Kampfhunden i.S. der Verordnung vom 10. Juli 1992 (s.o. Fn 13).

#### **Keine Diensthunde - Art. 37 a Abs. 2 S. 4 -> Art. 37 Abs. 3 analog**

Gemäß Art. 37a Abs. 2 S. 4 sind die in Art. 37 Abs. 3 genannten Diensthunde auch aus dem Geltungsbereich des Art. 37a Abs. 2 S. 1 ausgenommen.

### **3. Polizeiliche (sicherheitsrechtliche) Generalklausel (Art. 11 Abs. 1 PAG; Art. 7 Abs. 2 LStVG) - auch i.V.m. spezialgesetzlicher Aufgabenzuweisung (Art. 11 Abs. 3 S. 2 PAG)**

**Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklausel (s.o. II. 1. d)**

**insb. Vorliegen einer konkreten, „im einzelnen Fall bestehenden Gefahr“ (Art. 11 Abs. 1 PAG, Art. 7 Abs. 2 LStVG: „für den Einzelfall“)**

## VII. Fehlerfreie Ausübung des sog. Entschließungsermessens? (Art. 5 Abs. 1 PAG, § 40 VwVfG) - ACHATZ

### 1. Opportunitätsprinzip

#### (A) Begriff

Opportun bedeutet günstig, tunlich, nützlich oder zweckmäßig und impliziert für den Normanwender einen Entscheidungsfreiraum. Dem entspricht der juristische Terminus Ermessen (Engisch, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1989, S. 11 ff.).

<u>TB-Voraussetzungen</u> des Art. 2 PAG (+)	<u>Rechtsfolge</u> Vorgehen nach Art. 5 PAG
Gefahr für öffentl. Sicherheit oder Ordnung	Behörde kann notwendige Maßnahmen treffen

Die Frage, **ob** (Entschließung) und **wie** (**Auswahl** unter mehreren Maßnahmen) die Behörde einschreitet, ist in ihr pflichtgemäßes **Ermessen** gestellt (Art. 5 I PAG).

Dieser Grundsatz wird Opportunitätsprinzip genannt und bildet den Gegensatz zum sog. Legalitätsprinzip des § 152 StPO.

Eingeräumt wird das Ermessen in der Regel durch Redewendungen wie „**kann, darf, soll**, ist berechtigt, ist befugt“ oder dergleichen. Aber auch die Worte „nach pflichtgemäßen Ermessen“ werden vom Gesetzgeber in diesem Zusammenhang verwendet. Auch die **Eröffnung** von **alternativen Rechtsfolgen**, die wahlweise gesetzt werden können, deutet auf eine vom Gesetzgeber gewollte Ermessensentscheidung hin.

#### Historischer Exkurs:

**Bis 1924** galt das **Legalitätsprinzip uneingeschränkt** für die **Strafverfolgungsbehörden** (auch die Polizei in dieser Funktion). Ein Polizeibeamter, der eine Straftat - mochte es sich auch nur um die Übertretung einer Polizeiverordnung handeln - nicht zur Anzeige brachte, etwa einen auf der falschen Straßenseite fahrenden Radfahrer nur über die Unzulässigkeit seines Tuns belehrte (und so die gestörte öffentliche Ordnung auf die denkbar schnellste Weise wiederherstellte!), hatte sich damit, wenn man das Legalitätsprinzip in solchen Fällen wirklich ganz ernst genommen hätte, der **Begünstigung im Amt** nach § 346 StGB (jetzt **Strafvereitelung im Amt**, § 258 a StGB) schuldig gemacht; er hätte Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren, bei milderer Umständen Gefängnis nicht unter einem Monat (heute Geldstrafe), zu erwarten gehabt.

**Praktisch** ist indes das Gesetz **nie** in dieser Strenge angewandt worden: ein Beispiel dafür, wie eine lebensferne Gesetzgebung sich selbst ad absurdum führen kann.

Erst die **Neufassung des § 153 StPO 1924** hat dann auch de jure die ausschließliche Geltung des Legalitätsprinzips in Strafsachen beseitigt; heute sind nach dieser Bestimmung Vergehen strafrechtlich dann nicht zu verfolgen, wenn die Schuld des Täters gering ist und an der Verfolgung kein öffentliches Interesse besteht, so vor allem, wenn bei Vermögensdelikten der verursachte Schaden gering ist. Auch die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt heute im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden (§§ 47, 53 OWiG).

Auf dem **Gebiet des Gefahrenabwehrrechts** hat das Legalitätsprinzip nie gegolten.

§ 10 II 17 ALR („Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwehrung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“) hätte zwar so verstanden werden können, aber das preußische OVG hat in ständiger Rechtsprechung ausgelegt, dass die Polizei über ihr Einschreiten nach Ermessen entscheidet und zwar sowohl über die Frage, ob eingeschritten werde, als auch über die weitere Frage, wie einzuschreiten sei. Dementsprechend räumte Art. 14 pr PVG ausdrücklich Ermessen ein.

**Knemeyer** stellt (wohl als Einziger) die Geltung des Opportunitätsprinzips generell in Frage. Dies begründet er unter Hinweis auf die Aufgabenzuweisungsnorm in § 1 Abs. 1 MEPolG und zusätzlich mit dem Rechtsstaatsprinzip. **Dagegen** spricht jedoch: Durch die Einräumung eines „Ausführungsermessens“ wird die allgemeine Handlungspflicht nicht gelockert. (Knemeyer, Funktionen der Aufgabenzuweisungsnorm in Abgrenzung zu den Befugnisnormen, DÖV 1978, S. 11 ff., ders., Polizeirecht, Rdnr. 91, ders., VVDStRL 35, 221 ff., 238. Zur Schutzpflicht des Staates und zum „Grundrecht auf Sicherheit“; ablehnend Martens, Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, S. 89, 97; Götz, PolR, S. 14.) Die ablehnenden Stimmen reichen von nicht praktikabel, permanentes Vollzugsdefizit bis hin zu verfassungswidrig. Eine **gelockerte gesetzliche Steuerung des Aufgabenvollzugs** unter Einräumung eines Bereichs behördlicher Eigenverantwortlichkeit ist der Rechtsordnung nicht fremd. Dies zeigt der Bereich der **planungsrechtlichen Entscheidungen** (vgl. auch Ossenbühl, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, S. 463 ff.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 370 ff.). Ferner ist zu beachten, dass im Polizeirecht jede Gefahrabwehrentscheidung eine Situationsentscheidung ist, die als solche sachlogisch situationsbedingt, d.h. nicht restlos vorbestimmbar, d.h. normierbar ist. Das heute gemeinhin anerkannte Opportunitätsprinzip im Polizeirecht erscheint unter diesem Blickpunkt **sachlogisch geboten**.

### **(B) Entschließungsermessen**

Das Entschließungsermessen beinhaltet das Ermessen hinsichtlich des „ob“ des polizeilichen Einschreitens. Es liegt insoweit im Ermessen der Polizei, ob sie gegen einen vorhandenen Störer einschreiten oder untätig bleiben will.

*Aufbau in der Klausur:*

- 1) Liegt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder bereits eine Störung vor? = Rechtsfrage
- 2) Soll zur Beseitigung der Gefahr eingeschritten werden? = Ermessensfrage (vgl. auch Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 372)

### **(C) Fehlerfreie Ausübung**

Das Ermessen räumt der Behörde zwar einen erheblichen Entscheidungsspielraum, aber keine völlig Freiheit ein (**kein sog. freies Ermessen**). Das Ermessen muss daher stets sachlich, dem **Zweck** der gesetzlichen Ermächtigung und eventuell ergänzend dazu erteilten **Ermessensrichtlinien** entsprechend ausgeübt werden. Die gesetzlichen **Grenzen des Ermessens** müssen genau eingehalten und beachtet werden (vgl. Art. 40 VwVfG). Den Behörden dürfen bei der Ermessensausübung keine Ermessensfehler unterlaufen. **Ermessensfehler** würden die Entscheidung der Behörde rechtswidrig und damit anfechtbar, aufhebbar und vernichtbar machen.

In Anlehnung an Art. 40 VwVfG und § 114 VwGO liegt ein Ermessensfehler vor:

- bei einer Ermessensüberschreitung
- bei einer Ermessensunterschreitung und

- bei einem Ermessensmissbrauch

### Ermessensüberschreitung (Verstoß gegen die äußeren Grenzen des Ermessens)

#### **Begriff**

Bei einer Ermessensüberschreitung werden die der Verwaltungsbehörde gesetzlich gezogenen äußeren Grenzen des Ermessens (nach „oben hin“) überschritten. Die von der Behörde im Einzelfall getroffene Maßnahme geht also **über** das **gesetzlich zulässige Höchstmaß** noch **hinaus**. Die Behörde tut oder veranlasst hier mehr als die gesetzliche Handlungsermächtigung ihr erlaubt.

#### **Nachprüfung durch die Gerichte**

vgl. § 114 VwGO

#### **Beispiele für Ermessensüberschreitungen**

- Eine Entscheidung wird getroffen, die das **Gesetz gar nicht vorsieht**.
- Eine Entscheidung wird getroffen, die das Gesetz in diesem bestimmten Fall nicht gestattet.

#### **Fälle**

- Die Einrichtung von bewachten und gebührenpflichtigen **Parkplätzen** zur Regelung des ruhenden Verkehrs ist als Maßnahme in der StVO nicht vorgesehen (anders Parkuhren und Parkscheiben, vgl. § 13 StVO); die Straßenverkehrsbehörde überschreitet daher ihr Ermessen, wenn sie auf Flächen, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, solche Parkplätze einrichtet (BVerwGE 4, 341; damit werden bewachte Parkplätze auf nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Grundstücken der öffentlichen Hand selbstverständlich nicht unzulässig).
- Auch dann liegt eine Ermessensüberschreitung vor, wenn die untere Verwaltungsbehörde ein Maßnahme trifft, die das Gesetz nur der höheren Verwaltungsbehörde gestattet (BVerwGE VR 22, 487 für die Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO).
- Grenzen des polizeilichen Ermessens ergeben sich unter Umständen auch aus internationalen Abkommen, so für Ausweisverfügungen (BayVGH BayVBL 1975, 531 f.: Zur Ausweisung eines wegen eines Verbrechens der Unzucht mit einem Kind rechtskräftig Verurteilten italienischen Staatsangehörigen - Einschränkung des Ermessens der Ausländerbehörde bei der Ausweisung durch internationale Verträge und EWG-Richtlinien; VG München BayVBl. 1975, 400 f. mit Anm. Kanein zum Vorrang zwischenstaatlicher Vereinbarungen vor dem Ausländergesetz; VG Köln GewA 1975, 173; OVG Berlin GewA 1975, 101 f.).

### **Ermessensunterschreitung (Ermessensmangel, Ermessensunterlassung)**

#### **Begriff**

Bei der Ermessensunterschreitung werden die der Verwaltungsbehörde gesetzlich gezogenen Grenzen des Ermessens unterschritten. Es wird also eine **Rechtsfolge gesetzt**, die sich noch **unter der Schwelle** des rechtlich zulässigen und notwendigen Eingriffs bewegt. Hier wird das **gesetzlich geforderte Mindestmaß nicht erreicht**.

#### **Fälle**

- An einer **Unterführung** einer Landstraße unter der Eisenbahn mit 3,10 m Höhe war kein **Höhenbegrenzungsschild** aufgestellt (VR 5, 78; das Urteil spricht jedoch mit Bezug auf schwere Gefahrenfälle unmissverständlich von einem „beschränkten Opportunitätsprinzip“).

- An einer in zwei Fahrbahnen geteilten gewölbten **Kurve mit Blauasphalt**, der besonders rutschig ist, stellte die Verkehrspolizei nur das amtliche **Schild „Schleudergefahr“** auf (VRS 16, 338).
- Der bei **Glatteis** zu einer Unfallaufnahme herbeigerufene Polizeibeamte hatte nicht sogleich Maßnahmen getroffen, um weitere Kraftfahrer vor der äußerlich nicht erkennbaren Vereisung der Fahrbahnen zu warnen (BGHZ 45, 143).
- Auf die **Änderung einer Vorfahrtsregelung** hatte die Behörde nur dadurch aufmerksam gemacht, dass sie das alte Vorfahrtsschild - hinter dem neuen - zunächst stehen ließ und es durch einen Sack abdeckte (VR 21, 668; zu den Sorgfaltspflichten bei der Anbringung von Verkehrszeichen siehe ferner auch BGH NJW 1961, 1572).

### **Mangel an Energie**

Ein besonders eklatanter Fall einer Ermessensunterschreitung ist gegeben, wenn eine Behörde von einem ihr eingeräumten Ermessen **überhaupt keinen Gebrauch gemacht** hat, weil sie zum Beispiel irrtümlicherweise angenommen hat, bei ihrer Entscheidung rechtlich gebunden gewesen zu sein.

Im Schrifttum wird ein so extremer Fall einer Ermessensunterschreitung überwiegend zutreffend auch als **Ermessensunterlassung** bezeichnet.

Beispiel:

- Polizeibehörde übt ihr Ermessen gar nicht aus, sei es aus **Bequemlichkeit** (BGH VRS 7, 87: „Mangel an Energie“; RG 121, 225, 232 f.), sei es, weil sie rechtsirrig angenommen hat, dass ihr ein Ermessen gar nicht zustehe (BVerwGE 15, 196, 199; Rh. Pf. OVG DÖV 1965, 388; OVG Lüneburg GewA 1977, 161), die betreffende Maßnahme etwa nicht zulässig sei (BVerwGE 37, 112, 115).

### **Tatsachenirrtümer**

Ist die Behörde **irrtümlich** von **Tatsachen** ausgegangen, die nicht vorliegen oder hat sie Tatsachen nicht gekannt, die **für** die **Ermessensausübung wesentlich** waren, so war sie von vornherein gar nicht in der Lage, eine ausreichende und sachgerechte Abwägung vorzunehmen. Ihr Ermessen ist schon aus diesem Grunde fehlerhaft (BVerwGE 4, 298, 300).

### **Beispiele**

- So ist eine baupolizeiliche **Abbruchverfügung** ermessensfehlerhaft, wenn der Behörde nicht bekannt war, dass der betreffende Bau bereits unter einer anderen als der gegenwärtigen Rechtslage errichtet worden war: obwohl die Behörde die Verfügung auch bei Kenntnis dieser Tatsachen hätte erlassen dürfen, wäre es doch denkbar, dass sie zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre (BW VGH VR 23, 829, 835; BW VGHE 31, 24).
- **Ausweisung eines Ausländers** wegen einer Straftat nach § 10 I Nr. 1 AusLG ist fehlerhaft, wenn die Behörde nicht berücksichtigt hat, dass inzwischen in den persönlichen Verhältnissen des Ausländers eine wesentliche Veränderung eingetreten ist: zur Zeit der Tat wohnte er allein in einem Ausländerlager, inzwischen war seine Ehefrau nachgekommen (BVerwGE, 51, 291, 296).

### **Weisungsunterworfenheit bei Ermessensentscheidungen?**

- Ein Ermessensfehler liegt auch vor, wenn die Polizeibehörde einer **ministeriellen Empfehlung** folgt, **ohne** selber **eigene Ermessenserwägungen** anzustellen (BayVGH VR 16, 76, 78).
- Die **Behörde darf** auf ihre Ermessensausübung auch **nicht** etwa deshalb **verzichten**, weil der Begünstigte sich für einverstanden mit der Anwendung der Verwaltungsvorschriften erklärt (OVG DÖV 1985, 204).



### Prozessuales

Erforderliche Ermessenserwägungen können auch nicht in verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgeholt werden (Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 45 Rdnr. 11 m.w.N.; OVG Münster E 22, 107, 114; NJW 1981, 936).

Zulässig ist dagegen, tatsächlich angestellte Ermessenserwägungen nachträglich vorzutragen (OVG Münster NJW 1981, 936; Kopp, VwVfG § 45 Rdnr. 19; Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 45 Rdnr. 11, 13).

### Ermessensmissbrauch (Verstoß gegen „innere Grenzen“ des Ermessens)

#### Begriff

Beim Ermessensmissbrauch werden die den Verwaltungsorganen rechtlich gezogenen „**inneren Schranken**“ ihres Handelns missachtet. Dies kann sowohl durch die Heranziehung unsachlicher oder sachfremder Erwägungen (**Willkür**) als auch durch einen Verstoß gegen den **Gleichbehandlungsgrundsatz** oder des so genannten Übermaßverbots geschehen.

#### Willkür und subj. Belieben

Als **Willkür** wird ein Handeln aus sachfremden Motiven bezeichnet. Dies ist zum Beispiel anzunehmen, wenn das Verwaltungsorgan bei seiner Ermessensentscheidung aus **Selbstsucht**, **Eigennutz**, **Schikane** oder zum Zweck der Begünstigung, der Bevorzugung oder der Benachteiligung eines anderen gehandelt hat.

**Missbräuchlich** ist eine Ermessensentscheidung darüber hinaus aber auch dann, wenn sich das Verwaltungsorgan dabei ausschließlich von unsachlichen Motiven und subjektiven Erwägungen leiten lassen hat, wie zum Beispiel beim Handeln aus Sympathie, Antipathie, Rachsucht, Missgunst, Neid oder dergleichen.

Hier ist auch das **Koppelungsverbot** zu beachten. Hier liegt der Fehler nicht im Zweck an sich, sondern in der Verbindung gerade mit der Ermessensentscheidung; so darf die Behörde bei ihrer Entscheidung über die baurechtliche Abrissverfügung nicht die Überlegung einfließen lassen, dass der Betroffene gemeindliche Abwassergebühren nicht beglichen hat (RG, JW 1933, 2116; BayObLGZ 33, 131; BGH DVBl 1972, 824).

#### Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch bei der Ermessensausübung ist die Verwaltung an den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG, im Ermessensbereich als „Willkürverbot“ wirkend, gebunden. Auch insoweit müssen daher „im wesentlich gleiche Sachverhalte“ grundsätzlich auch „im wesentlichen gleich behandelt werden“.

Im **Wesentlichen gleich gelagerte Sachverhalte** dürfen nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nur dann **rechtlich unterschiedlich behandelt** werden, wenn sich ein **vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender** oder sonstwie sachlich einleuchtender **Grund** dafür finden lässt (BVerfGE 1, 14 (16/52)). Die von der bisherigen Verwaltungs- und Ermessenspraxis abweichende Regelung braucht zwar nicht unbedingt die einzig mögliche oder die beste zu sein; sie muss aber „für eine am Gerechtigkeitsdenken orientierte Betrachtungsweise“ (BVerfGE 21, 6 (9) std. Rspr.) zumindest verständlich sein.

#### Verstöße gegen das Übermaßverbot

Auch durch das sog. Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit i.w.S.) wird die Ermessensbetätigung der Polizei begrenzt. Dies gilt insbesondere für die Ausübung des Auswahlermessens. Aber auch bei der Ausübung des Entschließungsermessens wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Teil schon bedeutsam.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein allgemeinverbindlicher Grundsatz auch des Verwaltungsrechts, der **bei jeder Entscheidung** eines Trägers hoheitlicher Befugnisse (Exekutivorgans) berücksichtigt werden muss, auch wenn er nicht ausdrücklich im Gesetz verankert worden ist.

Durch seine zusätzliche Aufnahme in ein Gesetz wie zum Beispiel in § 4 UZwg, § 9 II VwVg und § 11 BGSg wird die besondere Bedeutung dieses mit Verfassungsrank ausgestatteten allgemeinen Verwaltungsgrundsatzes lediglich noch einmal nachdrücklich unterstrichen. Im weiten Sinne umfasst der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Grundsatz der **Geeignetheit**, den Grundsatz der geringsten **Beeinträchtigung** (Erforderlichkeit) und den Grundsatz der **Angemessenheit** (Verhältnismäßigkeit i.e.S.).

### **Grundsatz der Geeignetheit des Mittels**

Die von der Polizei angewandten Mittel müssen zur Herbeiführung des damit angestrebten Erfolges auch geeignet sein. Sie müssen also bei einer **Störung oder Gefahr** geeignet sein, diese voraussichtlich vollständig zu beseitigen bzw. abzuwehren. Sollte dieses wider Erwarten nicht gelingen, müssen die angewandten Mittel zumindest als „ein Schritt in die richtige Richtung“ bewertet werden können (Götz).

Völlig ungeeignete oder **untaugliche Mittel** sind ihrem Wesen nach auch **nicht verhältnismäßig** und machen die polizeiliche **Maßnahme** daher von vornherein **fehlerhaft**.

### **Grundsatz der geringsten Beeinträchtigung**

Forderung mit dem geringsten Mittel den größtmöglichen Erfolg zu erzielen. Er fordert insoweit eine Beschränkung der behördlichen Maßnahmen und Mittel auf das **absolut notwendige Minimum**. Von mehreren möglichen und geeigneten Mitteln ist daher stets nur dasjenige zulässig und erlaubt, das den davon Betroffenen in seinen Rechten am wenigsten beeinträchtigt und berührt. Ist der gleiche Erfolg auch durch ein weniger einschneidendes Mittel und damit ein geringeres Maß an Beeinträchtigung erreichbar, dann ist nur dieses geringere Mittel verhältnismäßig und erlaubt.

**Beispiel:** Der Widerstand eines Störers kann mit Hilfe eines so genannten **Polizeigriffs** gebrochen werden (einfachste Form der Anwendung unmittelbaren Zwangs gem. § 2 I UZwG). In einem solchen Fall wäre die Anwendung des Polizeischlagstockes, der den Störer mehr beeinträchtigen würde, nicht verhältnismäßig und daher rechtswidrig.

### **Grundsatz der Angemessenheit**

= Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Auch das relativ geringste Mittel ist daher nicht zulässig, wenn es einen Nachteil oder **Schaden** herbeiführt, der **erkennbar in keinem Verhältnis zu dem** der Allgemeinheit oder dem einzelnen drohenden Schaden und damit dem nach der betreffenden Maßnahme **beabsichtigten Erfolg** steht. („Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen!“)

### **Verfahrensfehler**

Dreus/Wacke u.a., die die Einteilung nach § 40 VwGO als zu eng ansehen und die Meinung vertreten, dass § 40 VwGO und entsprechend Art. 114 VwVfG erweiternd ausgelegt werden müssen, ergänzen:

Ist für die Ermessensentscheidung ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben und sind diese **Verfahrensvorschriften verletzt** worden, so ist die **Entscheidung rechtsfehlerhaft**.

Ein Fehler, wegen dem die Ermessensentscheidung verwaltungsgerichtlich aufgehoben werden kann, liegt allerdings nur in zwei Fällen vor:

- (1) Wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden könne (**Art. 46 VwVerfG**), d.h. wenn bei Beachtung der Anforderungen an die Ermessensausübung keine andere als die getroffene Entscheidung rechtlich möglich war (sog. **Ermessensreduzierung auf Null**; dazu vgl. unten), ferner
- (2) wenn ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann, dass die Verletzung die Entscheidung beeinflusst hat.

Art. 46 VwVerfG gilt zwar grundsätzlich nur für gebundene VA, erfasst aber nach Wortlaut und Ratio im Fall der „Reduzierung auf Null“ auch Ermessensakte (Bettermann, in: Festschrift Ipsen, 1977, 271, 277 f.; Knack, VwVerfG § 46 Rdnr. 4.4; Kopp, VwVerfG § 46 Rdnr. 24 f.; Maurer, § 10, 41; Obermayer, VwVerfG § 46 Rdnr. 14; AM Meyer/Borgs, § 46 Rdnr. 27; Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 46 Rdnr. 7).

### **Problem**

Muss der Ermessensakt auch aufrechterhalten werden, wenn sicher feststeht, dass auch **bei Vermeidung des Verfahrensfehlers keine andere Entscheidung** ergangen wäre, der Verfahrensfehler für die Entscheidung also nicht kausal geworden ist (**z.B.** der Verfahrensfehler besteht darin, dass bei einer **Kollegialentscheidung** eine bestimmte Person nicht zur Abstimmung zugelassen wurde; nach dem **Stimmenverhältnis** ist aber klar, dass es auch bei ihrer Beteiligung zu keinem Ergebnis gekommen wäre)?

Nach Bettermann erfolgt die Aufrechterhaltung des Ermessensaktes in einem solchen Fall zwar nicht aus Art. 46 VwVerfG, wohl aber aus § 113 VwGO (Bettermann, in: Festschrift für Ipsen, 977, 293 f.; zustimmend Lerche, Kernkraft und rechtl. Wandel, 1981, 25 f.; Ossenbühl, NVwZ 1982, 456, 471; im Ergebnis (sog. konkrete Betrachtungsweise) übereinstimmend auch:

BVerwGE 56, 230, 233; Bay VGH NVwZ 1982, 512; VG Hamburg DVBl. 1980, 971 f.; im Schrifttum str.

### **Wichtige Fälle**

- Besetzungsvorschriften
- Verfahren von Kollegialorganen (z.B. Entscheidung des **Gemeinderats** über die Zustimmung zur Verlängerung der Polizeistunde nach § 4 II RhPf VO i.d.F. vom 28.8.1992, GVBl. 197
- Verletzung des rechtlichen Gehörs
- Unterlassung einer sonst rechtlich vorgeschriebenen **Anhörung** von Behörden oder Privatpersonen
  
- Kein Verfahrensfehler liegt vor, wenn das **Gesundheitsamt** eine **gesundheitspolizeiliche Maßnahme** aufgrund einer Tatsache trifft, die ihm unter Bruch der ärztlichen Schweigepflicht mitgeteilt worden ist; die **Verletzung der Schweigepflicht** berührt in diesem Fall nicht die rechtliche Zulässigkeit der getroffenen Verwaltungsmaßnahmen (BVerwG DÖV 1972, 59).

## 2. Ggf. Anspruch auf polizeiliches Einschreiten (bei diesbezüglicher „Ermessensschrumpfung“)

**Fall** BVerwGE 11, S. 95 - Bandsäge

**Nachbarn** eines Kohle- und Fuhrgeschäfts beantragten wegen der durch den Betrieb verbundenen Lärm- und Staubbelästigung ein **bauaufsichtliches Verbot**, dessen Erlass durch die zuständige Behörde abgelehnt wurde.

Die Erstinstanz verpflichtete die Behörde zur Untersagung des Betriebs; das OVG hob auf und wies die Klage mit der Begründung ab, es fehle an einem **Rechtsanspruch für das behördliche Einschreiten**. Die Behörde sei bei einem ordnungswidrigen Zustand zwar zum Eingreifen berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Das BVerwG hob das zweitinstanzliche Urteil mit der Begründung auf, dass zwar nachbarschützende Normen nicht ohne weiteres einen Rechtsanspruch auf ordnungsbehördliches Einschreiten gäben; für eine rechtsfehlerfreie Ermessensausübung seien aber Ausmaß und Schwere der Störung maßgebend, so dass **bei hoher Intensität der Störungs- oder Gefahrenlage** die Entschließung der Behörde zum Nichteinschreiten als schlechthin ermessensfehlerhaft erscheinen könne (Ermessensreduzierung auf Null).

**Fall** BVerwGE 37, S. 112 - Garagenausfahrt

Zuerkennung eines Anspruchs des Anliegers gegen die Straßenverkehrsbehörde aus § 4 I 1 StVO auf ermessensfehlerfreie Entschließung darüber, ob und ggf. welche Maßnahmen zur **Beseitigung von Behinderungen** zu treffen sind, wenn der **Anlieger** infolge auf der gegenüberliegenden Straßenseite geparkter Fahrzeuge seine Garageneinfahrt nicht nutzen kann (vgl. auch OVG Münster, NVwZ 1983, 101 und Jus 1983, 400; OVG Berlin, Jus 1983, 561).

### Problem

Fraglich ist, ob es Fälle gibt, in denen die **Polizei trotz** des ihr prinzipiell zustehenden **Ermessens** nicht frei, sondern vielmehr zum Tätigwerden rechtlich **verpflichtet** ist, und damit die zusammenhängende Frage danach, ob ein betroffener **Bürger** einen (subjektiv-öffentlich-rechtlichen) **Anspruch** auf polizeiliches Einschreiten hat, den er entweder im Wege der **Verpflichtungsklage** vor dem VG präventiv durchsetzen oder aber „repressiv“ im Wege der **Amtshaftungsklage** vor den ordentlichen Gerichten wenigstens liquidieren kann.

### Frühere Auffassung

Nach früherer Auffassung besteht **kein Anspruch** auf polizeiliches Einschreiten, weil die Pflichten der Polizei den Interessen der Allgemeinheit dienen, nicht aber individuelle Interessen schützen (vgl. z.B. OVG Münster, OVGE 6, 43 [51]).

### Heutige Auffassung

Nach heutiger Auffassung und herrschender Meinung ist ein **Anspruch** auf polizeiliches Einschreiten **möglich** (vgl. BVerwGE 11, 95; 37, 112 (113); OVG Berlin, NJW 1980; 2484 m.w.N.; VGH Kassel, NJW 1984, 2305f; vgl. auch zum ganzen: König, Rechtsanspruch auf Einschreiten der Behörde - Die durchsetzbare Schutzfunktion der Verwaltung - in BayVBl. 1969, 45 ff.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrabwehr I 8. Auflage 1975, 135).

Soweit Entscheidungen der **Verwaltungsgerichtsbarkeit** einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten im Einzelfall bejaht haben oder ein solches Recht prinzipiell konzederen (vgl. BVerwGE 11, 95; DÖV 1969, 465; OVG Münster DVBl. 1967, 546; OVG Lüneburg DVBl. 1960, 648; DÖV 1963, 769; DVBl. 1967, 779), meinen sie nur das formal subjektiv-

öffentliche **Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung**. Dies steht allen im konkreten Fall in ihren Rechten, Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen Gefährdeten zu (Degenhart, JUS 1982, 330, 334, Öffentlich-rechtliche Fragen der Hausbesetzung; Götz, NVwZ 1984, 211 (216); Martens, DÖV 1982, 97; Pietzcker, JuS 1982, 106).

Dieses Recht auf ein ordnungsgemäßes Entscheidungsverfahren geht zwar **nicht** auf ein **bestimmtes Entscheidungsergebnis**, kann aber auf ein bestimmtes Entscheidungsergebnis im Einzelfall hinauslaufen, wenn nach den konkret-individuellen Umständen ein korrektes Entscheidungsverfahren nur ein rechtmäßiges Ergebnis, nämlich polizeilich einzugreifen, hervorbringen kann.

### **Ermessensschrumpfung**

In diesem als **Ermessensreduzierung „auf Null“** (oder Ermessensschrumpfung) bekannten Fall kommt der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung einem **strikten Rechtsanspruch** auf ein bestimmtes Verwaltungshandeln, ein praktisches Ergebnis gleich (BVerwGE 11, 95, 97; OVG Lüneburg DVBl. 1967, 779), behält aber dogmatisch seinen eigenständigen Charakter.

### **Voraussetzungen für eine Ermessensschrumpfung**

#### **- hohe Gefahr**

Nach der **höchstrichterlichen Rspr.** tritt eine Ermessensschrumpfung nur ein, wenn eine hohe Intensität der Störung (E 11, 95, 97) oder besonders schwere Gefahrenfälle (E DÖV 1969, 465) oder - um eine letzte Wendung zu zitieren - wenn wegen „drohender Intensität der Störung“ schwere Gefahren (so OVG Saarlouis, mitgeteilt in VG Saarlouis DVBl. 1969, 95 [596]) drohen.

Sieht man von der **radikalen**, aber so nicht zu haltenden **Gegenposition** des **VG Saarlouis** ab (DVBl. 1969, 595 m. Anm. Schnapp), nach welcher ein polizeiliches Einschreiten immer dann geboten sein soll, wenn Rechtsverletzungen vorliegen, so lässt sich eine Wendung der **restriktiven Rechtsprechung** der VG nur erreichen, wenn die Voraussetzungen für eine Ermessensschrumpfung gesenkt werden. Solche **Vorschläge** werden im **Schrifttum** vertreten. Es stellt auf Bedeutung und Wert des verletzten Rechtsguts ab.

Bei Götz (Allg. Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 1975, 72, jetzt Götz, S. 74) und Drews/Wacke u.a. (Drews/Wacke/Vogel, S. 166 f.) findet sich der Hinweis, dass Fälle denkbar seien, in denen trotz geringerer Gefahrenintensität bei sachgerechter Ermessensbetätigung nur eine Entscheidung rechtmäßig sein könnte (vgl. auch BVerwGE 37, 112, s.o.); damals hatte das Gericht anstelle einer schweren Gefahr eine **bloße verkehrsrechtliche Behinderung** durch gegenüber einer Garagenausfahrt parkende Fahrzeuge als ausreichend erachtet, um im Prinzip einen Anspruch des Garagennutzers gegen die Polizeibehörden auf das Anbringen von Sperrmarkierungen auf der gegenüberliegenden Straßenseite zu bejahen).

Diese Entscheidung ist **nicht**, wie Ossenbühl dies meint, „**singulär**“ geblieben (Ossenbühl, Fn. 178, 468, Staatshaftungsrecht, 3. Auflage 1983); vielmehr wird in neueren Entscheidungen etwa auch ein Anspruch auf **Einschreiten gegen** eine baurechtswidrige **Taubenhaltung** (OVG Berlin NJW 1983, 777, 778), gegen übermäßigen **Verkehrslärm** (OVG Münster, NVwZ 1983, 101) oder gegen **Obdachlosigkeit** (OVG Berlin DVBl. 1980, 1050 f.; VGH Kassel NJW 1984, 2305) zugebilligt.

Diese Fälle zeigen, dass es Situationen geben kann, in denen sich der einzelne gegen Beeinträchtigungen (Dritter) nicht selbst helfen kann (z.B. durch privatrechtlichen Rechtsschutz), sondern des Schutzes der Verwaltung bedarf.

### Grundsatz der Subsidiarität

(Vgl. BVerwGE DÖV 1969, 465; Drews/Wacke/Vogel, S. 169).

Nach der Rechtsprechung muss kumulativ zu den grundsätzlich schweren Gefahrenfällen eine weitere Voraussetzung hinzutreten, um eine Ermessensschrumpfung und damit eine Eingriffspflicht der Polizei zu begründen. Eine Verpflichtung zum Eingreifen entfällt danach jedenfalls dann, wenn der **Betroffene sich selbst** der ihn treffenden Gefahren und Störungen **erwehren kann**, insbesondere etwa im Wege der **zivilrechtlichen Nachbarklage**. In einem solchen Falle besteht kein Anlass, die Rechtsposition des Betroffenen öffentlich-rechtlich zu verstärken. Dies gilt auch dann, wenn die Zivilrechtslage unklar ist, andernfalls würde man durch eine Pflicht zum polizeilichen Einschreiten der Verwaltung das Prozessrisiko zuschieben (vgl. OVG Lüneburg DVBl. 1960, 648; dagegen VG Saarlouis DVBl. 1969, 595).

Allerdings muss beachtet werden, dass - insbesondere bei **Störungen** durch gewerbliche Immissionen - eine über das individuelle Nachbarschaftsverhältnis hinausgehende „**Gesamtlösung**“ erforderlich sein kann, die durch die inter partes wirkende Rechtskraft eines zivilrechtlichen Urteils nicht ermöglicht wird. Deshalb hat **z.B.** das **VG Schleswig** die Verweisung auf den Zivilrechtsweg für ermessensfehlerhaft erachtet (GewArch 1972, 267).

### Fallgruppen

- Pflicht der Polizei zum Einschreiten wegen **verkehrsrechtlicher Behinderung** (BVerwGE 37, 112, § 4 Abs. 1, S. 1 StVO sei eine drittschützende Norm)
- Kein Anspruch auf **Räumung eines besetzten Hauses** (VG Berlin, DVBl. 1981, 785; krit. Martens, DÖV 1982, 97; Wilke, Festschrift für Scupin, S. 838). Problematisch ist die Einstellung politischer Überlegungen und die Zementierung des rechtswidrigen Zustandes.
- Die Polizei ist nicht verpflichtet, bei **Verkehrslärmbelästigungen** zum Schutze Dritter einzuschreiten, wenn der Verkehrslärm die Grenze des Zumutbaren nicht übersteigt. Der Bürger hat keinen Anspruch darauf, dass die Polizei Verkehrsverstöße durch die Erteilung von Verwarnungen oder die Einleitung von Bußgeldverfahren ahndet (OVG Münster, NVwZ 1983, 101).
- Anspruch, dass die Behörden die nötigen **Auflagen gem. § 10 SprengstoffG** erlassen, wenn eine Sprengstoff-Fabrik das Leben (Art. 2 II GG) Dritter gefährdet (BVerwG Bay VBl. 1977, 153).
- **Verkehrsumleitung** (Jur 1939, 239 [RG])  
Gefahrenpunkt: Vermeidung der Durchfahrt durch ein enges Stadttor; Polizei muss Gebotsschild anbringen.
- Entdeckung einer kilometerlangen **Ölspur** auf der Fahrbahn (VRS 7, 87)
- die **Lagerung scharfer Minen** aus der Kriegslast in einem eingefriedeten Garten (VR 5, 319, 320)
- die ungenügende **Sicherung einer Straße**, die in das ehemalige „Reichsparteitagsgelände“ in Nürnberg mit seinen Baugruben usw. führte (BGH VR 11, 462)

### Übungsfall

Mitten im Stadtkern der Stadt P befindet sich ein Studentenwohnheim. Jede Nacht feiern die Studenten dort laute Feste. Der Nachbar N regt sich darüber sehr auf und verlangt von der Polizei, gegen diese nächtlichen Feste vorzugehen.

N will wissen, im Klageverfahren oder im vorläufigen Rechtsschutz, ob die Polizei hätte einschreiten müssen.

**Probleme**

- (1) Wenn die Polizei einschreitet, greift sie u.U. in Rechte Dritter (Studenten) ein.
- (2) Wenn die Polizei nicht einschreitet, stellt sich die Frage der Haftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG, wenn das Nichteinschreiten rechtswidrig war. **Schaden?** Kausalität? **Drittbezogenheit der Amtspflicht?**
- (3) Entschädigungsansprüche des N: In Betracht kämen Enteignung, Aufopferung; Problem der „Unmittelbarkeit“ - bei Nichteinschreiten wohl nicht gegeben.

### VIII. „Richtung des polizeilichen Handelns“ - richtiger Adressat (insb.: verantwortlicher „Störer“)

1. Bei speziellen Befugnisnormen (außerhalb des PAG oder bei „Standardmaßnahmen“ gem. Art. 12 - 29): Adressat ergibt sich regelmäßig aus der jeweiligen Befugnisnorm - vgl. dazu oben *KLAPPROTT* (VI.1.) und *RIEDI* (VI.2.a.)
2. „Störer“ bei Maßnahmen nach Art. 11 PAG und Art. 7 Abs. 2 LStVG - ABT

### Systematische Einordnung der Art. 7, 8 und 10 PAG

#### Primärebene (Gefahrenabwehr)

##### Funktion

Ist der polizeiliche Handlungsraum nach Art. 2 I PAG eröffnet, steht also eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung in Rede, stehen der Polizei zwei grundlegend verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung:

- Sie kann **Maßnahmen** treffen, die **nicht in Rechte von Personen eingreifen**  
**Bsp.** Streifenfahrten, allgemeine Verkehrsüberwachung, Hinweise, Belehrungen, etc.
- oder Maßnahmen, die **in Rechte von Personen eingreifen** (entspricht dem Maßnahmenbegriff im PAG)  
**Bsp.** Die Polizei gibt dem Lkw-Fahrer F auf, seine den Verkehr gefährdende Ladung besser zu befestigen und überstehende Teile zu entfernen. Die Polizei betritt die Wohnung des Verdächtigen V. Sie erschießt den tollwütigen Hund des A.

Eine Maßnahme der ersten Gruppe findet ihre Rechtsgrundlage allein in Art. 2 I PAG. Für Maßnahmen der zweiten Gruppe hält das Gesetz zusätzlich spezielle Befugnisnormen bereit, die zunächst zu einer bestimmten **Art von Eingriffsmaßnahme** berechtigen (vgl. Art. 11 - 48 PAG und die Befugnisse in Spezialgesetzen).

**Beachte:** Art. 11 PAG berechtigt unter den dort genannten Voraussetzungen im Prinzip zu jeder Art von Maßnahme.

Daneben bestimmen die meisten dieser Gesetze auch die **Richtung der Eingriffsmaßnahme**, also **wer** durch die Maßnahme gezielt in seinen Rechten eingeschränkt werden darf (*leges specialis*). Tun sie dies, tragen sie damit dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes (vgl. Art. 20 III GG und Art. 55 I BV) vollständig Rechnung. Tun sie es nicht (wie Art. 11 aber auch Art. 13 Nr. 1, 6; Art. 15 I; Art. 25 Nr. 1 PAG) muss die Lücke durch *leges generalis* geschlossen werden. Diese Funktion erfüllen Art. 7, 8 und 10 PAG, die also bestimmen, welche Personen durch Maßnahmen der Gefahrenabwehr gezielt in ihren Rechten eingeschränkt werden dürfen bzw. sollen (vgl. Götz, § 11 Rdnr. 185 ff.).

**Beachte:** Der **gezielte Rechtseingriff** besteht i.d.R. darin, dass die Polizei der Person mittels „**Polizeiverfügung**“ ein bestimmtes Verhalten (Tun, Unterlassen bzw. Dulden) gebietet.

Nach **Art. 9 PAG** darf von diesem Grundsatz nur unter den dort genannten Voraussetzungen abgewichen werden und darf die Polizei auch **ohne vorherige Verfü-**



**gung** an die in Art. 7, 8 und 10 PAG genannten Personen, in deren Rechte eingreifen.

### **Anwendungsbereich der Art. 7, 8, und 10 PAG**

- Sie sind *immer* zu prüfen für Maßnahmen, die auf die Generalbefugnis in Art. 11 I und II PAG gestützt werden.
- Sie sind *grundsätzlich nicht* zu prüfen für Maßnahmen, die sich auf **spezielle Befugnisnormen** stützen (seien es die in Art. 12 - 29 und 30 - 49 PAG oder andere Befugnisnormen in Spezialgesetzen) - vgl. oben VI. 1. und VI. 2. a).
- Sie sind *ausnahmsweise* dann auch für Maßnahmen zu prüfen, die sich auf eine **spezielle Befugnisnorm** stützt, wenn diese **offen lässt**, wer Adressat der Maßnahme sein soll (in wessen Rechte eingegriffen werden darf).
- Art. 10 PAG ist darüber hinaus *auch dann* zu prüfen, wenn sich aus der speziellen Befugnisnorm zwar ein Adressat ergibt, aber ein anderer als die Person, gegen die die Maßnahme tatsächlich gerichtet worden ist.

### **Sekundärebene (Kosten, Entschädigung)**

Auch bei der Bestimmung, wer die **Kostenlast für polizeiliche Maßnahmen** der Gefahrenabwehr zu tragen hat werden **Art. 7 und 8 PAG** wieder herangezogen, Art. 10 PAG dagegen, bei der Bestimmung von Entschädigungsberechtigten (vgl. unten XII. 1. b).

### **Die Adressaten polizeilicher Eingriffsmaßnahmen**

#### **Polizeipflichtigkeit**

Die potentiellen Adressaten polizeilicher Eingriffsmaßnahmen (formell Polizeipflichtige) werden in zwei Personengruppen eingeteilt:

- Personen, denen eine Gefahrenlage zuzurechnen ist („Verantwortliche“ oder „**Störer**“, vgl. Art. 7 und 8 PAG)

**Beachte:** Die **Zurechnung der Gefahrenlage** zu einer Person wird vom Gesetz aufgrund **objektiver Tatbestandsmerkmalen** vorgenommen; moralische Wertungen oder Aspekte des Verschuldens sind dieser Zurechnung fremd.

- Personen, denen eine Gefahrenlage *nicht* zuzurechnen ist („Nichtverantwortliche“, oder „**Nichtstörer**“, vgl. Art. 10 PAG)

**Beachte:** Personen dieser Gruppe kommen nur unter den strengen Voraussetzungen des **sog. polizeilichen Notstandes** (vgl. Art. 10 PAG) als Adressaten in Frage.

Aus den strengen Voraussetzungen für die Adressateneigenschaft Nichtverantwortlicher (2. Gruppe) folgt, dass polizeiliche **Eingriffsmaßnahmen vorrangig gegen die Verantwortlichen** (1. Gruppe) gerichtet werden sollen. Der Grund für diese Priorität bildet nach h.M. die **sog materielle Polizeipflicht**. Sie ist eine öffentlich-rechtlichen Pflicht, die sich aus der polizeirechtlichen Generalklausel ergibt und formuliert wird, als „die Pflicht eines jeden Rechtsgenossen, sein Verhalten und den Zustand seiner Sachen so einzurichten, dass daraus keine Störungen oder Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung entstehen“. Die materielle Polizeipflicht wird bei einer Maßnahme gegen einen Verantwortlichen *durch die Maßnahme im Einzelfall konkretisiert*.

#### **Personenkreis**

Als Adressaten polizeilicher Eingriffsmaßnahmen kommen grundsätzlich all jene Personen in Frage, denen zumindest ein Recht zusteht, in das eingegriffen werden kann.

### Natürliche Personen

**Beachte:** Da es auf die Rechtsfähigkeit ankommt, spielen Geschäfts-, Delikts- oder Verschuldensfähigkeit keine Rolle

### Juristische Personen des Privatrechts

**Bsp.** - AG, GmbH, e.V. (vollständig rechtsfähige), OHG, KG, (teilweise rechtsfähig)

**Beachte:** Auch nicht-rechtsfähige Vereine kommen als Adressaten von Eingriffsmaßnahmen in Betracht. Sie sind zwar keine juristischen Personen, es können ihnen jedoch teilweise Rechte zustehen (z.B. Recht frei zu kontrahieren).

### Juristische Personen des öffentlichen Rechts (Träger von Hoheitsgewalt)

Vgl. dazu oben II. 2. g).

Unstreitig haben auch diese juristischen Personen die Pflicht, die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht zu gefährden (**materielle Polizeipflicht**). Uneinigkeit herrscht aber über ihre formelle Polizeipflichtigkeit, also die Frage, ob sie als Adressaten von Eingriffsmaßnahmen der Polizei in Frage kommen (s. Streitdarstellung bei Schoch, Jus 1994, 849 [852]).

**Bsp.:** Eine Bundesbehörde verursacht in Erfüllung ihrer Aufgaben ruhestörenden Lärm (Tiefflieger der Bundeswehr). Ein städtischer Brauereibetrieb leitet Abwässer ungeklärt in einen Fluss, der durch ein Naturschutzgebiet führt. Darf die Polizei gegen die Verwaltungsträger einschreiten?

### Polizei- und ordnungsrechtlich Verantwortliche

In Art. 7 und 8 PAG werden näher bestimmte **Gefahrenlagen** näher bestimmten **Personen zugerechnet** und angeordnet, dass gegen diese Personen Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu richten sind.

Der Tatbestand beider Normen besteht also aus zwei Teilen:

- der Bestimmung der **Gefahrenlage** (also wodurch diese entstanden sein muss) und
- der Bestimmung der Kriterien für die **Zurechnung der Gefahrenlage zu einer Person**.

a) **Verhaltensstörer („Handlungsstörer“)** (Art. 7 PAG; Art. 9 Abs. 1 LStVG) - ABT

#### Gefahrenlage

Eine **Gefahr** muss durch das **Verhalten** einer **Person verursacht** worden sein.

- Gefahr (notwendig ist die genaue Feststellung, welche Gefahr betrachtet wird)
- Person: natürliche oder juristische
- Verhalten: alle Lebensäußerungen einer Person
- positives Tun
- Unterlassen, soweit eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum sicherheits- oder ordnungswahrenden Tun besteht

**Bsp.** Eigentümer E eines in der Stadt S gelegenen Grundstücks kommt seiner durch *kommunale Satzung* begründeten Winterstreu- und Räumspflicht nicht nach. Mieter M des auf dem Grundstück des E gelegenen Hauses kommt der Winterstrepflicht nicht nach, zu der *er sich im Mietvertrag verpflichtet hat*. Gegen wen darf die Polizei jeweils Maßnahmen treffen?

- Beachte:** (1) Streitig ist, wodurch diese Handlungspflicht begründet werden kann
- nur durch öffentlich-rechtliche Normen (h.M., vgl. nur Drews u.a., § 20, 1)
  - auch durch vorangegangenes gefahrenträchtiges Tun (OVG Münster NJW 1979, 2266)
  - auch durch privatrechtliche Normen, wobei streng die Subsidiarität polizeilichen Handelns zu beachten sei (Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 152)
- (2) Art. 14 II GG begründet keine Handlungspflicht des Eigentümers, Art. 8 ist für die Pflichtigkeit des Eigentümers *lex specialis* gegenüber Art. 7 PAG.
- (3) Der Besitz eines Gegenmittels begründet allein noch keine Handlungspflicht.
- (4) Schließlich folgt auch keine Handlungspflicht für eine Person allein aus der Tatsache, dass die Person selbst gefährdet wird.

### Verursachung

Die Diskussion über den polizeirechtlichen **Verursachungsbegriff** ist noch nicht abgeschlossen. Es sind **verschiedene Theorien** erarbeitet worden, wobei jede von ihnen eine gewisse Allgemeingültigkeit für sich in Anspruch nimmt. Einigkeit besteht heute jedenfalls darüber, dass es auf ein Verschulden der verantwortlichen Person nicht ankommen darf, sondern auf die Herbeiführung eines Erfolges (der Gefahr) ankommen muss.

### Ungeeignete Verursachungstheorien

- (1) Äquivalenztheorie (*conditio sine qua non*). Sie steht für einen naturwissenschaftlichen bzw. strafrechtlichen Verursachungsbegriff. Wegen ihrer (unendlichen) Weite und mangels eines wirksamen Korrektivs ist sie für das Polizeirecht ungeeignet.
- (2) Adäquanztheorie (Bedingung eines Erfolges, die nach allgemeiner Lebenserfahrung, generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen). Sie steht für den zivilrechtlichen Verursachungsbegriff. Für das Polizeirecht, das gerade auch auf außergewöhnliche, schwer vorhersehbare Entwicklungen reagieren muss, ist diese Theorie nicht geeignet.

### Vertretbare Verursachungstheorien (Auswahl)

- (1) Theorie der *rechtswidrigen* Verursachung (Bedingung eines Erfolges, die rechtswidrig gesetzt wird, d.h. dem „Recht“ nicht entspricht.)  
(Denninger, in: Lisken/Denninger, E, Rdnr. 63 ff., vgl. a. Herrmann, DÖV 1987, 666 [670 f.])
- (2) **Theorie der unmittelbaren Verursachung** (Bedingung eines Erfolges, die diesen *unmittelbar* herbeiführt. Das Merkmal der Unmittelbarkeit wird durch Betrachtung der **sog. Gefahrengrenze** eines Sachverhalts gewonnen. Diese Grenze markiere den Übergang von einer ungefährlichen auf eine gefährliche Situation. Alle **Glieder einer Ursachenkette**, die diese Grenze überschritten haben, seien grundsätzlich als unmittelbar ursächlich für eine Gefahr anzusehen. Bei **wertender Betrachtung** könne jedoch auch eines der Glieder durch seine „erhöhte Gefahrentendenz“ die anderen als unbeachtlich erscheinen lassen. Bei dieser Wertung wird auf **Kriterien**, wie **Pflichtverletzungen** und **Risikosphären** etc. zurückgegriffen.)  
[h.L., vgl. Martens, in: Drews u.a., S. 313, Götz, Rdnr.193; Selmer, JuS 1992, 97 (99)].

**Fall** HessVGH U. v. 4.9.1985; NJW 1986, 1829 - Auffahrunfall

### Sachverhalt

F war auf einer Bundesstraße auf einen anderen Pkw aufgefahren, dessen Fahrerin wegen eines unfallbedingten Rückstaus hatte anhalten müssen. Die fünf hinter F fahrenden Verkehrsteilnehmer fuhren jeweils in das vorausfahrende Fahrzeug hinein. Dabei entstand eine 100 m lange Spur aus ausgelaufenem Öl und Benzin; Öl- und Benzintank im Auto von F waren unbeschädigt geblieben. Gleichwohl nimmt die Gemeinde G, deren Feuerwehr die Öl- und Benzinspur beseitigt hat, F anteilig für die Einsatzkosten der Feuerwehr in Anspruch. F klagt dagegen.

### **Aus den Gründen**

*„(...) Zutreffend hat das VG auch eine polizeirechtliche Verantwortlichkeit des Kl. als Handlungsstörer nach §12 HSOG abgelehnt, weil durch sein Verhalten die durch die Öl- und Benzinspur entstandene Gefahr für die öffentliche Sicherheit auf der B 8 nicht unmittelbar verursacht worden ist. Nach der zu Recht vom VG im Anschluß an die herrschende Auffassung in Rspr. und Lehre vertretenen sog. Theorie der unmittelbaren Verursachung ist verantwortlicher Verursacher nur derjenige, dessen Verhalten oder dessen Sache die Gefahr unmittelbar verursacht hat (...). Darunter versteht man im Gegensatz zu entfernteren, lediglich mittelbaren Verursachern die Personen, die die letzte Bedingung für den Eintritt der Gefahr gesetzt haben (...). Das Verhalten muss damit selbst unmittelbaren den rechts- bzw. ordnungswidrigen Zustand herbeigeführt haben, die lediglich mittelbare Verursachung genügt also nicht (...). Das die Bedingung der Gefahr setzende Verhalten wird dann als unmittelbar kausal angesehen, wenn es seinerseits nicht polizeirechtlich neutral ist, sondern bereits für sich eine Polizeiwidrigkeit darstellt und deshalb die Gefahrengrenze überschreitet (...).*

*Denn verantwortlicher Verursacher ist nicht schon der, der mehr oder weniger zufällig im Kausalverlauf mittelbar zu einer Gefahrenlage beigetragen hat. Der Kl. hat weder durch seine Teilnahme am Straßenverkehr am Unfallort noch durch sein leichtes Auffahren auf den vorausfahrenden Wagen, dessen Fahrerin die Klgeg. ebenfalls herangezogen hat, eine unmittelbare Ursache für das Auslaufen des Öls und Benzins aus einem oder mehreren der nachfolgenden Wagen gesetzt. Wie das VG zutreffend festgehalten hat, ist die Fahrbahnverunreinigung mit der dadurch ausgelösten Gefahrenlage erst durch die schweren Auffahrunfälle der fünf nachfolgenden Wagen erfolgt. Bei welchem Fahrzeug die Grenze von der mittelbaren zur unmittelbaren Verursachung überschritten wurde und die Verhaltensverantwortlichkeit ihrer Fahrer beginnt, bedarf bezüglich der Inanspruchnahme des Kl. keiner Aufklärung und Entscheidung. Er hat nur wie der Unfallablauf zeigt, schadensferne und nur mittelbare Ursachen gesetzt und ist deshalb kein Störer.“*

**Fall** PrOVG U. v. 10. 10. 1929, PrOVGE 40, 216 - Schaufensterpuppe  
(Problem des Zweckveranlassers)

### **Sachverhalt**

In dem Schaufenster eines Zeitungshauses war eine Figur (Botenjunge) und ein Blattwender für die neuesten Tagesereignisse aufgestellt, die beide durch mechanische Mittel bewegt wurden. Da die Vorrichtungen die Vorübergehenden zum Stehenbleiben veranlassten und nach Ansicht des Polizeireviere hierdurch der Verkehr behindert wurde, ersuchte die Polizei mittels einer schriftlichen Verfügung an den Direktor des Zeitungshauses die Figur nebst Blattwender binnen 24 Stunden zu entfernen. Das Zeitungshaus klagt gegen diese Verfügung.

### **Aus den Gründen**

*„(...) Es ist zu berücksichtigen, dass in Fällen, wie dem vorliegenden, die Schaustellung mit der ausdrücklichen Absicht erfolgt, die Aufmerksamkeit der Vorübergehenden an sich zu ziehen; die Figur und der Blattwender waren aufgestellt, um möglichst viele Personen zum Ste-*

*henbleiben zu veranlassen und sie zum Lesen der Zeitungsblätter anzulocken. Das kann an einer Stelle unbedenklich sein, dann nämlich, wenn eine polizeiliche Gefahr für die Leichtigkeit des Verkehrs nicht besteht. An einer anderen Stelle kann durch die gleiche Veranstaltung der Verkehr behindert werden; alsdann muss der Gewerbetreibende als bewußter Störer des polizeimäßigen Zustandes gelten. Die Entscheidung hängt im einzelnen Falle von den örtlichen Verhältnissen ab: von der Breite der Straße, der Stärke des Verkehrs und schließlich von der Geneigtheit der Ortsbevölkerung, auf derartige Ankundigungsmittel einzugehen. Deshalb vermag auch der Einwand, dass die betreffende Art der Reklame „verkehrsüblich“ sei, eine Prüfung um konkreten Falle nicht auszuschließen (...).“*

**Fall** VGH Kassel B. v. 27.2.1992, NVwZ 1992, 1111 ff. - Bordell-Fall

### **Sachverhalt**

A vermietet zu horrenden Tagesmieten in einem mehrstöckigen Gebäude im Bahnhofsviertel der Stadt F Zimmer an Frauen zur Ausübung der Prostitution. Das Gebäude liegt im Geltungsbereich einer Sperrgebietsverordnung, die die Prostitutionsausübung verbietet. A selbst geht nicht der Prostitution nach. Gleichwohl untersagt die zuständige Ortpolizeibehörde (Ordnungsbehörde) A, Räumlichkeiten in jenem Gebäude zur Ausübung der Prostitution zur Verfügung zu stellen. A klagt dagegen.

**Fall** OVG Münster B. v. 10. 1. 1985; NVwZ 1985, 355 - Kokerei (Problem der Altlasten)

### **Sachverhalt**

Die Stadt D erwarb von der Ast., einer Bergwerksgesellschaft, das **Betriebsgelände** einer stillgelegten Schachanlage, auf der die Ast. unter anderem eine **Kokerei** betrieben hatte. Nachdem das Gelände aus der Bergaufsicht entlassen und von der Industriebebauung geräumt worden war, wurde ein etwa 18 ha großer Teilbereich in einem Bebauungsplan als **Wohngebiet** ausgewiesen und in Einzelparzellen zum Bau von Mietwohnungen und Eigentumsheimen weiterverkauft. 15 Jahre später stellten Gutachter fest, dass der Boden des Wohngebiets stellenweise stark durch kokereispezifische, leicht flüchtige **Kohlenwasserstoffe** (Benzol und Homologe, Dicyclopentadien - DCPD) verunreinigt sei. DCPD trete bereits nachweisbar **aus dem Erdreich** aus. Die Gutachter schlossen **chronische Gesundheitsschädigungen** der Bewohner nicht aus. Durch eine auf § 14 des Ordnungsbehördengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (NRWOBG) gestützte Ordnungsverfügung verpflichtete der Ag. daraufhin die Ast., auf dem im Kontaminationsschwerpunkt gelegenen Grundstück der Beigel. durch bautechnische Sanierungsmaßnahmen die Ausgasung von Benzol und DCPD zu unterbinden sowie die Wirksamkeit der Maßnahmen durch Luftmessungen auf diesem Grundstück zu kontrollieren. Der Ag. ordnetet die sofortige Vollziehung seiner Ordnungsverfügung an. Der hiergegen gerichtete Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen**

*„(...) Es spricht auch einiges dafür, dass die Ast. als Handlungsstörerin i.S.v. §17 I NRWOBG anzusehen ist. Sie hat die dargelegte Gefahr durch DCPD-Ausgasungen mindestens - was für eine Verhaltenshaftung gem. §17 I NRWOBG ausreicht - (...) mitverursacht (wird ausgeführt). Eine Inanspruchnahme des Ast. als Handlungsstörerin scheidet auch nicht deshalb von vornherein aus, weil die DCPD-Gewinnung (möglicherweise) auf einem zugelassenen Betriebsplan beruhte, der Abbruch der Produktionsanlagen durch das Bergamt genehmigt war und schließlich die Ast. endgültig aus der Bergaufsicht entlassen worden ist. Ob die Regel, dass derjenige nicht als Störer anzusehen ist, der lediglich eine von der Rechtsordnung vorgesehe-*

ne Möglichkeit der Rechtsausübung in sozial-üblicher Weise wahrgenommen hat (...), auch für bergbauliche Betriebshandlungen der hier streitbefangenen Art gilt, ist zweifelhaft. Gegen diese Annahme spricht, dass die Betriebshandlungen des Bergbaus von vornherein eine im Verhältnis zum Normalmaß erhöhte Gefahrentendenz zeigen. Die Betriebsplanzulassung dient demgemäß ebenso wie die Genehmigung zum Abbruch einer Produktionsanlage der präventiven Gefahrenabwehr, so dass fraglich erscheint, ob durch sie sanktioniert wird, wenn durch die zugelassenen Betriebshandlungen Gefahren für die öffentliche Sicherheit herbeigeführt werden (...). Die Klärung dieser Frage muss dem Hauptsachenverfahren vorbehalten bleiben. Eine Inanspruchnahme der Ast. als Handlungsstörerin scheidet weiterhin nicht offensichtlich daran, dass nach Abbruch der DCPD-Produktionsanlage und nach Stilllegung der Kläranlage andere Ursachen eingetreten sind, für die die Ast. als Verantwortliche ausscheidet und die die von ihr gesetzten Ursachen als polizeirechtlich irrelevant erscheinen lassen. Bei der Beurteilung der Kausalität im Polizei- und Ordnungsrecht und bei Auswahl der für den Eintritt der Gefahr wesentlichen Ursachen ist nach allgemeiner Ansicht darauf abzustellen, wer bei werter Betrachtung unter Einbeziehung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles die Gefahrengrenze überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat (...).“

### **Zurechnung der Gefahrenlage**

Die Gefahrenlage wird bestimmten Personen zugerechnet, deren Verantwortlichkeit für die Gefahr (und deren Beseitigung) somit durch das Gesetz begründet wird.

### **Gründe für die Zurechnung**

- Eigenes Verhalten, Art. 7 I PAG  
Verantwortlich ist zunächst die Person, die durch ihr *eigenes Verhalten* die Gefahr verursacht hat („**Gefahrenverursacher**“).
- Verpflichtung zur Beaufsichtigung, Art. 7 II PAG  
Daneben ist auch die Person verantwortlich, die verpflichtet ist, den „Gefahrenverursacher“ zu beaufsichtigen  
**Bsp.:** Eltern gegenüber ihrem minderjährigen Kinde (bis 14 Jahre),  
Betreuer gegenüber dem Betreuten (vgl. §§ 1896, 1901, 1905 BGB)
- Bestellung zu einer Verrichtung, Art. 7 III PAG  
Und schließlich wird auch die Verantwortlichkeit der Person begründet, die den „*Gefahrenverursacher*“ zu einer Verrichtung bestellt hat. Die Bestellung zu einer Verrichtung muss dabei keiner bestimmten Rechtsform entsprechen, es kann sich auch um eine bloße Gefälligkeit handeln. Die Gefahr muss in Ausführung der Verrichtung verursacht worden sein (innerer Zusammenhang mit dem Auftrag). Es besteht keine Exkulpationsmöglichkeit wie in § 831 II BGB.

**Beachte:** Die drei Zurechnungsvarianten sind nebeneinander anwendbar (kumulativ), schließen sich also nicht gegenseitig aus.

### **b) Zustandsstörer (Art. 8 PAG; Art. 9 Abs. 2 LStVG) - ABT**

#### **Gefahrenlage**

Eine **Gefahr** muss von dem **Zustand** einer **Sache** ausgehen.

- Gefahr: s.o.

- Sache: §§ 90, 90a BGB, aber auch Flüssigkeiten, gasförmige Stoffe und Sachgesamtheiten
- Zustand: objektive Eigenschaften; auch die bloße Lage der Sache im Raum
- **davon „ausgehen“**: Umstritten ist, ob das Merkmal *Ausgehen einer Gefahr von einer Sache* auf die Verursachung abzielt, oder ob der Zustand der Sache selbst die Gefahr bilden muss. (für die erste Lösung: Schenke, Rdnr. 95; Schoch, JuS 932 [936 f.], VGH München DVBl. 1986, 1283 (1285); für die zweite Lösung: Friauf, DVBl. 1971, 713 (716 f.), OVG Bad.Württ. DVBl. 1983 41 [42]; OVG Münster NJW 1980, 956). Dieser Streit spielt i.d.R. nur im Fall der „**latenten Gefahr**“ eine Rolle. Folgt man der ersten Lösung, so sind obige Kausalitätstheorien entsprechend anwendbar.

### Zurechnung der Gefahrenlage

Die Gefahrenlage wird bestimmten Personen zugerechnet, deren Verantwortlichkeit für die Gefahr (und deren Beseitigung) somit durch das Gesetz begründet wird.

### Gründe für diese Zurechnung

- Tatsächliche Gewalt, Art. 8 I PAG  
Verantwortlich ist zunächst die Person, die über die gefährliche Sache *tatsächliche Gewalt* hat. Dies ist der Fall, wenn es ihr objektiv möglich ist auf die Sache einzuwirken. Tatsächliche Gewalt setzt daher im Unterschied zum zivilrechtlichen Besitz kein Wissen oder gar den Willen die Sache zu beherrschen voraus.  
**Bsp.:** Im Kaufhaus des A hat der Erpresser E mehrere vergiftete Lebensmittel deponiert. A wird diese Gefahrenlage zugerechnet, obwohl er von diesen gefährlichen Sachen nichts weiß.
- Eigentum, Art. 8 II S.1 Alt.1 PAG  
Daneben ist auch der Eigentümer der gefährlichen Sache verantwortlich. Ausnahmsweise kommt aber nach Art.8 II S.2 der Eigentümer nicht als Adressat in Frage, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt dieselbe ohne den Willen des Eigentümers ausübt.  
**Bsp.:** B stiehlt dem A dessen Hund, von dem eine Gefahr oder Störung ausgeht (z.B. weil er auf Fahrradfahrer Jagd macht). A darf in diesem Fall, obwohl er Eigentümer der gefährlichen Sache ist, nicht *nach Art. 8* von einer polizeilichen Maßnahme betroffen werden (z.B. Verfügung, den Hund anzuleinen; oder gar das Erschießen des Hundes durch die Polizei).
- Andere Berechtigung, Art. 8 II S. 1 Alt. 2 PAG  
Auch andere Verfügungsberechtigte sind verantwortlich für die gefährliche Sache, die Gegenstand ihres Rechtes ist. Ihre Berechtigung kann dinglicher Natur sein (absolutes Recht), oder eine schuldrechtlich begründete Verfügungsbefugnis (relatives Recht).  
**Bsp.:** Erbbauberechtigter, Nießbraucher (§§ 1085 ff., 1030 ff. BGB), Nutzungspfandgläubiger (§ 1213 BGB).
- Aufgabe des Eigentums, Art. 8 III PAG  
Schließlich ist auch der frühere Eigentümer einer gefährlichen Sache verantwortlich, wenn er sein Eigentum an der Sache aufgegeben hat, und diese somit herrenlos geworden ist.  
**Beachte:** Häufig verursacht der Eigentümer schon durch die Aufgabe des Eigentums an der Sache die Gefahr nach Art. 7 I PAG.

**Fall** OVG Münster U. v. 30. 5. 1952; in: Vogel, Gerichtsentscheidungen zum Polizeirecht, 1971, S. 123 - Ahnenbrühe

### Sachverhalt

Neben einem **Friedhof** wird ein **Wasserwerk** errichtet, welches Wasser mit Verwesungsgiften produziert. Bei Einrichtung des Friedhofs wurden alle gesetzlichen Anforderungen beachtet. Die zuständige Sicherheitsbehörde ordnet die Schließung des Friedhofs an, wogegen sich die Friedhofsbetreiber wehren und klagen.

### Aus den Gründen

*„(...) Damit steht fest, dass die Friedhöfe beider Klägerinnen bei ihrer Anlage nicht polizeiwidrig sein konnten. Später aber könnten sie es nur durch polizeiwidriges Verhalten ihrer Eigentümerinnen (§ 19 PVG) oder durch Veränderung ihres Zustandes (§ 20 PVG) geworden sein. Hiervon ist nach dem Vorbringen der Parteien und dem Inhalt der Akten keine Rede. Die Friedhöfe ihrerseits können aber nicht dadurch polizeiwidrig werden, dass nach ihrer Errichtung in der Nähe eine Anlage geschaffen wird, die von den Friedhöfen Schäden in gesundheitlicher Hinsicht befürchtet. Eine an sich polizeimäßige Anlage kann nicht dadurch polizeiwidrig werden, dass in der Nachbarschaft eine andere Anlage errichtet wird und diese von jener irgendwelche der Abwehr bedürftigen Gefahren zu erwarten hat. Die Rechtslage im gegenteiligen Sinne zu betrachten, hieße die Kausalität umkehren. Es kommt also auf die Auswertung der Sachverständigengutachten im vorliegenden Verfahren nicht an. Denn selbst wenn man eine ungünstige Einwirkung der Friedhöfe auf das städtische Wasserwerk bejahen würde, könnte dieses Erkenntnis nicht dazu führen, die Friedhöfe der Klägerinnen zu schließen, da sie nicht die polizeirechtlichen Störer sind. Ob vielmehr umgekehrt das Wasserwerk die polizeiwidrige Anlage darstellt, die man (...) trotz Kenntnis der Friedhofsnähe dort errichtet hat, wobei anscheinend gewisse Unterlassungen zu verzeichnen sind, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden.(...)“*

**Fall** OVG Münster U. v. 16. 10. 1956; OVG 11, 250 - Schweinemästerei (sog. latenten Gefahr)

### Sachverhalt

A betreibt im Außenbereich einer Stadt eine „**emissionsreiche**“ **Schweinemästerei**. Jahre später hat sich die **Bebauung** der Stadt so **ausgedehnt**, dass die Bewohner bestimmter Häuser in der Nähe des Betriebes gestört werden. Die zuständige Sicherheitsbehörde gibt A die Schließung des Betriebes auf. A klagt gegen diese Verfügung.

### Aus den Gründen

*„... Mit Recht hat bereits der Beklagte in seinem Beschwerdebescheid hervorgehoben, die Tatsache, dass die Mästerei auf einen landwirtschaftlichen Betrieb zurückgehe, der bereits seit Jahrzehnten bestehe, könne zu keiner anderen Beurteilung der Rechtslage führen. Jede Schweinemästerei birgt gewisse Gefahren in sich, die indessen -solange die Umgebung rein landwirtschaftlichen Charakter zeigt und der Betrieb ordnungsgemäß geführt wird- hinzunehmen sind. Diese latent vorhandenen Gefahren werden aber mit zunehmender Bebauung und steigendem städtischen Charakter der Umgebung verwirklicht und damit polizeiwidrig, selbst wenn der Betrieb bei seiner Errichtung ordnungsmäßig geführt sein sollte und auch jetzt ebenso ordnungsgemäß geführt würde (...).*

*Die Bebauungsverhältnisse des Ortsteils der Stadt (...) in dem der Betrieb des Klägers liegt, haben sich im Wandel der Jahrzehnte nach Art städtischer Bauweise entwickelt. Der heutige Lebenszuschnitt der Bewohner dieses Ortsteils entspricht den Gepflogenheiten einer rein städtischen Bevölkerung. Da diese Gefahren von dem Betrieb des Klägers ausgehen, sind nicht etwa die später zugezogenen Anwohner, die sich polizeimäßig verhalten, für die Störungen verantwortlich. Vielmehr ist allein der Kläger als Eigentümer des Gefahrenherdes der*



*Verantwortliche im Sinne des § 20 PVG, so dass die Behörde ihn auf jeden Fall zu Recht zur Beseitigung der Gefahren in Anspruch genommen hat.(...)“*

### **Ausschluss der Zustandsverantwortlichkeit oder Reduzierung ihres Umfangs**

Die Verantwortlichkeit für den Zustand von Sachen nach Art. 8 PAG kann im **Einzelfall** zu **unbilligen Ergebnissen** führen.

**Bsp.:** Ein Flugzeug stürzt ab und trifft das Haus des Grundstückseigentümers E. Aus diesem Haus wird infolgedessen eine baufällige Ruine, von der für die Nachbargrundstücke und die Passanten auf der vorbeiführenden Straße Gefahren ausgehen. Soll E für die Beseitigung der Gefahren in vollem Umfang einstehen müssen?

Deshalb wird in bestimmten Fällen erwogen, die Inanspruchnahme des Zustandsverantwortlichen zu beschränken, auf eine Pflicht, die Gefahrenabwehrmaßnahmen zu dulden. Bei der Frage der **Kostentragung** für die polizeiliche Maßnahme müsste dann die gefahrenabwehrrechtliche **Primärebene** (Gefahrenabwehr) **von der Sekundärebene** (Kostenlast) **getrennt** werden und die Person nunmehr als Nichtstörer angesehen werden, der nicht für die Kosten der Gefahrenbeseitigung aufzukommen hat (vgl. dazu Friauf, in: v. Münch, BV S. 237 f.; Breuer, NVwZ 1986, 359 [363]; früher Schenke, in: Steiner, BV, 5. Auflage 1995, Rdnr. 173 f.; Papier, DVBl. 1985, 873 [878]; a.A., aber die h.M., Drews u.a., § 21, 1 m.w.N.; BVerwG, DÖV 1986, 287; jetzt auch Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 173 f.).

### c) **„Unmittelbare Ausführung“ der Maßnahme (Art. 9 PAG) - BITTLER**

#### **Anwendungsbereich**

Das **mehrstufige Verfahren** bei der Anwendung von **Verwaltungszwang** (Grundverfügung, Androhung, ggf. Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels) ist in den Fällen akuter Gefahr, für eine wirksame Gefahrenabwehr, angesichts des notwendigen Zeitaufwandes, untauglich.

In Art. 9 I PAG ist daher ein Rechtsinstitut normiert, welches dieses mehrstufige Verfahren, unter bestimmten Voraussetzungen, **in den Fällen akuter Gefahr ersetzen** kann. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Art. 9 I PAG jedoch nicht um eine Befugnisnorm, sondern lediglich um eine **Vollzugsnorm bei untypisierten Maßnahmen** i.S.d. Art. 11 I, II PAG und unter Umständen bei Maßnahmen nach Spezialgesetzen handelt.

#### **Begriff**

Die unmittelbare Ausführung gem. Art. 9 I PAG bedeutet die Vornahme einer **Maßnahme** (VA) durch die Polizei, **ohne den vorherigen Erlass einer entsprechenden Anordnung** gegenüber dem Verantwortlichen.

Fall: Die Polizei lässt einen verbotswidrig geparkten PKW abschleppen; eine vorherige Anordnung gegenüber dem Fahrer ergeht nicht, weil dieser nicht anwesend ist (vgl. Schäfer, in: BayVBl. 1989 S. 742).

Die unmittelbare Ausführung ist heute **von der Ersatzvornahme** gem. Art. 55 I PAG, **zu unterscheiden**, nachdem **früher** im bay. Polizeirecht, **beide Fälle als Ersatzvornahme bezeichnet** wurden.

Bei der Ersatzvornahme handelt es sich um ein Zwangsmittel der Verwaltung, bei der eine, dem Verantwortlichen bereits aufgegebene, Maßnahme, durch die Polizei vorgenommen wird, weil und wenn der Verantwortliche die aufgegebene Maßnahme nicht vornimmt.

#### **Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung**

Es müssen die **Voraussetzungen der Befugnisnorm** des Art. 11 II i.V.m. Art. 11 I PAG vorliegen, oder ggf. eine spezielle Befugnis außerhalb des PAG. (Art. 19 III S. 2 AbfG, Art.14 II BestG).

Es muss eine **vertretbare Maßnahme** in Betracht kommen. Eine vertretbare Maßnahme ist eine **Handlung**, die **anstelle des Verantwortlichen** auch **von einem Dritten vorgenommen werden kann**. Eine unmittelbare Ausführung kommt somit der Natur der Sache nach nicht bei Duldungen oder Unterlassungen in Betracht.

Eine **Anordnung gegenüber dem Verantwortlichen** i.S.d. Art. 7, 8 PAG kann nicht ergehen,

- weil der Zweck der Maßnahme, durch die Inanspruchnahme des Störers, nicht erreicht werden kann, da der Verantwortliche nicht bekannt oder zwar bekannt, aber nicht greifbar ist,
- weil der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme des Störers nicht erreicht werden kann, da eine Anordnung an den Verantwortlichen nicht zulässig ist.  
Unzulässig wäre eine solche Anordnung, wenn mit ihr, von dem Verantwortlichen, eine strafbare Handlung oder Ordnungswidrigkeit verlangt werden müsste.  
Beispiel: Anordnungsempfänger müsste, wollte er der Anordnung Folge leisten, ein fremdes, befriedetes Grundstück betreten.
- Ferner wäre eine solche Anordnung unzulässig, wenn von dem **Verantwortlichen** etwas verlangt werden müsste, was dieser nach seiner physischen oder psychischen Verfassung **nicht zu tun imstande** ist.  
Fall: Wegschaffen eines umgestürzten Baumes durch eine alte, gebrechliche Frau.
- weil der Zweck der Maßnahme durch die Inanspruchnahme des „Störers“ **nicht rechtzeitig** erreicht werden kann, da die **Abwehr der Gefahr** keinen Aufschub duldet und
  - die Anordnung an den Verantwortlichen erst nach Ablauf einer nicht in Kauf zu nehmenden Zeitspanne ergehen kann.  
Fall: „Störer ist im Urlaub“.
  - oder die Anordnung an den Verantwortlichen zwar sofort ergehen kann, dieser aber eine nicht in Kauf zu nehmende Zeitspanne benötigt, um der Anordnung nachzukommen.  
Fall: Der Beamte B entdeckt vor einem Haus schlecht riechenden Unrat. Der B kennt zwar den Eigentümer des Hauses und seine Lebensumstände, weiß aber, dass die Suche nach ihm längere Zeit dauern würde. Da die städtische Müllabfuhr in der Nähe ist, beauftragt B diese, den Unrat zu entfernen.

### Durchführung der Unmittelbaren Ausführung

#### Grundsatz

Die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme nach Art.9 I S.1 PAG wird grundsätzlich **von der Polizei selbst** vorgenommen. Dabei ist zu beachten, dass die Polizei die Maßnahme durchführt, die der Verantwortliche tätigen müsste, wenn eine Anordnung an ihn ergehen könnte, d.h. die Polizei beseitigt die Gefahr.

**Fall:** Polizeimeister P bemerkt auf einem Campingplatz ein (verbotswidriges) offenes Feuer. P kann trotz kurzer Suche keinen Verantwortlichen finden. P löscht daraufhin das Feuer selbst.

#### Ausnahme

Die Polizei kann sich auch eines **Beauftragten** bedienen. Dieser Beauftragte ist i.d.R. ein **vertraglich Beauftragter** (Werkvertrag §§ 631 ff. BGB). Es besteht jedoch zwischen Beauftrag-

tem und der Polizei kein öffentlich-rechtliches Verhältnis, da die Polizei **dem Beauftragten gegenüber nicht hoheitlich** handelt.

Der Beauftragte wird somit nicht zum Beliehenen, sondern ist lediglich **Verwaltungshelfer**. Das Verhalten des Beauftragten wird der Polizei (Freistaat Bayern) zugerechnet. Abweichende vertragliche Vereinbarungen zwischen „Polizei“ und dem Beauftragten sind jedoch möglich.

**Zwischen dem Beauftragten und dem „Störer“ bestehen dagegen keine vertraglichen Rechtsbeziehungen.**

Der Beauftragte führt ferner **auch keine GoA für den Betroffenen** durch.

Allerdings: **Haftung nach Deliktsrecht**.

Eingeschränkt ist die Einschaltung eines Dritten durch das **Willkürverbot**, welches auf den Grundsatz verweist, dass die **Polizei grundsätzlich** die Maßnahme **selbst** durchführen muss. Wenn also die Polizei selbst, ohne besondere Mühe, ohne Zeitverlust oder Verhinderung wichtiger, anderweitiger dienstlicher Obliegenheiten in der Lage ist, die unmittelbare Ausführung zu tätigen, würde sich die Inanspruchnahme eines vertraglich Beauftragten, für den Verantwortlichen als eine Art „Strafe“ auswirken, da sich für ihn eine Kostenfolge ergibt.

### **Die Unterrichtung des Betroffenen, Art. 9 I S. 1 PAG**

Die **Benachrichtigungspflicht** gegenüber dem Betroffenen ist eine der Polizei auferlegte **Rechtspflicht**.

Sie steht **nicht im Ermessen** der Polizei und ist unverzüglich (gem. § 121 I BGB) wahrzunehmen, sobald etwa vorrangige Aufgaben der Gefahrenabwehr es gestatten. Von der Benachrichtigung darf nicht abgesehen werden, wenn sie Ermittlungen notwendig macht. Die Unterrichtungspflicht entsteht dann erst, wenn der Betroffene bekannt geworden ist. Dabei ist zu beachten, dass Art. 9 I S. 2 PAG den Charakter einer drittbezogenen Amtspflicht hat, da die Unterrichtung auch den Belangen des Betroffenen dient.

Bleibt diese Unterrichtungspflicht von der Polizei ungeachtet, kann sie für den Betroffenen einen **Haftungsanspruch** auslösen. Inhaltlich ist die Unterrichtungspflicht jedoch nicht mit der vorausgegangenen Maßnahme verbunden, so dass ihre Verzögerung oder Unterlassung die Rechtmäßigkeit der Maßnahme selbst nicht beeinträchtigt.

### **Die Rechtsnatur der unmittelbaren Ausführung**

In Rechtsprechung und Schrifttum herrscht **Streit**, ob die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme nur tatsächliche (Realakt) oder auch rechtliche Wirkungen (Verwaltungsakt) entfaltet.

Die **Abgrenzung von Verwaltungs- und Realakt** ist in zweifacher Weise **bedeutsam**.

- Zum einen bestimmt sie die **Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit** der hoheitlichen Maßnahme. Die Art. 37, 39 und 41 BayVwVfG zeigen hier, dass der Verwaltungsakt einem strengeren Verfahren unterliegt als der Realakt.
- Zum anderen richten sich die statthaften **Klagearten**, die Klagefristen und damit die Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes nach der Unterscheidung zwischen diesen beiden behördlichen Handlungsformen.

**Beispiel:** Die Polizei lässt ein **verbotswidrig** in einer **Feuerwehreinfahrtszone geparktes Fahrzeug** auf einen nahe gelegenen öffentlichen Parkplatz abschleppen, da sie weder den Fahrer noch den Halter des Wagens rechtzeitig ermitteln kann.

Die unmittelbare Ausführung nach Art. 9 I PAG erfüllt folgende **Begriffsmerkmale des Art. 35 S. 1 BayVwVfG**:

- Sie ist eine **hoheitliche Einzelfallmaßnahme** einer bayerischen Behörde auf dem **Gebiet des öffentlichen Rechts**.
- Da sich die Maßnahme gegen einen abwesenden, unbekanntes Adressaten richtet, bleibt im Zeitpunkt ihrer Ausführung ungewiss, wessen Rechte sie berührt. **Fraglich** sind somit die Tatbestandsmerkmale „**Regelung**“ und „**unmittelbare Rechtswirkung nach außen**“.

Im **Schrifttum** wird vertreten, dass die nicht final auf die Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtete Maßnahme, die lediglich einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt, nicht die Merkmale eines Verwaltungsakts („Regelung“ und „unmittelbare Rechtswirkung nach außen“) erfüllt (Robbers, DÖV 87 S. 273). Nach ihr handelt es sich im oben genannten Beispielfall, bei dem Entfernen des verbotswidrig geparkten PKW, nur um einen **tatsächlichen Erfolg**, und somit um einen **Realakt** (Rasch, DVBl. 92 S. 210). Diese Auffassung begründet sich damit, dass Maßnahmen nach **Art. 9 I PAG** lediglich den **Inhalt einer gedachten Primärmaßnahme** „in die Tat“ umsetzen sollen. Die Annahme eines Verwaltungsakts erhöhe dagegen nur die formellen Anforderungen an die Wirksamkeit der unmittelbaren Ausführung und verkürze so die Effektivität polizeilicher Gefahrenabwehr, als Schutzzweck und Rechtfertigung des Art. 9 I PAG.

Eine **andere Auffassung (Rspr.)** sieht die Regelung in dem unmittelbaren Zugriff und somit als eine **konkludente Duldungsverfügung**, gegen den z.B. noch nicht greifbaren Verantwortlichen. **Grundverfügung, Androhung** des Zwangsmittels und seine **Ausführung fallen** bei dem unmittelbaren Zugriff somit in einem Akt **zusammen** (vgl. Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 195). Nach ihr handelt es sich bei dem Entfernen des PKW im oben genannten Fall um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 BayVwVfG. Diese Auffassung begründet sich damit, dass eine **Anordnung**, eine polizeiliche Maßnahme zu dulden, wegen der darin ausgesprochenen **Regelung** eines Eingriffs in ein Recht des Betroffenen, ohne Zweifel ein VA wäre. Und somit die, unter **Verzicht auf eine solche Duldungsanordnung** unmittelbar durchgeführte Maßnahme, die direkt in das Recht des Betroffenen eingreift, **rechtlich nicht anders beurteilt** werden kann (vgl. BayVBl. 1988 H 18 S. 563). Ferner beachtet diese Auffassung, dass polizeirechtliche Zwangsmaßnahmen generell als Verwaltungsakte eingeordnet werden.

### **Kostenpflicht des Verantwortlichen (Art. 9 II PAG, durch Gesetz v. 21.7 1983, GVBl. 1983 S. 507, geändert.)**

Vgl. dazu auch XII. 2.

### **Grundsatz**

Der **Verantwortliche** i.S.d. Art. 7, 8 PAG **trägt** die für die unmittelbare Ausführung entstehenden **Kosten** (Gebühren und Auslagen).

**Art. 3 Nr.10 des KostG** (Nichterhebung von Kosten für Amtshandlungen der Polizei i.S.d. Art. 2 PAG) findet gem. Art. 76 S. 1 i.V.m. Art. 9 II PAG **keine Anwendung**.

Im Übrigen ist das KostG nur anwendbar, soweit sich aus dem PAG nichts anderes ergibt (Art. 76 PAG).

Bei der **Kostenpflicht** ist ferner zu beachten, dass die unmittelbare Ausführung einer **Maßnahme durch die Polizei, formell und materiell rechtmäßig sein muss** (vgl. DÖV 1984, VGH Bad.Württemb. S. 517, 519).

### **Problemfall**

Zur Kostentragung für einen **Polizeieinsatz bei Fehllalarm** einer Alarmanlage, der nicht durch einen technischen Defekt, sondern durch einen (unbekannten) Dritten ausgelöst wurde (vgl. BVerfG NJW 1992, S. 2243):

Der **Halter einer Alarmanlage** ist potentieller, polizeirechtlicher **Zustandsstörer**. Zwar richtet sich der durch den Alarm ausgelöste Polizeieinsatz nicht gegen den Halter als Zustandsstörer, sondern **gegen** den unbekanntem, vermeintlichen Straftäter, als **Verhaltensstörer**. Das ändert aber nichts daran, dass es bei dem in der Öffentlichkeit, durch eine Anlage ausgelösten Alarm, auch als Zustand, nicht über einen längeren Zeitraum bleiben kann und insofern **latent auch** die **Zustandsverantwortlichkeit des Halters** der Anlage einschlägig ist. Der Halter der Alarmanlage muss demnach die Kosten für den Polizeieinsatz tragen.

### Ausnahmen

Von der Kostenerhebung kann gem. Art. 76 S. 4 PAG aus **Billigkeitsgründen** abgesehen werden. Unbillig ist eine Kostenerhebung in dem Fall, wenn sie dem „natürlichen Gerechtigkeitsempfinden“ widerspricht und sich als **unverhältnismäßige Härte** darstellt.

### Durchsetzung des Kostenanspruchs

Der Kostenanspruch wird mit einem an den Verantwortlichen gerichteten **sog. Leistungsbescheid** durchgesetzt. Dieser kann nach Art. 23 ff. VwZVG vollstreckt werden.

**Rechtsbehelfe** gegen den Leistungsbescheid:

Rechtsbehelfe gegen die unmittelbare Ausführung sind Widerspruch (§§ 68 ff. VwGO) und Anfechtungsklage (42 I VwGO); bei Erledigung des Verwaltungsakts vor Entscheidung des Gerichts die Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 I S. 4 BayVwGO.

### Sonderfall

Einen Sonderfall bei der Kostenpflicht stellt die **Maßnahme gegen einen Anscheinsstörer** dar. Bei einem polizeilichen Vorgehen im Falle einer Anscheinsgefahr, darf die Polizei zwar gegen denjenigen einschreiten, der nach ihrem Kenntnisstand beim Eingreifen, dem Anschein nach Störer ist („Primärebene“). Auf Erstattung der Kosten eines unmittelbar ausgeführten Polizeieinsatzes kann sie ihn jedoch nur (auf der „Sekundärebene“) in Anspruch nehmen, wenn er bei rückschauender Betrachtung, nach Aufklärung des Sachverhalts tatsächlich die Anscheinsgefahr veranlasst und zu verantworten hat.

**d) Nichtstörer (sog. polizeilicher Notstand) (Art. 10 PAG; Art. 9 Abs. 3 LStVG; vgl. dazu Art. 70 Abs. 1 PAG, Art. 11 LStVG: u.U. Aufopferungsanspruch) - ABT**

Jede Person, die nicht verantwortlich i.S.d. Art. 7 und 8 PAG ist, bezeichnet man als (polizei- und ordnungsrechtlich) **Nichtverantwortlichen (Nichtstörer)**. Diesen Personen ist keine Gefahrenlage zuzurechnen. Deshalb dürfen gegen sie Eingriffsmaßnahmen nur unter den strengen Voraussetzungen des sog. polizeilichen Notstandes gerichtet werden (darf in ihre Rechte eingegriffen werden).

### **Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes**

#### **Gefahrenlage (qualifiziert)**

- Gefahr: s.o.
- **Gegenwärtigkeit**: die befürchtete Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung muss bereits eingetreten sein, oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorstehen.
- **Erheblichkeit**: Es müssen bedeutsame Rechtsgüter bedroht sein.

#### **Unmöglichkeit anderweitiger Gefahrenabwehr**

- Maßnahmen **gegen Personen**, die nach **Art. 7 und 8 PAG** verantwortlich für die Gefahr sind, Art. 10 I Nr. 2 PAG
  - (1) dürfen nicht möglich sein oder
  - (2) dürfen nicht rechtzeitig möglich sein oder
  - (3) dürfen keinen Erfolg versprechen

**Bsp.** zu (1): es gibt gar keine Verantwortlichen (z.B. bei Gefahren durch Naturkatastrophen, wie Sturmflut, Überschwemmungen, Erdbeben, Lawinenabgang, Orkan usw.)

zu (2): geplantes Verbrechen steht kurz bevor (Zeitbombe tickt schon), der Aufenthaltsort der Täter ist jedoch nicht bekannt

zu (3): die Verantwortlichen sind gar nicht in der Lage die Gefahr zu beseitigen; große Anzahl von Verantwortlichen ist nicht bereit die Gefahr zu beseitigen (z.B. bei gewalttätigen Gegendemonstration)
- **Gefahrenabwehr durch die Polizei** selbst (oder durch Beauftragte), Art. 10 I Nr. 3 PAG
  - (1) darf nicht möglich sein
  - (2) darf nicht rechtzeitig möglich sein

**Beachte:** Art. 10 I Nr. 3 meint nur solche Handlungen, die nicht in Rechte des Nichtverantwortlichen eingreifen, da ja gerade diese Eingriffsmöglichkeit geprüft wird. Deshalb ist in Art. 10 I Nr. 3 auch nicht die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme gemeint, bei der der Nichtverantwortliche Betroffener ist (bei der in seine Rechte eingegriffen wird).

**Bsp.:** B stiehlt dem A dessen Hund. Nachdem das Tier auf einem Waldspaziergang von einem Fuchs mit Tollwut infiziert wird, und es deshalb bald darauf Menschen bedroht, erschießt der Polizist P den Hund.

Die Erschießung des Tieres wurde unmittelbar ausgeführt (d.h. ohne vorherige Verfügung an eine Person, vgl. Art. 9 PAG). Gleichwohl hat P damit in das Eigentumsrecht des A eingegriffen. P hat die Maßnahme also gegen A gerichtet, der nach Art. 8 II S. 1 nicht verantwortlich war. Die Maßnahme nach Art. 11 i.V.m. Art. 9 PAG durfte sich also nur unter den Voraussetzungen des Art. 10 PAG gegen A richten. U.a. ist auch Art. 10 I Nr. 3 PAG erfüllt, da P die Gefahr nicht selbst beseitigen konnte, ohne dabei in das Eigentumsrecht des A einzugreifen.

### Möglichkeit die „Opfergrenze“ des Nichtverantwortlichen zu unterschreiten

- Die Eingriffsmaßnahme muss möglich sein, ohne den Nichtverantwortlichen selbst erheblich zu gefährden (Leben, Gesundheit).
  - Die Eingriffsmaßnahme muss möglich sein, ohne höherwertige Pflichten des Nichtverantwortlichen zu verletzen (**Pflicht:** muss dem Nichtverantwortlichen obliegen; **höherwertig:** wenn der durch Nichterfüllung der Pflicht verursachte Schaden ein höherwertiges Rechtsgut betreffen würde, oder die Erfüllung der Pflicht einen höheren sittlichen Rang hat, als die Tätigkeit zum Zwecke der Gefahrenabwehr).
- Bsp.:** Nichtverantwortlicher, der im Begriff ist, eine kranke Person ins Krankenhaus zu fahren, müsste seine Pflicht gegenüber dem Kranken verletzen, sollte er zur Beseitigung einer bloßen Sachgefahr tätig werden.

### Umfang der Maßnahmen gegen Nichtverantwortliche

#### Zeitliche Begrenzung, Art. 10 II PAG

Die Eingriffsmaßnahme gegen den Nichtverantwortlichen darf nur solange aufrechterhalten werden, als die Abwehr der Gefahr nicht auf andere Weise möglich ist (vgl. Art. 10 I Nr. 2 u. 3 PAG !).

**Beachte:** Die Rechtsprechung fordert zudem, dass die Maßnahme gegen den Nichtverantwortlichen von vornherein zeitlich befristet wird.

### **Sachliche Begrenzung**

In Art. 10 PAG werden Maßnahmen gegen Nichtverantwortliche ausdrücklich nicht auch sachlich in ihrem Umfang begrenzt. Doch kann sich die sachlich umfängliche Begrenzung der Maßnahme aus dem rechtsstaatlichen **Übermaßverbot** ergeben.

### e) **Auswahl unter mehreren Störern; Auswahlermessen (Art. 8 Abs. 2, 3, 10 Abs. 1; § 40 VwVfG) - BITTLER**

#### **Problematik der Störerauswahl**

Es können sich Situationen ergeben, in denen **mehrere Personen für einen Gefahrenzustand polizeirechtlich verantwortlich** sind. Folgende Fälle sind denkbar:

- Bei verschiedenen Personen kann zur gleichen Zeit die Verhaltens- und Zustandshaftung gegeben sein.
- Es können mehrere Verhaltens- und mehrere Zustandsstörer vorhanden sein.
- Es kann ein sog. Doppelstörer (Verwirklichung von Verhaltens- und Zustandshaftung in einer Person) gegeben sein.

In solchen Fällen der **Störermehrheit** kann die Verwaltung, da jeder Störer für den gesamten Gefahrenzustand verantwortlich ist, gegen den einen oder anderen von ihnen vorgehen. Oder sie kann mehrere Störer gleichzeitig in Anspruch nehmen.

Die behördliche Maßnahme erfolgt anhand einer pflichtgemäßen **Ermessensausübung**. Die Störerauswahl ist somit eine Ermessensentscheidung.

#### **Auswahlermessen**

##### **Auswahlkriterien**

- **Ausdrückliche Ermessenskriterien** für die Störerauswahl sind im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht **nicht vorgeschrieben**.

Das behördliche Ermessen ist jedoch im **Rechtsstaat** rechtlich vorgegeben (vgl. § 40 VwVfG, § 114 VwGO).

Es wird also im konkreten Fall grundsätzlich die pflichtgemäße Ermessensbetätigung gefordert.

Ausgefüllt wird dieses Rechtsprinzip **an erster Stelle** mit dem Kriterium der **Effektivität der Gefahrenabwehr** (Funktion des Polizei- und Ordnungsrechts). Die Behörde hat danach gegenüber demjenigen Störer einzuschreiten, der die **Gefahrenlage am schnellsten und wirksamsten beseitigen** kann.

Hierbei spielt die jeweilige **Gefahrennähe der Verantwortlichen** eine wichtige Rolle.

- Wenn danach mehrere Störer zur Auswahl stehen, sind **an zweiter Stelle** Überlegungen zum geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Vorgehen (**Übermaßverbot**) zusätzlich heranzuziehen.
- Das pflichtgemäße Auswahlermessen wird jedoch auch durch die Gesichtspunkte von **Sozialverträglichkeit** und Gerechtigkeit, sowie vor allem notwendiger, **individueller Verhältnismäßigkeit** bestimmt.

Es sind somit gerechtigkeitsorientierte Kriterien, wie z.B. finanzielle Leistungskraft, des Verantwortlichen berücksichtigungsfähig und berücksichtigungsbedürftig.

## Ermessensbeschränkungen

### - Fall mehrerer Zustandsstörer

Die Auswahl zwischen mehreren Zustandsstörern ist grundsätzlich eine Ermessensentscheidung. Die Polizei kann sich an den **Eigentümer**, an den **Inhaber der tatsächlichen Gewalt** oder **an beide** wenden, falls nicht ausnahmsweise der Inhaber der tatsächlichen Gewalt allein haftet; dies ist dann der Fall, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, diese gegen den Willen des Eigentümers ausübt ( Art. 8 II S. 2 PAG).

Es kann somit z.B. anstelle des Eigentümers, **auch der Nießbraucher** in Anspruch genommen werden.

Es liegt zwar nahe, dass sich die Polizei an den **finanziell Leistungsfähigeren** richtet; wenn sie jedoch besondere Gründe hat, kann sie auch den Schwächeren in Anspruch nehmen.

Die Polizei darf jedoch **nicht** einem von mehren Verantwortlichen **etwas rechtlich Unmögliches** verlangen. Insbesondere darf nicht die Vornahme einer Handlung geboten werden, zu der der Störer privatrechtlich nicht befugt ist.

Fall: Die Polizei darf vom Pächter nicht bauliche Veränderungen am Pachtgrundstück verlangen (vgl. BVerwG 31, S. 15, 16).

Eine weitere **Begrenzung des polizeilichen Ermessens** kann sich aus **öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen** ergeben.

Beispiel: Für den polizeimäßigen Zustand eines unter Naturschutz gestellten Grundstücks neben dem Eigentümer auch die Naturschutzbehörde verantwortlich.

### Im Falle mehrerer Handlungsstörer

Nach herrschender Lehre soll die Polizei **vorrangig** denjenigen heranziehen, der die **zeitlich letzte** oder die **wertungsmäßig am stärksten** ins Gewicht fallende **Ursache** gesetzt hat (vgl. VGH Mannheim U.v. 30.1.1990 NVwZ-RR 1991, 27).

Diese Lehre wird dahingehend kritisiert, dass sie nicht klärt, weshalb jegliche Zwischenursachen außer Acht gelassen werden sollen und allein der zeitlich letzte Verursachungsbeitrag die **Gefahrgrenze** überschreiten und somit für die Polizei relevant werden soll.

Die **Unmittelbarkeit** kann somit nur als Kriterium für eine Erfolgszurechnung gebraucht werden, wenn die die **Gefahrgrenze** überschreitende letzte **Ursache**, ihrerseits **rechtlich missbilligt** werden kann.

Dagegen ist jedoch anzuführen, dass die Rechtsordnung bestimmte Verhaltensweisen erlaubt, die mit erheblichen Risiken behaftet sind, z.B. Autofahren, das keine entfernte Ursache für die Gefahren des Straßenverkehrs ist, aber auch nicht von der Rechtsordnung missbilligt wird.

Es ist somit eine **Bewertung jedes einzelnen Handlungsbeitrages erforderlich**. Bei dieser Bewertung, ist an die erforderliche **Sorgfaltspflicht der Polizei** gegenüber den Belangen der Allgemeinheit anzuknüpfen. Die **einzelnen Handlungsbeiträge**, müssen dabei **im Hinblick auf die Grundfunktionen des Gefahrenabwehrrechts** (Schutz, Sicherung und Durchsetzung der bestehenden Rechtsordnung) **bewertet** werden.

### - Im Falle des Zusammentreffens von Zustandsstörer und Handlungsstörer

Die Polizei soll **primär den Handlungsstörer** in Anspruch nehmen, soweit dadurch nicht eine „schnelle und wirksame Gefahrenbeseitigung“ verhindert wird. Die vorrangige Heranziehung des Handlungsstörers sei sachgerecht, weil er **mehr zur Störung beitrage** als der Zustandsverantwortliche (vgl. BayVGH U.v. 22.4.1992, BayVBl. 1993, S. 147, 148). Diese vorrangige Heranziehung entspreche ferner auch der **Billigkeit** (vgl. BayVGH, BayVBl. 1979, S. 342).



Dagegen spricht jedoch, dass dem **Gesetz kein Rangverhältnis** entnommen werden kann. Eine Auswahl des Handlungsstörers vor dem Zustandsverantwortlichen, kann sich lediglich auf Gründe des **Übermaßverbots** stützen, und **nicht** auf das **allgemeine Rechtsgefühl**. Die Verantwortlichkeit des Handlungsstörers muss jedoch zusätzlich noch dem Grund und dem Umfang nach einwandfrei feststehen.

### Problemfall „Altlasten“

Problematisch ist das **Auswahlermessen in den sog. Altlastenfällen**, bei denen Zustandshaftung und Verhaltenshaftung zusammentreffen.

Nach einer Auffassung ist es bei Altlasten (z.B. wenn durch Einwirkung Dritter Grundstückseigentum geschädigt worden ist und nun von diesem **Grundstück** eine **objektive Gefahr** für die öffentliche Sicherheit ausgeht) ermessensfehlerhaft, den **Grundstückseigentümer**, der selbst **Opfer der** vom Handlungsstörer geschaffenen **Gefahrenlage** ist (kontaminiertes Grundstück), anstelle des feststehenden und leistungsfähigen Verhaltensverantwortlichen heranzuziehen (vgl. NVwZ 1990, S. 781, 784 VGH Mannheim U.v. 14.12.1989).

Eine **andere Meinung** dagegen geht von einer **vollen polizeilichen Verantwortlichkeit des Grundstückseigentümers**, aus. Diese soll sich aus der gegenwärtigen Sachherrschaft ergeben und somit zu einer **unbegrenzten Zurechnung des Risikos** zu seinen Lasten führen.

Gegen diese Auffassung spricht aber, dass sie den Gerechtigkeitsaspekten, die dem Auswahlermessen auch zugrunde liegen sollen, entgegensteht und **unverhältnismäßig** die Grenzen zulässiger Schrankenbestimmung des Grundeigentums (Art. 14 I S. 2 GG) übersteigt.

Die **Zustandshaftung des Eigentümers**, für eine von seiner Sache ausgehende Störung, ist zwar grundsätzlich **Ausdruck der Sozialbindung** des Eigentums, jedoch durch das **Übermaßverbot** begrenzt.

Die Begrenzung der Zustandshaftung, durch das Übermaßverbot, kann demnach zu einer **vorrangigen oder gar ausschließlichen Haftung des Handlungsstörers** führen können (vgl. BayVGH BayVBl. 1986, S. 590 ff.).

Zudem ist aber auch eine ermessensfehlerfreie **Inanspruchnahme des Zustandsstörers** möglich, etwa **wenn der Handlungsstörer nicht greifbar** ist oder wenn nicht gewährleistet ist, dass jener in rechtlicher, faktischer oder finanzieller Hinsicht zur schnellen und wirksamen Gefahrenbeseitigung in der Lage ist (vgl. Papier, in: NVwZ 1986, S. 262).

Speziell in den Altlastenfällen, kann es zu einer **vorrangigen Inanspruchnahme des Zustandsstörers** noch kommen, wenn das Grundstück mangelhaft gegen Ablagerungen gesichert ist, wenn die Umstände der Ablagerung ungeklärt sind oder lange zurückliegen. Oder auch wenn, eine von der Behörde zu beachtende bürgerlich-rechtliche Beziehung der Beteiligten untereinander besteht.

### Problemfall „PKW-Abschleppen“

Der **Halter und Eigentümer** eines angeblich nicht von ihm selbst falsch geparkten PKW haftet als **Zustandsstörer** für die Abschleppkosten, wenn er sich weigert, der Polizei den Namen des Fahrers zu nennen.

Die Inanspruchnahme des Halters für die **Abschleppkosten** findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 9 II S. 1 i.V.m. Art. 8 II S. 1 PAG (vgl. BayVBl. 1986, S. 625).

Dies begründet sich mit der **Effektivität der Gefahrenabwehr**, da die Ermittlung des Fahrers eine unangemessene Ermittlungstätigkeit der Polizei in Anspruch nehmen würde (vgl. Habermehl, PolizeiR, S. 96 Rdnr. 205).

Ist der **Verhaltensverantwortliche nicht feststellbar** oder zahlungsunfähig, ist die **Inanspruchnahme des Zustandsverantwortlichen** jedenfalls **zulässig** (vgl. BayVBl. 1993, S. 147, 148).

### Fall einer Person ist Doppelstörer

Ist eine Person aus mehreren Gründen für eine Gefahrenlage verantwortlich, z.B. wegen ihres Verhaltens und als Eigentümer, so soll sie vor demjenigen in Anspruch genommen werden bei dem nur ein Haftungsgrund vorliegt (vgl. BayVBl. 1978, S. 340).

Beispiel: Eltern und Sohn - beide Eigentümer - bauen illegal eine Hütte auf ihr Grundstück. Beseitigungsanordnung ergeht gegenüber dem Sohn. Dieser nützt Hütte jedoch nicht. Nach ermessensfehlerfreier Auswahl müssten die **Eltern als Zustands- und Verhaltensverantwortliche** Adressaten der Beseitigungsanordnung sein.

### Fall annähernd gleichgewichtiger Verantwortlichkeit

In Fällen, in denen bei einer Mehrheit von Störern **keiner der Verantwortlichen eine besondere Eignung** zur effektiven, schnellen und kostensparenden Gefahren- bzw. Störungsbeseitigung besitzt und die Gefahrenbeseitigung wegen Art und Ausmaß der Gefahr durch sachverständige und besonders ausgestattete Dritte ausgeführt werden muss, kommt es zu **spezifischen Grenzen** des polizeilichen **Auswahlermessens**: Die zuständige Polizeibehörde darf die **Kostentragung nicht beliebig** innerhalb der Mehrheit der Störer verteilen, sondern muss den verfassungsrechtlichen **Gleichbehandlungsgrundsatz** (Art. 3 I GG) beachten. Die Polizei muss somit in diesen Fällen für eine polizeirechtliche Inanspruchnahme sorgen, die bei annähernd gleichgewichtigen Verantwortlichkeitsbeiträgen der Störer eine entsprechend gleichmäßige Kostentragung innerhalb der Störermehrheit bewirkt.

Es kommt für das Auswahlermessen somit **immer** auf die **Umstände des konkreten Einzelfalls** an. Eine rechtliche Grundsatzregel ist demnach auch abzulehnen.

### Innenausgleich bei Störermehrheit

In der Regel kann die Verwaltung, ohne insoweit einer gerichtlichen Kontrolle ausgesetzt zu sein (vgl. § 114 VwGO), von mehreren vorhandenen Störern einen Störer auswählen.

Die Rechtmäßigkeit dieser Ermessensentscheidung ändert sich nicht dadurch, dass **auch die Inanspruchnahme eines anderen Störers rechtmäßig gewesen wäre**. Es liegt gerade in der Natur der Sache, dass innerhalb des beim Auswahlermessen bestehenden rechtlichen Rahmens **rechtsfehlerfrei verschiedenartige Entscheidungen** getroffen werden dürfen.

Es stellt sich für den in Anspruch genommenen Störer demnach die Frage, ob er einen **störer-internen finanziellen Lastenausgleich** verlangen kann (Bedeutung bei Altlastenfällen, die teilweise eine sehr hohe Kostenfolge haben). Soweit Ansprüche aus dem Vertragsrecht oder Deliktsrecht (z.B. gegen den Voreigentümer) nicht bestehen, wird ein **Ausgleichsanspruch gem. § 426 BGB analog** (neben **GoA** und **ungerechtfertigter Bereicherung**) in Betracht gezogen.

Inwieweit der durch die Polizei- und Ordnungsbehörden in Anspruch genommene Störer einen Ausgleichsanspruch gegenüber einem nicht in Anspruch genommenen anderen Störer gem. § 426 II BGB analog besitzt, ist jedoch **umstritten**.

Der **BGH lehnt** eine analoge Anwendung des **§ 426 II BGB ab** (vgl. BGH NJW 1981, S. 2457, 1458). Er begründet sich damit, dass die Rechtsbeziehung mehrerer Störer zur Polizei- und Ordnungsbehörde **nicht** einem **Gesamtschuldverhältnis** gleicht. Die Behörde darf vielmehr gerade nicht nach Belieben den einen oder anderen Teil auf Erfüllung seiner Pflichten in Anspruch nehmen.

Die **Gegenauffassung** vertritt, dass Gesamtschuld und Auswahlermessung rechtlich **keine Gegensätze** bilden (vgl. BayVGH in BayVBl. 1993, S. 147); die „beliebige“ **Auswahl des Schuldners** ist nicht die Voraussetzung, sondern die **Rechtsfolge der Gesamtschuld (vgl. § 421 BGB)**.

Ferner entspricht die vorrangige Inanspruchnahme eines der Verantwortlichen der Wahrung des Prinzips der **wirksamen, behördlichen Gefahrenabwehr** und ist **nicht einer Alleinhaftung gleichzusetzen** (vgl. Kohler-Gehrig, NVwZ 1992, 1049, 1051).

Die Auffassung des BGH ist im Hinblick auf Art. 3 I GG nicht unbedenklich, da die Störerauswahl nach ihr zufällig und willkürlich erscheint.

Es bietet sich **somit** eine **analoge Anwendung von §§ 426, 254 BGB** und somit ein verhältnismäßiger Innenausgleich unter den Störern an.

- Fall** VGH München BayVBl. 1993, S. 147 f. - Auswahl zwischen Handlungs- und Zustandsstörer  
 VGH München BayVBl. 1986, S. 625 - Auswahl zwischen Handlungs- und Zustandsstörer  
 VGH München BayVBl. 1989, S. 467 ff., 469 - mehrere Handlungsstörer, Doppelstörer

### **Literatur:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 9 Anm. 1d, 2c
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 301 ff.
- Friauf, Rdnr. 98 - 100a
- Gallwas/Möble, Rdnr. 378 - 388
- Götz, Rdnr. 233 - 238
- Knemeyer, Rdnr. 337 ff.
- Schenke, Rdnr. 182 - 186
- Schmidbauer/Steiner, Bayerisches PAG und POG, Art. 8 Rdnr. 12 ff.

### **f) Einschreiten gegen Rechtsnachfolger - BITTLER**

#### Beispiel 1:

Pächter P hatte ohne erforderliche Genehmigung auf dem Grundstück des I eine Hütte errichtet. Die zuständige Behörde erließ gegenüber P eine Abbruchanordnung. Nach Ablauf des Pachtverhältnisses wird N neuer Pächter. Muss N dem Gebot, das an P gerichtet war, nachkommen? (Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1988, S. 110.)

#### Beispiel 2:

Die zuständige Behörde hatte gegenüber F verfügt, ein ohne Genehmigung errichtetes, illegales Gebäude zu beseitigen. Die dagegen von F eingelegten Rechtsbehelfe blieben erfolglos. Als die Verwaltung von F die Durchführung der Beseitigung fordert, überträgt F das Baugrundstück auf ihren Ehemann M. Nach der Eigentumsübertragung verlangt die Behörde von M, der gerichtlich bestätigten Beseitigungsverfügung Folge zu leisten (vgl. OVG Münster, NVwZ 1987 S. 427.)

### **Tatsächliche und rechtliche Problematik**

In der **Praxis** liegt ein besonders bedeutsames Anwendungsgebiet der **Rechtsnachfolge im Bauordnungsrecht**, bei den **Beseitigungsverfügungen** gegenüber den sog. „Schwarzbauten“ (Beispiele 1 u.2).

Ferner stellt sich die Rechtsnachfolgeproblematik **auch bei naturschutzrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Anordnungen** (vgl. VGH Mannheim NVwZ 1992, S. 392), sowie bei **Gefahrenabwehrmaßnahmen im Wasserrecht** (vgl. VGH München, ZfW 1989, S. 147), bei Anordnungen im **Verwaltungsvollstreckungsverfahren** (vgl. VGH München NJW 1993, S. 82) oder in Bezug auf Nebenbestimmungen einer Baugenehmigung (vgl. OVG Hamburg, DVBl. 1991, S. 220).

Die Rechtsnachfolge in die bestehende verwaltungsrechtliche Pflicht scheint insoweit notwendig zu sein, als dass z.B. beim Tod eines Pflichtigen oder im Fall der Übertragung des Vermögensstandes eines Pflichtigen die Verwaltung bei Nichtbestehen der Rechtsnachfolge „um die Früchte ihrer bisherigen Bemühungen zur Herbeiführung rechtmäßiger Zustände gebracht“ werden könnte. Es besteht somit ein **tatsächliches Bedürfnis** an der Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsnachfolge in die bestehende verwaltungsrechtliche Pflicht.

Die rechtlichen **Voraussetzungen** einer Rechtsnachfolge in die Polizei- und Ordnungspflicht sind dagegen **umstritten**.

Um die Streitpunkte darstellen zu können, ist zunächst zwischen **drei Fragenkreisen**, die sich bei der Rechtsfolgeproblematik stellen und schließlich die verschiedenen und teilweise strittigen Konstellationen ergeben, zu differenzieren:

- Liegt eine Nachfolge in die **generelle, abstrakte Pflichtigkeit** oder in die durch eine Verwaltungsmaßnahme **konkretisierte Pflicht** vor?
- Ist eine **Einzelrechtsnachfolge** oder eine **Gesamtrechtsnachfolge** gegeben?
- Stellt sich gegebenenfalls eine **Nachfolge** in die **Verhaltensverantwortlichkeit oder in die Zustandsverantwortlichkeit**?

Unabhängig von diesen Fragenkreisen müssen jedoch **grundsätzlich** zunächst **drei Voraussetzungen** für das Entstehen der **Rechtsfolgeproblematik** erfüllt sein (vgl. Schlabach/Simon, NVwZ 1992, S. 143, 145).

Die zivilrechtliche Rechtsnachfolge - ist die betroffene Person gar nicht als Rechtsnachfolger der anderen zu qualifizieren, so kommt in diesem Fall der Übergang einer verwaltungsrechtlichen Pflicht von vornherein nicht in Betracht.

Übergangsfähigkeit der verwaltungsrechtlichen Pflicht - es darf **keine höchstpersönliche Pflicht** vorliegen. Diese Voraussetzung ist im Polizei- und Ordnungsrecht jedoch meist erfüllt, da es i.d.R. um vertretbare Handlungen geht.

Rechtsgrund für den Übergang der öffentlich-rechtlichen Pflicht - die öffentlich-rechtliche Rechtsnachfolge ist nicht wie im Zivilrecht geregelt. Es bedarf vielmehr, da es um eine belastende Maßnahme geht und somit der **Vorbehalt des Gesetzes** gilt, einer Rechtsgrundlage für die Begründung der Pflichtenstellung des Rechtsnachfolgers.

### Konstellationen der Rechtsnachfolge

**Die Rechtsnachfolge in die generell-abstrakte**, die sog. materielle **Polizeipflichtigkeit**:

Es geht hier um die **Nachfolge in die noch nicht durch Verfügung konkretisierte Verantwortlichkeit**.

#### Bei der Zustandshaftung

Die Rechtsnachfolge in die sog. materielle Polizeipflichtigkeit ist bei der Zustandshaftung **nicht** gegeben. Das folgt daraus, dass die **polizeiliche Haftung des Rechtsnachfolgers im Eigentum nicht derivativ** ist. Geht das Eigentum einer Gefahr begründenden Sache kraft

Einzelrechtsnachfolge oder Gesamtrechtsnachfolge auf einen Dritten über, so wird der **Dritte als neuer Eigentümer originär** und unmittelbar kraft Gesetzes **zustandsverantwortlich** (vgl. Papier, NVwZ 1986 S. 262). Die abstrakt-generelle Zustandshaftung trifft danach nur den jeweiligen Eigentümer (bzw. Sachherrn).

### Bei der Verhaltenshaftung

- Bei der **Verhaltenshaftung** findet eine **Einzelrechtsnachfolge in die abstrakte Verantwortlichkeit nicht** statt, da es an einem Rechtsfolgetatbestand fehlt (es besteht noch keine durch Verfügung konkretisierte Verantwortlichkeit, und somit mangelt es an einem Rechtsgrund).
- Problematisch wird es bei den **Fällen der Gesamtrechtsnachfolge** (Erbfall: §§ 1922, 1967 BGB; Übertragung des gesamten Vermögens: §§ 414, 415, 419 BGB; Firmenumwandlung § 5 UmwG; Gütergemeinschaft § 1347 BGB).

Hier stellt sich die **Frage**, ob die **zivilrechtlichen Rechtsnachfolger** (s.o.) **des früheren Verhaltensstörers** z.B. für die von ihm verursachte Bodenverunreinigungen und Grundwassersegefährdungen **haftbar** gemacht werden können.

Im **Schrifttum** wird dies **verneint** (vgl. Papier, NVwZ 1986, S. 262). Als Begründung wird angeführt, dass es sich hier um **keine der Rechtsnachfolge fähige, eigentliche Pflichtenstellung des Rechtsvorgängers** handelt. **Erst nach Erlass einer** die Verantwortlichkeit verwirklichenden und konkretisierenden **Verfügung, entstehe eine objektiv-öffentliche Rechtspflicht** des Gewalt unterworfenen Bürgers, die zu den „Verbindlichkeiten“ im Sinne der gegebenenfalls in Betracht zu ziehenden Rechtsnachfolgevorschriften des Privatrechts, gerechnet werden kann. Die **abstrakte Polizeipflichtigkeit** stelle somit lediglich eine nicht übergangsfähige, bloße Eingriffsbefugnis der Behörde dar.

Die **Gegenauffassung (h.M.)** (vgl. Stadie, DVBl. 1990, S. 501, 505) interpretiert die abstrakte Verhaltensverantwortlichkeit als eine bereits bestehende, durch Verfügung nur noch zu konkretisierende Rechtspflicht. Sie weist ferner darauf hin, dass der Gesamtrechtsnachfolger in alle Rechten und Pflichten seines Vorgängers eintritt. Für die h.M. spricht hier auch, dass es in der **Praxis** nur als **schwer erträglich** erachtet werden kann, wenn sich z.B. Gesellschaften durch Umwandlung (zunächst einmal) von ihren bisherigen umwelt- und gefahrenabwehrrechtlichen Verantwortlichkeiten befreien könnten.

### Die Rechtsnachfolge in die konkretisierte Polizei- und Ordnungspflicht

Das Nichtbestehen einer Rechtsnachfolge in den Fällen einer durch Verwaltungsakt bereits konkretisierten Verantwortlichkeit, könnte die Verwaltung in ihrem Bestreben, rechtmäßige Zustände herzustellen, daran hindern, auf die bereits getroffenen Gefahrenabwehrmaßnahmen zurückzugreifen (und diese dann ggf. im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchzusetzen). **Besonderes Gewicht** erlangt dieses Problem **bei bereits bestandskräftig gewordenen Verfügungen**.

### Bei der Zustandshaftung

Bei den Fällen der konkretisierten Zustandshaftung geht es **meistens** um eine **Gefährdung** der öffentlichen Sicherheit, welche **von einem Grundstück** ausgeht. Hier überwiegen die Fallmerkmale, dass eine **Beseitigungsverfügung** gegenüber dem **Eigentümer eines illegalen Bauwerks** ergangen ist.

Voraussetzung für einen Pflichtenübergang ist zunächst, dass überhaupt eine **Rechtsnachfolge** stattgefunden hat.

Dazu Beispiel 1:

In Betracht kommt allenfalls eine **Einzelrechtsnachfolge**. **Fraglich** ist, ob ein Übergang von Rechten und Pflichten aufgrund eines **Rechtsgeschäfts** stattgefunden hat. Zwischen P und N ist ein solches jedoch nicht geschlossen worden. N ist nicht etwa Unterpächter von P geworden sondern hat das Grundstück nach Beendigung des Pachtverhältnisses zwischen E und P unmittelbar von E gepachtet. Eine Rechtsnachfolge **zwischen P und N** fand **nicht** statt. Hat jedoch eine Rechtsnachfolge stattgefunden, muss die **öffentlich-rechtliche Pflicht** ferner **übergangsfähig** sein.

**Nicht übergangsfähig** ist eine rechtliche Pflicht nur, wenn es sich um eine **höchstpersönliche Pflicht** handelt (Wehrpflicht, Schulpflicht).

Im **Polizeirecht** liegen jedoch **meistens vertretbare Handlungen** vor (z.B. die bauordnungsrechtliche Beseitigungsverfügung; sie kann auch im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt werden).

Über die Voraussetzung, dass ein Rechtsgrund für den öffentlich-rechtlichen Pflichtenübergang vorliegen muss, herrscht Streit, da es hier auch an einschlägigen, öffentlich-rechtlichen Vorschriften fehlt.

Bei der **Gesamtrechtsnachfolge** kann auf eine **analoge Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften** (s.o.) zurückgegriffen werden (vgl. Schlabach/Simon, NVwZ 1992, S. 143, 145). Dies kann **jedoch bei der Einzelrechtsnachfolge** - insbesondere beim rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang - **nicht** beibehalten werden.

Eine Auffassung bejaht dennoch die Einzelrechtsnachfolge in die durch Verwaltungsakt konkretisierte Polizei- und Ordnungspflichtigkeit des Zustandsstörers (vgl. BVerwG NJW 1971, 1624). Begründet wird diese Lösung, damit, dass es sich bei dem die **Zustandshaftung aktualisierenden Verwaltungsakt** um einen **dinglichen Verwaltungsakt** handelt. Daraus wird gefordert, dass die zustandsregelnde Anordnung auf den Rechtsnachfolger übergeht und gegen ihn wirkt.

Die **Gegenauffassung** kritisiert, dass es sich bei **Gefahrenabwehrverfügungen nicht** um **sog. dingliche Verwaltungsakte**, sondern um Ermessensentscheidungen, in die auch **personale Elemente** einfließen handelt (vgl. Schenke, in: Steiner, S. 168 Rdnr. 103). Die **Rechtmäßigkeit eines polizeilichen Verwaltungsakts** hängt demnach nicht nur von in der Sache begründeten **Umständen** ab, sondern auch noch von solchen Umständen, die in der **Person des Pflichtigen** begründet sind. Damit kann also ein Verwaltungsakt, der gegenüber dem Eigentumsvorgänger rechtmäßig war, seinem Nachfolger gegenüber rechtswidrig sein.

Der **Konstruktion der Einzelrechtsnachfolge** bei bereits konkretisierter Zustandsverantwortlichkeit **bedarf es** ferner deshalb **nicht**, weil die Zustandsverantwortlichkeit beim Rechtsübergang, im gegebenen Fall, ohnehin jeweils neu beim jeweiligen Eigentümer entsteht (vgl. Schlabach/Simon, in: NVwZ 1992 S. 144).

Es bleibt somit **lediglich ein verfahrensrechtliches Problem**, ob es zur Durchsetzung der polizeirechtlichen Pflichten gegenüber dem neuen Eigentümer einer **erneuten Verfügung** bedarf. Ein Problem der Rechtsnachfolgefähigkeit begründet dies aber nicht.

Eine **Einzelrechtsnachfolge in die durch Verwaltungsakt konkretisierte Zustandshaftung** findet somit **grundsätzlich nicht** statt. Gegen den Zivilrechtsnachfolger ist erneut eine Verfügung zu erlassen. Soll etwas anderes gelten, muss der Gesetzgeber entsprechende Nachfolgetatbestände schaffen.

Beispiel aus dem Bauordnungsrecht: In Art. 89 S. 3 BayBO ist ausdrücklich geregelt, dass Beseitigungsanordnungen auch gegenüber den Rechtsnachfolgern gelten.

Dazu Beispiel 2:

Das **OVG** verwies mit der **h.M.** auf die **Grundstücksbezogenheit** und damit die **Dinglichkeit einer baurechtlichen Beseitigungsanordnung**, woraus sich die Einzelrechtsnachfolge in die öffentlich-rechtliche Pflicht ergebe (vgl. DÖV 1987, S. 601).

### Verhaltensverantwortlichkeit

Wurde schon vor Rechtsübergang gegenüber dem **Rechtsvorgänger** eine **Verfügung** erlassen, so geht diese konkrete Verpflichtung auf den Rechtsnachfolger im Rahmen der **Gesamtrechtsnachfolge** über, sofern sie nicht überwiegend persönlichkeitsbezogen ist.

Bei der (**rechtsgeschäftlichen**) **Einzelrechtsnachfolge** findet ein Übergang der durch Verfügung konkretisierten Verhaltenshaftung **nur** statt, **wenn** sie **gesetzlich angeordnet** ist. Indem hier zutreffend gem. dem **Vorbehalt des Gesetzes** eine Rechtsgrundlage als Nachfolgetatbestand verlangt wird, findet die gegenüber der h.M. (s.o.) zur Einzelrechtsnachfolge bei der konkretisierten Zustandshaftung vertretene Auffassung mittelbar eine Bestätigung.

**Fall** VGH München BayVBl. 1970, S. 328 f. - Baurechtliche Beseitigungsanordnung gegen Erben  
 BVerwG NJW 1971, S. 1624 - Gesamtrechtsnachfolge  
 OVG Münster NVwZ 1987, S. 427 - Einzelrechtsnachfolge  
 VGH München NJW 1993, S. 82 - Mieter nicht Rechtsnachfolger des Eigentümers

### **Literatur:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 9 Anm. 2d
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 297 ff.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 82b, 88
- Gallwas/Möble, Rdnr. 518 ff.
- Götz, Rdnr. 227 ff.
- Knemeyer, Rdnr. 335 f.
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 187 ff.
- Schmidbauer/Steiner, Bayerisches PAG und POG, Art. 8 Rdnr. 9 - 11

## **IX. Wahl des richtigen Mittels („angemessener Umfang des Eingriffs“); Auswahlermessen**

### **1. Bestimmung eines „möglichen“ Mittels (Art. 4 Abs. 1 PAG; Art. 8 Abs. 1 LStVG)**

#### **Literatur:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 8 Anm. 2a, Art. 7 Anm. 5c
- Berner/Köhler, Art. 4
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 417 ff.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 59
- Götz, Rdnr. 253 f.
- Knemeyer, Rdnr. 280, 282, 283

**Fall** OVG Koblenz DÖV 1954, S. 216, 217 - wirtschaftliche Unmöglichkeit

### **2. Bestimmung eines „geeigneten“, „zweckmäßigen“ Mittels (Art. 4 Abs. 1 - vgl. auch Abs. 3 - PAG; Art. 8 Abs. 1, 3 LStVG)**

#### **Literatur:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 8 Anm. 2b
- Berner/Köhler, Art. 4
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 420 ff.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 59
- Gallwas/Möble, Rdnr. 562, 567 f.
- Götz, Rdnr. 251 ff.
- Knemeyer, Rdnr. 284
- Schenke, in: Steiner BV, Rdnr. 203

**Fall** OVG Münster DVBl. 1972, S. 508, 509 - Schutzgeländer  
 OVG Lüneburg DVBl. 1957, S. 275 - Überschlagschaukel

### **3. Erforderlichkeit der Maßnahme (Art. 4 Abs. 1 PAG; Art. 8 Abs. 1 LStVG)**

#### **Literatur:**

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 8 Anm. 1, 2b
- Berner/Köhler, Art. 4
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 422 f.
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 60
- Gallwas/Möble, Rdnr. 563, 573 f.
- Götz, Rdnr. 255 ff.
- Knemeyer, Rdnr. 290 f.
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 204 f.



#### 4. Maßnahmedauer (Art. 4 Abs. 3 PAG; Art. 8 Abs. 3 LStVG)

##### Literatur:

- Bengl/Berner/Emmerig, Art. 8 Anm. 4
- Berner/Köhler, Art. 4 Rdnr. 6
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 423 ff.
- Gallwas/Möble, Rdnr. 572
- Knemeyer, Rdnr. 310 f.
- Schenke, Rdnr. 203, 204
- Schmidbauer/Steiner, Bayerisches PAG und POG, Art. 4 Rdnr. 18

#### 5. Verhältnismäßigkeit (i.e.S., „Angemessenheit“, „Zumutbarkeit“) (Art. 4 Abs. 2 PAG; Art. 8 Abs. 2 LStVG) - GEIGER

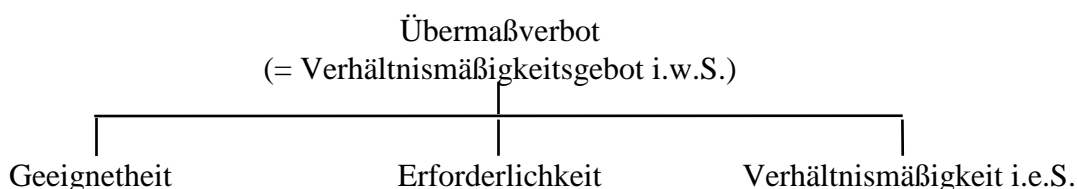
##### Einordnung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (i.w.S.)

Als Teil des Rechts der Eingriffsverwaltung steht das gesamte Polizei- und Sicherheitsrecht unter der Herrschaft des verfassungsrechtlichen **Übermaßverbotes**. Eingriffe in Grundrechte, aber auch in andere von der Verfassung in Schutz genommenen Rechtspositionen bedürfen danach der Rechtfertigung durch einen **verfassungsrechtlich zulässigen Zweck**, welcher im Polizei- und Sicherheitsrecht beispielsweise in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen liegt.

Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot findet seine **spezifisch sicherheitsrechtliche** bzw. polizeirechtliche **Ausprägung** im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art. 4 PAG, bzw. Art. 8 LStVG (bzgl. der Sicherheitsbehörden).

Durch diesen Grundsatz werden nicht nur **Unbestimmtheiten** sicherheits- und polizeirechtlicher Befugnisnormen **kompensiert** oder **Ermessen begrenzt**. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist vielmehr **Maßstab für die gesamte sicherheitsbehördliche bzw. polizeiliche Rechtsanwendung im Einzelfall**, welcher selbst dann zu beachten ist, wenn die Polizei aufgrund spezieller Befugnisse handelt.

Dass dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einer der rechtsstaatlich wichtigsten ist, zeigt sich in der ständigen **Rechtsprechung des BVerfG**, in welcher er als ein **mit Verfassungsrang ausgestatteter Grundsatz** bezeichnet wird, der bereits aus dem **Wesen der Grundrechte** selbst folge, die als Ausdruck des allgemeinen **Freiheitsanspruchs des Bürgers** gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich sei.



##### Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, den Zweck einer **geeigneten** und **erforderlichen** Maßnahme mit dem damit verbundenen Nachteil in Beziehung zu setzen.

Hier geht es also nicht um eine **Mittel-Zweck-Beziehung**, auch nicht um die **Auswahl von mehreren an sich geeigneten Mitteln**, sondern um eine **Nutzen-Nachteil-Beurteilung**.

Eine Maßnahme ist dann unverhältnismäßig, wenn sie nach vernünftiger Einschätzung der Sachlage einen größeren Schaden bewirken dürfte, als den, der entsteht, wenn die polizeiliche Maßnahme unterbleibt. Die **Nachteile**, die durch die Maßnahme abgewendet werden sollen, sind gegen die Nachteile **abzuwägen**, die durch die Maßnahme verursacht werden. Eine Maßnahme muss daher unterbleiben, wenn die durch sie voraussichtlich verursachten Nachteile erkennbar erheblich wertvollere Interessen oder Güter des einzelnen oder der Allgemeinheit oder gleichwertige Interessen oder Güter des einzelnen oder der Allgemeinheit in erheblich größerem Umfang beeinträchtigen als der Nachteil, der abgewendet werden soll.

Unter „Nachteilen“ versteht man dabei die **Verletzung eines Rechtsguts**, wie Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Eigentum oder Besitz, aber auch die Verletzung der **Menschenwürde** sowie die Schädigung **öffentlicher Interessen**, wie Ruhe, Ansehen der Polizei oder Kostenaufwand.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist deshalb von großer Brisanz, weil er bedeutet, dass **Polizei und Ordnungsverwaltung** ihre **Schutzaufgaben nicht mit allen erforderlichen Mitteln**, also nicht um jeden Preis ausüben können. Der Preis eines im Verhältnis zum Schutzzweck außerverhältnismäßigen Schadens (Nachteils) beim Adressaten oder Dritten soll nicht gezahlt werden müssen. Dieser Grundsatz dient dem Schutze der Grundrechte des Eingriffsadressaten. Seine Brisanz besteht aber auch darin, dass er die Durchsetzung der gesetzesmäßigen Ordnung und der von ihr zugunsten der Allgemeinheit und auch einzelner bewirkter Schutzzwecke schwächen könnte, wenn er unsachgemäß angewendet würde.

### **Erkennbarkeit der Unverhältnismäßigkeit**

Die Unverhältnismäßigkeit muss im **Zeitpunkt der Maßnahmen** erkennbar sein. Stellt sich die Unverhältnismäßigkeit erst später heraus, war sie aber zunächst nicht erkennbar, so bleibt die Maßnahme doch rechtmäßig. Der Polizeibeamte braucht kein Hellseher zu sein. Es kann von ihm nicht mehr verlangt werden, als dass er die erkennbaren Umstände richtig beurteilt.

**Beispiel:** Ein Polizeibeamter nimmt einen Ruhestörer in Gewahrsam (Art. 16). Es handelt sich dabei nach Lage des Falls um die rechtlich mögliche, geeignete und mildeste Maßnahme. Durch sie wird der Betroffene aber gehindert, eine Arznei, die er kurz vorher in der Apotheke geholt hat, nach Hause zu bringen, wodurch sich die Erkrankung seiner Frau erheblich verschlimmert und ein längerer Krankenhausaufenthalt notwendig wird, worin zweifellos ein größerer Nachteil zu sehen ist als in der Ruhestörung, die der Beamte unterbunden hat. Der Betroffene hat jedoch von diesem Umstand nichts erwähnt, der Beamte konnte ihn auch seinerseits nicht erkennen. Der Sicherheitsgewahrsam bleibt rechtmäßig.

**Fall** OVG Lüneburg, BRS 40 Nr. 226

### **Sachverhalt**

Der Kläger errichtete einen Wohnhausanbau. Er wick dabei teilweise von der ihm erteilten Baugenehmigung ab. Der Anbau hat eine Länge von 6,16 m. Die **Entfernung** seiner beiden Ecken zur seitlichen **Grundstücksgrenze** des Beigeladenen beträgt 2,94 m und 2,97 m. Mit der angefochtenen Verfügung forderte die Beklagte den Kläger auf, **den erforderlichen Grenzabstand** von 3 m durch Zurücksetzen der Verblendung entsprechend der erteilten Baugenehmigung herzustellen. Widerspruch und Klage blieben erfolglos. Auf die Berufung des Klägers wurde die Bauordnungsverfügung aufgehoben.

### **Aus den Gründen**

„... Die Abbruchverfügung ist wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufzuheben.

Als Rechtsgrundlage für die Bauordnungsverfügung kam in diesem Fall § 89 Abs. 1 Nr. 2 NBauO (entspricht Art. 89 BayBO) in Betracht. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen anordnen, die zur Herstellung oder Sicherung rechtmäßiger Zustände erforderlich sind, wenn bauliche Anlagen dem öffentlichen Baurecht widersprechen. Sie kann namentlich die Beseitigung von baulichen Anlagen oder Teilen baulicher Anlagen anordnen. Da die Beseitigungsanordnung im vorliegenden Fall zu einem Substanzeingriff führt, setzt sie voraus, dass die betreffende bauliche Anlage nicht genehmigt ist und Zeit ihres Bestehens rechtswidrig war.

Diese Voraussetzungen sind gegeben. Tatsächlich sind die Außenmauern des Anbaus einmal nur 2,97 m und einmal nur 2,95 m von der seitlichen Grundstücksgrenze entfernt, obgleich der Anbau mit einem seitlichen Grenzabstand von 3 m genehmigt worden ist.

Dass der Kläger irrtümlich den Abstand überschritten hat, ist nicht von Relevanz.

Die Beklagte hat jedoch ihr Eingriffsermessen nicht zutreffend ausgeübt. Insbesondere hat sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei ihrer Entscheidung nicht genügend beachtet. Beide Bausenate des OVG Lüneburg haben zwar rechtsgrundsätzlich entschieden, dass gerade Grenzabstände genau eingehalten werden müssen. Die Ausübung des Eingriffsermessens setzt jedoch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen voraus. Zu berücksichtigen sind dabei das Interesse der Öffentlichkeit, illegales Bauen zu verhindern, das Interesse der Nachbarn, durch Grenzabstandsverletzungen nicht beeinträchtigt zu werden und endlich das Interesse des Bauherrn, jedenfalls dann keinen unverhältnismäßig hohen Schaden zu erleiden, wenn die Abweichung so gering ist, dass weder Belange der Öffentlichkeit, noch der Nachbarschutz ernsthaft berührt werden.

Die Unterschreitung des Grenzabstandes von 3 - 6 cm ist geringfügig. Derart geringfügige Abweichungen ergeben sich häufig beim Baugeschehen, sei es durch oberflächliches Ausmessen, sei es durch unachtsames Schütten der Betonfundamente oder ungenaues Aufmauern. Solche geringfügigen Abweichungen bringen weder dem Kläger Vorteile noch den Beigeladenen spürbare Nachteile oder Beeinträchtigungen. Anders wäre jedoch zu entscheiden, wenn der Kläger bewußt den Grenzabstand unterschritten hätte. Schon um nicht für Dritte einen Anreiz zu schaffen, in gleicher Weise illegal zu bauen, hätte dann die Öffentlichkeit ein Interesse an der Wiederherstellung des baurechtmäßigen Zustandes. Für eine solche bewußte Unterschreitung sind im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

Entscheidungserheblich ist weiter, dass eine Abweichung von 3-6 cm auf einer Länge von 6,11 m optisch kaum wahrnehmbar, sondern allenfalls mit Hilfe eines Bandmaßes erfaßbar ist. Eine spürbare Beschränkung der Licht- und Luftzufuhr kann bei einer so geringen Abweichung ebenfalls nicht angenommen werden.

Dem gegenüber würde aber dem Kläger nach seinen Angaben bei dem Abbruch ein Schaden von etwa 20.000 DM entstehen.

Somit steht der erstrebte Zweck, nämlich die genaue Einhaltung des Grenzabstandes, zu dem eingesetzten Mittel, nämlich die Anordnung, die Mauer zurückzusetzen, in keinem angemessenen Verhältnis. ...“

### **Anmerkung**

Grundsätzlich kann jedoch im Bauaufsichtsrecht die **Einhaltung des öffentlichen Baurechts** durch Nutzungsverbote und Beseitigungsverfügungen auch dann durchgesetzt werden, wenn dem baurechtswidrigen Eigentümer daraus **große Vermögensverluste** entstehen.

### Sachverhalt

Der Kläger ist ein Vermieter, welcher aufgrund ständiger Streitereien seinem Mieter kündigte und später mittels Zwangsräumung gegen diesen vorging. Durch die Gemeinde wurde er daraufhin per Verfügung angewiesen, die **vorübergehende Einweisung** des durch die Zwangsräumung **obdachlos werdenden Mieters** in den bisher gemieteten Raum für den Zeitraum von sechs Monaten zu dulden.

### Aus den Gründen

*„... Grundsätzlich verstößt die Verfügung des Antragsgegners, dadurch dass er das Zimmer des Antragstellers für die Unterbringung des Beigeladenen in Beschlag nimmt, gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 8 Abs. 2 LStVG. Auch wenn Art. 7 Abs. 2 Nr. 3 LStVG die Unterbringung durch Zwangsräumung obdachlos werdende Personen in den bisher von diesen bewohnten Räumen generell ermöglicht, so richtet sich die Beschlagnahme dieser Wohnräume doch immer gegen einen Nichtstörer im Sinne des Art. 9 Abs. 3 LStVG. Die Inanspruchnahme eines Nichtstörers steht aber noch stärker unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, als diejenige des Störers, um den daraus für den Nichtstörer entstehenden Schaden nicht außer Verhältnis zu dem Beabsichtigten Erfolg treten zu lassen.*

*Dabei ist auf Seiten des betroffenen Wohnungseigentümers als Schaden nicht nur die Mietzinsfrage zu berücksichtigen, sondern auch die Einschränkung dessen freier Verfügungsmöglichkeit über den Raum.*

*Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit der Einweisung einer obdachlosen Person in die früher bewohnten Räume nicht dazu führen darf, dass die Gemeinden sich dadurch zu Lasten privater Nichtstörer ihrer gesetzlichen Aufgabe aus Art. 57 Abs. 1, 2 BayGO entziehen, wonach sie jederzeit Obdachlosen-Unterkünfte zur Verfügung zu stellen haben. Der die Unterbringung von Obdachlosen auf äußerste Notfälle beschränkte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 8 Abs. 2 LStVG stellt insoweit eine besondere gesetzliche Bestimmung im Sinne des Art. 57 Abs. 1 BayGO dar, so dass sich keine Gemeinde dieser vorrangigen Verpflichtung entziehen kann.*

*Somit ist die Inanspruchnahme privater Räume für die Unterbringung Obdachloser vom Vermieter zwar hinzunehmen, jedoch nur auf den Zeitraum begrenzt, der bei äußerster Anstrengung der verpflichteten Gemeinde unvermeidbar notwendig ist, um für die obdachlose Person irgendeine- sei es auch nur wiederum vorübergehend - geeignete Unterbringungsmöglichkeit aufzutreiben. Dieser Zeitraum beträgt im Regelfall zwei Monate.*

*Somit widerspricht die vom Antragsgegner in Anspruch genommene Frist von sechs Monaten dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und macht die gesamte Verfügung rechtswidrig. ...“*

### Anmerkung

Der BayVGH hat in einer neueren Entscheidung die Frist von zwei Monaten bestätigt (vgl. BayVBl. 1991, S. 114).

### Fallgruppe Abschleppmaßnahmen durch Polizei- und Ordnungsbehörden

Hier empfiehlt sich ein zweistufiger Prüfungsaufbau:

(1) Zuerst ist zu prüfen, ob der **Fahrzeughalter oder Fahrer** der Polizei **bekannt** ist oder sein könnte.

Dies liegt dann vor, wenn im Auto beispielsweise ein Zettel angebracht ist, auf welchem der Aufenthaltsort des Fahrers angegeben ist. Dieser darf jedoch nicht mehr als 100 - 200 m von seinem Auto entfernt sein, sonst ist es dem **Polizeibeamten** nicht mehr **zumutbar**, den **Fahrer ausfindig zu machen**. Ist der Fahrer somit dem Polizisten hinreichend bekannt und sofort

erreichbar, so ist eine Abschleppmaßnahme nicht mehr erforderlich und würde gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen (vgl. VG Frankfurt, DVBl. 1965, 779 ff.).

Ebenfalls **unverhältnismäßig** ist ein **sofortiges Abschleppen** aus einer Fußgängerzone, wenn die Polizei ein ihr **bekanntes Fahrzeug** des ihr bekannten Halters, das dieser vor seinem Haus widerrechtlich abgestellt hat, abschleppen lässt, ohne ihn selbst bei seiner Erreichbarkeit vorher zum Wegfahren aufzufordern.

Ein Indiz dafür, dass der Fahrer der Polizei nicht bekannt ist und eine Strafverfolgungsmaßnahme nur schwer durchführbar ist, sind ausländische Kennzeichen. Hier ist eine Abschleppmaßnahme in den meisten Fällen erforderlich.

(2) Weiter ist zu prüfen, ob eine **Verkehrsbehinderung** vorliegt.

Eine Verkehrsbehinderung kann auch im Fahrzeug selbst liegen. So wurde beispielsweise das **Abschleppen eines gestohlenen Fahrzeugs** damit bejaht, dass dieses **nicht abgeschlossen** war und dadurch spielende Kinder Zugang bekamen. Hinzu kam, dass das Fahrzeug an einer abschüssigen Stelle stand und somit das Fahrzeug durch diese spielenden Kinder unbeabsichtigt in Bewegung gesetzt werden konnte (vgl. OVG Münster, DAR 1973, 334).

Bei der Anordnung einer **Abschleppmaßnahme aus Fußgängerzonen** überwiegt in den meisten Fällen das öffentliche Interesse an der Freihaltung von geparkten Fahrzeugen bezüglich den eigens für Fußgänger geschaffenen Verkehrsbereiche, so dass eine Abschleppmaßnahme erforderlich ist (OVG Münster - IV A 1518/74 -).

Anders als bei Fußgängerzonen vertreten die Gerichte bei **Abschleppmaßnahmen von Bürgersteigen** einen restriktiveren Standpunkt. Danach wird bei Abschleppmaßnahmen von Bürgersteigen stets auf die konkrete Behinderung bzw. Gefährdung abgestellt.

So wurde beispielsweise entschieden, dass allein das verbotswidrige Parken eines Fahrzeugs auf einem Bürgersteig **im Normalfall die Notwendigkeit des sofortigen Vollzugs** noch nicht begründen kann (vgl. OVG Münster, MDR 1980, 874).

Da das Parken auf dem Bürgersteig als Verstoß gegen die §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 und 12 Abs. 4 StVO eine Gefährdung und Störung der öffentlichen Sicherheit darstellt, ist entscheidend, ob die Abschleppmaßnahme erforderlich ist, d.h., ob eine wirkliche Verkehrsbehinderung im Sinne einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses vorhanden ist. Eine solche Beeinträchtigung wurde dann bejaht, wenn der **Zwischenraum zwischen geparkten Fahrzeug und Hecke oder Mauer** lediglich 30 bis 50 cm betrug, so dass die Passanten wegen des abgestellten Fahrzeugs auf die Fahrbahn ausweichen mussten (vgl. VG Frankfurt, DVBl. 1965, 779 ff. oder VG Gelsenkirchen - 8 K 408/77 - und - 8 K 2964/78 -).

Weiter ist entschieden worden, dass eine Abschleppmaßnahme dann erforderlich ist, wenn das geparkte Fahrzeug zwar in einer **Parkbucht**, jedoch im **Halteverbot vor einer Botschaft** stand. Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass sich in diesem Fall möglicherweise eine **Bombe** in dem Fahrzeug befinden könnte.

In einem gleichen Fall wurde die Abschleppmaßnahme nicht für erforderlich gehalten, lediglich deshalb, weil sich in dem zweiten Fall ein **Hund in dem geparkten Auto** befand, welcher durch lautes Bellen auf das Auto aufmerksam gemacht hatte. Dabei entschied das Gericht, dass das Vorhandensein eines Hundes eine eventuelle Bombengefahr ausschließt, weil ein Hund durch sein Bellen zu sehr auf das Fahrzeug aufmerksam mache.

#### **Weitere Fälle:**

OVG Münster NJW 1982, 2777

BayVGH in NJW 1989, 245 und BayVBl. 1990, 434  
 OVG Münster NJW 1990, 2835

### **Literatur:**

Knöll, DVBl. 1980, 1027  
 Gallwas/Möble, Rdnr. 577 ff.

## **6. Austauschmittel (Art. 5 Abs. 2 S. 2 PAG) - GEIGER**

### **Angebot des Austauschmittels**

Dem Betroffenen ist auf **Antrag** gestattet, ein anderes **ebenso wirksames Mittel** anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die **Handlungsfreiheit des Betroffenen** nur im unbedingt notwendigen Ausmaß eingeschränkt werden darf.

**Beispiel:** A, der sich nicht ausweisen kann, soll festgehalten und zur Dienststelle gebracht werden. Er beantragt, die Polizeibeamten möchten mit ihm zu seiner nahe gelegenen Wohnung mitkommen, wo sich seine Ausweispapiere befinden. Die Polizei hat dem Antrag zu entsprechen.

Somit muss die Polizei sowohl dem **Störer**, als auch dem **Nichtstörer** freilassen, ein anderes, zur Gefahrenabwehr objektiv ebenso rasch zu verwirklichendes Mittel anzuwenden. Zuzulassen ist auf einen solchen Antrag hin **auch ein** Mittel, welches **für den Antragsteller belastender** ist als das von der Polizei ausgewählte. Diese Frage spielt **besonders bei Bauerlaubnissen** eine Rolle, bei welchen der Betroffene, wenn sein Gegenmittel tauglich zur Gefahrenabwehr ist, Anspruch auf dessen Gestattung hat, was ihm von der Behörde nicht versagt werden darf, um unwirtschaftliche Aufwendungen des Bauherrn zu unterbinden, geschweige denn aus fiskalische Interessen (vgl. OVG Lüneburg VR 15, 841; VGH Freiburg VR 5, 86). Dies gilt **selbst dann**, wenn das angebotene Mittel **Aufwendungen** erfordert, die zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar **außer Verhältnis** stehen (vgl. OVG Münster DÖV 1962, 617).

### **Rechtsfolge**

Denn nicht die Anwendung eines bestimmten Mittels, sondern lediglich die Gefahrenbeseitigung als solche ist Zweck und Aufgabe der polizeilichen Tätigkeit. Eine **Polizeiverfügung**, die **ausdrücklich** oder stillschweigend die **Anwendung eines anderen** zur Gefahrenabwehr **tauglichen Mittels ausschließt**, ist **rechtswidrig** (vgl. OVG Lüneburg, DVBl. 1957, 275).

Allerdings ist nur dieser Zusatz rechtswidrig. Der Verwaltungsrichter hat daher **nicht die ganze Verfügung** aufzuheben, sondern sie nur hinsichtlich dieses Zusatzes abzuändern. Auf das Wahlrecht selbst braucht in der polizeilichen Verfügung jedoch nicht ausdrücklich hingewiesen werden. Jede polizeiliche Verfügung gilt in einem solchen Fall als mit dem ungeschriebenen Zusatz versehen, ein anderes geeignetes Mittel wählen zu können. Bietet der Pflichtige das Austauschmittel nicht rechtzeitig an oder führt er das ihm fakultativ freigegebene andere Mittel nicht innerhalb der gesetzten Frist durch, so ist die Polizei berechtigt, das von ihr geforderte Mittel durchzusetzen.

Übt das von der Polizei **verlangte und durchgeführte Mittel** aber **dauernde Wirkung** aus und wünscht der **Betroffene später** die noch fortbestehende Gefahr auf andere wirksame

Weise zu beseitigen, so darf die Polizei ein solches Gesuch nicht ablehnen (vgl. PrOVG 85, 283).

Ist jedoch **durch Gesetz** oder einer anderen Rechtsnorm, insbesondere auch durch eine gültige Polizeiverordnung, die **Anwendung eines bestimmten Mittels vorgeschrieben**, so fällt das Recht des Polizeipflichtigen, ein milderes Mittel zuzulassen, fort (Vorrang der speziellen Regelung).

**Fall** OVG Münster DÖV 1962, S. 617

### **Sachverhalt**

Die Antragstellerin war Besitzerin eines alten **Hauses**, dessen **baufälliger Zustand** eine drohende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellte. Die zuständige Behörde verlangte daraufhin den **Abbruch** des gesamten Hauses. Die Betroffene stellte darauf den Antrag, an Stelle des angedrohten Abbruchs ein anderes Mittel verwenden zu dürfen, nämlich **Instandsetzungsarbeiten**. Dieser Antrag ist auch dann zu gewähren, wenn das angebotene Mittel Aufwendungen des Betroffenen erfordert, die zu dem beabsichtigten Erfolge erkennbar außer Verhältnis stehen.

### **Aus den Gründen**

*„... Die Behörde hat dem Betroffenen auf Antrag zu gestatten, an Stelle eines durch Ordnungsverfügung angedrohten oder festgesetzten Mittels ein von ihm angebotenes anderes Mittel anzuwenden, durch das die Gefahr wirksam abgewendet werden kann. Der Antrag kann nur bis zum Ablauf einer dem Betroffenen für die Ausführung der Verfügung gesetzten Frist, andernfalls bis zum Ablauf der Klagefrist gestellt werden. Die Antragstellerin hat schon vor diesem Zeitpunkt ein anderes Mittel, nämlich Instandsetzungsarbeiten vorgeschlagen, das ebenso tauglich ist, die Gefahren abzuwenden, wie der verlangte Abbruch. Dass dieses Mittel tauglich ist, steht aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen fest. Auf den rechtzeitigen Antrag der Antragstellerin hätte die Antragsgegnerin eingehen müssen und zwar auch dann, wenn sie der Auffassung war, dass dann der Antragstellerin Kosten entstehen würden, die in keinem Verhältnis zum erstrebten Erfolge stehen.*

*Somit muss der Antragstellerin gestattet werden, statt des Abbruchs des Hauses die erforderlichen Sicherungs- und Instandsetzungsarbeiten durchzuführen. ...“*

### **Anmerkung**

Etwas anderes gilt dann, wenn der Hauseigentümer das Haus zwar durch Reparaturen wieder in Stand setzen will, jedoch nach seinen wirtschaftlichen Verhältnissen zur Anwendung diese Mittels gar nicht imstande ist (vgl. dazu OVG 10, 341) - subjektive Unmöglichkeit der Realisierbarkeit des Austauschmittels.

## X. **Insb.: Beachtung der Voraussetzungen des polizeirechtlichen Datenschutzes (Art. 30 - 49 PAG; BayDSG)**

### 1. **Datenerhebung**

#### a) **Allgemeine Anforderungen (Art. 30, 31 PAG) - ZELLNER**

Die jetzigen Artikel 30 - 49 wurden durch das Gesetz zur Änderung des PAG am 18.7.90 in das Polizeiaufgabengesetz aufgenommen.

Anlass dafür war das sog. **Volkszählungsurteil** (BVerfGE 65,1 = NJW 84, 419) Das Volkszählungsgesetz vom 25.3.82 enthielt im Wesentlichen Regelungen über die Durchführung der Befragung und Verwendung von Daten über Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstätten. Durch dieses Gesetz sollten alle Volljährigen verpflichtet werden, Auskünfte in diesen Gebieten zu machen.

Dieses Gesetz wurde für verfassungswidrig erklärt.

Leitsätze: 1. Unter der Bedingung der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art.2 I i.V.m. Art.1 I GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

2. Einschränkungen dieses Rechts auf „**informationelle Selbstbestimmung**“ sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muss. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch hat er organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.

In diesem Urteil wurde erstmals auf das **Recht der informationellen Selbstbestimmung** in Bezug auf die Datenerhebung hingewiesen. Dies bedeutet, jeder Bürger entscheidet grundsätzlich selbst über die **Offenbarung** seiner persönlichen Lebenssachverhalte und die **Verwendung** der Daten über seine Person.

**Zweck** der Art. 30 - 49 PAG war es, klare Datenschutzvorschriften zu entwickeln, um genaue **Grenzen** der Einschränkung auf das Recht der informationellen Selbstbestimmung zu schaffen(Gebot der Normenklarheit).

Andererseits sollte durch die Grundlage genauer Datenschutzvorschriften eine wirksame Verbrechensbekämpfung möglich gemacht werden.

**Personenbezogene Daten** - alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse bestimmter oder bestimmbarer **natürlicher Personen** (Legaldef. Art.4 I Bay DSG). Nicht erfasst davon sind Daten über juristische Personen.

**Betroffener** - derjenige, auf den sich Daten beziehen.

**Datenerhebung** - Beschaffen von Daten über Betroffene in beliebiger Form.



Voraussetzung ist ein aktives und zielgerichtetes Handeln des Beschaffers zum Beschaffen der Daten; bloße Kenntnisaufnahme reicht nicht aus.

### Das „Ob“ der Datenerhebung (Art. 31 PAG)

Art. 31 regelt, ob Daten erhoben werden dürfen, während sich Art.30 auf das „Wie“ der Datenerhebung bezieht. Prinzipiell dürfen Daten auch über die in Art. 7, 8 genannten Personen hinaus erhoben werden.

Voraussetzung dafür ist, dass eine in Art. 31 I Nr. 1 - 4 genannten Fälle vorliegt.

**Gefahrenabwehr** - hier ist die Abwehr einer **abstrakten Gefahr** gemeint, was auch schon durch die Verweisung auf Art.2 I deutlich wird.

**Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten** - zukünftige Straftaten können eine abstrakte Gefahr darstellen; die Bekämpfung gehört deshalb in den präventiven, nicht in den repressiven Bereich der Polizeihandeln.

**Schutz privater Rechte** - Datenerhebung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen (Art.2 II).

### **Vollzugshilfe**

Des Weiteren sind Datenerhebungen **im Vorfeld einer Gefahrenlage** zulässig (Art.31 II). Dies soll ein im konkreten Fall **schnelles Eingreifen** ermöglichen. (Bsp.: Datenerhebung bei Verantwortlichen einer gefährlichen Anlage; Datenerhebung bei Spezialisten auf einem best. Gebiet).

### Das „Wie“ der Datenerhebung

#### **Grundsätze der Datenerhebung**

Daten dürfen nur erhoben werden, soweit das **Gesetz** dies erlaubt. Dadurch soll gewährleistet werden, dass dem Bürger (Betroffenen) deutlich aufgezeigt wird, in welchen engen Grenzen Datenerhebung erlaubt ist, und gegen welche andere Form der Datenerhebung er gegebenenfalls vorgehen kann.

**Unmittelbarkeitsgrundsatz** (Art. 30 II 1) - Erhebung der Daten beim Betroffenen. Der Betroffene soll wissen, über welche persönlichen Daten die Behörde über ihn verfügt.

**Ausnahmen/Einschränkung:** Datenerhebung beim Betroffenen nicht möglich.

Datenerhebung beim Betroffenen wäre ein unverhältnismäßig großer Aufwand.

Gefährdung polizeilicher Aufgaben.

Unter solchen Umständen dürfen personenbezogene Daten auch bei Behörden oder Dritten erhoben werden.

#### **Prinzip des offenen Visiers (Art. 30 III 1)**

Erhebung der Daten muss gegenüber demjenigen, bei dem sie erfolgt als polizeiliche Maßnahme kenntlich gemacht werden.

Der **Betroffene** oder auch der **Dritte soll selbst entscheiden**, welche Daten er der Polizei gibt. Dies ist aber nur möglich, wenn der Betroffene weiß, dass sein Gegenüber ein Polizist ist. Dem ist auch in Art. 6 - Ausweisungspflicht des Polizeibeamten - Rechnung getragen.

**Ausnahmen/Einschränkungen:** Art. 30 III 2

Erfüllung der polizeilichen Aufgabe würde durch offenes Auftreten erschwert oder unmöglich gemacht.

Verdecktes Auftreten entspricht überwiegend dem Interesse des Betroffenen (Bsp.: Verhinderung der Rufschädigung).

**Beachte:**

**Verdecktes Auftreten bei der Datenerhebung** ist aber **nicht gleichbedeutend** mit dem **verdeckten Ermittler** in Art. 35, da dieser eine Legende besitzt.

**Hinweispflicht** des Beamten (Art. 30 IV)

(a) Auf Rechtsgrundlage der Datenerhebung

(b) Auf evtl. gesetzl. bestehende

Auskunftspflicht;

ansonsten auf Freiwilligkeit der Auskunft

Auch dadurch soll dem **Schutz der informationellen Selbstbestimmung** Rechnung getragen werden.

Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** / Ermessen / Wahl der Mittel

**b) Besondere Anforderungen (Art. 33 - 36 PAG)**

**aa) Der „Lauschangriff“ (Art. 34 PAG) - ZELLNER**

**Begriff**

Art. 34 PAG enthält „Besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in Wohnungen“. Der Begriff „**Lauschangriff**“ stammt aus dem geheimdienstlichen und ministeriellen Sprachgebrauch. In die Öffentlichkeit eingeführt wurde er durch die im Spiegel und anderen Zeitungen abgedruckten Beitrag des **sog. Traube-Abhörskandals**.

(Der Atomwissenschaftler Traube hatte Beziehungen zu einer linksgerichteten Rechtsanwältin und deren Freund H.J. Klein, der als einer der Täter beim Anschlag auf die OPEC-Konferenz am 1.12.75 identifiziert wurde. Da man fürchtete, Traube könne mit diesen Straftätern zusammenarbeiten, hat der damalige Innenminister Maihofer einer Abhörmaßnahme zugestimmt, die vom Spiegel aufgedeckt wurde.)

**Klärung weiterer Begriffe**

**Sog. kleiner Lauschangriff:** Art. 34 II PAG - heimliches Abhören und Aufnehmen des Gesprochenen Wortes **im Beisein eines verdeckten Ermittlers**. Diese Maßnahme soll ausschließlich dem Schutz des verdeckten Ermittlers gelten; Aufnahmen müssen nach Beendigung der Maßnahme vernichtet werden, sofern sie nicht zu Beweis Zwecken in einem Verfahren dienen.

**Sog. großer Lauschangriff:** Art. 34 I PAG - heimliches Abhören in oder aus Wohnungen. Als technisches Mittel wird hier häufig der Einbau von **sog. Wanzen** (Kleinst-Mikrophone mit Sender) in verdeckte Plätze in der Wohnung genannt. Oft aber sollen auch sog. **Richtmikrofone**, die außen angebracht sind, diesem Ziel nachkommen.

**Unterscheidung von polizeirechtlichem und strafrechtlichem Lauschangriff**

**Strafrechtlich oder strafprozessual:** Bis heute wird heftig diskutiert, ob in die StPO eine Ermächtigung zum heimlichen Abhören zur Verfolgung von schwerer, vor allem organisierter Kriminalität aufgenommen werden soll.

Hier stehen sich in extremen Maße der **Schutz privater Rechte**, vor allem der Schutz der Privatsphäre des Bürgers und die **Bekämpfung des organisierten Verbrechens** gegenüber, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch Unbeteiligte in ihrer Wohnung irrtümlich abgehört werden.

### **Polizeirechtlich**

**Polizei und Landesverfassungsschutzämter** haben unter bestimmten Voraussetzungen eine Befugnis zum Belauschen im Rahmen der Gefahrabwehr. Dies muss also **präventiv** verstanden werden, da die Polizei nicht im Rahmen der Vollzugshilfe tätig wird. Trotzdem kann **nicht immer genau** unterschieden werden, in welchen Bereich der Aufgaben der Polizei eine Maßnahme fällt, da vor allem die **organisierte Kriminalität** eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** darstellt, ebenso die Bekämpfung dieser auch als repressive Aufgabe der Polizei gewertet werden kann.

Im Folgenden soll aber nur auf den Lauschangriff auf polizeirechtlicher Ebene eingegangen werden.

### **Materielle Voraussetzungen des Art. 34 PAG**

Bei der Schaffung des jetzigen Art. 34 hat man sich im Wesentlichen am Vorentwurf zur Änderung des **Musterentwurfs** eines einheitlichen Polizeigesetzes orientiert. Trotzdem sind die Regelungen in den einzelnen Bundesländern nicht einheitlich, sondern gehen in ihrer Ausformung unterschiedlich weit.

### **Rechtsgüter, die durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel geschützt werden sollen:**

- Abwehr einer **gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben einer Person**.  
Hier ist im Gegensatz zu den allgemeinen Bedingungen der Datenerhebung wegen des schwerwiegenden Eingriffs immer von einer konkreten Gefahr auszugehen.  
Dieses Rechtsgut allein ist schützenswert durch den Einsatz technischer Mittel in den Ländern Schleswig- Holstein, Mecklenburg- Vorpommern und im Saarland.
- Freiheit einer Person.  
Auch hier muss immer auf eine **konkreten Gefährdung** des Rechtsgutes abgestellt werden.  
**Bsp.:** Im **Belfaster Geiseldrama** brachte die Polizei heimlich eine **Mikrofonsonde** in die Wohnung, in der der Geiselnahmer die Geiseln gefangen hielt. Das Abhören diente hier ausschließlich dem Schutz des Lebens und der Beseitigung der Beeinträchtigung der Freiheit für die Geiseln.  
**Ausschließlich diese beiden Rechtsgüter** werden von den Ländern Berlin, Hamburg, Brandenburg und Hessen durch den Lauschangriff geschützt.
- **Unmittelbar bevorstehende Gefahr** für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes - zusätzlich wird dies in Baden- Württemberg geschützt.
- Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten scheint.  
Hier sind **nicht** etwa Grundrechtsgütern dienende Sachen wie z.B. **Krankenhäuser** oder sonst. karitative Einrichtungen gemeint; es soll hier eher auf **Kunstwerke** und dergleichen abgestellt werden.

- Maßnahmen gegen **Personen**, die ein **Verbrechen** oder gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßig ein Vergehen nach Art. 30 V begehen wollen.

**Gewerbsmäßig:** wenn der Täter aus wiederholten Begehungen einen fortgesetzten, auf unbestimmte Zeit vorgesehenen Gewinn erzielen und sich so eine Einnahmequelle verschaffen will.

**Gewohnheitsmäßig:** wenn die Tat auf einem durch wiederholte Begehung erworbenen Hang zu ihr beruht.

**Bandenmäßig:** wenn der Täter als Mitglied der Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung der Tat verbunden hat, die Tat unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht.

Damit sollen **offenbar Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität** umschrieben werden.

Es soll ermöglicht werden, dass **sog. Katalogtaten in Art. 30 V** durch die Möglichkeit einer vorbeugenden Verbrechensbekämpfung frühzeitig in ihrer Ausführung blockiert werden.

Diese beiden Rechtsgüter zusätzlich haben die Länder Bayern und Thüringen in ihren Polizeigesetzen aufgenommen.

## Formelle Voraussetzungen

### Richtervorbehalt

Anordnungsbefugnis ist grundsätzlich nur das zuständige Amtsgericht, in dessen Bezirk die Wohnung liegt. **Ausnahme:** Gefahr im Verzug.

Dienststellenleiter darf Einsatz anordnen, der Richter muss aber innerhalb von 3 Tagen Maßnahme bestätigen, sonst tritt sie außer Kraft. Die bis dahin aufgenommenen Daten müssen alle vernichtet werden.

**Abs. 3** schließt praktisch eine richterliche Anordnung aus, wenn das Mikrofon nur dem Schutz einer Person im Rahmen eines polizeilichen Einsatzes dient. (sog. Personenschutzsender) Diese Aufzeichnungen müssen aber nach Beendigung der Maßnahme gelöscht werden, außer sie werden zur Verfolgung von Straftaten benötigt. (Bsp. Angriffe auf Polizeibeamten).

### Befristung

**Information** nach Beendigung der Maßnahme - hier soll also, wenn auch nur in verminderter Form, dem **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** Rechnung getragen werden. Der Betroffene kann sich selbst erschließen, welche Information er der Behörde preisgegeben hat, auch wenn er sich gegen eine rechtmäßige Maßnahme nicht zur Wehr setzen kann. **Ausnahme:** Gefährdung des Zwecks der Maßnahme, Gefährdung des eingesetzten Beamten, Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wegen desselben Sachverhalts.

**Dritte** dürfen von der Maßnahme **nicht erfasst** werden, solange nicht konkrete Hinweise die Annahme rechtfertigen, er könne ebenso wie der Betroffene einzustufen sein. **Art. 34 IV** schreibt sogar vor, dass die Daten von **lediglich unbeteiligten Dritten** sofort zu vernichten sind. Hier liegt aber ein **großes Problem**, da **sehr leicht Daten über Unbeteiligte erfasst** werden, sobald sie sich nur in unmittelbarer Nähe des Betroffenen aufhalten.

## Verfassungsrechtliche Problematik

Das Abhören von Wohnungen greift in die Privatsphäre des einzelnen ein. Es wird durch die Maßnahme **Art. 13 GG** verletzt. Dieses Grundrecht soll dem Bürger eine räumliche Privatsphäre einräumen, das heißt, er soll dort tun und lassen können, was ihm beliebt ohne dass er sich vor heimlichen Zuhörern fürchten müsse.

**Definition Wohnung:** Art. 13 umfasst nicht nur private Wohnräume, sondern **auch Arbeits-Betriebs und Geschäftsräume**. Teilweise wird zwar darauf verwiesen, dass der Betriebsbereich ja sowieso weiter offen ist als die private Wohnung und deshalb ein Abhören unter erleichterten Bedingungen angebracht wäre. Dem kann aber **nicht zugestimmt** werden, da nicht immer von einem großen Betrieb ausgegangen werden kann, wo Angestellte beschäftigt sind. In Familienbetrieben wird oft die Privatsphäre, die in der Wohnung gewährleistet wird, nur weiterverlagert; dies muss aber dann ebenso geschützt werden.

### Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der „**Lauschangriff**“ könnte nach **Art. 13 II** gerechtfertigt sein. Dazu müsste aber das Abhören des Gesprochenen als **Durchsuchung im weitesten Sinne** zu qualifizieren sein. Als Durchsuchung wird das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organ nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts verstanden. Unter diese Definition könnte der Lauschangriff eventuell subsumiert werden. Trotzdem bestehen aber zwischen einer Durchsuchung und dem heimlichen Abhören des gesprochenen Wortes immer noch **gravierende Unterschiede**. Die Maßnahme der Durchsuchung ist dem Betroffenen zumindest in dem Zeitpunkt der Durchführung **bekannt**, was beim **Abhören** nicht der Fall ist. Dies heißt auch, dass sich der Betroffene bei der Durchsuchung in gewissem Maße auf sein Gegenüber einstellen kann und somit nicht alles preisgibt. Beim Lauschangriff tappt der Betroffene völlig im Dunkeln und gibt so wider seinen Willen leicht seine innersten Gedanken an Unbestimmte preis.

Das **heimliche Abhören** des gesprochenen Wortes ist **somit nicht** als **Durchsuchung** im eigentlichen Sinne zu verstehen; es kann also auch nicht durch Art. 13 II gerechtfertigt sein.

In Betracht kommt weiterhin eine **Rechtfertigung durch Art. 13 III**. Diese Rechtfertigung ist sehr **umstritten**.

Von der einen Seite wird eine Rechtfertigung durch Art. 13 III abgelehnt, da sich die Fälle des Abs. 3 durch ein offenes, für den Bürger erkennbares Vorgehen der Staatsgewalt auszeichnen, während dies beim Lauschangriff nicht der Fall sei.

„Es ist etwas fundamental anderes, ob nach instrumenta sceleris oder selbst nach verborgenen Dokumenten gesucht, ob der Gasanschluß oder die Statik der Wohnung überprüft wird, oder ob der Betroffene ohne sein Wissen dazu verurteilt wird, dass seine tiefsten Seufzer von Dritten mitgehört werden.“ (Zitat: Lazzer-Rohlf, JZ 77/207 [210])

Diese Auffassung fordert eine **Verfassungsänderung**, um den Lauschangriff zu gerechtfertigen.

Der **BayVGH** rechtfertigt den Eingriff in Art. 13 mit Art. 13 III. Er sieht eine **Schutzpflicht des Staates** gegenüber seinen Bürgern. Er müsse deshalb befugt sein, eine konkrete Gefahr von der Bevölkerung abzuwehren. Mit der Schutzpflicht des Staates korrespondiere deshalb das **Informationsbedürfnis der Sicherheitsbehörden** (vgl. BayVGH BayVBl. 95, S. 143). Eine Einschränkung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung sei somit grundsätzlich gerechtfertigt.

## bb) Die besonderen Mittel der Datenerhebung (Art. 33 I) - LAROCHE

### Übersicht

#### Längerfristige Observation (Art. 33 I Nr. 1)

Die längerfristige Observation ist die **planmäßig angelegte Beobachtung** einer Person, die durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehr als zwei Tagen durchgeführt werden soll.

„**Durchgehend**“ bezieht sich nur auf die erste Alternative (länger als 24 Stunden), d.h. eine längerfristige Observation liegt auch vor, wenn der Betroffene an mehr als zwei Tagen jeweils nur für einige Stunden beobachtet wird.

Eine „planmäßig angelegte Beobachtung“ liegt nur dann vor, wenn sich die Polizei ein Bild vom gesamten Verhalten des Betroffenen machen will. Die Beobachtung einzelner Verhaltensweisen reicht nicht aus.

Keine Parallelvorschrift in der StPO.

#### Verdeckter Einsatz technischer Mittel (Art. 33 I Nr. 2)

Art. 33 I Nr. 2 gilt **nur außerhalb von Wohnungen**. Für den Einsatz technischer Mittel **in Wohnungen** gilt **Art. 34** als Spezialnorm.

Der Einsatz verdeckter technischer Mittel ist möglich zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen und zum Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes (mit jeweils unterschiedlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen).

**Nichtöffentliche Unterredungen** sind solche, die nur für den Gesprächspartner und niemand anderen bestimmt sind.

**Bsp.** für verdeckte technische Mittel sind versteckte Mikrophone mit Sender („**Wanzen**“).

Nicht unter den Begriff fallen alltägliche technische Hilfsmittel wie **Brillen oder Hörgeräte**.

Parallelvorschriften in der StPO: §§ 100c, 100d, 101 StPO.

#### Einsatz Verdeckter Ermittler (Art. 33 I Nr. 3)

Der verdeckte Ermittler ist ein **Polizeibeamter**, der **unter einer Legende** ermittelt (Einzelheiten s.u. II).

Parallelvorschriften in der StPO: §§ 110a - 110d StPO.

### Materielle Voraussetzungen für den Einsatz besonderer Mittel

#### Art. 33 II

Die längerfristige Observation und der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und -aufzeichnungen sind zulässig, **wenn sonst die Aufgabe der Polizei** (Art. 2) gefährdet oder **erheblich erschwert** würde.

#### Art. 33 III

Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Einsatz verdeckter technischer Mittel zum Abhören und Aufzeichnen des nicht-öffentliche gesprochenen Wortes sowie für den Einsatz Verdeckter Ermittler.

#### Art. 33 III Nr. 1

Die **Richtung der Maßnahmen** bestimmt sich nach den Vorschriften der Art. 7, 8 und 10. Die Maßnahmen müssen erforderlich sein zur Abwehr einer Gefahr für:

- den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes (vgl. § 92 III Nr. 2, Nr. 3 StGB)
- für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person
- oder für Sachen, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist.

#### **Art. 33 III Nr. 2**

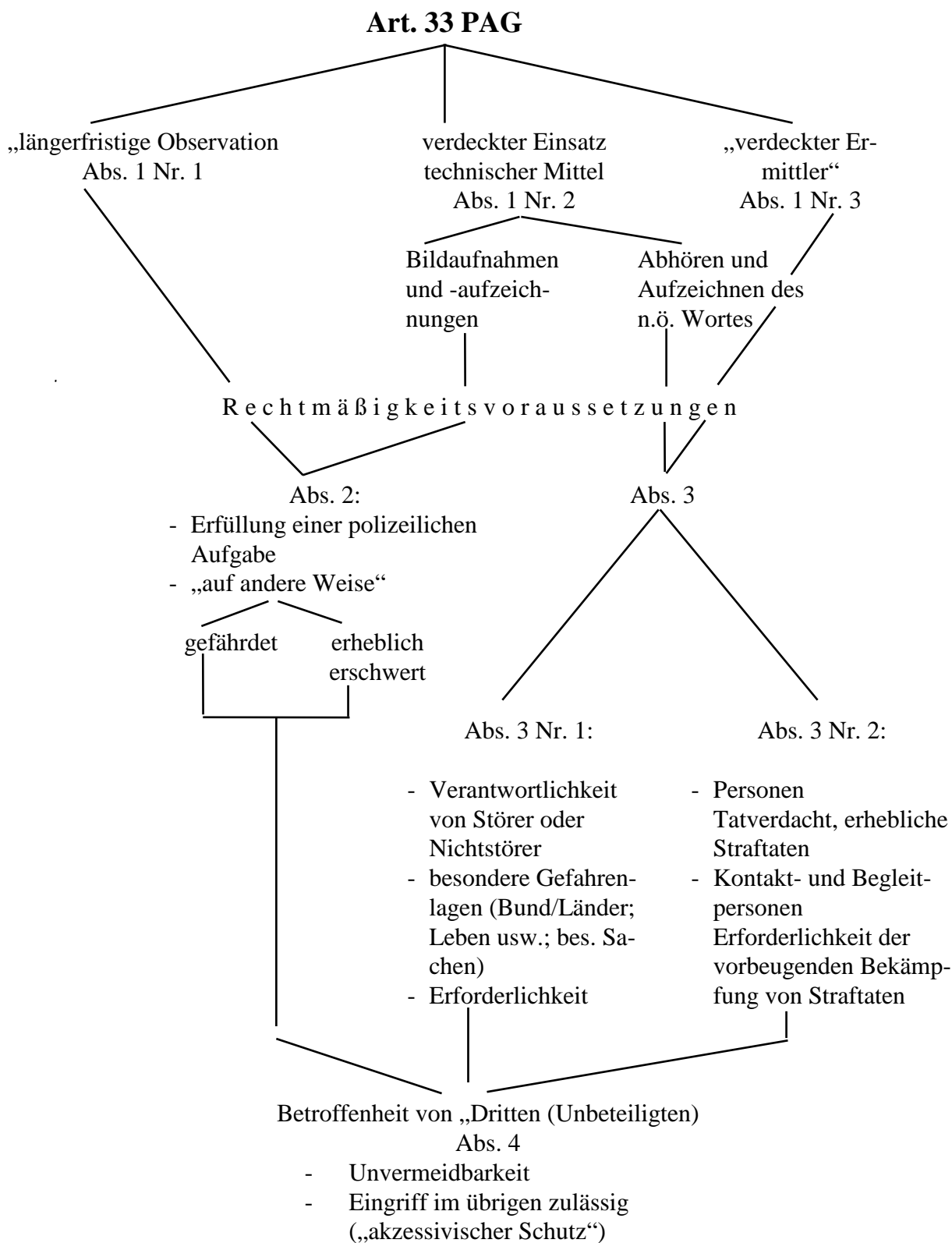
Die von verdeckten Maßnahmen zum Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes oder vom Einsatz Verdeckter Ermittler Betroffenen können sein:

- Personen, die eine **Straftat von erheblicher Bedeutung** (Art. 30 V) begehen wollen. Die Annahme der Polizei muss auf **Tatsachen, nicht auf bloßen Vermutungen oder Erfahrungswissen** basieren.
- **Kontakt- oder Begleitpersonen**, d.h. Personen die mit dem Strafverdächtigen in Verbindung stehen, ohne dass die Polizei zu diesem Zeitpunkt eine Beteiligung an der strafbaren Handlung feststellen kann. Unter den Begriff fallen nur solche Personen, die **zum Strafverdächtigen soziale Kontakte** von gewisser Nähe und Dauer haben. **Sonst** handelt es sich um Dritte nach **Art. 33 IV**.

#### **Art. 33 IV**

Maßnahmen nach Art. 33 II, III sind auch zulässig, wenn **Dritte davon unvermeidbar betroffen** werden. Sonst könnten z.B. keine Videoaufnahmen des von der Maßnahme Betroffenen gemacht werden, wenn Dritte, z.B. Passanten, im Bild sind.

## Besondere Mittel der Datenerhebung





### Formelle Voraussetzungen (Art. 33 V)

Der Einsatz der besonderen Mittel der Datenerhebung, mit Ausnahme der Anfertigung von Bildaufnahmen, darf nur vom **Leiter** eines Landespolizeipräsidiums oder **einer Polizei- oder Kriminaldirektion**, des Grenzpräsidiums oder des Landeskriminalamtes angeordnet werden (**sog. Behördenleitervorbehalt**). Eine Delegation ist unzulässig. Eine Ausnahme hiervon gilt nach Art. 33 V S. 2 für den Leiter des Landeskriminalamtes.

Der Behördenleitervorbehalt soll eine zusätzliche rechtliche Kontrolle vor Anordnung besonderer Maßnahmen durch den Behördenleiter als besonders kompetenten und sachkundigen Beamten darstellen. Damit wird berücksichtigt, dass verdeckte Maßnahmen in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen.

Ein **Richtervorbehalt** ist für die besonderen Mittel der Datenerhebung in Bayern **nicht vorgesehen** und auch nicht verfassungsrechtlich geboten (BayVGh BayVBl. 1995, S. 143 [147]). Die **Anordnung** muss schriftlich und begründet sein. Dadurch wird erreicht, dass die Anordnung für Gerichte und Parlament **nachvollziehbar** und **kontrollierbar** ist. Gleichzeitig soll der Behördenleiter die maßgeblichen Gründe kritisch werten (Besinnungsfunktion).

Die Anordnung muss entsprechend der **Verhältnismäßigkeit** zeitlich befristet sein. Zur Verlängerung der Maßnahmen ist eine erneute Anordnung erforderlich.

### Kritik an den besonderen Mitteln der Datenerhebung

Der Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen.

#### **Verstoß gegen das Trennungsgebot**

Das Trennungsgebot besagt, dass der **Verfassungsschutz keine polizeilichen Befugnisse** haben darf. Daraus folgert ein Teil der Literatur im Umkehrschluss, dass die Polizei keine nachrichtendienstlichen Mittel, wie z.B. getarnte Mitarbeiter, einsetzen dürfe (Umkehrschluss aus Art. 73 Nr. 10, Art. 87 I S. 2 GG, § 8 III BVerfSchG). Gegen dieses verfassungsrechtlich vorgeschriebene Trennungsgebot verstoße der Einsatz verdeckter Mittel bei der Datenerhebung durch die Polizei (Staff, ZRP 1992, S. 384 [387]).

Ein **anderer Teil der Literatur** lehnt eine Herleitung des Trennungsgebotes aus der Verfassung ab. Diese ergebe sich nur aus den **negativen Erfahrungen mit der Gestapo** und gehe auf den sog. Polizeibrief der Militärgouverneure zurück. Der Einsatz verdeckter Mittel durch die Polizei verstoße demnach nicht gegen die Verfassung (Weber, BayVBl. 1991, S. 449, 450).

#### **Problem der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung**

Die Polizei darf schon dann tätig werden, wenn die **begründete Annahme** besteht, dass Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wollen, d.h. die Polizei darf schon im Vorfeld **einer konkreten Gefahr** bzw. eines konkreten Tatverdachts (§ 152 II StPO) verdeckt Informationen erheben. Die Datenerhebung ist nicht nur gegenüber dem Betroffenen, sondern **auch gegenüber Kontakt- und Begleitpersonen** zulässig. Dies bedeute eine **Abkehr vom Störerprinzip** und von der konkreten Gefahr. Gerade diese beiden Eingriffsschwellen sollen sicherstellen, dass der Bürger nicht ohne jeden Anlass dazu zu geben, zum Objekt polizeilicher Maßnahmen werde. Dieser Schutz werde bei der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung aufgehoben (Staff, ZRP 1992, S. 384 [387]).

Die **Gegenmeinung** sieht zwar **auch die neue Qualität des polizeilichen Handelns**. Verdeckte Maßnahmen seien aber zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität erforderlich. Die Polizei müsse kriminelle Organisationen, z.B. durch den Einsatz verdeckter Ermittler, durchleuchten. Nur so sei es möglich auch die am Verbrechen nicht unmittelbar beteiligten **Hintermänner** zu fassen und durch **operatives Vorgehen**, das z.B. im Beseitigen von Tatge-

legenheiten, im Abschöpfen der Gewinne oder in der Erschwerung der Geldwäsche bestehen kann, die **Organisation** zu **zerschlagen** und damit weiteren **Gefahren** für die öffentliche Sicherheit **vorzubeugen** (Kniesel/Vahle, DÖV 1990, S. 646, 648; Kniesel, ZRP 1992, S. 164). Ohne verdeckte Vorfeldermittlungen könne die Polizei der Aufgabe der Gefahrenabwehr nicht nachkommen und der Staat seine **Schutzpflicht** gegenüber seinen Bürgern (Art. 99 BV) nicht erfüllen.

## cc) Einsatz Verdeckter Ermittler (Art. 35) - LAROCHE

### Begriffsbestimmungen

#### Der Verdeckte Ermittler

ist ein **Polizeibeamter**, der unter einer ihm verliehenen, auf Dauer angelegten **veränderten Identität (Legende)** ermittelt und unter dieser Legende am Rechtsverkehr teilnimmt. Sein Ziel ist, Kontakte zur kriminellen Szene zu knüpfen, um Anhaltspunkte für präventives oder repressives Tätigwerden der Polizei zu gewinnen. Die wahre Identität des verdeckten Ermittlers soll auch in einem ggf. sich anschließenden Strafverfahren nicht ans Licht kommen.

#### Vertrauenspersonen (V-Personen)

sind Privatpersonen, die der Polizei Informationen liefern. Sie stammen häufig, aber nicht zwangsläufig aus dem kriminellen Milieu. Ihnen wird Geheimhaltung zugesichert. Sie erhalten teilweise Bezahlung.

Im **PAG** ist der **Einsatz von V-Personen** anders als in anderen Bundesländern **nicht geregelt**. Es sollte nicht der Eindruck entstehen, dass der Staat für das Handeln der V-Personen hafte. Der Einsatz von V-Personen ist unter den allgemeinen Voraussetzungen der Art. 31 Nr.1, 30 II S. 2, 30 III S. 2 zulässig.

#### Informant

Im Gegensatz zur V-Person gibt der Informant der Polizei nur **im Einzelfall eher zufällig erworbenes Wissen** preis. Er handelt **nicht im Auftrag der Polizei** und entfaltet keine Aktivitäten zur Informationsbeschaffung.

#### Under cover agent (uca)

Diese Form der Ermittlung wird **in den USA** eingesetzt. Ein Polizeibeamter wird **langfristig ohne konkreten Auftrag** in die Szene eingeschleust und darf ggf. milieubedingte **Straftaten** begehen. Dagegen hat ein Verdeckter Ermittler einen konkreten Ermittlungsauftrag und darf keine Straftaten begehen. Der Einsatz von **uca** wäre **nach geltendem deutschem Recht unzulässig**.

#### Besondere Befugnisse des Verdeckten Ermittlers (Art. 35)

Der Verdeckte Ermittler hat folgende besonderen Befugnisse. Er darf:

- **Urkunden herstellen**, verändern oder gebrauchen, soweit es für die Aufrechterhaltung oder den Aufbau der Legende erforderlich ist (Art. 35 I S. 1);
- unter der **Legende** am **Rechtsverkehr** teilnehmen (Art. 35 I S. 2);
- mit Einverständnis des Berechtigten unter der Legende dessen **Wohnung betreten** (Art. 35 II S. 1).

Vor Inkrafttreten der Neuregelung im PAG von 1990 **fehlte** eine **gesetzliche Grundlage** für den Einsatz Verdeckter Ermittler. Diese Form der Ermittlung wurde aber **trotzdem angewen-**

**det.** Um eine mögliche Strafbarkeit der Beteiligten wegen Urkundendelikten (§§ 271, 273, 348 StGB) bzw. wegen Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) auszuschließen, wurde größtenteils auf § 34 StGB bzw. auf behördliche Erlaubnis zurückgegriffen (StrVert 1984, S. 350, 353). Dies scheint aber als dauerhafte Rechtsgrundlage für **Grundrechtseingriffe** durch den Staat **bedenklich** und ist deshalb auf Kritik gestoßen. Der Art. 35 ist jetzt die Rechtsgrundlage für die erforderlichen Befugnisse des Verdeckten Ermittlers.

Für das **Betreten von Wohnungen** durch den Verdeckten Ermittler ist auf Folgendes hinzuweisen: Das Betreten der Wohnung unter der Legende ist eigentlich schon durch die Befugnis, unter der Legende am Rechtsverkehr teilzunehmen abgedeckt, wurde aber im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Wohnung noch einmal klargestellt. Der verdeckte Ermittler darf sich aber nur auf die Legende selbst, **nicht** auf **darüber hinausgehende Täuschungen**, wie z.B. er sei der Gasmann, stützen. Eine **Befugnis zum heimlichen Betreten** oder durchsuchen der Wohnung gibt Art. 35 **nicht**.

**Nicht geregelt** ist die **Begehung strafbarer Handlungen** durch den verdeckten Ermittler. Dies erschwert die Arbeit des verdeckten Ermittlers, der z.B. in der Rauschgiftszene unglaubwürdig erscheint, wenn er nicht einmal kleinste Mengen Rauschgift konsumiert. Die Begehung von Straftaten ist aber **kein angemessenes Mittel** zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben. Es erscheint bedenklich, wenn der Staat sich unter Berufung auf seine Aufgaben über Normen hinwegsetzen darf, die jeder Bürger beachten muss. Der verdeckte Ermittler kann **nur im Einzelfall** seine Befugnisse unter Berufung auf § 34 StGB überschreiten, z.B. wenn sein Leben gefährdet ist und die Gefährdung nur durch strafbare Handlungen abgewendet werden kann.

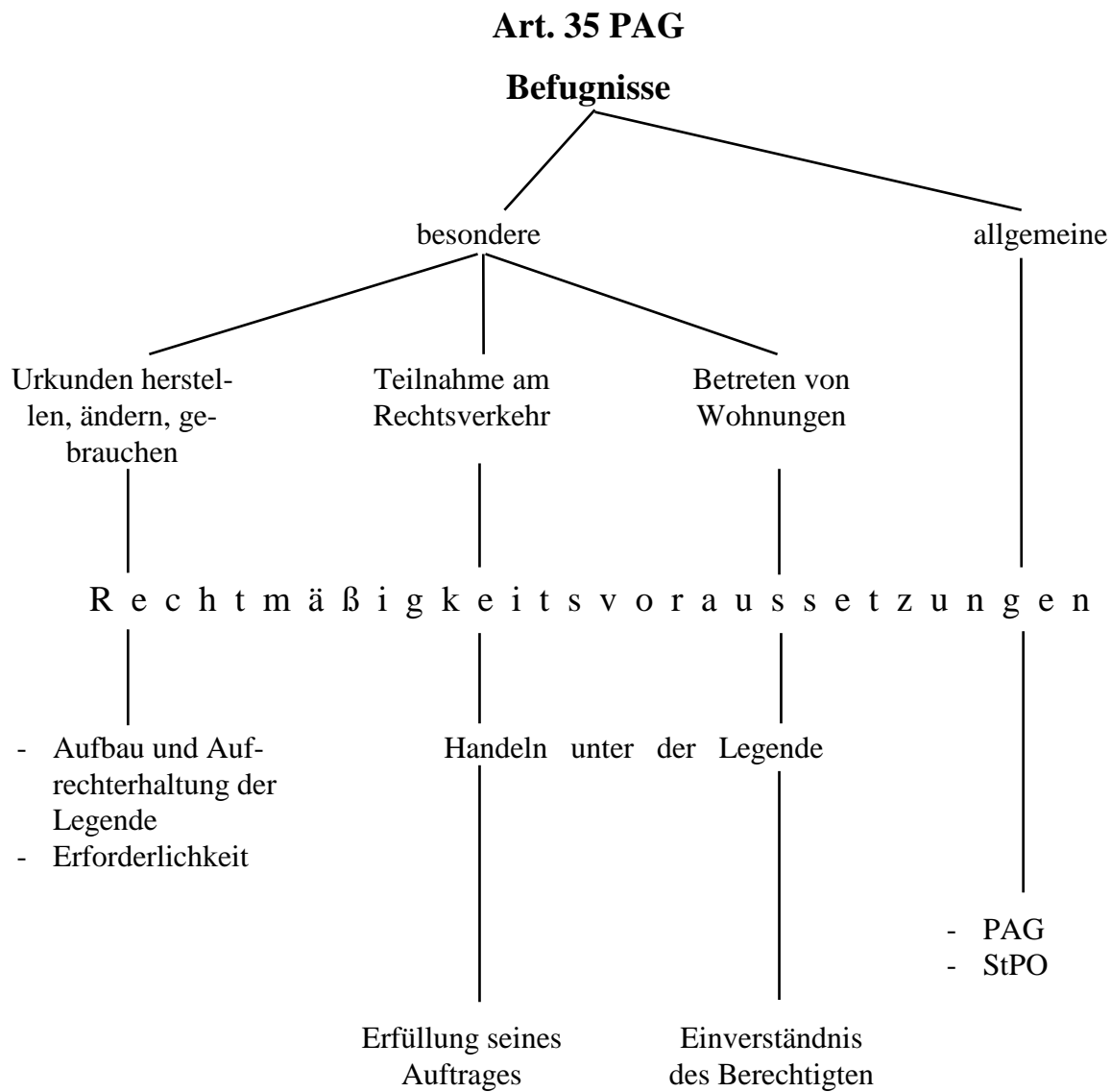
### Das Verhältnis von StPO zu PAG

Ob das PAG und/oder die StPO zur Anwendung kommen, richtet sich danach, ob der verdeckte Ermittler zur **Gefahrenabwehr** oder zur **Strafverfolgung** tätig wird. Ab konkretem Tatverdacht (§ 152 II StPO) gilt die StPO. Die Zuordnung ist wichtig für die Bestimmung des **Rechtswegs** (§ 40 VwGO bzw. § 23 EGGVG) und der **Rechtsgrundlage** (Opportunitätsprinzip im Polizeirecht, Legalitätsprinzip im Strafprozessrecht). Wenn eine eindeutige Abgrenzung nicht möglich ist, kommt es auf den **Schwerpunkt** der Maßnahme ihrer objektiven Zielrichtung nach an.

Der verdeckte Ermittler kann **auch gleichzeitig** zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung eingesetzt werden. Dann müssen die gesetzlichen Voraussetzungen von PAG und StPO erfüllt sein. Bsp.: Der verdeckte Ermittler wird in die Rauschgiftszene eingeschleust, um einerseits Rauschgiftdealer zu überführen (repressiv) und andererseits das Rauschgift sicherzustellen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren (präventiv).

Wenn zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr ein Konflikt entsteht, d.h. der verdeckte Ermittler nur eine der beiden Aufgaben erfüllen kann, muss eine Interessen- und Güterabwägung vorgenommen werden. Das höherrangige Interesse hat Vorrang und ist zu schützen.

## Verdeckter Ermittler



(Seewald)

## dd) Polizeiliche Beobachtung (Art. 36) - LAROCHE

### Ziel der polizeilichen Beobachtung

Bei der polizeilichen Beobachtung (früher „beobachtende Fahndung“ genannt) wird eine Person nicht gezielt beobachtet, sondern es wird nur das zufällige Antreffen der Person an bereits bestehenden polizeilichen Kontrollstellen, z.B. bei Grenz- oder Fahrzeugkontrollen, beobachtet. Durch diese **zufällig und unauffällig erhobenen Daten** kann sich für die Polizei ein **Bewegungsbild der verdächtigen Person** ergeben. Ziel ist, die **Mobilität** der verdächtigen Person festzustellen und **Querverbindungen** und **Zusammenhänge** eines kriminellen Personenkreises zu erkennen.

Anwendungsbereiche sind die **Organisierte Kriminalität**, die Bekämpfung der Einschleusung von Ausländern und die **Terroristenfahndung**.

### Voraussetzungen für die Ausschreibung (Art. 36 I)

Bei der auszuschreibenden Person muss es sich handeln um:

- einen **sog. gefährlichen Intensivtäter** (Art. 36 II Nr. 1). Kriterien für die Beurteilung sind die bisher begangenen Straftaten. Unter den Begriff „**begangene**“ **Straftaten** fallen solche, die zu einer Verurteilung geführt haben und solche, die die Staatsanwaltschaft nach § 153 ff. StPO eingestellt hat. Straftaten, deren Verfolgung die Staatsanwaltschaft nach § 170 II StPO wegen mangelnden Tatverdachts eingestellt hat, fallen nicht unter diesen Begriff. **Zusätzlich** zu berücksichtigen sind die **kriminelle Energie**, die der Betroffene bisher gezeigt hat, die zeitliche Folge der bisher begangenen Straftaten, der Verlauf bisheriger Resozialisierungsbemühungen und Ähnliches;
- oder um eine Person, die eine **Straftat** von erheblicher Bedeutung **begehen will**, wobei sich die **Annahme der Polizei** auf **Tatsachen** stützen muss. Diese Vorschrift entspricht Art. 33 III Nr. 2.

Wenn eine oder beide dieser Voraussetzungen erfüllt ist, muss die **Erforderlichkeit** der polizeilichen Beobachtung bezüglich der konkreten Straftat geprüft werden.

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kann die Polizei die **Person** und das **amtliche Kennzeichen** des benutzten Fahrzeugs ausschreiben. Wenn es sonst keine anderen Hinweise gibt, kann auch das **Fahrzeug** selbst (unabhängig von einer Person) zur Beobachtung ausgeschrieben werden.

### Datenerhebung bei Kontrolle der Person (Art. 36 II)

Die Polizei kann an einer bestehenden **Kontrollstelle**, z.B. einer Grenzkontrolle, die Personalien einer angetroffenen Person feststellen. Mit Hilfe der Personalien kann die Polizei über eine **Anfrage** im System **INPOL** feststellen, ob die angetroffene Person zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben ist. Über das System INPOL sind die Computer der **Landeskriminalämter** zusammengeschlossen. Kopfstelle ist ein **Zentralcomputer** beim **Bundeskriminalamt**.

Ergibt die Anfrage, dass die Person zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben ist, kann die Polizei **weitere Beobachtungen**, wie z.B. Ort und Zeitpunkt des Antreffens, Fahrroute und mitgeführte Gegenstände machen. Von der Beobachtung dürfen **auch Kontakt- und Begleitpersonen** (entspricht dem Begriff in Art. 33 III Nr. 2) erfasst werden.

Die Beobachtungen bei der polizeilichen Kontrolle werden der ausschreibenden Polizeidienststelle auf herkömmlichen Weg, z.B. telefonisch mitgeteilt. Die feststellende Behörde darf ihre Beobachtungen nicht in den Personaldaten für die Ausschreibung im INPOL-System zu speichern.

### Formelle Voraussetzungen (Art. 36 III)

Art. 36 III verweist auf Art. 33 V, d.h. auf den **Behördenleitervorbehalt**. Die Frist zur Ausschreibung darf höchstens 1 Jahr betragen und kann nur durch eine neue Anordnung verlängert werden.

#### **Löschung der Ausschreibung (Art. 36 IV)**

Art. 36 IV enthält eine Verpflichtung („ist zu löschen“) der Behörde, die gespeicherten Ausschreibungsdaten im System INPOL unverzüglich zu löschen, wenn:

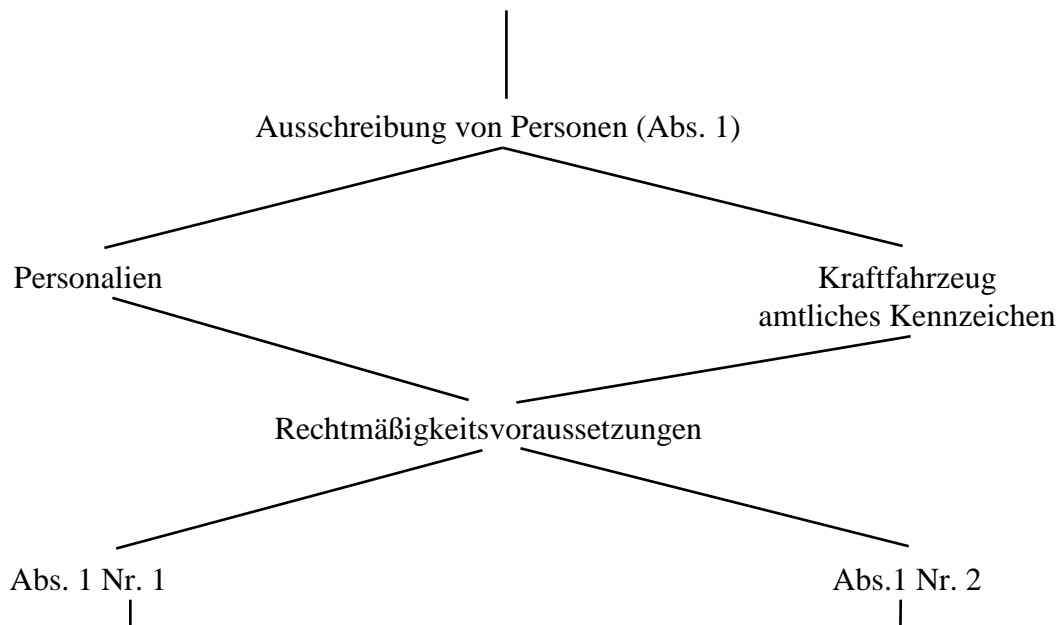
- die Voraussetzungen für die Anordnung nicht mehr vorliegen,
- sich gezeigt hat, dass der Zweck durch die polizeiliche Beobachtung nicht erreicht werden kann,
- oder der Zweck der Maßnahme erreicht ist.

#### **Literatur:**

- König, Hans-Günther: Polizei und Datenschutz in Bayern, 1. Aufl., 1993
- Honnacker, Heinz/Bartelt, Axel: Drittes Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes, BayVBl. 1991, 10

## Polizeiliche Beobachtung

### Art. 36 PAG



- Erforderlichkeit für vorbeugende Bekämpfung von Straftaten
- „Formelle“ Voraussetzungen des Abs. 3

### Befugnisse nach erfolgter Ausschreibung (Abs. 2)

#### Übermittlung von Erkenntnissen über

- das Antreffen von Person oder Kraftfahrzeug (die gem. Art. 30 Abs. 1 zur polizeilichen Beobachtung ausgeschrieben sind)
- Kontakt- und Begleitpersonen
- mitgeführte Sachen

an ausschreibende Polizeidienststelle

**(Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Art. 30 Abs. 1 müssen vorliegen)**

**u.U. Löschung der Ausschreibung (Abs. 4)**  
(Seewald)

## 2. Datenverarbeitung (Art. 37 - 48) - RAMSAUER

### a) Allgemeine Regeln der Datenspeicherung, Datenveränderung und Datennutzung (Art. 37)

Der **Art. 37 Abs. 1** hat eine Parallele in der Vorschrift des Art. 30 Abs. 1. Er ist **selbst keine Befugnisnorm**, will aber deklaratorisch deutlich machen, dass die Speicherung, Veränderung oder Nutzung personenbezogener Daten durch die Polizei stets einer solchen bedarf, und zwar durch ein formelles Gesetz.

Grundsätzlich dürfen Daten gem. **Art. 37 Abs. 2** nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie erhoben worden sind. Die **Zweckverbindung** ist aber **nicht allein auf den konkreten ursprünglichen Anlass bezogen**. Insbesondere dürfen personenbezogene Daten aus dem Bereich der Gefahrenabwehr ebenso **für die Strafverfolgung** verwendet werden und umgekehrt. Dadurch werden Doppelspeicherungen vermieden, was im ureigensten Interesse des Datenschutzes liegt. **Art. 37 Abs. 3** ist die Ausformung des Grundsatzes der **Erforderlichkeit** und hält Regelungen für die **Dauer der Speicherung** bereit. **Prüfungstermine** und Aufbewahrungsfristen unterscheiden sich von ihrem Wesen her dadurch, dass bei ersteren im Wege der Einzelfallprüfung entschieden werden muss, ob die Daten weiter gespeichert bleiben dürfen, während bei Ablauf der **Aufbewahrungsfrist** die Unterlagen ohne Prüfung zu vernichten sind. Eine Festlegung von Prüfungsterminen und Aufbewahrungsfristen auf bestimmte Zeitpunkte ist zur Verwaltungsvereinfachung zulässig, darf aber gleichwohl nicht zu einer unverhältnismäßig verlängerten Speicherdauer führen. Sie entbindet daher die Polizei nicht von der Pflicht, im Einzelfall aus gegebenem Anlass, etwa auf Antrag des Betroffenen, auch schon vor Ablauf der jeweiligen Frist die Erforderlichkeit der weiteren Speicherung der konkreten Daten zu prüfen.

**Art. 37 Abs. 4:** Anderweitige Rechtsvorschriften i.S.d. Art. 37 Abs. 4 sind insbesondere §§ 161 i.V.m. 163 StPO, 53 OWiG, 33 ff. StVG, Art. 31 BayMeldeG.

Ihre Regelungen genießen für den jeweiligen Bereich Vorrang und verdrängen insoweit das PAG.

### b) Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten (Art. 38 PAG)

**Art. 38 Abs. 1** ist eine Befugnisnorm, wie sie von Art. 37 Abs. 1 gefordert wird. Art. 38 Abs.1 enthält analog Art. 31 Abs. eine Generalklausel zur Speicherung, Veränderung und Nutzung personenbezogener Daten.

Es werden drei Bereiche genannt:

- die Erfüllung polizeilicher Aufgaben
- zeitlich befristete Dokumentation
- Vorgangsverwaltung

#### Die Erfüllung polizeilicher Aufgaben

Die Erfüllung polizeilicher Aufgaben ist wie in Art. 31 Abs. 1 zu verstehen und umfasst auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten, wie S. 2 zeigt.

#### Zeitlich befristete Dokumentation

Eine zeitlich befristete Dokumentation liegt **beispielsweise** in der **Aufzeichnung von Gesprächen über den Notruf 110** oder im Speichern von Meldungen über Einsätze zu Ersatz eines manuell geführten Tagebuchs. Dies dient dem **Schutz der Polizei** vor ungerechtfertigten Vorwürfen, wie auch dem Bürger vor möglicher Willkür einzelner Beamter. Zur Dauer einer



solchen Speicherung werden im Gesetz keine Angaben gemacht. Grundsätzlich kommen einige Monate in Betracht.

### **Vorgangsverwaltung**

Unter Vorgangsverwaltung ist die **Registrierung von Akten auf EDV-Basis** zu verstehen. Organisatorisch ist sie von anderen polizeilichen Datensammlungen getrennt zu halten. Sie dient allein dem Auffinden von Vorgängen auf der jeweiligen Dienststelle und nicht zu anderen Zwecken. Unzulässig ist daher ihre unmittelbare Verwendung zur Gefahrenabwehr oder ihre Verknüpfung mit anderen Datensystemen. Die Erforderlichkeit der jeweiligen Datenverarbeitungsmaßnahmen bestimmt zunächst der handelnde Beamte in eigener Verantwortung. Sofern personenbezogene Daten in einer Datei (= automatisiertes Verfahren) gespeichert werden sollen, ist für die Errichtung der Datei der Art. 47 zu beachten.

### **Art. 38 Abs. 2**

**Ausnahme vom Zweckbindungsgebot des Art. 37 Abs. 2** - Akten aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dürfen auch zur Gefahrenabwehr gespeichert werden.

Art. 38 Abs. 2 bildet eine **eigene**, von Art. 38 Abs. 1 zu trennende **Rechtsgrundlage**, welche die Anwendung von Abs. 1 dann ausschließt, wenn ihre spezifischen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Ist das nicht der Fall, ist Art. 38 Abs. 1 subsidiär anzuwenden. Abs. 2 ist nicht analog auf erkennungsdienstliche Unterlagen anwendbar.

Mit dem Art. 38 Abs. 2 wird festgelegt, dass das **Führen von Kriminalakten zum präventivpolizeilichen Bereich** gehört und das allgemeine datenschutzrechtliche Prinzip der Zweckbindung insoweit zu durchbrechen, als Daten, die von der Polizei in repressiven Verfahren gewonnen wurden, nunmehr auch von im präventivpolizeilichen Bereich verwendet werden dürfen.

Gem. § 38 Abs. 2 S. 2 sind die **Daten zu löschen**, wenn der der Speicherung zugrunde liegende Verdacht entfällt.

**Abs. 2 S. 3** nennt die festzulegenden Prüfungstermine und Aufbewahrungsfristen:

Aussonderungsprüffristen betragen:	Erwachsene	10 Jahre
	Jugendliche	5 Jahre
	Kinder	2 Jahre

Kinder unter 10 Jahren werden grundsätzlich nicht im KAN gespeichert.

**S. 4:** In Fällen von geringerer Bedeutung sind kürzere Fristen festzulegen.

**S. 5:** Fristbeginn: Ende des Jahres,  
aber nicht vor Entlassung aus JVA oder vor einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregel der Besserung und Sicherung

### **Art. 38 Abs. 3**

In Fällen der Ausschreibung zur beobachtenden Fahndung kann die **Frist verlängert** werden. Davon wurde bisher kein Gebrauch gemacht.

Nach Ablauf der Frist erfolgt eine **Aussonderungsprüfung, keine automatische Aussonderung**. Verlängerung auch mehrmals um bis zu drei Jahren möglich.

### **Art. 38 Abs. 4**

Regelung für die **Aus- und Fortbildung. Echtdaten** dürfen benutzt werden. Sie müssen jedoch grundsätzlich anonymisiert werden, was nur unter der Voraussetzung von S. 2 unterbleiben kann.

### c) Die allgemeinen Regeln der Datenübermittlung (Art. 39)

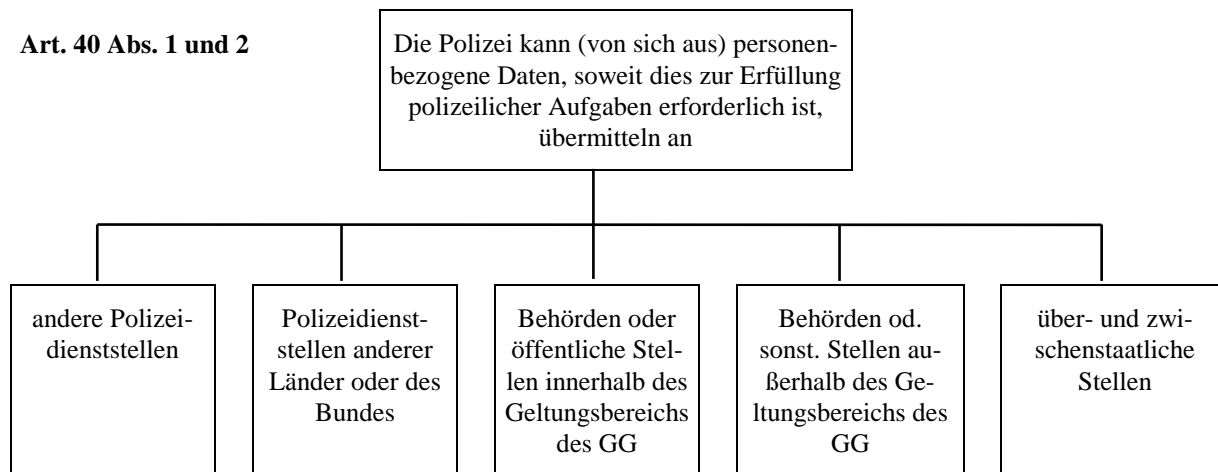
**Art. 39 Abs. 1** regelt die datenschutzrechtliche **Verantwortung** für die Datenübermittlung. Sie liegt grundsätzlich **bei der übermittelnden Stelle**. Soweit eine Polizeidienststelle um Datengabenstellung ersucht, prüft die übermittelnde Stelle nur, ob das Ersuchen im Rahmen der Aufgabenstellung des Empfängers liegt. Soweit die Datenübermittlung durch einen automatisierten Abruf (= online-Anschluss) erfolgt, trägt der Empfänger die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Abrufs.

**Art. 39 Abs. 2** bestimmt, dass der **Empfänger** personenbezogener Daten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, diese nur zu dem Zweck verarbeiten und nutzen darf, zu dem sie ihm gegebenenfalls auf Ersuchen, übermittelt worden sind.

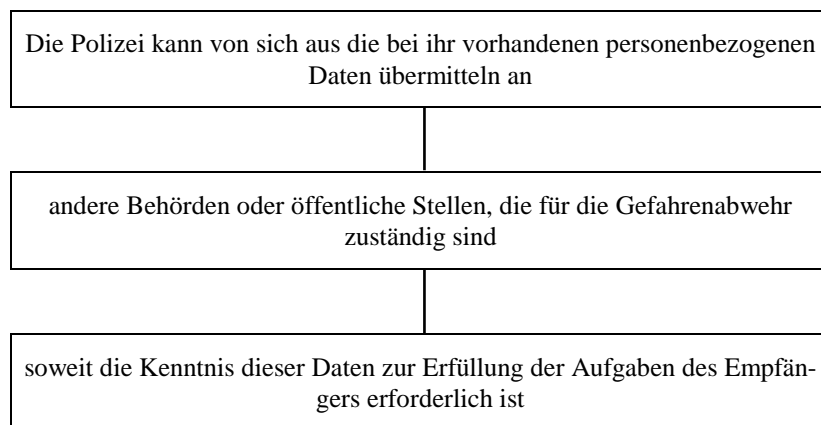
Ein Ersuchen um Übermittlung von Daten, die im Wege der Übermittlung erlangt wurden, ist mit dem Hinweis auf die originär speichernde Stelle abzulehnen.

### d) Datenübermittlung innerhalb des öffentlichen Bereichs (Art. 40)

#### Art. 40 Abs. 1 und 2

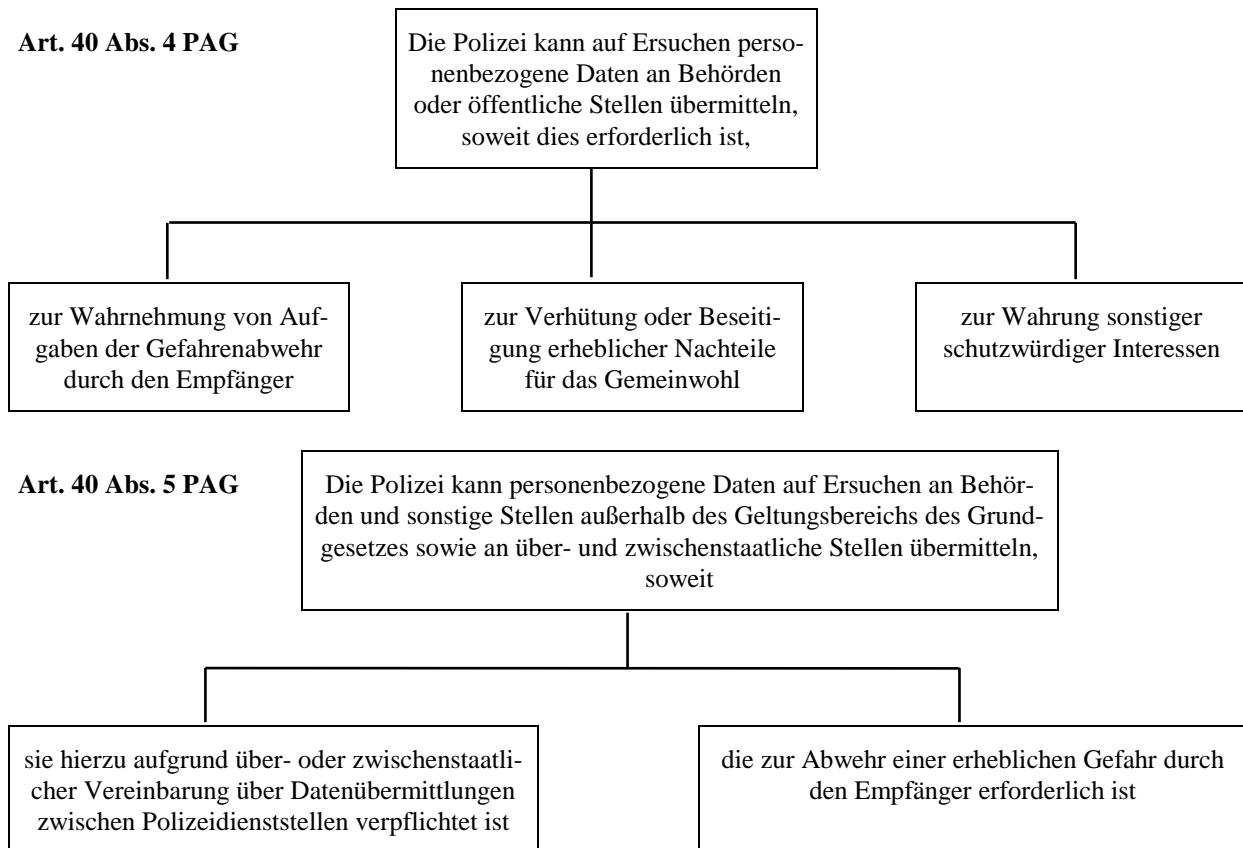


#### Art. 40 Abs. 3



Die Vorschriften des Art. 40 regelt die Befugnis, also das Ob, zur **Übermittlung** personenbezogener Daten **innerhalb des öffentlichen Bereichs**, d.h. von der Polizei zu anderen Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen. **Art. 40 Abs. 1** bezieht sich ausschließlich und abschließend auf die **Datenübertragung an andere Polizeidienststellen** des Bundes oder der anderen Bundesländer. **Art. 40 Abs. 1 und 2** regeln die Datenübermittlung **an sonstige Behörden** oder öffentliche Stellen durch die Polizei von sich aus, d.h. ohne dass die Empfänger darum ersucht haben (sog. **Initiativübertragung**).

**Art. 40 Abs. 2** regelt die Übermittlung aus Sicht der übermittelnden bayerischen Polizeidienststelle, deren eigenen Aufgabenerfüllung es dienen soll. **Art. 40 Abs. 3** regelt die Übermittlung aus der Sicht der übermittelnden Stelle, die den Aufgaben des Empfängers zu dienen bestimmt ist (sog. **Anlassübermittlung**).



**Art. 40 Abs. 5** regelt die **Übermittlung an Behörden** oder sonstige Stellen **außerhalb des Geltungsbereichs des GG**, sowie an **über- und zwischenstaatliche Stellen**. Art. 40 Abs. 5 greift nur ein, wenn die bayerische Polizei von sich aus gem. Abs. 2 und 3 personenbezogene Daten an die genannten Empfänger übermittelt.

e) **Datenübermittlung an Personen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs (Art. 41 PAG)**

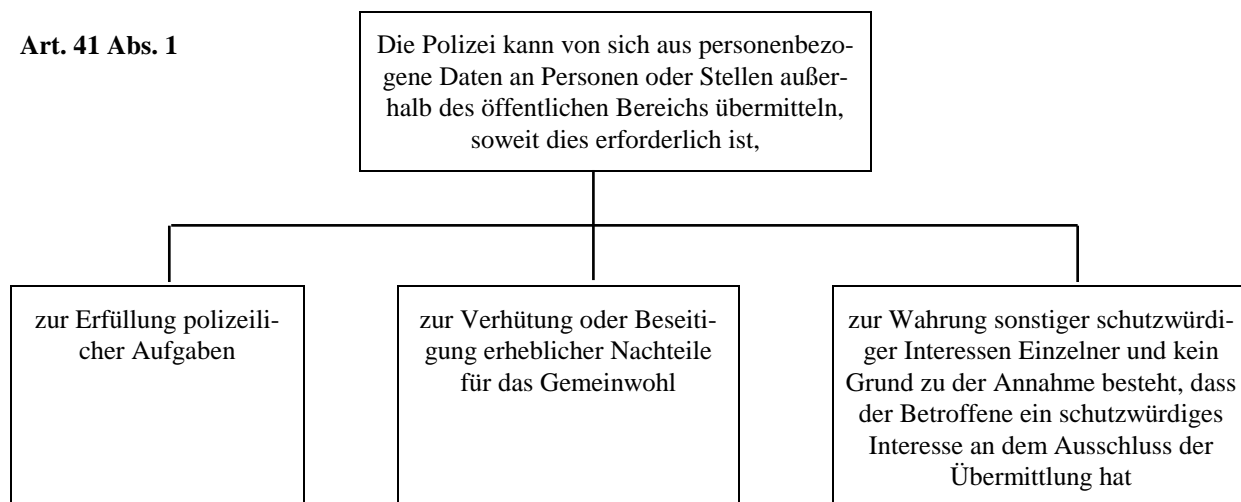
**Art. 41** gibt der Polizei die Befugnis, personenbezogene Daten **ausnahmsweise auch an Personen oder Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs** zu übermitteln. Von sich aus kann die Polizei personenbezogene Daten an Personen oder Stellen übermitteln, soweit dies für einen der in Nr. 1 - 3 genannten Zwecke erforderlich ist (Vermisstensuche, Warnung vor entwichenen Gewalttätern und Hinweise auf Trickbetrüger).

**Problem der Datenübermittlung an die Presse**

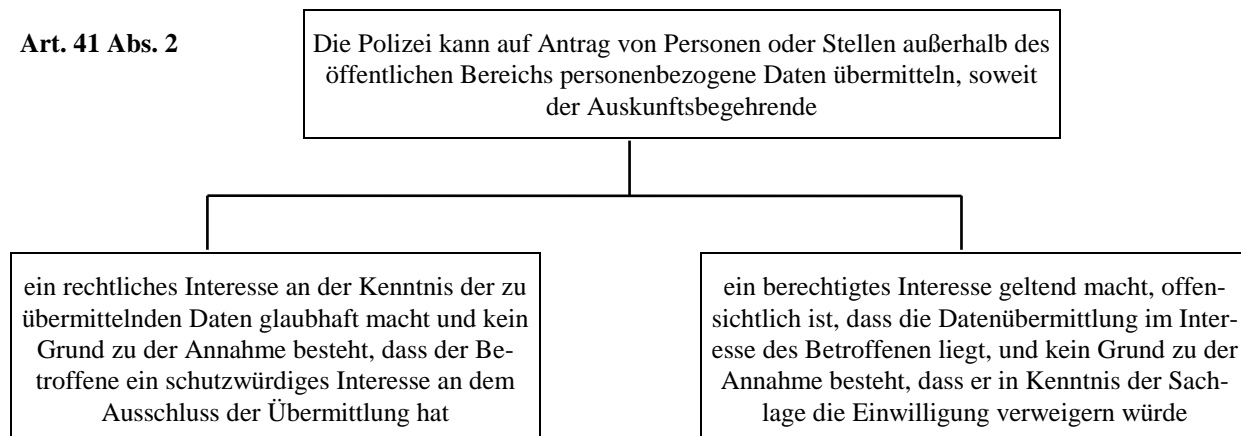
Dient die **Einschaltung von Publikationsorganen** allein der Strafverfolgung, ist ausschließlich die **Staatsanwaltschaft** zur Entscheidung befugt und damit verantwortlich. Die **Polizei** hat alleinverantwortlich zu entscheiden, wenn die Bekanntgabe personenbezogener Daten in

Pressemeldungen **präventivpolizeilichen Zwecken** dient. Ist der Tatverdächtige unbekannt, ist in aller Regel eine Beschreibung seiner Person legitimiert. Wird nach einem namentlich bekannten Straftäter gefahndet, hat sich der Umfang der Veröffentlichung personenbezogener Daten sowie die Breitenwirkung der in Anspruch genommenen Publikationsorganen nach der Schwere der Tat und der Dringlichkeit des Tatverdachts zu richten. Wird nach einem Flüchtigen gefahndet, der bereits verurteilt ist, darf die noch zu verbüßende Strafe nicht unbedeutend sein (Mindestmaß ein Jahr Freiheitsstrafe). **Drohen neue Straftaten**, muss sich der **mutmaßliche Täter weitestgehende Eingriffe in sein Persönlichkeitsrecht** gefallen lassen. Dies geht bis zur Befugnis der Polizei, alle bekannten personenbezogenen Daten zu veröffentlichen, auch wenn dadurch die Identität völlig offen gelegt wird.

#### Art. 41 Abs. 1



#### Art. 41 Abs. 2



#### f) Datenübermittlung an die Polizei (Art. 42)

**Art. 42 Abs. 1** stellt klar, dass es auch „in umgekehrter Richtung“ zulässig ist, Daten zu übermitteln. Er ist eine **Generalklausel** für diese Stellen, **Daten an die Polizei zu übermitteln**, wenn anzunehmen ist, dass die Übermittlung zur Erfüllung der Aufgaben der Polizei erforderlich ist. Die Polizei hat die Daten zu vernichten, soweit diese zur polizeilichen Aufgabenerfüllung offensichtlich nicht mehr benötigt werden.

**Art. 42 Abs. 2:** Die Polizei kann öffentliche Stellen um Datenübermittlung ersuchen (Anlassübermittlung).

Die **Grundsätze des Art. 39 I** werden **nochmals** wiederholt. **S. 1** befasst sich mit der Übermittlung personenbezogener Daten an die Polizei (nicht Bundes- oder außerbayerische Län-

derbehörden). Das bloße **Ersuchen** bedarf als **Verwaltungsinternum** mangels Eingriffsqualität an sich keiner formalgesetzlichen Befugnis. S. 1 ist jedoch in Verbindung mit S. 5 zu lesen. Daraus ergibt sich die Konstruktion, dass, wenn andere bereichsspezifische Regelungen fehlen, die Befugnis der ersuchten Stelle zur Datenübermittlung dann gegeben ist, wenn die Übermittlung aus Sicht der ersuchenden Stelle zur Erfüllung der Aufgaben der Polizei einschließlich der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist. **S. 5** enthält sogar eine über die Befugnis hinausgehende **Amtspflicht**. Damit wird eine **Umkehrung der Beweispflicht** vorgenommen: Früher wurde danach gefragt, wo eine Regelung zur Datenübermittlung steht; heute fragt man danach, wo es steht, dass es verboten ist. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Polizei und der ersuchten Behörde entscheidet die für die ersuchte Behörde zuständige Aufsichtsbehörde über die Zulässigkeit der Datenübermittlung.

**Art. 42 Abs. 3** ist eine Ergänzung im Hinblick auf die zunehmende Integration des europäischen Binnenmarktes. Mangels einer dem S. 5 des Abs. 2 entsprechenden Regelung ist Abs. 3 keine Befugnisnorm. Das bloße Herantreten an ausländische über- oder zwischenstaatliche Stellen wäre auch von Abs. 2 direkt gedeckt.

#### g) **Datenabgleich innerhalb der Polizei (Art. 43)**

**Abs. 1** gibt der Polizei die Befugnis, personenbezogene Daten eines in Art. 7 oder 8 genannten Störers mit dem Inhalt polizeilicher Daten (z.B. dem **Kriminalaktennachweis sog. KAN-Abfrage**) mit Hilfe der automatisierten Datenverarbeitung abzugleichen, d.h. es kann festgestellt werden, ob der Betroffene bereits in einer anderen polizeilichen Datei gespeichert ist. Dieses Verfahren wird ständig praktiziert, etwa wenn bei einer **Verkehrskontrolle** die Daten des angehaltenen Kfz-Führers mit dem **INPOL-Fahndungsbestand** abgeglichen werden, oder ob Daten eines einer Straftat Verdächtigten bereits im **KAN** oder der **Datei PIOS** gespeichert sind. Die Vorschrift ist als Befugnisnorm gestaltet. Der polizeiinterne Datenabgleich ist eine **eigenständige Nutzungsart mit Eingriffs- und Verwaltungsaktqualität**. Sie verdrängt als **lex specialis** die allgemeinen Vorschriften der **Art. 37 f. zur Datennutzung**. Eine Parallelvorschrift in der **StPO** findet sich in **§ 98c**. Polizeiliche Daten i.S. von S. 1 wie auch S. 2 können solche der bayer. Polizei, Polizeien der übrigen Länder oder des Bundes, künftig auch internationale wie das **sog. Schengener Informationssystem (SIS)** sein.

**Abs. 2:** Rechtsvorschriften über den Datenabgleich bestehen auch in anderen Bundes- oder Landesgesetzen, so § 17 PaßG, § 3a PersonalausweisG, § 36 StVG. Sie bleiben unberührt und genießen in ihrem Bereich Vorrang.

#### h) **Rasterfahndung (Art. 44)**

Die Rasterfahndung ist ein **maschinell-automatischer Datenabgleich** zwischen bestimmten, auf eine Person vermutlich zutreffenden **Prüfungsmerkmalen** mit aus anderen Gründen an anderer Stelle gespeicherten Daten.

Kennzeichnend für die Rasterfahndung ist also der Abgleich von Daten einer unbestimmten Vielzahl von Personen nach bestimmten Suchkriterien **mit Datenbeständen anderer Behörden**. Art. 44 gibt der Polizei die Befugnis, auch auf externe Datenbestände zuzugreifen.

Ferner kommen als Anwendungsgründe in Betracht:

- drohende Staatsschutzverbrechen
- Geiselnahmen
- terroristische Gewaltverbrechen sowie organisierte Verbrechen und Vergehen im Rauschgiftmilieu

**Art. 44** verdrängt zur Gänze sowohl die allgemeinen Vorschriften des Art. 37 f. zur Datennutzung als auch die Vorschrift des Art. 43 über den polizeiinternen Datenabgleich.

**Abs. 1** enthält die eigentliche **Befugnisnorm zur Rasterfahndung**.

Verlangt werden kann nur die Übermittlung der Daten bestimmter Personengruppen, nicht einzelner Personen, ebenso wenig ganzer Dateien. Das Verlangen hat sich außerdem nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die **Übermittlung bereits vorhandener Daten** aus bereits bestehenden Dateien zu beschränken; dass die angegebene Stelle die verlangten Daten erst gewinnt, kann nicht gefordert werden. **Zulässig** ist die **Rasterfahndung nur**, soweit dies zur Abwehr von Straftaten, die in Art. 30 Abs. 5 beispielhaft aufgeführt werden, **aus polizeilicher Sicht erforderlich** ist. Ferner sind die Rechtsvorschriften über ein besonderes Berufs- und Amtsgeheimnis zu beachten (Art. 39 Abs. 5). **Abs. 2** lässt erkennen, dass es sich bei der Rasterfahndung um eine **nicht alltägliche Maßnahme** handelt. Anordnungsberechtigt ist nur der **Dienststellenleiter** gem. Art. 33 Abs. 5 **mit Zustimmung des BStMI**. Der Landesbeauftragte für **Datenschutz** ist von der Maßnahme unverzüglich zu unterrichten. **Abs. 3** bestimmt die Pflicht der Polizei, die übermittelten Daten und darüber hinaus auch sämtliche im Zusammenhang mit der konkreten Rasterfahndung angefallenen Daten unverzüglich zu **löschen**, wenn der Zweck der Maßnahme erreicht ist oder sich seine Unerreichbarkeit herausstellt. Etwa angefallene **Unterlagen** sind zu **vernichten**. Hierin liegt nicht nur eine Amtspflicht, sondern auch ein **klagbarer Anspruch des Betroffenen**, wenn auch er übermittelten Stelle. Art. 45 findet keine Anwendung.

Bisher wurde in Bayern noch nie von dieser Befugnis Gebrauch gemacht.

#### i) **Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten (Art. 45)**

Die Vorschriften des Art. 45 regeln die Berichtigung, Speicherung, Löschung bzw. Vernichtung und Archivierung von personenbezogenen Daten durch die Polizei.

Die Abs. 1 - 3 begründen **jeweils klagbare Ansprüche des Betroffenen**. Die in ihren genannten Maßnahmen sind von Amts wegen vorzunehmen, also eine Amtspflicht und kostenfrei (Art. 3 Abs. 1 Nr. 10 KG).

**Abs. 1** befasst sich mit der Pflicht zur und dem **Anspruch auf Berichtigung** personenbezogener Daten. Die Berichtigung muss unverzüglich vorgenommen werden. Unrichtig sind Daten, wenn die in ihnen enthaltenen Informationen nicht der Wirklichkeit entsprechen. **Wertungen** sind unrichtig, wenn die ihnen zugrunde liegenden **Tatsachen** unrichtig sind oder die Wertung selbst unschlüssig ist bzw. gegen allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe verstoßen. Zur Durchsetzung des Anspruchs muss der Betroffene gegenüber der speichernden Stelle darlegen, welche gespeicherten Dateien unrichtig sind. Ausreichend ist eine Umschreibung der Daten und die Darlegung ihrer Unrichtigkeit. Die **Beweislast** trifft also grundsätzlich den Betroffenen, es sei denn, es werden herablassende Informationen tatsächlicher Art gespeichert. Die **Berichtigung** ist **kostenfrei**, außer der Betroffene hat die Unrichtigkeit zu vertreten. **S. 2** bestimmt, dass in nicht-automatisierten Dateien und Akten eine Kenntlichmachung, also ein Aktenvermerk oder eine staatsanwaltschaftliche Verfügung ausreicht. Es ist ferner anzugeben, wann und warum die Daten unrichtig geworden sind.

**S. 3** richtet sich an die Polizeidienststelle, die personenbezogene Daten an andere Stellen übermittelt hat, und legt ihr die **Pflicht zur unverzüglichen Datenberichtigung** gegenüber der empfangenen Stelle auf. **Beispiele** hierfür wären ein an andere Stellen übermittelter Verdacht oder ein personenbezogener Hinweis („bewaffnet“, „gewalttätig“, „HIV-infiziert“), nicht jedoch die bloße Tatsache eines Wohnungswechsels. Diese Regelung muss auch angewendet werden, wenn gem. Abs. 2 Daten gelöscht werden. **Abs. 2** umfasst eine detaillierte Regelung des Anspruchs auf Löschung suchfähig gespeicherter personenbezogener Daten sowie den Anspruch auf Vernichtung polizeibehördlicher Akten. Dem **Wortlaut** nach setzt

die Vorschrift voraus, dass die Daten gespeichert sind, enthält aber **auch** einen **Abwehranspruch gegen eine geplante Speicherung**. Eine Pflicht zur Löschung besteht gem. Nr. 1, wenn die Speicherung unzulässig war, sei es hinsichtlich des Ob (Art. 38) oder des Wie (Art. 37). Es ist auf den **Zeitpunkt der Speicherung** abzustellen. Verliert die Speicherung zu einem späteren Zeitpunkt ihre Rechtmäßigkeit, so ist gem. **Nr. 2** zu prüfen, ob hier die Erforderlichkeit einer weiteren Speicherung noch besteht. Ist der der Speicherung zugrunde liegende Verdacht erloschen, greift jedoch die Spezialnorm des Art. 38 Abs. 2 S. 2. Für die **Vernichtung ermittlungsdienstlicher Daten** gilt Art. 45 Abs. 2 nicht, hier ist **Art. 14 Abs. 2 lex specialis**. Bei der Löschung oder Vernichtung von Daten und Akten nach einer Rasterfahndung ist alleine Art. 44 Abs. 3 anzuwenden. Termine und Fristen für eine Überprüfung der weiteren Erforderlichkeit der Speicherung bzw. Aktenführung sind nach Art. 37 Abs. 3 zu bestimmen. Liegen die **Voraussetzungen des Art. 45 Abs. 3 S. 1** vor, entstehen die **Ansprüche** aus Abs. 2 sowie die entsprechende **Amtspflicht nicht. Nr. 1** greift ein, wenn die Löschung bzw. Vernichtung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigen würden. Gedacht ist hier an die **Beweisfunktion von Daten oder Akten** in anhängigen Zivilstreitigkeiten oder Strafverfahren. **Nr. 2** verdeutlicht dies. Beweisnot liegt vor, wenn ein entscheidungserheblicher Beweis in einem an Beweisgrundsätze gebundenen Verfahren ohne die Verwendung der gespeicherten Daten nicht erbracht werden kann, ihre Verwendung mithin unerlässlich ist. Unerlässlich sind Daten oder Akten dann, wenn die **Beweisnot** nur durch ihre Vorlage oder Nutzung behoben werden kann und hierzu keine anderen, wenn auch vielleicht umständlichere Möglichkeiten zur Verfügung stehen. **Nr. 3** nennt **wissenschaftliche Zwecke**. Diese können von privaten oder öffentlichen Forschungseinrichtungen und Einzelpersonen geltend gemacht werden. Die wissenschaftliche Tätigkeit muss unabhängig durchgeführt werden können und sich anerkannter wissenschaftlicher Methoden bedienen. Sie ist dann nicht gegeben, wenn dies auch mit anonymisierten Daten erreicht werden kann. **Nr. 4** erfasst die Fälle, in denen eine **Löschung** bzw. Vernichtung wegen der besonderen Art der Speicherung **nicht** oder **nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich** ist. Als **Beispiel** lässt sich die Löschung nur einer Person auf einem Film als Datenträger anführen. Verhindert ein in Nr. 1 - 4 des S. 1 normierter Grund die Löschung bzw. Vernichtung, so sind die Daten gem. **S. 2** zu sperren und mit einem Sperrvermerk zu versehen. **S. 3** schreibt vor, dass sie nur noch eingeschränkt, also zu den in S. 1 Nr. 2 und 3 genannten Zwecken genutzt werden.

#### **k) Automatisiertes Abrufverfahren (Art. 46)**

Im Bereich der **Datenübermittlung entscheidet** grundsätzlich die **angegangene Stelle** über die **Herausgabe** ihr anvertrauter Daten (vgl. Art. 39 Abs. 1 S. 1). Es entspricht einem Grundsatz des allgemeinen Datenschutzrechts, dass es an ihr ist, die rechtliche Zulässigkeit der Übermittlung zu prüfen und sodann die Übertragung vorzunehmen oder zu verweigern. Die Einrichtung eines automatisierten Abrufverfahrens ist nach **Art. 46 Abs. 1 S. 1** zulässig. Dieses Verfahren muss das schutzwürdige Interesse der Betroffenen und die Erfüllung polizeilicher Aufgaben beachten. **S. 2** betrifft den **online-Zugriff anderer öffentlicher Stellen** auf einen bei einer Polizeidienststelle vorgehaltenen Bestand personenbezogener Daten. Für ihn **bedarf** es jeweils **einer besonderen Rechtsgrundlage**. Protokollbestände i.S. von **Abs. 2** sind Aufzeichnungen über erfolgte online-Abfragen. Beim **BLKA** wurde eine **Protokolldatei** eingerichtet, in der **jede** personenbezogene Abfrage in ganz Bayern protokolliert wird. Die Speicherdauer beträgt ein Jahr. Auswertungen sind zulässig zu Zwecken der Datensicherung und der Kriminalitätsbekämpfung. **Abs. 3** enthält eine Befugnis des BStMI, mit den Polizeien der anderen Länder und dem Bund, insbesondere dem BKA, einen **Datenverbund** zu vereinbaren, der eine **automatisierte Datenübermittlung** ermöglicht.

### l) Errichtungsanordnung für Dateien (Art. 47)

Die Norm stellt insbesondere sicher, dass bayerische Polizeidienststellen automatisierte Dateien ohne datenschutzrechtliche Prüfung durch das Staatsministerium des Innern nicht errichten können.

### m) Auskunftsrecht (Art. 48)

**Abs. 1** enthält in S. 1 zunächst den Auskunftsanspruch des Betroffenen als **subjektives öffentliches Recht**. Auf Antrag ist dem Betroffenen Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten zu erteilen. Der Antrag soll die Art der personenbezogenen Daten enthalten und das Auskunftsbegehren begründen. Voraussetzung für eine Auskunft ist die Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich.

**Ausnahmen: Bei laufenden Strafverfahren** ist keine Auskunft zu erteilen, sondern an die Staatsanwaltschaft zu verweisen.

Der Antrag bedarf **keiner** besonderen **Form**. Der Betroffene ist **aber** gehalten, seinen Antrag so gut wie möglich zu **präzisieren**. Das Verfahren der Auskunftserteilung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Polizei. Damit ist das Wie und nicht das Ob einer Auskunftserteilung angesprochen. Bezüglich des Ob gibt es kein Ermessen. Sind die Voraussetzungen des Abs. 1 gegeben und steht Abs. 2 dem nicht entgegen, ist die beantragte Auskunft zu erteilen. Der angegangenen Dienststelle obliegt eine besondere **Sorgfaltspflicht** (vgl. Art. 14 BayDSG). Bei fernmündlicher Auskunft ist sicherzustellen, dass der Betroffene die Auskunft erhält. Gegenstand der Auskunft sind sowohl die **Akten** als auch in **Dateien** gespeicherte, auf die Person des Betroffenen bezogene Daten, auch wenn diese Daten gesperrt sind. Erkennungsdienstliche Unterlagen sind keine Akten i.S. von Art. 30 ff. Dennoch unterwirft sie der BayVGH dem Auskunftsanspruch des Art. 48.

#### Problem

Kann die Bezeichnung der Dateien, in denen personenbezogene Daten des Betroffenen gespeichert sind, Auskunftsgegenstand sein?

**Fall** Urteil HessVGH, B. v. 17.12.1990, DÖV 1991, S. 806

*„... Die Datenverarbeitung soll also grundsätzlich für den Betroffenen transparent sein. Diese Zielsetzung spricht dafür, unter den Begriff der zur Person des Betroffenen gespeicherten Daten auch die Dateienbezeichnung zu fassen. ...“*

**Abs. 2** nennt die **Auskunftsversagungsgründe**. Treffen Versagungsgründe nur für einen Teil der gespeicherten Daten zu, so ist eine Teilauskunft zu erteilen.

**Abs. 2 Nr. 1.** Eine **Auskunft unterbleibt**, wenn durch sie eine **Gefährdung der polizeilichen Aufgabenerfüllung** einschließlich der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung zu besorgen ist, insbesondere eine Ausforschung der Polizei.

**Abs. 2 Nr. 2** verbietet eine **Auskunft**, die die **öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet** und dem Wohl des Bundes oder eines Landes entgegenstehen würde.

**Abs. 2 Nr. 3** greift dann, wenn Nr. 1 nicht einschlägig ist, also wenn nicht auch nur polizeiliche Aufgabenerfüllung, sondern allein aus sonstigen Gründen personenbezogene Daten geheim gehalten werden müssen (**datenschutzrechtliche Erwägungen**).



**Abs. 3** nennt die **Verfahrensweise**, wenn eine Auskunftserteilung abgelehnt wird. Eine Begründung der Ablehnung ist nicht notwendig. Der Betroffene ist lediglich auf den Landesbeauftragten für Datenschutz hinzuweisen.

Art. 48 Abs. 3 S. 1 verdrängt Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG.

**Abs. 4** gewährt dem **Landesbeauftragten für Datenschutz** ein grundsätzliches **Auskunftsrecht**, außer wenn im konkreten Einzelfall das Staatsministerium des Innern die Feststellung trifft, dass die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gefährdet würde.

**Fall** BVerwG, U. v. 3.9.1991 - 1 C 48.88 - DVBl. 1992, S. 298 ff.

Nach diesem Urteil hat der Kl. keinen Anspruch auf Benennung des Informanten, dessen Angaben zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen ihn geführt haben.

**Weitere Urteile**      NJW 1983, S. 2954  
                            DVBl. 1992, S. 1309 ff.

## XI. Vorliegen der besonderen Voraussetzungen bei zwangsweiser Durchsetzung einer polizeilichen Maßnahme (Art. 53 ff. PAG) - GÖRLICH

### Allgemeines

#### Begriff des Verwaltungszwangs

Als Verwaltungszwang bezeichnet man die **zwangsweise Durchsetzung öffentlich rechtlicher Ansprüche** durch Verwaltungsbehörden oder durch die von diesen Behörden beauftragten Hoheitsträger.

Dabei werden **zwei Grundverfahrensarten** unterschieden:

- das sog. Beitreibungsverfahren (d.h. die Vollstreckung von Geldleistungspflichten)
- die zwangsweise Durchsetzung von sonstigen Handlungs- und Unterlassungspflichten

#### Zweck des Verwaltungszwangs

Die **Eingriffsbefugnisse des PAG** ermöglichen Verwaltungsakte, die vom Pflichtigen ein Handeln, Dulden oder Unterlassen fordern. In der Regel befolgen die polizeipflichtigen Personen die Gebote und Verbote. Weigern sie sich jedoch, die gegen sie erlassenen Verfügungen zu befolgen, müssen diese ggf. zwangsweise durchgesetzt werden, da sonst die Anordnungsbefugnisse der Polizei leer laufen würden. Somit stellt der Verwaltungszwang **keine Strafe** dar sondern dient nur als **Beugemittel**. Aus dem oben Gesagten wird deutlich, dass der **Verwaltungszwang nie Selbstzweck** sein darf.

#### Unterschied zur Durchsetzung privater Forderungen

Der private Gläubiger muss im gerichtlichen Verfahren durch Urteil seine Forderung feststellen lassen, wobei das **Urteil** dann den **Vollstreckungstitel** bildet. Kommt der Schuldner dem Urteilsspruch nicht nach, so kann der Gläubiger seine Forderung mit staatlicher Hilfe durchsetzen.

Bei der **Behörde** hingegen bildet der durch sie erlassene **Verwaltungsakt (Grundverfügung)** selbst den **Vollstreckungstitel**. Bei Nichtbefolgung des Verwaltungsakts wird dieser dann - häufig mit eigenen Mitteln und eigenem Vollstreckungspersonal - von der Behörde selbst durchgesetzt.

#### Erforderlichkeit von Verwaltungszwang

##### Abgrenzung von Verwaltungszwang und unmittelbarer Ausführung

Streitig ist immer noch, wann Verwaltungszwang angewendet werden muss, oder ob die Polizei ihre Maßnahmen durch die unmittelbaren Ausführung selbst vornehmen kann. Dies ist allerdings nur bei Maßnahmen, die dem Verpflichteten ein Handeln aufgeben, bedeutsam. Eine **Abgrenzung** ist deshalb notwendig, weil die **Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen** der beiden Institute voneinander abweichend sind. Hierzu werden verschiedene Meinungen vertreten.

##### 1. Meinung:

So wird z.B. von **Götz** angenommen, dass **zwischen unmittelbarer Ausführung** (Art. 9 PAG) **und dem Sofortvollzug** (Art. 53 II PAG) **kein Unterschied** besteht. Dies liegt vielleicht auch daran, dass nicht in allen Polizeigesetzen der Länder beide Institute vertreten sind. Da allerdings in Bayern nach dem Wortlaut des PAG diese zwei Möglichkeiten bestehen, ist hier wohl auch eine dementsprechende Unterscheidung erforderlich.

## 2. Meinung

Nach Ansicht des **OVG Lüneburg** (NVwZ 90, 786) ist die Abgrenzung danach zu treffen, ob eine **Grundverfügung** ergangen ist oder nicht. Diese Unterscheidung kann aber auch nur in den Bundesländern Bedeutung haben, in denen nicht Sofortvollzug und unmittelbarer Ausführung nebeneinander die Möglichkeit zum Tätigwerden eröffnen.

## 3. Meinung

Nach der wohl **herrschenden Meinung** im Schrifttum zum bayerischen Polizeirecht muss auf den Willen des Betroffenen abgestellt werden. So wird bei der **unmittelbaren Ausführung** nicht ein entgegen stehender **Wille des Pflichtigen gebeugt**. Vielmehr wird eine Handlung, die der Betroffene selbst hätte vornehmen müssen, durch die Polizei vorgenommen, weil der Adressat nicht oder nicht rechtzeitig erreicht, also gar nicht in die Pflicht genommen werden konnte. Auf den **mutmaßlichen Willen** kommt es hier **nicht** an.

Bei dem **Sofortvollzug** hingegen **muss** ein entgegenstehender **Wille gebrochen** werden. **Schenke**, der grundsätzlich der Meinung ist, eine **Unterscheidung** der beiden Institute sei eigentlich **überflüssig**, vertritt jedoch die Auffassung, dass, wenn schon eine Abgrenzung vorgenommen werden muss, auch die Brechung eines nur mutmaßlichen Willens zu berücksichtigen sei. Dies scheint auch sinnvoll; denn andernfalls würden alle Maßnahmen, bei denen der Betroffene nicht erreichbar ist, die Anwendung des Sofortvollzugs ausschließen mit der Folge, dass die höheren Anforderungen des Verwaltungszwangs außer acht gelassen werden könnten.

**Fall** OVG Lüneburg in NVwZ 1990, S. 786

### Sachverhalt

In der Nacht vom 30. auf den 31.03.1981 war die Fa. B. im Auftrag der Kl. auf deren Betriebsgelände in B. damit beschäftigt, zwei oberirdische Heizöltanks zu reinigen. Zu diesem Zwecke füllte sie **Heizöl** um, dabei **sickerten** ca. 3800 l Heizöl **in das umliegende Erdreich** und flossen teilweise in einen Wegeseitengraben. Nachdem weder die Fa. B. noch die Kl. sich imstande zeigten, den eingetretenen Schaden zu beseitigen, beauftragte der beklagte Landkreis am 31.03.1981 verschiedene Institutionen und Unternehmen mit der Entsorgung. Der Bekl. forderte am 25.09.1981 die Kl. zur **Erstattung der an die Feuerwehren**, die Fa. M. und Fa. W. **vorgeleisteten Zahlungen** in der Gesamthöhe von 81.334,62 DM auf. Gegen diesen Bescheid hat die Kl. Widerspruch erhoben und auf die **vorrangige Inanspruchnahme der Fa. B.** verwiesen. Zwischenzeitlich versuchte der Bekl. im Übrigen auch, gegen die Fa. B. auf einen Bescheid vom 11.05.1981, der denselben Vorfall betraf, zu vollstrecken, die Pfändungen in das Vermögen blieben jedoch fruchtlos.

### Aus den Gründen

*„... Voraussetzung für die Kostenerstattungsforderung nach § 34 II 2 NdsSOG a.F. ist zunächst, dass ihr eine unmittelbare Ausführen i.S. des Gesetzes zugrunde lag, d.h. die kosten- auslösende Maßnahme entsprechend § 34 I NdsSOG a.F. ablief. Dies ist indes der Fall. In der Literatur ist immer noch umstritten, wie sich tatbestandlich exakt eine solche unmittelbare Ausführen determiniert und vom sog. Sofortvollzug unterscheidet ...*

*Eine nüchtern textliche Abschichtung der beiden Figuren ergibt jedoch, dass bei der unmittelbaren Ausführung eine sachliche Notlage vorausgesetzt wird, weil bei nur normalen Gefahrenanforderung kein Störer vorhanden bzw. gegen ihn keine sinnvolle Verfügung möglich ist, während beim Sofortvollzug an sich eine normale Verfügungssituation (mit Störer) vor-*

*liegt, indessen eine zeitliche Notlage besteht (gegenwärtige Gefahr bzw. nicht rechtzeitige Handlungsmöglichkeit). In der rechtssystematischen Konsequenz zeigt sich dann, dass bei der unmittelbaren Ausführung die fingierte Grundverfügung („... steht dem Erlaß einer Verfügung gleich“) in einem geschlossenen Realakt umgesetzt wird, während der Sofortvollzug ausdrücklich ohne vorgehenden Verwaltungsakt stattfindet, dafür aber grundsätzlich das genaue - dreitaktige - Vollzugsverfahren einhalten muß. Für beide Figuren gleich sind nur die gegenständlich möglichen Formen der Exekutionsmaßnahme, nämlich Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang. Im vorliegenden Fall kann das Vorgehen dabei als Ersatzvornahme qualifiziert werden, weil der Bekl. die den Störern obliegenden Handlungspflichten durch Dritte ausführen ließ. Insofern zweifelt der Senat bei verständiger Würdigung der Typizität des Handlungsablaufes nicht dadurch, dass auch die Fa. M. auf Veranlassung des Bekl. tätig wurde ...“.*

### **Standardmaßnahmen und Zwanganwendung**

Fraglich ist auch, inwieweit die Polizei zur Anwendung von Zwang bei der Durchsetzung von Standardmaßnahmen befugt ist.

Zwar kann die Polizei den unmittelbar und **begriffsnotwendig** in der **Durchführung** der **Maßnahme** liegenden **Zwang** anwenden, ohne dass sie sich zusätzlich weiteren Vorschriften, wie Art. 53 ff. PAG, erschließen muss. Bei diesen Maßnahmen wäre es auch wegen ihrer Zielsetzung gar nicht sinnvoll, sie in dem Sinne zu vollstrecken, dass man dem Adressaten durch Anwendung von Beugemitteln zu bewegen versucht, den angestrebten Zweck seinerseits herbeizuführen. So macht es beispielsweise wenig Sinn, den Bürger durch körperliche Gewalt anzuhalten, seine Wohnung selbst zu durchsuchen.

Aber zu beachten bleibt, dass - wenn der Betroffene sich der Durchführung einer Maßnahme seitens der Polizei aktiv widersetzt und dieser **Widerstand** gebrochen werden muss - eine **Begleitverfügung** erlassen werden kann. Diese Begleitverfügung, die sich meist auf die Generalklausel stützt, kann dann **zwangsweise durchgesetzt** werden, wobei hier die Vorschriften des Art. 53 ff. PAG Anwendung finden.

### **Repressive Maßnahmen**

Die Maßnahmenbefugnisse der StPO umfassen jeweils auch das Recht zur zwangsweisen Durchsetzung. Die Voraussetzungen der Art. 53 ff. PAG sind hier nicht erforderlich. Zu beachten ist nur, dass bei der Anwendung unmittelbaren Zwangs für die Frage des „Wie“ der Art. 64 PAG einschlägig ist.

### **Voraussetzungen des Verwaltungszwangs**

#### **1. Vorliegen und Rechtmäßigkeit eines durchzusetzenden Verwaltungsakts (der „Primärmaßnahme“)? - GÖRLICH**

##### **Vorliegen**

Problem: Das Erfordernis einer Grundverfügung hängt von unterschiedlichen Verfahrensarten ab.

Der Polizei stehen nach Art. 53 I und Art. 53 II PAG grundsätzlich **zwei verschiedene Verfahren** zur zwangsweisen Durchsetzung zur Verfügung. Während nach Art. 53 I PAG (gesetzlicher **Regelfall**) eine **Grundverfügung** vorliegen muss, die auf die Vornahme einer Handlung, Duldung oder Unterlassen gerichtet ist, kann nach Art. 53 II PAG (Sofortvollzug) **ausnahmsweise** (aber nur unter bestimmten Voraussetzungen) der **Verwaltungszwang ohne vorausgehenden Verwaltungsakt** zulässig sein. Hier wird das Handeln der Polizei dann

gleichsam der unmittelbaren Ausführung als Realakt qualifiziert. Im Hinblick auf den Rechtsschutz wird sie jedoch wie eine Polizeiverfügung behandelt (Vgl. bereits § 44 I 2 prPVG). Auch heute wird aber noch **zuweilen** an der **Fiktion** festgehalten, dass der Sofortvollzug sich aus einer konkludenten Grundverfügung, Zwangsmittelandrohung und -anwendung zusammensetzt. Dies ist aber wenig verständlich, denn im Gegensatz zu früher, als sich das pr OVG dieser Konstruktion bedienen musste, um auch Realakte der Polizei überprüfen zu können, ist heute (seit der Schaffung der VwGO) diese Konstruktion **entbehrlich**. Denn jetzt steht für die **Nachprüfung von Realakten** ohnehin die **Feststellungs- bzw. Leistungsklage** zur Verfügung (Vgl. BayVGH GewArch 1981, 233).

Zwischen diesen beiden Möglichkeiten gibt es noch eine **dritte Variante**, nämlich die des **abgekürzten Vollstreckungsverfahrens**. Hierbei wird zwar eine Grundverfügung erlassen, aber bei entsprechender Dringlichkeit verzichtet die Behörde auf den Eintritt oder die Herbeiführung der Vollstreckbarkeit (vgl. dazu Kirchhof, in JuS 1975, 511). Das Zwangsmittel wird dann unmittelbar im Anschluss an die Grundverfügung angewandt.

(In diesem **Zusammenhang** muss auch noch darauf hingewiesen werden, dass **auch bei der** unmittelbaren Ausführung eine **Grundverfügung nicht erforderlich** ist. In diesem Fall wird auf die Anwendung eines der oben genannten Verfahren ganz verzichtet. Deshalb ist die Abgrenzung zwischen Sofortvollzug und unmittelbarer Ausführung besonders wichtig.)

### **Erläuterungen**

Durch diese verschiedenen Verfahren wird gewährleistet, dass die Polizei je nach Dringlichkeit langsamer oder schneller tätig werden kann.

Die **Abgrenzung** der unterschiedlichen Verfahren ist auch deshalb wichtig, weil davon die verschiedenen **Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen** für die Anwendung des Verwaltungszwangs abhängen. So wird beim **Sofortvollzug** im Gegensatz zum gesetzlichen Regelfall zumindest eine **konkrete Gefahr**, wenn nicht sogar eine dringende Gefahr, vorausgesetzt (vgl. Berner/ Köhler Art. 53 PAG Rdnr. 4).

Auch ist **nach Art. 53 II PAG** die Anordnung der sofortigen Vollziehung gemäß **§ 80 II Nr. 4 VwGO überflüssig**.

### **Rechtmäßigkeit**

Auch hier kommt wieder das **Problem der verschiedenen Verfahren** zur Geltung. So ist beim „gestreckten Verfahren“ die Rechtmäßigkeit der **Grundverfügung zu prüfen**. Dies ist im Einzelnen streitig und wird noch genauer dargestellt. Dagegen ist **beim Sofortvollzug** nur darauf abzustellen, ob **hypothetisch** alle materiellen Voraussetzungen für den Erlass eines Grundverwaltungsaktes gegeben sind.

### **Rechtmäßigkeit der Grundverfügung**

Über die Anforderungen an die Grundverfügung besteht ein Streit. **Übereinstimmung** herrscht aber dahingehend, dass der **Grundverwaltungsakt** gemäß Art. 44 VwVfG **nicht nichtig** gewesen sein darf, da er dann überhaupt keine Wirkung entfalten kann.

#### **1. Meinung**

Im Schrifttum zum bayrischen Polizeirecht wird überwiegend die Meinung vertreten, dass zwischen Primärmaßnahme und Sekundärmaßnahme der **Grundsatz der Konnexität** gilt; er besagt, dass die Rechtmäßigkeit des durchzusetzenden Verwaltungsaktes immer Grundvoraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Zwangsmittel ist. Dies ergibt sich daraus, dass der **Verwaltungszwang nie Selbstzweck** ist, sondern immer nur Hilfsmaßnahme zu Durchsetzung eines Verwaltungsaktes, der unmittelbar der Gefahrenabwehr dient, sein darf.

## 2. Meinung

Nach der Auffassung von **Götz** muss es sich bei der Grundverfügung **nur** um einen **wirksamen Verwaltungsakt** handeln (Art. 43 III VwVfG). Die materielle Rechtmäßigkeit ist keine Voraussetzung für die Vollstreckung des Verwaltungsaktes. Begründet wird dies damit, dass die Rechtsordnung es dem Einzelnen überlässt, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes anzugreifen. Unterlässt er dies, muss er auch die Folgen in Kauf nehmen.

## 3. Meinung

Eine andere Auffassung vertritt **Habermehl**, der danach differenziert, ob der **Grundverwaltungsakt unanfechtbar** geworden ist oder nicht. Ist die Grundverfügung unanfechtbar geworden, erlangt sie Bestandskraft mit der Folge, dass es für die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsvollstreckung nicht mehr darauf ankommt, ob der Grundverwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war. In diesem Falle kann die Rechtswidrigkeit auch nicht mehr nachträglich geltend gemacht werden. **Vor Unanfechtbarkeit** ist jedoch die **Rechtmäßigkeit der Grundverfügung** Voraussetzung für ihre Vollstreckung (Hess VGH NVwZ 1982, 515; a.A. OVG Berlin NJW 1981, 2484). Begründet wird dies damit, dass es sich ansonsten um einen Verstoß gegen den Grundsatz der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** handeln würde.

**Fall** VGH Kassel ESVGH 23, S. 117

## Sachverhalt

Mit Verfügung vom 4.10.1967 forderte der Beklagte den Kläger **zum Abbruch einer** ihm gehörigen **Scheune wegen Baufälligkeit** auf. In dem erstinstanzlichen Klageverfahren machte das Gericht einen Vergleichsvorschlag des Inhalts, die Scheune entweder instand setzen zu lassen, oder sie bis zum 30.6.1969 abzurechen. Die Annahme musste bis zum 3.3.1969 erklärt werden. Der Kläger stimmte innerhalb dieser Frist zu, mit der Maßgabe, dass er die Scheune abrechen werde. Die zustimmende Erklärung des Beklagten ging erst am 11.3.1969 ein. Da der Kläger das Gebäude nicht beseitigte, drohte der Beklagte unter Aufhebung einer bisherigen Zwangsgeldandrohung mit Verfügung vom 17.11.1969 die **Ersatzvornahme** an und bezifferte deren **Kosten**. Gegen diese Verfügung wandte der Kläger sich mit einer erneuten Klage, die ohne Erfolg blieb.

## Aus den Gründen

*„... Die Androhung der Ersatzvornahme des Abbruchs ist für sich genommen am Maßstab der §§ 69 ff., 74 Hess VwVG nicht zu beanstanden. Der Umstand, dass das beim Verwaltungsgericht Frankfurt a. M. anhängigen Verwaltungsstreitverfahren in Wirklichkeit noch nicht abgeschlossen ist, hat auf die hier über die Androhung des Zwangsmittels zu treffende Entscheidung keinen Einfluß. Wie oben schon ausgeführt, braucht im Zeitpunkt der Androhung der zu vollstreckende VA noch nicht nach § 2 Hess VwVG vollstreckbar zu sein. Außerdem ist die Androhung der Ersatzvornahme des gebotenen Abbruchs zwar von der Existenz der Abbruchverfügung abhängig, nicht aber von ihrer Rechtmäßigkeit. Sie ist ein selbständiger VA mit eigenen Voraussetzungen vollstreckungsrechtlicher Art, für dessen Rechtmäßigkeit die Rechtmäßigkeit des zu vollstreckenden VA nicht vorgreiflich ist. Der erkennende Senat ist seit seinem Urteil vom 18.7.1969 davon ausgegangen, dass entsprechend der Funktionsteilung von Verwaltungs- und gerichtlichem Erkenntnisverfahren einerseits und Vollstreckungsverfahren andererseits im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht noch einmal dieselben Fragen zu prüfen sind wie im Erkenntnisverfahren, das erst zu einem Vollstreckungstitel führt. Daher können Einwendungen gegen den Vollstreckungstitel oder gegen den VA, dessen Vollstreckung angedroht wird, nicht mehr im Vollstreckungsverfahren oder durch Anfechtung von VAen, die der Vollstreckung dienen, vorgebracht werden. Ausgenommen ist der hier nicht*

*gegebene Fall der Nichtigkeit des zu vollstreckenden VAs. In der Rechtsprechung des Senats und im einschlägigen Schrifttum ist dies für den Fall ausgesprochen worden, dass der zu vollstreckende VA bereits unanfechtbar geworden ist. Der Grundsatz hat aber noch größere Bedeutung in dem auch hier gegebenen Fall, dass der VA, der vollstreckt werden soll, noch nicht bestandskräftig geworden ist und deshalb noch keine materielle Bestands- oder Rechtskraftwirkung unter den Streitparteien entfaltet. Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, dass gegen einen VA, der der Vollstreckung dient, nur geltend gemacht werden kann, dass er eine selbständige Rechtsverletzung darstelle, wird mittelbar durch § 18 VwVG des Bund und mehrere ihm entsprechende landesrechtlichen Vorschriften bestätigt. Die zu § 18 (1) S. 2 VwVG Bund für den Fall der sogenannten unselbständigen Androhung eines Zwangsmittels getroffene Regelung soll auch gelten, wenn die Androhung nicht mit dem zugrunde liegenden VA verbunden, dieser aber noch nicht unanfechtbar geworden ist. Diese Regelung, wonach ein Rechtsmittel gegen die Zwangsmittelandrohung sich kraft Gesetzes auf den zugrunde liegenden VA erstreckt, soweit er nicht schon angefochten worden ist, ist gerade deshalb vom Gesetzgeber zugunsten des Anfechtungsklägers eingeführt worden, weil nach allgemeinen Verfahrensrecht Einwendungen gegen die Zwangsmittelandrohung vorgebracht werden können.*

*Da die Rechtmäßigkeit der Abbruchverfügung nicht Vorfrage für die Entscheidung über die Anfechtung der Zwangsmittelandrohung ist, bestand kein Anlaß, diese Vorfrage in dem hier anhängigen Verfahren zu entscheiden, und keine Möglichkeit, dieses Verfahren gemäß § 94 VwGO bis zur Erledigung des beim Verwaltungsgericht Frankfurt a. M. noch anhängigen Prozesses auszusetzen. Ein Nachteil kann dem Kläger daraus nicht entstehen. Falls die angefochtene Abbruchverfügung in dem anderen Verfahren aufgehoben werden sollte, würde die Androhung der Ersatzvornahme des Abbruchs, über die hier zu entscheiden war, gegenstandslos werden und gemäß § 3 (2) Hess VwVG aufzuheben sein ...“*

## **2. Andauernde Gefahr - GÖRLICH**

Problem: Unterschiedliche Verfahren für unterschiedliche Gefahrenlagen.

Der gesetzliche **Regelfall (Art. 53 I PAG)** erfordert neben den genannten Voraussetzungen auch die **Fortdauer der Gefahrenlage**. Dies ergibt sich aus der Gesetzessystematik Vgl. Art. 4 III, 20, 28 I PAG). Hierbei handelt es sich **in der Regel** um konkrete Gefahren (2.2 VollzB). Dass dies aber nicht unbedingt erforderlich ist, zeigen die Fälle des Art. 29 I Nr. 2, 3 PAG.

Dagegen verlangt Art. 53 II PAG **immer** eine zumindest konkrete Gefahr, wenn nicht sogar eine dringende Gefahr (BVerwGE 47, 255), die einen vorausgehenden schriftlichen Verwaltungsakt nicht zulässt.

Eine Anscheinsgefahr reicht aus (BVerwGE 39, 190).

## **3. Notwendigkeit der Zwangsanwendung - GÖRLICH**

Die Anwendung von Zwang ist immer dann notwendig, wenn **polizeipflichtige Personen sich weigern**, die gegen sie erlassenen Verfügungen zu befolgen. Andernfalls würde die Anordnungsbefugnis der Polizei leer laufen.

Ferner ist die Anwendung **nur solange** notwendig, ja zulässig, bis der **Grundverwaltungsakt befolgt wird** und damit sein Zweck erreicht ist **oder** er sich auf andere Weise erledigt hat.

Ein **Verwaltungsakt zur Gefahrenabwehr** hat sich insbesondere dann **erledigt**, wenn

- er aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich geworden ist,

- der Zweck des Verwaltungszwangs erreicht worden ist,
- die Gefahrenlage nicht mehr besteht,
- der zu vollziehende Verwaltungsakt aufgehoben ist,
- aufgrund einer Veränderung der Gefahrenlage die Zwangsmaßnahme nicht mehr sinnvoll ist,
- durch eine andere Maßnahme der polizeiliche Erfolg rascher und effizienter herbeigeführt werden kann,
- der Vollzug in irgendeiner anderen Form unzulässig geworden ist,
- der Erfolg aus anderen Gründen eingetreten ist.

Eine **besondere Voraussetzung für den Sofortvollzug** ist, dass dieser zur Verhinderung einer **drohenden Gefahr** notwendig sein muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Gefahr im gestreckten Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig abgewendet werden kann (OVG Münster DÖV 1964, 682; OVG Berlin DVBl. 1980, 1053).

**Fall** OVG Berlin DVBl. 1980, S. 1053

### Sachverhalt

Der Kl., der Eigentümer eines Mietshauses ist, wendet sich gegen die **Anforderung eines Geldbetrages**, den der Bekl. zur Beseitigung von Mängeln der sanitären Anlagen aufgewandt hat. Diese Mängel entstanden durch eine Verstopfung der Rohrleitungen, die von den Mietern verursacht wurden.

### Aus den Gründen

*„Die Voraussetzungen für Verwaltungszwangsmaßnahmen bei vorausgehendem Verwaltungsakt haben nicht vorgelegen. Nach dem Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung kann der Verwaltungszwang u.a. dann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn der Sofortvollzug zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt. Ein sofortiges Eingreifen in die Rechte des Bürgers ist nur zulässig, wenn der Zweck der Maßnahme nicht durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes unter Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II Nr. 4 VwGO erreicht werden kann. Bei dem Sofortvollzug handelt es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Bürgers, insbesondere, wenn diese Maßnahme - wie im vorliegenden Fall - ohne Kenntnis und in Abwesenheit des Betroffenen erfolgt. Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf diese, von dem üblichen Weg des Erlasses eines VAes mit der Anordnung sofortiger Vollziehung abweichende Maßnahme nur in besonderen Eilfällen durchgeführt werden. Diese Voraussetzungen wären hier dann zu bejahen gewesen, wenn etwa durch einen plötzlichen Rohrbruch innerhalb kurzer Zeit große Mengen von Abwasser in der Weise in eine darunterliegende Wohnung eindringen würden, dass deren Benutzbarkeit ausgeschlossen gewesen wäre. Nach den Feststellungen des Bau- und Wohnungsaufsichtsamtes waren Räume durch Abwasser stark in Mitleidenschaft gezogen und die Küchendecke stark durchfeuchtet. Diese Umstände hätten allenfalls die sofortige Vollziehung im überwiegenden Interesse der betroffenen Mieter nach § 80 II Nr. 4 VwGO rechtfertigen können. Für die von Mietern verursachte und von dem Bau- und Wohnungsaufsichtsamt an zwei Tagen besichtigte Rohrverstopfung lagen die Voraussetzungen für ein Einschreiten ohne vorausgehenden VA ebenfalls nicht vor. Die damit verbundene Unbequemlichkeit für die betroffenen Mieter sind keine unmittelbar bevorstehende Gefahr, die es rechtfertigen könnte, gegen den Eigentümer unmittelbar zwangsweise vorzugehen ...“*

**Fall** OVG Münster, MDR 1980, S. 874



### Sachverhalt

Der Kl. **parkte seinen PKW** gegen 13.50 Uhr in einer Nebenstraße in der Innenstadt einer Großstadt **auf dem Bürgersteig** so, dass der Wagen den gesamten Bürgersteig verstellte und noch etwa 50 cm in die Fahrbahn hineinragte. Ein Streifenbeamter der Polizei forderte wenige Minuten später einen **Abschleppwagen** an. Vor dessen Eintreffen kam der Kl. zu seinem PKW zurück und fuhr diesen fort. Der Bekl. Polizeipräsident fordert von dem Kl. durch Leistungsbescheid die Erstattung der durch die **Leerfahrt** des Abschleppwagens entstandenen **Kosten**.

### Aus den Gründen

*„... Nach § 55 II VwVG NW kann der Verwaltungszwang ausnahmsweise im sofortigen Vollzug d.h. ohne vorausgehenden, den Pflichtigen das geforderte Verhalten aufgebenden Grundverwaltungsakt angewendet werden, wenn der Sofortvollzug zur Verhinderung mit Strafe oder Geldbuße bedrohter Handlungen oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist und die Behörde hierbei innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt. Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Insbesondere war das Einschreiten im Wege des Sofortvollzugs gemäß § 55 II VwVG NW notwendig. Notwendig i.S. dieser Vorschrift ist die Vollstreckung dann nicht, wenn das Vorgehen im Wege des Sofortvollzugs gegen die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.*

*Allein das verbotswidrige Parken eines PKWs auf einem Bürgersteig kann im Normalfall allerdings die Notwendigkeit des Eingreifens im Sofortvollzug nicht begründen, da dies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen würde. Es muß über dem bloßen Verstoß gegen die StVO hinaus eine besondere Lage gegeben sein.*

*Im vorliegenden Falle waren solche hinzutretenden besonderen Umstände gegeben. Der PKW versperrte die Bürgersteigfläche in voller Breite und ragte zudem noch nicht unerheblich in die Fahrbahn hinein, so dass vorbeigehende Fußgänger den Bürgersteig nicht benutzen konnten und gezwungen waren, recht weit auf die Fahrbahn zu treten...“*

### 4. Unanfechtbarkeit der Maßnahme oder fehlende aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels (Art. 53 PAG) - GÖRLICH

#### Unanfechtbarkeit

Der Grundverwaltungsakt muss unanfechtbar geworden sein. Dies ist dann der Fall, wenn er nicht mehr mit einem förmlichen Rechtsbehelf (Widerspruch und Anfechtungsklage) angefochten werden kann (Art. 19 I Nr. 1 BayVwZVG). Dies gilt allerdings nicht bei Maßnahmen im Rahmen des Sofortvollzugs oder der unmittelbaren Ausführung, denn hier wurde noch gar kein Verwaltungsakt erlassen, gegen den Widerspruch eingelegt werden kann bzw. der angefochten werden kann.

#### Unaufschiebbarkeit

Die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen tritt nicht ein

- bei der Aufforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten (§ 80 II Nr. 1 VwGO)
- in anderen durch Bundesgesetz geregelten Fällen (z.B. §35 II BSeuchG)
- bei unaufschiebbaren Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten (§ 80 II Nr. 2 VwGO)

**Vollzugspolizeiliche Anordnungen** sind stets dann unaufschiebbar, wenn ihr **präventiver Zweck** durch die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Anfechtungsklage vereitelt werden würde. Wegen der Funktionsgleichheit von Verkehrszeichen mit unaufschiebbaren Anordnungen der Polizeivollzugsbeamten ist § 80 II Nr. 2 VwGO **analog** auf **Verkehrszei-**

**chen** anzuwenden (BVerwG NJW 1978, 656 f.). Zu **berücksichtigen** ist aber, dass das Gericht die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels durch Anordnung wieder herstellen kann. Dies ergibt sich aus **Art. 80 V VwGO**, auf den 53.1 VollzB ausdrücklich hinweist. Nicht ausreichend ist, dass ein Rechtsbefehl, der aufschiebende Wirkung hätte, noch nicht eingelegt ist; denn die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit müssen positiv vorliegen (BVerwG NJW 82, 348).

## 5. Androhung der Zwangsanwendung (Art. 59, 64 PAG) - GÖRLICH

### **Die Rechtsnatur der Androhung**

Nach einhelliger Auffassung stellt die Androhung einen **selbständigen Verwaltungsakt** dar (BVerwG DVBl. 1989, 362; VGH München BayVBl. 1982, 460; VGH Kassel GewArch 1983, 267, 268). Sie ist eine rechtlich selbständige Maßnahme, mit der verbindliche Wirkungen für die weiteren Verfahrensabschnitte geregelt werden.

Die Androhung kann laut Art. 59 II PAG entweder separat ergehen (**selbständige Androhung**) oder zusammen mit dem Grundverwaltungsakt (**unselbständige Androhung**). Soweit Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben, soll die Androhung mit der Grundverfügung verbunden werden.

**Fall** BVerwG DVBl. 1989, S. 362

### **Sachverhalt**

Mit Verfügung vom 19.01.82 fordert der Bekl. Landkreis vom Kl. die **Beseitigung von baulichen Anlagen für einen Campingplatz**, dessen Genehmigung bestandskräftig abgelehnt worden war. Gleichzeitig drohte er ihm ein **Zwangsgeld** in Höhe von 500 DM an.

### **Aus den Gründen**

*„... Das für den Begriff des VA konstitutive Element einer Regelung ist einer Maßnahme einer Behörde immer dann zu eigen, wenn sie darauf gerichtet ist, in verbindlicher und bestandskraftfähiger Weise Rechtsfolgen - bei personalen VAen - für die subjektive Rechtsstellung des Adressaten zu bewirken. Für die Androhung eines Zwangsgeldes nach dem NdsSOG hat das OVG dargelegt, dass diese im Hinblick auf die ihn ihr enthaltene Auswahl unter den möglichen Zwangsmitteln die Bestimmung der Höhe des Zwangsgeldes und die Festsetzung einer Frist für die Erfüllung der zu vollziehenden Verpflichtung unmittelbar Rechtswirkungen für den Verpflichteten in einem Verwaltungsvollstreckungsverfahren herbeiführe.*

*Damit ist den Anforderungen genügt, die erfüllt sein müssen, um eine behördliche Maßnahme als Regelung und damit als VA qualifizieren zu können. ...*

*Die Androhung eines Zwangsmittels im Rahmen des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung generell als anfechtbaren VA zu behandeln ist ferner auch aus gewichtigen Gründen der Praktikabilität angezeigt. Gemäß § 48 II 1 NdsSOG kann die Androhung mit dem VA verbunden werden, durch den die Handlung, Duldung oder Unterlassung aufgegeben wird. Dies soll sogar geschehen, wenn ein Rechtsbehelf keine aufschiebende Wirkung hat. Für den Bürger dem - wie auch hier - in ein und derselben Verfügung ein Gebot (oder Verbot) auferlegt und zugleich ein Zwangsmittel für den Fall der Nichtbefolgung angedroht wird, stellt sich diese behördliche Erklärung als Einheit dar, die gemäß der beizufügenden Rechtsmittelbelehrung auch einheitlich angegriffen werden kann. Für die Verwaltungsvollstreckung des Bundes bestimmt § 18 I 2 VwVG insoweit ausdrücklich, dass sich bei Verbindung von Zwangsmittelandrohung mit zugrunde liegendem VA ein Rechtsmittel gegen die Androhung zugleich auf den VA erstreckt, soweit dieser nicht bereits Gegenstand eines Rechtsmittel- oder gerichtlichen Verfahrens ist. Würde man der Androhung eines Zwangsgel-*

*ldes etwa im Hinblick darauf, dass das Zwangsmittel noch einer gesonderten Festsetzung bedürfe, die ihrerseits als VA angefochten werden könne, den Charakter einer anfechtbaren Regelung absprechen, so bedeutete dies eine für den Bürger schwer verständliche Komplizierung des Rechtsschutzes: Dessen Gewährung ist nämlich - in Übereinstimmung Art. 19 IV GG - nicht etwa davon abhängig, dass eine in den Rechtskreis des Bürgers eingreifende Maßnahme der öffentlichen Gewalt den Begriff eines VA entspricht. Viel mehr steuert die Qualifizierung der Maßnahme, gegen die der von ihr betroffene Bürger sich wendet, als VA nur die Art und Weise der Rechtsschutzgewährung in Richtung auf die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage, ohne dass bei Verneinung der VA-Qualität der Rechtsschutz - etwa in Form einer Feststellungs- oder Unterlassungsklage - von vornherein ausgeschlossen wäre. Die Uneinheitlichkeit und Unübersichtlichkeit des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung müßte sich noch weiter verschärfen, wenn lediglich bei der Androhung des Zwangsgeldes das Vorliegen einer Regelung im Rahmen der Vollziehung etwa im Hinblick darauf verneint würde, dass § 45 NdsSOG nur für dieses Zwangsmittel nicht aber auch für die Ersatzvornahme und den unmittelbaren Zwang neben deren Androhung ausdrücklich auch die Festsetzung vorschreibt. Eine derartige Differenzierung des Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung je nach der Art des angewendeten Zwangsmittels wird von der gesetzlichen Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensschritte eines Zwangsmittelverfahrens nicht nur nicht geboten, sondern würde auch den im Gesetz niedergelegten Vorstellungen des Gesetzgebers nicht entsprechen. Dieser hat nämlich in § 42 IV 1 NdsSOG für alle Arten der Zwangsmittel bestimmt, dass gegen sie eingelegte Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben. Dem liegt offenbar auch der Gedanke zugrunde, dass der Rechtsschutz des Bürgers gegen Maßnahmen zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen einheitlich ausgestaltet sein soll.“*

### **Erfordernis der Anordnung**

Ob eine Anordnung überhaupt ergehen muss oder nicht hängt, ebenso wie die Erforderlichkeit einer Grundverfügung, wieder von den **unterschiedlichen Verfahrensarten** ab. Dies ergibt sich eindeutig aus dem **Wortlaut** des Gesetzes. Nach Art. 59 I 3 PAG kann von der Androhung insbesondere dann abgesehen werden, wenn die sofortige Anwendung eines Zwangsmittels zur Abwendung der Gefahr notwendig ist. Dies entspricht dem Wortlaut des Art. 53 II PAG. Daraus ergibt sich, dass im Falle des **Sofortvollzugs** eine **Androhung** entbehrlich ist. Darüber hinaus kann die Androhung bei Eilmaßnahmen entbehrlich sein, wenn die Umstände sie nicht zulassen.

### **Unterscheidung der Voraussetzungen nach der Art des Zwangsmittels**

Bei der Androhung der Zwangsmittel ist als erstes zu unterscheiden, welches der zulässigen Zwangsmittel angewandt werden soll. Denn während für das **Zwangsgeld**, die **Zwangshaft** und die **Ersatzvornahme** der **Art. 59 PAG** allein die maßgebliche Norm ist, ist bei der Anwendung **unmittelbaren Zwangs** der **Art. 64 PAG** als *lex specialis* einschlägig.

### **Voraussetzungen der Androhung im Sinne des Art. 59 PAG**

#### **Form**

Gemäß Art. 59 I 1 PAG sind die Zwangsmittel möglichst schriftlich anzudrohen. Das bedeutet, dass **grundsätzlich** die **Schriftform** anzuwenden ist, ausnahmsweise jedoch darauf verzichtet werden kann, sofern die Umstände des Einzelfalls dies nach verständiger Würdigung erfordern. Abzustellen ist hier vor allem auf die Dringlichkeit der Maßnahme.

#### **Bestimmtheit**

Gemäß Art. 59 III 1 PAG muss sich die Androhung auf ein **bestimmtes Zwangsmittel** beziehen, jedoch besteht im Gegensatz zu früher grundsätzlich **auch die Möglichkeit, mehrere Zwangsmittel anzudrohen**. Dies ergibt sich aus Art. 59 III 2 PAG. In diesem Zusammenhang muss allerdings beachtet werden, dass bei der Androhung von mehreren Zwangsmitteln immer die **Reihenfolge** der Anwendung angegeben wird.

Für die Androhung eines **Zwangsgeldes** regelt ferner Art. 59 V PAG, dass die Höhe genau bestimmt sein muss. Das bedeutet, dass ein **genauer Betrag** (z.B. 500,- DM) angegeben werden muss.

Bei der **Ersatzvornahme** sollen gemäß Art. 59 IV PAG die **voraussichtlichen Kosten** aus der Androhung entnommen werden können. Es handelt sich hierbei um eine **Sollvorschrift** mit der Folge, dass das Fehlen der Angabe über die Kosten die Wirksamkeit nicht berührt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Behörde zu niedrige Kosten veranschlagt.

### Art und Weise der Androhung

Gemäß Art. 59 VI 1 PAG ist die Androhung **förmlich zuzustellen**. Dies gilt auch dann, wenn sie mit dem Grundverwaltungsakt verbunden ist (Art. 59 VI 2 PAG). Die Zustellung richtet sich nach den Vorschriften der Art. 1 - 16 VwZVG.

### Sonderprobleme

#### (1) Vorangehende Androhung

##### Im Hinblick auf Verbote

Nach § 55 VI 2 prPVG konnte bei **Verboten** das Zwangsmittel im Vorhinein für jeden Fall der Nichtbefolgung angedroht werden. Dagegen ist **in den heutigen Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsgesetzen** eine solche Bestimmung **nicht mehr** enthalten. Hieraus resultiert ein Streit über die Zulässigkeit einer Androhung von Zwangsgeld für jede Zuwiderhandlung.

##### 1. Meinung

Nach Ansicht des **VGH München** (NVwZ 1987, 512) ist eine **solche Androhung unzulässig**. Denn unter Hinblick auf Art. 36 VI 2 BayVwZVG ist eine neue Androhung eines Zwangsmittels erst dann zulässig, wenn die vorausgegangene Androhung erfolglos geblieben ist.

##### 2. Meinung

Durchgreifende Bedenken bestehen nicht nach Ansicht des **OVG Münster** (MDR 1967, 157). Begründet wird dies zum einen mit dem **Wortlaut** des Gesetzes, zum anderen mit dem besonderen Umstand, dass in den Verwaltungsvorschriften, die zwar für die Gerichte nicht bindend, aber doch als Erläuterung des Gesetzestextes wertvoll sind, zwischen Geboten und Verboten unterschieden wird. Dies lässt auch erkennen, dass hier **an die frühere Regelung des prPVG angeknüpft** werden sollte. Es ergibt sich also, dass bei Verboten entsprechend der damaligen Praxis die Anordnung für jeden Fall der Zuwiderhandlung zulässig ist.

##### Im Hinblick auf Gebote

Für den Fall eines Handlungsgebotes steht **unstreitig** fest, dass die Androhung eines Zwangsmittels für jeden Fall der Zuwiderhandlung **unzulässig** ist (VGH Mannheim VBl. BW 1982, 97).

**Fall** VGH München NVwZ 1987, S. 512

### Sachverhalt

Der ASt., Komplementär der Fa. A-KG, bekämpft den **Sofortvollzug** einer gegen ihn ergangenen **Gewerbeuntersagung**. Durch **sofort vollziehbaren Bescheid** des Landratsamts wurde dem ASt. die Ausübung aller unter § 35 GewO fallenden Gewerbe einschließlich des von ihm betriebenen Estrichleger- bzw. Parkettlegerhandwerks unter Einräumung einer Abwicklungsfrist untersagt. **Für jede Zuwiderhandlung** wurde ein **Zwangsgeld** in Höhe von 5.000,- DM angedroht.

### Aus den Gründen

*„... Begründet ist dagegen die Beschwerde, soweit der ASt. mit ihr sein Aussetzungsbegehren gegen den kraft Gesetzes bestehenden Sofortvollzug der Zwangsgeldandrohung weiter verfolgt. Mit der Androhung wollte das Landratsamt, wie sich aus den Gründen den Bescheids ergibt, nicht mehrere Zwangsgelder für die in Nr. 1 des Bescheids ausgesprochenen unterschiedlichen Verpflichtungen (konkrete und generelle Gewerbeuntersagung) androhen, sondern ein sich immer wieder realisierendes Zwangsgeld für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen eine als einheitlich verstandene Pflicht zur gewerblichen Untätigkeit. Selbst wenn die Zwangsgeldandrohung auch im ersteren Sinne verstanden werden könnte, schließt doch die Formulierung des Bescheids das Verständnis als kumulierende und sich immer wiederholende Zwangsgeldandrohung für die Verletzung ein und derselben Dauerunterlassungspflicht nicht aus. Als Urheber des Bescheids muß aber der Ag. Mißverständlichkeiten gegen sich gelten lassen. Im letzteren Sinne aber dürfte eine Zwangsgeldandrohung von 5000 DM für jede Zuwiderhandlung mit Art. 31, 36 BayVwZVG unvereinbar sein. Es mag dabei dahinstehen, ob eine derartige Androhung auf Vorrat nicht schon die in Art. 31 II bei BayVwZVG vorgegebenen Obergrenzen oder die in Art. 36 V BayVwZVG vorgesezte Bestimmtheit verletzen könnte. Sie verstößt jedenfalls gegen Art. 36 VI 2 BayVwZVG, wonach eine neue Androhung eines Zwangsmittels erst dann zulässig ist, wenn die vorausgegangene Androhung erfolglos geblieben ist. Zwangsmittels können, wie daraus zu entnehmen ist, nur in der Form einer erneuten selbständigen Androhung wiederholt und ggf. gesteigert werden. ...“*

### (2) Probleme bei Rechtsnachfolger

Die **Androhung** ist auch gegenüber dem an eine „dingliche“ Verfügung gebundenen Rechtsnachfolger **erneut auszusprechen** (OVG Münster NJW 1980, 415).

**Fall** OVG Münster NJW 1980, S. 415

### Sachverhalt

Die Kl. hatte im Wege der Zwangsversteigerung ein bebautes Grundstück erworben. Bereits gegen ihren Rechtsvorgänger war eine - bestandskräftig gewordene - Verfügung ergangen, mit der ihm unter Androhung von Zwangsmitteln untersagt worden war, einen Teil des Gebäudes als Wohn- oder Gaststättenraum zu benutzen. Da die Kl. diese Nutzung nicht beendete, setzte die Behörde gegen sie ein Zwangsmittel fest. Gleichzeitig wurde eine Frist zur Aufgabe der Wohnungsnutzung bestimmt und für den Fall der Zuwiderhandlung ein erneutes Zwangsgeld angedroht.

### Aus den Gründen

*„... Nach § 62 I 1 NRW VwVG muß das Zwangsmittel, wenn es nicht sofort angewendet werden kann - dieser Fall scheidet vorliegend aus -, (zuvor) schriftlich angedroht werden. An einer der Kl. gegenüber wirksamen Androhung fehlt es nach oben gesagtem. Nach § 62 I 2 NRW VwVG ist hierbei, d.h. bei der Zwangsmittelandrohung, für die Erfüllung der Verpflichtung*

*tung eine Frist zu bestimmen, innerhalb der der Vollzug dem Pflichtigen billigerweise zugemutet werden kann. Die Fristsetzung hat demnach bei einer etwa erneuten Zwangsmittelandrohung zu erfolgen. Die Voraussetzungen für die Androhung eines weiteren Zwangsgeldes liegen gleichfalls nicht vor. Nach § 62 VI 2 NRW VwVG ist eine erneute Androhung erst dann zulässig, wenn das zunächst (ordnungsgemäß) angedrohte Zwangsmittel erfolglos ist. Vorliegend fehlt es nach dem oben Ausgeführten bereits an der erstmaligen Androhung eines Zwangsmittel gegenüber der Kl. ...“*

### **Erfolglosigkeit der Androhung**

Bei einer erfolglosen Androhung entscheidet die Behörde nach ihrem **Ermessen**, ob das angeordnete **Zwangsmittel** zu **wiederholen** oder zu **steigern** oder ein **anderes Zwangsmittel** anzudrohen ist. Die neue Androhung ist erst nach Erfolglosigkeit der früheren statthaft (Art. 36 VI 2 BayVwZVG). Erfolglos ist eine Androhung schon dann, wenn die Erzwingungsfrist erfolglos verstrichen ist. Eine Festsetzung (Festsetzung ist die Anordnung der Behörde, dass nunmehr das Zwangsmittel angewandt wird) oder erfolglose Beitreibung ist nicht zu verlangen.

**Fall** VGH München BayVBl. 1973, S. 220

### **Sachverhalt**

Das LRA verpflichtete den Kl. mit Bescheid vom 10.08.1971, das auf seinem Grundstück errichtete **Wochenendhaus** innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu **beseitigen**, setzte für den Fall der Nichtbeachtung dieser Androhung ein **Zwangsgeld** in Höhe von 1000 DM fest und sprach aus, dass das LRA den Abbruch im Wege der **Ersatzvornahme** auf Kosten des Kl. innerhalb eines Monats **nach Ablauf der gesetzten Frist** vornehmen lassen werde, wenn der Abbruch trotz Festsetzung des Zwangsgelds nicht erfolgen sollte; die **Kosten** für die Ersatzvornahme würden **vorläufig auf 500 DM veranschlagt** und seien vom Kl. zu tragen.

### **Aus den Gründen**

*„... Nach Art. 36 VI 2 VwZVG ist es unzulässig, ein Zwangsmittel erneut anzudrohen, bevor das bereits angedrohte erfolglos ist. Wenn auch schon die vergebliche, d.h. innerhalb der gesetzten Frist nicht befolgte, Androhung eine erneute Androhung rechtfertigt, so ist aber die erneute Androhung nicht vorher zulässig. Im vorliegenden Fall endet die zum freiwilligen Vollzug der Beseitigungsanordnung dem Kl. gesetzte Frist erst drei Monate nach Unanfechtbarkeit des nicht für sofort vollziehbar erklärten Bescheids. Vor Ende dieser Frist ist eine neue Androhung von Zwangsgeld und auch eines anderen Zwangsmittels, wie hier der Ersatzvornahme nicht zulässig. Dies ist gerechtfertigt, weil die Behörde erst nach erfolgloser Androhung ermessensgerecht prüfen kann, ob das angedrohte Zwangsmittel zu wiederholen oder zu steigern oder ein anderes Zwangsmittel anzuordnen noch dem Zweck angemessen ist und dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs entspricht. ...“*

### **Androhung unmittelbaren Zwangs gemäß Art. 64 PAG**

Bezüglich der Androhung unmittelbaren Zwangs sind in Art. 64 PAG einige Besonderheiten geregelt auf die in diesem Zusammenhang noch hingewiesen werden müssen.

### **Form**

Für die Androhung unmittelbaren Zwangs verzichtet das Gesetz auf das Erfordernis der Schriftlichkeit, weil die Anwendung unmittelbaren Zwangs stets eine **situationsbedingte**

**Reaktion** auf das Verhalten von Menschen oder auch Tieren, den Zustand oder die Hinderlichkeit von Sachen ist.

### **Absehen von Androhung**

Auf die Androhung kann nach Art. I 2 PAG auch hier unter den gleichen Voraussetzungen verzichtet werden wie in Art. 59 I 3 PAG.

### **Art und Weise der Androhung**

Grundsätzlich ist nicht geregelt, wie die Androhung bei Anwendung unmittelbaren Zwangs auszusehen hat. Deshalb kann sie in jeder dem **Zweck** und den **Umständen** nach erfolgversprechenden Art vorgenommen werden (Lautsprecher, Schilder, Zuruf). **Wichtig** ist nur, dass die **Androhung wahrgenommen** und **als Warnung verstanden** werden konnte.

Die Art und Weise der Androhung ist **im Gesetz** (Art. 64 III 2 HS 2 PAG) nur **bezüglich Schusswaffen** und der Anwendung unmittelbaren Zwangs **gegenüber einer Menschenmenge** (Art. 64 III 1 PAG) geregelt. Während das Gesetz allgemein eine **Wiederholung der Androhung** nicht vorschreibt, wird dies für die Anwendung von Schusswaffen vorausgesetzt (Warnschuss).

Eine Androhung von Schusswaffen und Handgranaten ist nur dann **entbehrlich**, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr von Leib und Leben erforderlich ist.

## **6. Anwendung (Art. 37 VwZVG) - GÖRLICH**

Von der Androhung eines Zwangsmittels ist die Anwendung zu unterscheiden.

Zu beachten ist hier, dass **nur ein Zwangsmittel angewendet** werden darf, während mehrere Zwangsmittel angedroht werden können. Auch können die Zwangsmittel wiederholt gewechselt und neben einer Strafe angewandt werden, bis der Zweck erreicht wird.

## **7. Fristsetzung (Art. 59 Abs. 1 PAG) - GÖRLICH**

Gemäß Art. 59 I 2 HS 1 PAG ist dem Betroffenen eine **angemessene** Frist für die Befolgung der Grundverfügung zu setzen (**Erzwingungsfrist**), innerhalb der der Vollzug dem Pflichtigen billigerweise zugemutet werden kann. Dies gilt nach Art. 59 I 2 HS 2 PAG nicht bei Verwaltungsakten, die auf Duldung oder Unterlassung gerichtet sind (so auch schon früher die Rspr. des proOVG, vgl. Bd. 95, S. 111). Jedoch muss gesehen werden, dass auch bei Verbotsverfügungen der Adressat vor weiterer Vollstreckung die Möglichkeit haben muss, Rechtsbehelfe gegen die Androhung zu ergreifen, woraus sich für ihn eine „**Rechtsschutzfrist**“ (nicht im technischen Sinne) ergibt (Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 528; a.A. VGH Kassel, ESVGH 29, 215: Fristsetzung auch bei Verbotsverfügungen erforderlich, es sei denn, es handle sich um eine unaufschiebbare Maßnahme der Gefahrenabwehr).

Ist die Erzwingungsfrist abgelaufen, bevor der Verwaltungsakt vollstreckt werden kann, so ist nach Ansicht des VGH München (BayVBl. 1979, 540) die Androhung insgesamt zu erneuern.

**Fall** VGH Kassel ESVGH 29, S. 215

### **Sachverhalt**

Der Beklagte erließ gegen den Kläger eine Verfügung, nach der die von diesem vorgenommenen ungenehmigten **Bauarbeiten sofort einzustellen** seien. Die **sofortige Vollziehung** wurde angeordnet und dem Kläger **für den Fall der Fortsetzung** der Bauarbeiten ein **Zwangsgeld** in Höhe von 3000,- DM angedroht. Eine **Frist** zur Erfüllung der Verpflichtung wurde **nicht gesetzt**. Der Kläger erhob keinen Widerspruch, setzte aber die Bauarbeiten fort. Gegen ihn

wurden in der Folgezeit **drei Zwangsgelder** festgesetzt. Diese sind mit der Klage angefochten worden. In der Berufungsinstanz sah sich der VI. Senat des Verwaltungsgerichtshofs wegen gegensätzlicher Auffassungen zur Rechtsprechung eines anderen Senats an der Entscheidung gehindert und rief den Großen Senat des Gerichtshofs an. Gegenstand der **Divergenz** war die Frage, ob eine Fristsetzung gemäß § 69 II Hess VwVG (Rechtsschutzfrist) auch dann zu erfolgen habe, wenn ein Unterlassungsgebot unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit dem Zwangsmittel des Zwangsgeldes durchzusetzen sei und der Vollzug unverzüglich erfolgen müsse, um eine bevorstehende oder fortschreitende Störung der öffentlichen Ordnung abzuwehren. Der **Große Senat** hat entschieden, dass ein **Unterlassungsgebot mit dem Zwangsmittel des Zwangsgeldes abweichend von § 62 II Hess VwVG durchgesetzt** werden könne, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 72 Hess VwVG gegeben seien.

### Aus den Gründen

*„... Der Vierte Abschnitt des Hess VwVG regelt die Vollstreckung von VAen, mit denen eine Handlung (mit Ausnahme einer Geldleistung) oder eine Duldung oder eine Unterlassung gefordert wird. Die Vorschrift des § 69 I Hess VwVG bestimmt, dass solche VAe unter den Voraussetzungen des § 2 Hess VwVG vollstreckt werden können. ... Wenn Abs. 2 der Vorschrift bestimmt, dass die Frist nach Abs. 1 Nr. 2 so zu bemessen ist, dass der Pflichtige noch rechtzeitig vor Ablauf der Frist Rechtsschutz erlangen kann (Rechtsschutzfrist). ...*

*Nach der Begründung der Landesregierung zum Entwurf des Hess. VwVG soll § 69 II gewährleisten, dass nicht durch all zu kurz bemessene Fristen zwischen Erlass des VA bzw. der Androhung des Zwangsmittels und seiner Anwendung gegen Art. 19 IV GG verstoßen wird. Dabei nimmt die Gesetzesbegründung ausdrücklich bezug auf das Urteil des BVerwG (BVerwGE 16, 289). Dieser Entscheidung lag eine unselbständige Zwangsmittelandrohung zugrunde. Dem Betroffenen war durch eine an einem Sonnabend um 13 Uhr zugestellte Verfügung aufgegeben worden, eine auf öffentlichem Straßengelände ohne Genehmigung der Wegeaufsichtsbehörde errichtete Trinkhalle bis zum folgenden Montag 8 Uhr abzureißen, widrigenfalls der Abbruch auf Kosten des Betroffenen durchgeführt werde. Das BVerwG hat unter Hinweis auf Bedeutung und Tragweite des Art. 19 IV GG ausgeführt, dass die Behörde die Vollziehungsfrist zu kurz bemessen habe, ohne dass dies besonders geboten gewesen sei. Abgesehen von besonders begründeten Ausnahmefällen (Eilmaßnahmen bei Gefahr im Verzug), von denen keiner vorliege, müsse dem Pflichtigen zur Befolgung einer Zwangsmittelandrohung eine angemessene Frist gewährt werden. Diese müsse so bemessen sein, dass sie ihm die Erhebung von Rechtsmitteln und die Herbeiführen des mit der Rechtsmittelerhebung verbundenen Suspensiveffekts noch vor Beginn der Vollziehung des VA ermögliche.*

*Die Entscheidung des Hess. Landesgesetzgebers, dass sowohl die selbständige wie die unselbständige Androhung von Zwangsmitteln im Hinblick auf Art. 19 IV GG mit einer zumutbaren Frist in dem vorstehenden Sinne zu verbinden sei, ist sachgerecht und begegnet aus keiner Sicht Bedenken. Im Falle der unselbständigen Androhung ist das Bedürfnis vorläufigen Rechtsschutzes evident, weil nicht einmal die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung feststeht. Nicht entscheidend anders liegen die Verhältnisse aber auch bei der selbständigen Androhung. Zwar kann der Fall so liegen, dass der zu vollstreckende VA bereits vor der Androhung Bestandskraft erlangt hat, entweder weil in der Betroffene hat unanfechtbar werden lassen, oder weil er durch ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil bestätigt worden ist, so dass über die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung nicht mehr gestritten werden kann. Die Androhung stellt aber nach einhelliger Auffassung ebenfalls einen - von der Grundverfügung zu unterscheidenden - Verwaltungsakt dar, der mit Widerspruch und Klage angefochten werden kann. Zwar gehört bereits die Androhung von Zwangsmitteln zu den Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung, hinsichtlich deren Rechtsbehelfe kraft Gesetzes keine aufschieben-*



de Wirkung haben. Der Betroffene kann aber ebenfalls einen Antrag nach § 80 V VwGO stellen und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung erreichen. Dieses Recht darf ihm nicht genommen werden. Es kann schon zweifelhaft sein, ob das richtige Zwangsmittel angedroht ist, oder ob die Androhung besonderen - in § 69 Hess VwVG nicht genannten - Anforderungen genügt. Das Zwangsgeld kann in einer Höhe angedroht sein die über den gesetzlich festgelegten Rahmen hinausgeht; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann verletzt, die Leistung, die erzwungen werden soll, den Betroffenen unmöglich geworden sein; die Behörde droht mehrere Zwangsmittel gleichzeitig an oder greift zu einem neuen Zwangsmittel, bevor feststeht, dass das frühere erfolglos geblieben ist. Darüber hinaus ist bei Handlungen die der Betroffene vornehmen soll, regelmäßig ein Bedürfnis anzuerkennen, dass sich der Betroffene auf die Handlung vorbereitet und die hierfür erforderlichen Maßnahmen trifft. Insbesondere bei Abbruchverfügungen, auch wenn sie Bestandskraft erlangt haben, ist ein solches Bedürfnis offenkundig. Das gleiche gilt bei Zwangsräumungen. Des weiteren nimmt die Ausführung des Gebotes selbst eine gewisse Zeit in Anspruch. In der Literatur wird deshalb mit Recht zwischen der aus Art. 19 IV GG abgeleiteten Rechtsschutzfrist und der sogenannten Erzwingungsfrist unterschieden, die dem Betroffenen für die Ausführung der zu erzwingenden Handlungen gewährt werden muß.

... Gegen eine aus o.g. Gründen rechtswidrige Androhung muß sich der Betroffene wehren können, bevor die Vollstreckung durchgeführt wird. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen zu gewährende Rechtsschutzfrist darf ihm daher nicht abgeschnitten werden. Das gilt auch dann, wenn der Betroffene gegen ein gesetzliches Verbot oder eine Strafvorschrift verstößt. Der VI. Senat weist mit Recht darauf hin, dass es sich bei der Fristsetzung nach § 69 II Hess. VwVG nicht um die Duldung eines rechtswidrigen Zustandes, sondern um ein Vollziehbarkeitserfordernis handelt.

... Fraglich kann allenfalls sein, ob dem Betroffenen, der eine Handlung nur zu unterlassen hat, eine Erzwingungsfrist i. S. des § 69 I Nr. 2 Hess. VwVG einzuräumen ist. Die hierzu in der bisherigen Rechtsprechung angestellten Überlegungen lauten: Zur Erfüllung einer Unterlassungspflicht braucht der Betroffene keine Frist; denn es werde von ihm nicht verlangt eine Handlung vorzunehmen, sondern nur, sein Handeln einzustellen. Die Bewilligung einer Frist würde bedeuten, dass ein polizei- oder ordnungswidriger Zustand noch eine Zeitlang aufrechterhalten oder gar ein strafbarer Zustand ausdrücklich geduldet würde. Dem hat sich die Literatur angeschlossen. Die genannte Auffassung hat in § 29 II des HSOG i.d.F. vom 26.01.1972 Eingang gefunden, wonach vor Festsetzung des Zwangsgelds nur bei polizeilichen Geboten eine angemessene Frist für die Vornahme der Handlung zur bestimmen ist. Dabei ist jedoch folgendes zu beachten:

Es gibt Fälle, in denen auch bestandskräftige Verbotsverfügungen nicht sofort durchgesetzt werden können. Bei ungenehmigten Bauarbeiten kann es trotz Bauverbotes erforderlich sein, dass sie zur Vermeidung der Einsturzgefahr noch bis zu einem gewissen Grade fortgeführt werden (Sicherungsarbeiten). Ein Schrotthändler, der ein im Außenbereich gelegenes Grundstück ohne behördliche Genehmigung als Lagerplatz für Autowracks benutzt, kann bereits vor Bestandskraft der Unterlassungsverfügung angekaufte Wracks nicht anderweitig unterbringen. Die Polizei verbietet es ihm, sie auf öffentlichen Wegen stehen zu lassen. Deshalb muß es ihm noch möglich sein, sie gegen das Verbot der zuständigen Behörde auf das Grundstück zu verbringen, ohne das angedrohte Zwangsgeld zu verwirken. Gleiches gilt bei Duldungsverfügungen. Der Eigentümer, der das Betreten seines Grundstückes durch den Enteignungsbegünstigten zu dulden hat, kann dazu nicht sofort gezwungen werden, wenn er es noch aberten muß. Daß bei Verbots- und Duldungsverfügungen keine Erzwingungsfrist in Betracht komme, läßt sich also generell nicht sagen. Behörde und Verwaltungsgerichte müssen die Besonderheit des Einzelfalles berücksichtigen. Das Risiko einer fehlerhaften Androhung trägt die Behörde. Zu Beachten ist stets der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Grundsatz der

*Verhältnismäßigkeit, der nicht nur als Übermaßverbot zu verstehen ist, sondern auch die Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles gebietet. Der vorliegende Senat hat deshalb mit Recht seine frühere Auffassung aufgegeben und anerkannt, dass auch bei Unterlassungsgeboten auf eine Erzwingungsfrist nicht allgemein verzichtet werden kann. Nur wenn kein Ausnahmefall der oben bezeichneten Art vorliegt, kann daran festgehalten werden, dass ein rechtswidriger Zustand nicht noch eine Zeitlang aufrechterhalten würde.*

*Hinzu kommt, dass die Erzwingungsfrist i.S. des § 69 I Nr. 2 Hess.VwVG nicht isoliert gesehen werden kann; denn sie ist nach § 69 II Hess.VwVG so zu bemessen, dass der Pflichtige noch rechtzeitig vor Ablauf der Frist Rechtsschutz erlangen kann. Wegen ihrer Verknüpfung mit der Rechtsschutzfrist, darf sie also nicht hinter dieser Frist zurückbleiben, selbst wenn es den Pflichtigen ohne weiteres zumutbar sein sollte, dass er dem Verbot sofort Folge leistet. Es ist in keinem Falle allerdings gerechtfertigt, nur eine Rechtsschutzfrist zu setzen, dagegen von einer (eigentlichen) Erzwingungsfrist abzusehen; denn beide Fristen sind nicht untrennbar, sondern dienen unterschiedlichen Zwecken.*

*Auf eine Rechtsschutzfrist kann auch nicht bei solchen vollstreckungsrechtlichen Bestimmungen verzichtet werden, die für Verbotsverfügungen nicht einmal eine Erzwingungsfrist vorsehen oder zwar von dem Erfordernis eine derartigen Frist ausgehen, aber nicht ausdrücklich noch eine Rechtsschutzfrist vorschreiben; denn bereits aus Art. 19 IV GG folgt, dass dem Pflichtigen bei der Androhung die Möglichkeit gegeben sein muß, vor Durchführung der Vollstreckung vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen. Deshalb hat die Behörde eine Rechtsschutzfrist auch dann zu bestimmen, wenn das einfache Gesetz eine solche Frist nicht vorsieht, es sei denn, es liegen ganz außergewöhnliche Verhältnisse vor, angesichts deren selbst das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes i.S. von Art. 19 IV GG übergeordneten Interesses weichen muß. Das BVerfG hat auch in jüngerer Zeit die Bedeutung des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO gegen Eingriffsakte mehrfach betont. Es hat unter Hinweis auf frühere Entscheidungen ausgeführt, das Verfahrensgrundrechts des Art. 19 IV GG garantiere nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger habe einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächliche wirksame gerichtliche Kontrolle. Die Bedeutung der grundgesetzlichen Gewährleistung liege vornehmlich darin, die Selbstherrlichkeit der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger zu beseitigen. Ihr komme nicht nur die Aufgabe zu, jeden Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreife, vollständig in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht der richterlichen Prüfung zu unterstellen, sondern auch irreparable Entscheidungen, wie sie durch den Sofortvollzug einer hoheitlichen Maßnahme eintreten könnte, soweit als möglich auszuschließen.*

*... Das verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG besteht allerdings nicht ausnahmslos. Auch vom BVerfG ist anerkannt, dass überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen können, den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen einstweilen zurückzustellen, um dringende Maßnahme im Interesse des allgemeinen Wohls durchzuführen. Dem hat der hess. Gesetzgeber im Verwaltungsvollstreckungsrecht ebenfalls Rechnung getragen. Verwaltungsakte, die der Gefahrenabwehr dienen, können gemäß § 72 Hess.VwVG bei der Anwendung von Zwangsmitteln nach §§ 74, 75, 77 und 78 Hess.VwVG abweichend von gewissen, den Schutz des Betroffenen bezweckenden Bestimmungen vollstreckt werden, soweit eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unaufschiebbar zu beseitigen oder von der Allgemeinheit oder dem einzelnen eine unmittelbar bevorstehende Gefahr abzuwehren ist.*

*...“*

## 8. Spezielle Zulässigkeitsvoraussetzungen des eingesetzten Zwangsmittels

### a) Ersatzvornahme (Art. 55 PAG)

Vgl. unten XII. 2., insb. a)

#### Literatur:

- Berner/Köhler, Art. 55 Rdnr. 1 – 7
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 532 ff.
- Gallwas/Möble, Rdnr. 593
- Götz, Rdnr. 309 - 310
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 191, 192
- Knemeyer, Rdnr. 365 f.
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 294 - 295

**Fall** BVerwG DVBl. 1984, S. 1172 f. - vorläufiger Kostenvoranschlag

### b) Zwangsgeld einschließlich Ersatzzwangshaft (Art. 56, 57 PAG)

#### Literatur:

- Berner/Köhler, Art. 56 Rdnr. 1 - 4, Art. 57 Rdnr. 1 - 4, 7
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 534 ff., S. 537 ff.
- Gallwas/Möble, Rdnr. 593
- Götz, Rdnr. 311 - 313
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 191, 192
- Knemeyer, Rdnr. 368
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 296, 297

**Fall:** VGH München BayVBl. 1988, S. 372 - Ersatzzwangshaft kein primäres Zwangsmittel  
 VGH München BayVBl. 1973, S. 611 - Zwangsgeld  
 BVerwGE 4, S. 196 - Ersatzzwangshaft, verfassungsrechtliche Anforderungen

### c) Unmittelbarer Zwang (Art. 58, 61 PAG)

#### Literatur:

- Berner/Köhler, Art. 58, Art. 61 Rdnr. 1 - 8
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 541 ff.
- Gallwas/Möble, Rdnr. 595 f.
- Götz, Rdnr. 314
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 191 -193
- Knemeyer, Rdnr. 369 f.
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 298 - 303

**Fall** VGH München BayVBl. 1988, S. 562 f. - Reizstoffeinsatz  
BVerwG NVwZ 1989, S. 872 f. - Reizstoffanwendung

## 9. Beachtung der Maßstäbe für polizeiliches Handeln (Art. 4 PAG)

### Literatur:

- Berner/Köhler, Art. 4 Rdnr. 1 - 6
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 525 f., S. 541 f., S. 389 ff.
- Götz, Rdnr. 316, 249 - 262
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 59 - 62
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 292

**Fall** VGH München BayVBl. 1988, S. 562, 563 - Reizstoffeinsatz

## 10. Besondere Vorschriften für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwangs (Art. 61 ff. PAG)

### Literatur:

- Berner/Köhler, Art. 61 - Art. 69
- Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 543 ff.
- Gallwas/Möble, Rdnr. 233, 597
- Götz, Rdnr. 315, 317 - 324
- Friauf, in: v. Münch, BV, Rdnr. 193
- Knemeyer, Rdnr. 372, 373
- Schenke, in: Steiner, BV, Rdnr. 299 - 303

## XII. Entschädigungs-, Ersatz- und Erstattungsansprüche (Art. 49 - 52 PAG)

### Vorbemerkung

Gemeinsam ist diesen Ansprüchen, dass es jeweils um einen Anspruch (des Bürgers oder des Staates) auf **Geldleistungen** geht (Ausn.: Folgenbeseitigungsanspruch). Die **Prüfung** dieser Ansprüche ist **ähnlich** der Prüfung eines bürgerlich-rechtlichen Anspruches (aus **Vertrag** oder **Delikt**). Die Frage nach der **Rechtmäßigkeit** des **polizeilichen Handelns** ist innerhalb dieser Prüfung **eine** (zentrale) **Anspruchsvoraussetzung**, deren Beantwortung nach den bislang (s.o. I. - XI.) dargestellten Maßstäben i.d.R. den **wesentlichen Teil** der rechtlichen Beurteilung (und damit einer Klausur oder Hausaufgabe) ausmacht.

### 1. Ansprüche des Bürgers

#### Allgemeines zu den Entschädigungsansprüchen des Störers und des Nichtstörers

Der polizeirechtliche Entschädigungsanspruch beruht auf dem **Grundgedanken**, dass bei Konfliktsituationen, in denen das Allgemeininteresse gegen Individualrechte steht, letztere zwar weichen müssen, dass aber für den **Verlust** dieser **Individualrechte** Entschädigung zu leisten ist (**allgemeiner Aufopferungsanspruch**). Diese Idee hat erstmals in den §§ 74, 75 EinlPrALR (1794) ihren Ausdruck gefunden:

§ 74 „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats muessen den Rechten und Pflichten zur Befoerderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.

§ 75 Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genoethigt wird, zu entschaedigen gehalten.“

Der Aufopferungsanspruch wird **heute gewohnheitsrechtlich** gehandhabt und genießt verfassungsrechtlichen Rang.

#### Grundsätze des polizeilichen Entschädigungsrechts

Grundsätzlich gewährt das PAG dem **Verantwortlichen nach Art. 7, 8 keinen Anspruch** auf Entschädigung. Somit trägt er die finanziellen Lasten der polizeilichen Gefahrenabwehr.

Dem als **Nichtverantwortlichen gem. Art. 10** in Anspruch genommenen steht nach Art. 70 ein **Anspruch auf Entschädigung** zu. Sind weder ein verwaltungsinterner Ausgleich noch ein Rückgriff auf Verantwortliche i.S.v. Art. 7, 8 gem. Art. 71, 72 möglich, trägt die Gesamtheit der **Steuerzahler** die finanzielle Last.

### a) Entschädigungsansprüche des Störers - THULKE

#### Grundsatz

Das PAG billigt dem **Störer** grundsätzlich **keine Entschädigungsansprüche** zu. Diese Tatsache liegt darin begründet, dass jedes Glied einer verfassten Gesellschaft allgemein verbindlichen Normen zum Schutze der Rechte aller unterworfen ist. Diese Normen bestimmen das Verhalten des einzelnen und den als ordnungsgemäß geltenden Gebrauch, den er von seinen individuellen Rechten machen kann. Verletzt er diese Normen, so haftet er dafür, ohne dass dies ein entschädigungswürdiges Sonderopfer darstellt. So genießt beispielsweise der **polizei-widrige Gebrauch des Eigentums keinen Schutz**, denn soweit das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für jedermann verbindliche Grenzen der rechtlichen und tatsächlichen

Verfüngsmacht bestimmt, handelt es sich um eine **Bestimmung von deren Inhalt und Schranken**, wie sie **Art. 14 I 2 GG** ausdrücklich zulässt.

Diese Entschädigungslosigkeit ist unbedenklich, da der Störer nur in die von vornherein bestehenden Grenzen des Eigentums, denen alle unterworfen sind, zurückverwiesen bzw. dessen **Sozialpflichtigkeit** geltend gemacht wird.

Zur Problematik: Scholler/Broß, Entschädigungsleistungen an den Störer? DÖV 1976, 472 ff.

### Ausnahmen

In **Sonderfällen** jedoch gewährt der Gesetzgeber aus **besonderen rechtspolitischen Gründen** auch einem Störer einen Entschädigungsanspruch für Schäden ein, die er durch seine (rechtmäßige!) Inanspruchnahme erlitten hat. Dies ist der Fall, wenn die Entschädigungslosigkeit für den Betroffenen z.B. eine besondere Härte darstellen würde.

Praktisch bedeutsam wird dies in folgenden Fällen:

- |                       |   |
|-----------------------|---|
| § 51 I GewO           | Untersagung einer gewerblichen Anlage wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl |
| §§ 49, 52 SeuchenG    | Berufsbeschränkung aus seuchenpolizeilichen Gründen   |
| §§ 66 ff TierseuchenG | Tötung seuchenbefallener Haustiere  |

Instruktiv dazu: Schweinemäster-Fall, BGHZ 45, 23; Problematik der Kostentragung bei den sog. Altlastenfällen: Papier, DVBl. 1985, 873; Hohmann, DVBl. 1984, 997

Über diese spezialgesetzlich festgeschriebenen **Entschädigungsansprüche** hinaus können dem Störer nur weitere Ansprüche zugestanden werden, wenn **seine Inanspruchnahme gem. Art. 7, 8 rechtswidrig** war. Dies wird besonders relevant in Fällen der ermessensfehlerhaften Handhabung der Polizeibefugnisse.

In erster Linie ist in derartigen Fällen an einen **Schadensersatzanspruch** aus **Amtspflichtverletzung** zu denken (vgl. dazu **unten XII. 1.d**)).

Aus solchermaßen (materiell) rechtswidrigen Maßnahmen können auch Entschädigungsansprüche aus **enteignungsgleichem Eingriff bzw. Aufopferung** erwachsen.

### (1) Entschädigungsanspruch bei enteignungsgleichem Eingriff

Ursprünglich sollte mit dem enteignungsgleichen Eingriff eine Lücke im System der Staatshaftung geschlossen werden, da nach Art. 14 II GG nur rechtmäßige und nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG nur rechtswidrig-schuldhaft Eigentumseingriffe entschädigt werden konnten. Da nach Art. 14 III GG bereits rechtmäßige Eingriffe entschädigungspflichtig waren, sollte der Betroffene nach Auffassung des **BGH in entsprechender Anwendung des Art. 14 III GG** „erst recht“ Entschädigung für rechtswidrige Eingriffe verlangen können. Die vom BVerfG insbesondere im sog. Nassauskiesungsbeschluss (BVerfGE 58, 300) entwickelte Neustrukturierung des Art. 14 GG hat für den enteignungsgleichen Eingriff wesentliche **Veränderungen** gebracht.

Aufgrund des engen und formalen Enteignungsbegriffs kann **Art. 14 III GG nicht mehr** als Haftungsgrundlage für rechtswidrige Enteignungsmaßnahmen herangezogen werden. Der **BGH beharrt aber** weiterhin auf das Fortbestehen dieses **Haftungsinstitutes** (BGHZ 90, 17, 29 ff.). Anders als bisher wird der Entschädigungsanspruch aber jetzt nicht mehr auf Art. 14 III GG gestützt, sondern auf den allgemeinen Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 Ein-IPrALR in seiner richterrechtlichen Ausgestaltung. Zur Legitimation dieser Praxis verweist der **BGH** vor allem auf die **Notwendigkeit**, einen Ausgleich für schuldlos-rechtswidrige Eingriffe in konkrete Vermögensrechte, die durch die Eigentumsgarantie geschützt sind, zu schaffen.

Der Fortbestand ist **allgemein anerkannt** (Papier, JuS 1989, 630; Schoch, Jura 1990, 140; Scherzberg, DVBl. 1991, 84, 85). Besonders bei eigentumsverletzenden Realakten bleibt der enteignungsgleiche Eingriff eine wichtige Anspruchsgrundlage.

### Rechtliche Grundlage

Die rechtliche Grundlage bildet nach der neueren st. Rspr des BGH der gewohnheitsrechtlich anerkannte allgemeine **Aufopferungsgrundsatz der §§ 74, 75 EinlPrALR** in seiner richterrechtlichen Ausprägung.

### Ausschluss durch spezialgesetzliche Vorschriften

Der Gesetzgeber kann, etwa in Ausübung seiner Annexkompetenz zum Polizei- und Ordnungsrecht, Entschädigungsnormen erlassen, die dann in Umfang ihrer Ausgestaltung das allgemeine Institut des enteignungsgleichen Eingriffs verdrängen. Spezialgesetzliche Ausprägungen finden sich insbesondere in den **Entschädigungsregelungen der einzelnen Landespolizeigesetze**.

### Eigentum als betroffenes Schutzgut

Der Anspruch setzt voraus, dass eine **konkrete**, in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallende **Rechtsposition** beeinträchtigt wird. Die den **Eingriff** begründende hoheitliche Maßnahme kann ein **Rechtsakt** oder ein **Verwaltungsrealakt** sein. Gezieltes Handeln ist nicht erforderlich.

Das erforderliche hoheitliche Handeln muss vom Staat (oder einem mit Zwangsrechten Beliehenen) in Betätigung hoheitlicher Befugnisse ausgehen. Handlungen, die der Staat in privatrechtlicher Form vornimmt, sind kein **hoheitliches Handeln**, auch wenn staatliche Ziele damit verfolgt werden.

Beruhet die Rechtswidrigkeit bereits auf Verfassungswidrigkeit des Gesetzes (**legislatives Unrecht**), so scheidet nach bislang h.M. ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff aus. Geht es hingegen um den rechtswidrigen Vollzug eines verfassungsmäßigen Gesetzes oder den Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, greift der Anspruch.

Insbesondere sind hier rechtswidrige Verwaltungsakte bzw. Realakte relevant. Die sog. **faktischen Eigentumseingriffe** bilden den Hauptanwendungsbereich für die Entschädigung wegen enteignungsgleichem Eingriff. Die hierzu entschiedenen Entschädigungsfälle sind jedoch sehr vielgestaltig und kaum zu typisieren.

**Problematisch** ist, ob das Merkmal „**Eingriff**“ auch **durch Unterlassen** erfüllbar ist. Der BGH verneint diese Möglichkeit bei „schlichtem Unterlassen“; dem Betroffenen werde nichts genommen, nur vorenthalten. Art. 14 I GG vermittele nur Bestandsschutz, nicht Erwerbsschutz. Bejaht wird die Frage aber bei „**qualifiziertem Unterlassen**“, wenn sich das Unterlassen ausnahmsweise als in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifend qualifizieren lässt. Dies ist dann der Fall, wenn die Verwaltung **ein gebotenes Handeln unzweideutig verweigert**. Diese Differenzierung wird in der Literatur vielfach angegriffen (z.B. Menger, VerwArch 63, 81, 82); stattdessen wird vorgeschlagen, auf eine gegenüber dem Betroffenen bestehende Rechtspflicht zum Handeln abzustellen wie im Zivil- oder Strafrecht (vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 255 f.).

### Rechtswidrigkeit des Eingriffes und Sonderopfer

Die Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahme ist **Tatbestandsmerkmal** des enteignungsgleichen Eingriffs und bildet den eigentlichen Grund für die staatliche Entschädigungspflichtung. Das Merkmal „**Sonderopfer**“ ist noch nicht völlig aufgegeben worden; das Vorliegen eines Sonderopfers wird jedenfalls **von der Rechtswidrigkeit** der Maßnahme **indiziert** (BGHZ 32, 208 ff.). Dieser Annahme folgend ist also nur mehr auf die Rechtswidrigkeit der

Maßnahme abzustellen. Die oft schwierige Abgrenzung zwischen Sozialpflichtigkeit und Sonderopfer entfällt damit.

Rechtswidrigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang **materielle Rechtswidrigkeit**; nur formelle Rechtswidrigkeit begründet hingegen keinen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff (BGHZ 58, 124, 127).

Einige **Fallgruppen** sollen hier Erwähnung finden:

Ein Sonderopfer wird nur dann bejaht, wenn die **Beeinträchtigung „fühlbar“** war (BGHZ 57, 278, 285); die Sonderopferlage wird regelmäßig verneint, wenn sich in der Beeinträchtigung nur die allgemeine Sozialpflichtigkeit realisiert. Im Gegensatz wird sie immer bejaht, wenn die sachlichrechtliche Wirkung des Eingriffs missbilligt ist; das ist z. B. dann der Fall, wenn eine Maßnahme über das Maß des Erforderlichen hinausgeht (BGH VR 17, 827).

### **Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung**

Es kommen nur hoheitliche Maßnahmen in Betracht, die **unmittelbar auf die geschützten Rechtspositionen einwirken**. Das Merkmal der **Finalität** hingegen wurde vom BGH **aufgegeben**, es können damit nun **auch unbeabsichtigte Auswirkungen** hoheitlicher Maßnahmen berücksichtigt werden.

Die Unmittelbarkeit ist ein wichtiges **Haftungsbegrenzungsmerkmal**, durch das eine zu weit gehende Staatshaftung vermieden werden soll.

Unter diesem Merkmal werden sowohl **Kausalitätsfragen** als auch **Fragen der wertenden Zurechnung** behandelt.

- **Kausalität:** Ein adäquater Ursachenzusammenhang im Sinne des bürgerlichen Rechts alleine reicht nicht aus. Die bloße Schaffung einer Gefahrenlage, die sich erst durch Hinzutreten weiterer Umstände zum Schaden konkretisiert, ist nicht ausreichend. Kausal in diesem Sinne ist nur ein solches hoheitliches Handeln, welches selbst ohne Hinzutreten einer Zwischenursache den Schaden herbeiführt (BGH NJW 1971, 607, 608).
- **Wertende Zurechnung von Verantwortungsbereichen:** Der BGH stellt zunehmend darauf ab, ob die Eigentumsbeeinträchtigung sich als ein aus der Eigenart der hoheitlichen Maßnahme folgender Nachteil darstellt (BGH NJW 1980, 770 f), bzw. darauf, ob durch die hoheitliche Maßnahme eine für diese typische Gefahrenlage geschaffen wurde, aus der heraus sich die Eigentumsbeeinträchtigung ergeben hat (BGHZ 100, 335).

### **Verschulden**

Der BGH hat den Anwendungsbereich auch auf rechtswidrig-schuldhaft eingriffe ausgedehnt (BGHZ 13, 88; 7, 296), und zwar mit Zuhilfenahme des Erst-recht-Arguments. Das Verschulden auf Seiten des handelnden Hoheitsträgers ist **nicht notwendiges Tatbestandsmerkmal**. Ein rechtswidriger, aber unverschuldeter Eingriff ist somit ausreichend.

### **Subsidiarität**

Der Entschädigungsanspruch kann nach der neueren BGH-Rechtsprechung gemindert oder sogar ausgeschlossen sein, wenn es der **Betroffene schuldhaft unterlassen** hat, den **Schadenseintritt** in zumutbarer Weise durch die Einlegung von Rechtsmitteln **zu verhindern**, z. B. durch Widerspruch und Anfechtungsklage (BGHZ 90, 17, 31). Das bedeutet, dass der **Primärrechtsschutz**, also die Abwehr der belastenden Maßnahme, **Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz** hat. Die Subsidiarität ist ein vom BVerfG entwickeltes **negatives Tatbestandsmerkmal** (seit dem Nassauskiesungsbeschluss).

Zur Begründung des Vorranges des Primärrechtsschutzes ziehen h.M. und BGH den **Rechtsgedanken des § 254 BGB** heran. Danach muss der Betroffene das ihm Mögliche und Zumutbare tun, um durch die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe den Schaden abzuwenden.



Das Erfordernis des vorrangigen Primärrechtsschutzes ist jedoch **entbehrlich, wenn die Schäden durch Primärrechtsschutz nicht abwendbar** sind. Hierbei ist an diejenigen Fallgestaltungen zu denken, in denen der Primärrechtsschutz deswegen ausscheidet, weil durch ihn der Schadenseintritt nicht vermieden werden kann. Besonders relevant wird dies bei sofort vollzogenen Verwaltungsakten oder Realakten im Bereich der Gefahrenabwehr. Unterlässt der Geschädigte es schuldhaft, zumutbare Rechtsmittel zu ergreifen, so entfällt sein Entschädigungsanspruch regelmäßig ganz.

### **Umfang der Entschädigung**

Wer ein Sonderopfer erbracht hat, kann für die erlittenen materiellen Schäden eine **angemessene Entschädigung** in Geld verlangen (BGHZ 45, 46). Es handelt sich dabei aber **nicht** um einen **Schadenersatzanspruch**; daher ist die Entschädigung möglicherweise nicht mit einem vollen Schadensausgleich kongruent. Die Entschädigung erfasst auch kein **Schmerzensgeld** (BGHZ 20, 61; 45, 46, 77), was in der Literatur unter Hinweis auf die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes viel kritisiert worden ist (z. B. E. Schneider, Enteignung und Aufopferung, 1964, S. 115; Bender, Staatshaftungsrecht). Der Umfang des Anspruchs kann auch **durch Mitverschulden gemindert** werden (grundsätzlich: BGHZ 63, 209, 214=NJW 1985, 350).

### **Verjährung**

Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff verjährt gem. § 195 BGB regelmäßig in 30 Jahren. In Bayern allerdings verkürzt Art. 71 I AGBGB die Frist auf drei Jahre.

### **Rechtsweg**

Über Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff entscheiden gem. § 40 II 1 VwGO die ordentlichen Gerichte.

### **Anspruchsgegner**

Der Anspruch ist gegenüber dem **begünstigten Hoheitsträger** geltend zu machen. Dies ist grundsätzlich derjenige, dessen Aufgaben wahrgenommen wurden. Für das Polizeirecht ist dies der **Träger der Polizei**, der Freistaat Bayern.

### **(2) Entschädigung aus besonderem Aufopferungsanspruch**

Der in §§ 74, 75 EinlPrALR enthaltene Grundsatz, dass dem Einzelnen bei Sonderopfern im Allgemeininteresse ein Ausgleichsanspruch zustehen soll, beschränkt sich **nicht nur auf Eigentumseingriffe**, sondern gilt auch für höchstpersönliche Rechtsgüter i.S.d. Art. 2 GG. In diesem Sinne ist der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff ein praktisch bedeutsamer Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruches.

### **Rechtliche Grundlage**

Der Aufopferungsanspruch wird auch auf den auf §§ 74, 75 EinlPrALR zurückgehenden gewohnheitsrechtlich anerkannten Gedanken des Ausgleichs einer Aufopferung für das Gemeinwohl gestützt. Dieser Aufopferungsgrundsatz umfasst auch höchstpersönliche (immaterielle) Rechte.

### **Ausschluss durch spezialgesetzliche Regelungen**

Als richterrechtlich entwickeltes Haftungsinstitut ist der besondere Aufopferungsanspruch **subsidiär** gegenüber gesetzlichen Regelungen.

Die wichtigsten vorrangigen Normen sind die §§ 51 ff. BSeuchG (**Impfschäden**).

Vorrangig sind ebenfalls die **Entschädigungsregelungen** der allgemeinen Polizeigesetze für **Nichtstörer**, die als abschließende Regelung zu betrachten sind.

Der **Amtshaftungsanspruch** jedoch bleibt **neben dem Aufopferungsanspruch** bestehen

### **Schutzbereich des Art. 2 GG betroffen**

Der Schutzbereich des **Art. 2 GG** umfasst die Rechtsgüter Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit und Freiheit im Sinne der körperlichen Bewegungsfreiheit. Diese nicht vermögenswerten Güter sind unstreitig vom Aufopferungsanspruch abgedeckt.

Inwieweit jedoch auch für **Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** entschädigt werden muss, ist nicht endgültig entschieden; dann wäre auch bei Verletzungen der Ehre, der Intimsphäre, des Namensrechts ein Anspruch auf Entschädigung möglich.

Der BGH hat diese Frage bislang noch nicht beantwortet (BGHZ 65, 196, 206).

### **Hoheitlicher Eingriff**

Hier gilt das bereits beim enteignungsgleichen Eingriff Ausgeführte.

### **Unmittelbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung**

Wie beim enteignungsgleichen Eingriff ist die Unmittelbarkeit ein wichtiges Haftungsbeschränkungsmerkmal. Hinsichtlich der geschaffenen Gefahrenlage ist jedoch ausreichend, dass eine solche entstanden ist und diese zur Schädigung geführt hat.

### **Sonderopfer**

Ob der Betroffene die Beeinträchtigung hinzunehmen hat oder ob er Entschädigung beanspruchen kann, hängt auch hier davon ab, ob ihm ein besonderes Opfer auferlegt wurde.

Dies ist **regelmäßig** dann zu bejahen, wenn der Betroffene **im Vergleich zu anderen ungleich belastet** wird, wenn er also eine den anderen nicht zugemutete, die allgemeine **Opfergrenze** überschreitende Belastung hinnehmen muss (Sonderopfertheorie des BGH).

Auch hier kann unterschieden werden zwischen Eingriffen, die bereits wegen ihrer **Rechtswidrigkeit** entschädigungspflichtig sind und solchen, bei denen die **Schwere** des Eingriffs den Ausgleich gebietet (Schweretheorie des BVerwG). Die Maßnahme soll überdies dem Wohl der Allgemeinheit gedient haben. Es zählt die Intentionalität, nicht die Effektivität (BGHZ 9, 91).

Ist die hoheitliche Maßnahme rechtswidrig, so ergibt sich das Sonderopfer bereits aus der Rechtswidrigkeit.

Ein **Verschulden** ist nicht erforderlich.

### **Subsidiarität**

Das zum oben zum enteignungsgleichen Eingriff Ausgeführte hat auch hier Gültigkeit.

### **Entschädigung**

Es handelt sich um keinen Schadensersatzanspruch; daher **kann** die Höhe der Entschädigung **hinter dem vollen Schadensersatz zurückbleiben**.

Im Falle der Tötung des unmittelbar Betroffenen steht der Aufopferungsanspruch **in entsprechender Anwendung des § 844 BGB** den mittelbar geschädigten Unterhaltsberechtigten zu (BGHZ 18, 286).

### **Verjährung, Anspruchsgegner, Rechtsweg**

siehe Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

### **Konkurrenzen des Aufopferungsanspruchs zu anderen Ansprüchen**

Nach der Spezialitätsregel wird der allgemeine Aufopferungsanspruch durch alle spezialgesetzlichen Aufopferungsansprüche verdrängt.

Dies gilt auch gegenüber Ansprüchen, die keine Konkretisierung des allgemeinen Aufopferungsanspruchs sind (also keine *leges speciales*), aber im konkreten Fall, wenn auch unter anderen Aspekten, einen Schadensausgleich gewähren. Das sind z. B. Leistungen aus der Sozialversicherung.

Diese Praxis wurde vom **BGH** entwickelt (BGHZ 45, 58, 80 ff.) und von der Literatur gebilligt. Aufopferungsanspruch und Amtshaftungsanspruch stehen nebeneinander (BGHZ 13, 88).

## b) Entschädigungsansprüche des Nichtstörers, Art. 70 PAG - THULKE

Neben den Ansprüchen, die Ausfluss des allgemeinen Aufopferungsgedankens sind, gibt es weitere **sozialstaatliche Entschädigungsansprüche**, die den **allgemeinen Aufopferungsanspruch konkretisieren** und damit **verdrängen**. Diese speziellen Ansprüche gewähren zum Teil auch dann Entschädigung, wenn dies nach den allgemeinen Grundsätzen nicht gefordert ist. Diese Praxis ist jedoch unbedenklich, da der Gesetzgeber zwar die allgemeinen Entschädigungsansprüche nicht beschränken, wohl aber in speziellen Fällen darüber hinausgehen darf. Eine solche spezielle Regelung ist **Art. 70 PAG**. Er regelt die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche, die den durch eine polizeiliche Maßnahme geschädigten Personen, die nicht nach Art. 7, 8 verantwortlich sind, zustehen.

**Grundsätzlich vorrangig** sind **spezielle Entschädigungsansprüche**, die aus Anlass polizeilicher Maßnahmen bestehen, Art. 70 V. Besonders relevant ist hier das Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG), das **sog. TumultschädenG** vom 12.05.20 i.d.F. vom 01.08.68 und das **Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten** vom 11.05.76.

### Entschädigungsanspruch gem. Art. 70 I i.V.m. Art. 70 III ff.

Hierbei ist zu beachten, dass der Entschädigungsanspruch aus Art. 70 PAG **kein Schadenersatz** i.S.v. §§ 823 ff. BGB ist!

### Voraussetzungen

**Entschädigungsberechtigt** ist der gem. Art. 10 in Anspruch genommene Nichtverantwortliche. Ob die gegen ihn gerichtete Maßnahme rechtmäßig oder -widrig war, ist ohne Bedeutung.

Des Weiteren muss ein **Schaden** vorliegen; der Schaden muss **unmittelbar** durch die polizeiliche Maßnahme verursacht worden sein. Für die Unmittelbarkeit der Verursachung ist eine Kausalität nach der bürgerlich-rechtlichen **Adäquanztheorie ausreichend**. Ein **Verschulden der Polizei** ist dabei **nicht** nötig.

### Ausschluss eines Entschädigungsanspruches

Der **Entschädigungsanspruch** gem. Art. 70 ist **ausgeschlossen**, wenn ein **anderweitiger Ersatzanspruch** besteht. Ersatz von einem anderen kann eine gesetzliche oder vertragliche Versicherungsleistung sein. Der Geschädigte muss hierbei nachweisen, dass ein anderweitiger Ersatzanspruch nicht besteht oder zumindest nicht realisierbar ist. Diesbezüglich ist der Anspruch aus Art. 70 subsidiär.

Der **Anspruch entfällt** des weiteren, wenn die polizeiliche **Maßnahme auch unmittelbar dem Schutz des Betroffenen und seines Vermögens gedient** hat, Art. 70 IV. Maßgeblich

hierbei ist der Umfang der wirklich erreichten Schutzes des Geschädigten und seines Vermögens, nicht die bloße Schutzabsicht der Polizei. Der Begriff des Vermögens ist im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu verstehen. Er umfasst alle Rechte, Rechtsverhältnisse und Forderungen, die auf Geld gerichtet sind oder einen geldwerten Inhalt haben. Insbesondere sind dies Rechte aus Eigentum, Besitz und Nutzungsrechte.

### Umfang des Entschädigungsanspruches

Die Entschädigung erfasst grundsätzlich den **vollen materiellen Schaden** einschließlich des entgangenen Gewinns, den der Betroffene durch seine Inanspruchnahme erlitten hat, **Art. 70 VII**. Für **Schäden an Leben, Gesundheit, Freiheit** oder anderen immateriellen Gütern ist nur Entschädigung zu leisten, soweit ihre Folgen **vermögensmindernde Wirkung** haben. Das bedeutet, dass eine Entschädigungspflicht für immaterielle Schäden, vergleichbar dem Schmerzensgeldanspruch des BGB, grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Eine **Durchbrechung dieses Grundsatzes** birgt Art. 70 VII 2. Diese Regelung gewährt bei **Freiheitsentziehungen** Entschädigung für **Nichtvermögensschäden**. Dies sind Einbußen, die jemand an immateriellen Gütern erleidet, an Ehre, Gesundheit, Wohlbefinden, Ansehen, Leumund etc. Mit dieser Regelung wird auch Personen Entschädigung gewährt, die einen Vermögensschaden nicht geltend machen können, weil sie kein nennenswertes Vermögen besitzen, aber auf andere Weise geschädigt wurden. In Fällen der Entschädigung für immaterielle Schäden wird bezüglich der **Höhe** konstitutiv aus § 7 III StrEG in der jeweils gültigen Fassung verwiesen. Gegenwärtig beträgt die Entschädigung 20 DM pro angefangenen Tag Freiheitsentziehung. Der immaterielle Schaden kann **neben materiellen Schäden** geltend gemacht werden.

Bei der **Berechnung der Schadenshöhe** findet ein Vorteilsausgleich statt, Art. 70 VII 1, 3. Hierbei wird der Rechtsgedanke des Abs. 4 wiederholt; die Vermögensvorteile, die dem Berechtigten aus der zur Entschädigung verpflichtenden Maßnahme entstehen, sind bei der Ermittlung der Schadenshöhe zu berücksichtigen, was zur Minderung des anrechenbaren Schadens führen kann.

Auch Satz 3 des Art. 70 VII kann die Höhe der Entschädigung mindern, und zwar in Fällen des **mitwirkenden Verschuldens** des Betroffenen. Dies ist zum Beispiel dann denkbar, wenn jemand gem. Art. 17 I Nr. 2 in Gewahrsam genommen wurde, der die dort genannten Taten weder beging noch sich dazu anschickte, aber der der polizeilichen Aufforderung, den Platz zu verlassen, trotz der Möglichkeit dazu nicht nachkam.

Eine **Sonderregelung der Entschädigungspflicht** birgt Art. 70 III im Falle der Tötung des Betroffenen. § 844 II BGB wird in analoger Anwendung konstitutiv zum Bestandteil der Regelung des Art. 70. Er bezieht sich auf Gewährung einer **Geldrente**, soweit der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Unterhaltsgewährung verpflichtet gewesen sein würde.

Die **Entschädigung wird in Geld gewährt**, Art. 70 VII 4. **Naturalersatz** wie in § 249 BGB ist **ausgeschlossen**, da das Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung die Naturalrestitution nicht kennt (amtliche Begründung, 1954).

### Verjährung

Die Verjährungsfrist des Entschädigungsanspruches aus Art. 70 PAG beträgt laut Art. 71 AGBGB drei Jahre.

### Entschädigungspflichtiger

Entschädigungspflichtig gem. Art. 70 VI ist der **Träger der Polizei**, die die zur Entschädigung verpflichtende Maßnahme getroffen hat. Nach Art. 1 II POG ist dies der **Freistaat Bayern**. Die Entschädigungspflicht trifft den Staat häufig nur vorläufig, weil er meist **Erstattungsansprüche nach Art. 71 oder Ersatzansprüche nach Art. 72** geltend machen kann.

### Rechtsweg

Gemäß Art. 73 I PAG i.V.m. § 40 II 1 VwGO ist die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig.

### Sonstige Ansprüche des Nichtstörers

Bei rechtmäßigem Handeln der Polizei bestehen außer dem Anspruch aus Art. 70 keine weiteren Entschädigungsansprüche.

Falls die Inanspruchnahme rechtswidrig und schuldhaft war, bestehen zusätzlich Schadenersatzansprüche aus **Amtshaftung**, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (siehe dazu unten XII. 1.d). Falls nach rechtlicher Beendigung der Inanspruchnahme deren tatsächliche Wirkungen weiter anhalten, besteht ein Folgenbeseitigungsanspruch (siehe dazu unten XII.1.e).

### c) Ansprüche unbeteiligter Dritter, Art. 70 II i.V.m. Art. 70 III ff. - THULKE

Dieser Anspruch gilt **in allen Fällen der Schädigung durch die Polizei**. Die schädigende Maßnahme **muss nicht auf dem PAG beruhen**.

Abs. 2 gewährt **denselben Entschädigungsanspruch wie Abs. 1**, wenn Personen getötet oder verletzt worden sind oder einen nicht zumutbaren sonstigen Schaden erlitten haben, die weder nach Art. 7, 8 noch nach 10 in Anspruch genommen worden sind, sondern entweder **am Geschehen völlig unbeteiligt** waren oder zwar polizeipflichtig waren, aber aus systematischen Gründen nicht in den von Art. 7, 8, 10 definierten Personenkreis einzuordnen sind (Art. 29). Aus dem Wortlaut „das gleiche gilt“ ergibt sich, dass bei diesem Anspruch die Unmittelbarkeit der Verursachung ebenso wie die Subsidiarität wie bei Abs. 1 geprüft werden müssen.

**Zumutbar** ist ein sonstiger **Schaden** nur dann, wenn oder soweit sich der Schaden in einer **Größenordnung** hält, mit der aufgrund des allgemeinen Risikos gerechnet werden und in Kauf genommen werden muss und wenn dieser Schaden im Einzelfall **keine unbillige Härte** für den Betroffenen darstellt. Da Art. 70 eine Konkretisierung des allgemeinen **Aufopferungsgedankens** ist, müssen hier an die Unzumutbarkeit dieselben Forderungen gestellt werden wie an das Vorliegen eines Sonderopfers.

Die Entschädigungspflicht erstreckt sich gem. Art. 70 II **auch** auf **Maßnahmen aufgrund richterlicher Anordnung**. Richterliche Anordnungen, die unmittelbar dem Vollzug des PAG dienen, kennt das Gesetz nur bei **Freiheitsentziehungen**. Hierbei handelt es sich um Anordnungen gem. Art. 18 über die Zulässigkeit und Fortdauer ursprünglich von der Polizei angeordneter Gewahrsamsnahmen, die nach Art. 20 Nr.3 bis zu zwei Wochen andauern können. Der **Schwerpunkt** liegt hierbei in der Praxis beim **Präventiv- und Unterbindungsgewahrsam** nach Art. 17 I Nr. 2.c. Ansonsten gelten alle schon zum Anspruch aus Art. 70 I i.V.m. III ff. gemachten Angaben betreffend Verjährung, Rechtsweg, Umfang der Entschädigung.

### Sonderfälle

#### Der Ersatzanspruch des Nothelfers

Der **Nothelfer**, der nicht von der Polizei herangezogen und auch nicht durch polizeilichen Eingriff unbeabsichtigt in Mitleidenschaft gezogen wurde, sondern aus eigenem Antrieb oder im Hinblick auf seine **Verpflichtung nach § 323c StGB** Hilfe leistet und dabei einen Schaden erleidet, hat nach bayerischem Recht keinen speziellen polizeirechtlichen Entschädigungsanspruch. Dabei handelt es sich auch um **keine echten Aufopferungsfälle**, bei denen durch eine hoheitliche Maßnahme ein Schaden entstanden ist, so dass auch kein Entschädigungsanspruch aus dem allgemeinen Aufopferungsgedanken hergeleitet werden kann. Der Geschädigte hat jedoch einen Ersatzanspruch nach **§ 539 I Nr. 9 Reichsversicherungsordnung (RVO)**. Art und Höhe der Entschädigung bestimmen sich nach den Grundsätzen der RVO über die Unfallversicherung. **Entschädigungspflichtig** ist nach § 655 II Nr. 3 RVO als Versicherungsträger das **Land**.

### **Ansprüche des sog. Anscheinsstörers**

Die Anscheinsgefahr ist eine Gefahr i.S.d. gefahrenabwehrrechtlichen Eingriffstatbestände. (vgl. dazu oben II. 2. d) (5)). Folglich wird der **Anscheinsstörer** als „echter“ **Störer** in Anspruch genommen. Ex post ergibt sich aber, dass objektiv gar keine Gefahr vorlag. Der Anscheinsstörer **könnte** also **ex post als Nichtstörer betrachtet werden**. Vor diesem Hintergrund hat der BGH (BGHZ 117, 303) folgende **Differenzierung** getroffen: Auf der **Primärebene** der Gefahrenabwehr bleibt es bei der Ex-ante-Sicht; der Anscheinsstörer ist gefahrenabwehrrechtlich Störer und durfte als solcher in Anspruch genommen werden. Auf der **Sekundärebene** des Entschädigungsrechts ist die Ex-post-Betrachtung maßgeblich, denn hier ist der **Aspekt der effektiven Gefahrenabwehr nicht mehr relevant**, Funktion des Sekundärrechtsschutzes ist der gerechte Schadensausgleich. Die mittlerweile h.M. zieht daraus den Schluss, dass der Betroffene entschädigungsrechtlich dem Nichtstörer gleichzustellen ist, wenn er die **Anscheinsgefahr in nicht vorwerfbarer Weise verursacht** hat. (Zur rechtsdogmatischen Kritik: Schoch, JuS 1993, 724.)

In der Entscheidung BGHZ 126, 279, 283 (Juni 1994) hat der BGH diese Rechtsprechung fortgeführt und noch erweitert. Demnach soll **auch ein als Handlungsstörer in Anspruch Genommener** einen **Anspruch auf Entschädigung** haben, **soweit** das den **Anschein** einer Gefahr **begründende Verhalten rechtmäßig** gewesen ist und keine in den haftungsrechtlichen Risikobereich des Handelnden fallende Verantwortlichkeit für die Anscheinsgefahr begründet hat.

## **d) Schadensersatz - ÖTVÖS**

### **Die Amtshaftung**

**Anspruchsgrundlage** der Amtshaftung ist **§ 839 I 1 BGB i.V.m. Art 34 S.1 GG**.

Eine Haftung besteht nicht nur für einen Beamten im statusrechtlichen Sinne, sondern für jeden **Amtswalter**, der in Ausübung eines ihm anvertrauten **öffentlichen Amtes**, d.h. **hoheitlich** handelt.

Die Eigenhaftung des Beamten (gem. § 839 I 1 BGB) wird im Wege der befreienden Schuldübernahme auf den Staat übergeleitet. Der **Beamte** ist nach wie vor **Haftungssubjekt**, aber seine persönliche Haftung wird auf den Staat übertragen, anders gesagt: es wird die **Passivlegitimation verschoben** (Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 7).

### **Voraussetzungen der Amtshaftung**

(1) Zunächst muss jemand in der Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt haben. Darunter ist die **hoheitliche** im Gegensatz zur privatrechtlichen **Tätigkeit** zu verstehen. Ausübung eines öffentlichen Amtes ist **auch** die Tätigkeit der unselbständigen **Hilfs-**

**personen der Polizei**, die Tätigkeit der **Beliehenen** sowie der mit der Durchführung hoheitlicher Maßnahmen im Bereich der Eingriffsverwaltung beauftragte private Unternehmer. Ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Dienstes liegt **nicht** vor, wenn die schädigende Handlung **lediglich bei Gelegenheit** erfolgt.

(2) Des weiteren muss eine **Verletzung** einer **dem Dritten gegenüber** obliegende **Amtspflicht** vorliegen.

Eine Amtspflicht ist dann verletzt, wenn bei der Ausübung des öffentlichen Amtes eine **unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823, 826 BGB** begangen wird, wenn die Amtsausübung im **Widerspruch zu Treu und Glauben** liegt oder wenn die Behörde die von ihr **verursachten Gefahren nicht wieder beseitigt**. Im Übrigen ergibt sich der Umfang der amtlichen Pflichten aus den jeweils einschlägigen gesetzlichen Regelungen, z.B. des Polizeirechts.

Einschlägige **Entscheidungen**: BGHZ 34, 184 ff.; BGH DÖV 1966, S. 467 ff.

Hier **u.U. Schwerpunkt** der Prüfung (s.o. Vorbemerkung).

**Problematisch** ist in diesem Zusammenhang, dass auch bei der Entscheidung über Staatshaftungsansprüche gegen Polizeibehörden das **Opportunitätsprinzip** zu beachten ist. Es steht bei Vorliegen einer polizeilichen Gefahr oder Störung grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Polizeibehörde, ob sie einschreiten, gegen wen und welches Mittel sie wählt. Wie die Verwaltungsgerichte sind deshalb auch die ordentlichen Gerichte nicht befugt, Ermessensentscheidungen zu überprüfen (Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 638). Wo das **Ermessen** eines Beamten zu entscheiden hat, wo die bloße **Zweckmäßigkeit** einer von ihm getroffenen Anordnung in Frage steht, kann die Frage der Rechtswidrigkeit nur bei besonderen Sachlage entstehen, z.B. wenn behauptet und begründet wird, das der Beamte rein **willkürlich** gehandelt hat. Auch wenn die Ermessensentscheidung gegen die Grundsätze über die Ausübung des Ermessens verstößt, liegt eine **Rechtspflichtverletzung** vor, die auch von den ordentlichen Gerichten im Staatshaftungsprozess festgestellt werden und einen Haftungsanspruch auslösen kann.

Einschlägige Entscheidungen: OLG Stuttgart DÖV 1951 S. 671 ff.; VRS 7, 87 ff.

Die Amtspflicht muss gegenüber dem geschädigten Dritten bestanden haben (**Drittbezogenheit der Amtspflicht**). Auch das ist **stets** der Fall, wenn die Behörde gegenüber dem Geschädigten eine **unerlaubte Handlung** begangen hat (§§ 823, 826 BGB) oder wenn die Handlung gegen Treu und Glauben verstößt. **Im Übrigen** ist auf dem **Zweck der Amtspflicht** abzustellen, insbesondere darauf, ob die betreffende Amtshandlung die **Interessen eines begrenzten Personenkreises**, darunter auch des Geschädigten wahren soll (vgl. BGH DÖV 1973, S. 243 ff.).

(3) Weiterhin muss ein **Verschulden**, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen. Das Verschulden braucht sich nur **auf die Verletzung der Amtspflicht** zu erstrecken, **nicht** auch auf die **Schädigung**.

(4) Die Amtshaftung darf nicht ausgeschlossen sein.

Nach **§ 839 III BGB** entfällt die Ersatzpflicht, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den **Schaden durch** Gebrauch eines **Rechtsmittels abzuwenden**. Rechtsmittel i.d.S. sind **Rechtsbehelfe**, die sich gegen die eine Amtspflichtverletzung darstellende Handlung richten und deren Beseitigung, Berichtigung und auch die Abwendung des Schadens zum Ziel haben (z.B. Widerspruchsverfahren, verwaltungsrechtliche Klage, Vorläufiger Rechtsschutz, Dienstaufsichtsbeschwerde und sonstige formlose Gegenvorstellungen).

Weiterhin ist der **Subsidiaritätsklausel in § 839 I 2 BGB** zu beachten. Ist die Amtspflichtverletzung nur fahrlässig begangen worden, so setzt die Ersatzpflicht voraus, dass der Ge-

schädigte nicht auf andere Weise Ersatz erlangen kann, vgl. z.B. § 840 BGB, oder Ersatzanspruch gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers (vgl. BGHZ 75, 134, 136).

(5) Als Folge der Amtspflichtverletzung muss ein **Schaden** eingetreten sein. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 249 ff. BGB. **Naturalrestitution** kann im Rahmen des § 839 BGB aber **nicht** verlangt werden, wenn sie in einer Amtshandlung bestünde.

(6) Hat der Betroffene den Schaden **mitverursacht**, so gilt **§ 254 BGB** (vgl. OLG Hamm NWVBl. 1988, S. 120, 121).

### e) Haftung für („positive“) Forderungsverletzung - ÖTVÖS

Die Grundsätze der sog. positiven Forderungsverletzung gelten auch für öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse, soweit diese **schuldrechtsähnliche Pflichten** begründen und die Eigenart des öffentlichen Rechts nicht entgegensteht.

#### **(1) Voraussetzungen der Haftung**

Zunächst muss eine **öffentlich-rechtliche Sonderverbindung** bestehen, die einem privatrechtlichen Schuldverhältnis vergleichbare Leistungs- und Obhutspflicht zum Gegenstand hat.

Eine solche ist z.B. die **öffentlich-rechtliche Verwahrung**. Sie kann durch Vertrag, Hoheitsakt oder tatsächliche Inbesitznahme begründet werden (vgl. Art 25 Nr. 1, 26 I PAG).

Einschlägige Entscheidungen: RGZ 115, 419 ff.; BGHZ 34, 249 ff.

**Lit.:** R. Büllebach, Die öffentlich-rechtliche Verwahrung, 1994.

Des Weiteren muss eine **Pflichtverletzung** vorliegen. Gem. Art. 26 III 1 PAG hat die Polizei die Pflicht, bei der Verwahrung sichergestellter Sachen Wertminderungen nach Möglichkeit vorzubeugen. Außerdem gelten die **§§ 688 ff. BGB** (mit Ausnahme von § 690 BGB) entsprechend. Der Freistaat Bayern haftet auch für die Pflichtverletzungen seiner Organe (§§ 31, 89 BGB) und Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB).

Weiterhin muss ein **Verschulden** vorliegen (§ 276 BGB: Vorsatz oder Fahrlässigkeit). **§ 690 BGB** gilt **nicht** zugunsten der öffentlichen Hand.

Rechtsfolge ist **Schadensersatz** nach den §§ 249 ff. BGB.

#### **(2) Verhältnis zu anderen Ansprüchen**

Der Ersatzanspruch steht **selbständig neben dem Staatshaftungsanspruch**. Die Bestimmungen der §§ 839 I 2, 839 III BGB sind auf diesen Anspruch nicht anwendbar. Er verjährt nicht innerhalb der Frist des § 852 BGB, sondern nach allgemeinen Regeln in dreißig Jahren. **Zuständig** für die Entscheidung über den Anspruch sind nach **§ 40 II VwGO** die ordentlichen Gerichte.

### f) Folgenbeseitigung - ÖTVÖS

#### **(1) Der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch**

Der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) ist kein allgemeiner Schadensersatz oder Entschädigungsanspruch, sondern ein **Wiederherstellungsanspruch**. Dem durch einen hoheitlichen Eingriff in seinen Rechten betroffenen Bürger geht es häufig **nicht um Naturalrestitution oder Geldersatz**, sondern um Wiederherstellung des vor dem Eingriff bestehenden Zustands. Dem dient der FBA, der von der Literatur entwickelt und dann von der Rechtsprechung übernommen wurde (Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht § 30 Rdnr. 1 ff.).

Der FBA ist ein materiell-rechtlicher Anspruch. Als öffentlich-rechtlicher Anspruch ist sie vor den Verwaltungsgerichten im Wege der allgemeinen **Leistungsklage** geltend zu machen.



Wenn es um die **Beseitigung des Vollzugs eines angefochtenen Verwaltungsakt** geht, dann gibt es den einfacheren Weg des § 113 I 2 VwGO (Antrag im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage).

### Rechtsgrundlage des FBA

In der Literatur und Rechtsprechung wird der FBA auf unterschiedliche Weise begründet: Manche sehen die Rechtsgrundlage in den **Rechtsstaatsprinzip**, Art. 20 III GG (BVerwG NJW 1985, S. 818). Eine andere Meinung leitet die Rechtsgrundlage von den **Freiheitsgrundrechten** ab. Nach Bettermann (DÖV 1955, S. 528 ff.) ist die Rechtsgrundlage in den §§ **1004, 862, 12 BGB analog** zu finden. Nach allgemeiner Ansicht regelt § 113 I 2 VwGO nicht den materiellen Anspruch, sondern lediglich die **prozessuale Durchsetzung** im Zusammenhang mit einer Anfechtungsklage.

Die Frage nach der Rechtsgrundlage kann aber offen bleiben, da jedenfalls **Einigkeit** über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen besteht und der FBA als **gewohnheitsrechtlich anerkannter** Rechtssatz des Verwaltungsrechts anzusehen ist (vgl. Schloer, JA 1992, S. 40).

### Voraussetzungen des FBA

Zunächst muss ein **Eingriff in ein subjektives Recht** vorliegen. Ein Eingriff liegt vor, wenn eine Maßnahme Rechte des Betroffenen vermindert oder vernichtet.

Ein **subjektives Recht** ist die dem Einzelnen zustehende Befugnis, vom Staat oder einem anderen Träger öffentlicher Gewalt die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung zu verlangen.

Der **Eingriff** muss durch eine hoheitliche Handlung erfolgt sein. Die Abgrenzung zwischen öffentliches Recht und Privatrecht wird hier wieder aktuell.

Teilweise wird zwischen **Vollzugs-FBA** und allgemeinen FBA unterschieden. Der Erstere kommt in Betracht, wenn ein **VA vollzogen** und später wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben oder zurückgenommen wurde. Aber auch **bei** sonstigem (schlichtem, faktischem) **Verwaltungshandeln** kommt ein **FBA** in Betracht. Beide Ansprüche sind aufgrund der neueren Rechtsentwicklung in einem einheitlichen FBA aufgegangen. Inhaltlich hat diese Unterscheidung demnach keine Folgen.

**Problematisch** ist das Handlungsform des **Unterlassens**.

Das BVerwG lässt den FBA auch bei Unterlassen zu, wenn dem Betroffenen eine Rechtspflicht zum Handeln bestand (BVerwGE 69, 366, 371).

Nach **Maurer** (aaO.) ist ein **positives Tun erforderlich**. Unterlassen genügt schon deshalb nicht, weil es in diesem Fall nichts gibt, was wiederherzustellen wäre.

Es ist weiterhin erforderlich, dass zwischen der Amtshandlung und den eingetretenen rechtswidrigen Folgen eine haftungsbegründende **Kausalität** besteht. Hierbei werden auch mittelbare Folgen erfasst (von der Rechtsprechung noch offen gelassen, vgl. BVerwGE 69, 366, 372).

Der Eingriff muss auch **rechtswidrig** sein.

Umstritten ist, ob im Falle eines VA der VA selbst, oder nur die Folgen rechtswidrig sein müssen.

Einschlägige Entscheidungen:

- VGH Mannheim NvWZ-RR 1990, S. 467 ff.
- BayVGH BayVBl. 1965, S. 246
- VGH Bad.-Württ. DÖV 1990, S. 573 ff.

Nach **einer Meinung** ist Voraussetzung nicht nur die **Rechtswidrigkeit** der Folgen, sondern auch **des administrativen Handelns** (Obermayer, JuS 1963, S. 110, 115).

**Andere** stellen auf die Rechtswidrigkeit durch hoheitliches Handeln verursachte **Folgen** ab. Demnach kann der Wohnungseigentümer einen FBA auch dann begehren, wenn die rechtmäßige **Einweisung des Obdachlosen** infolge Fristablaufs außer Kraft tritt und infolgedessen das weitere Verbleiben des Obdachlosen in der Wohnung rechtswidrig geworden ist.

Die **Beeinträchtigung muss fortdauern**, d.h. es muss eine Einwirkung ständig neu entstehen oder ein erfolgter Eingriff selbständig fortwirken.

Außerdem muss die **Beseitigung rechtlich und tatsächlich möglich** und auch **zumutbar** sein. Eine Handlung ist rechtlich unmöglich, wenn derjenige, der sie vornimmt, dadurch gegen Rechte Dritter, gegen Normen des öffentlichen Rechts verstoßen würde. (Schloer, JA 1992, S. 43).

Tatsächliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Folgenbeseitigung aus natürlichen Gründen nicht mehr erfolgen kann.

Die Zumutbarkeit der Beseitigung betrifft das **Verhältnis von Aufwand** für die Beseitigung **und Interesse** des Betroffenen an der Herstellung des ursprünglichen Zustandes. Die **Unzumutbarkeit** ist ein Ausschlussgrund, deshalb ist sie **restriktiv auszulegen**.

**Rechtsfolge des FBA**: die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Dabei werden nur solche Folgen erfasst, die sich **unmittelbar** ohne Dazwischentreten eines Dritten oder des Betroffenen ergeben (vgl. BVerwGE 69, 366 ff.).

Bei einem **Mitverschulden** des Geschädigten ist **§ 254 BGB analog** anzuwenden. Bei einem teilweisen Mitverschulden tritt eine Änderung des Anspruchsinhalts ein; der FBA geht dann in eine **Folgenentschädigungsanspruch gem. § 251 BGB** über. Ein gänzlicher **Anspruchsausschluss** wird nur im Falle **unzulässiger Rechtsausübung** angenommen (BVerwG NJW 1989, S. 2484).

## (2) Die gesetzliche Regelung des Art. 28 PAG

Art. 28 PAG ist eine Ausformung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Art. 4 III PAG). Er enthält besondere **Verfahrensbestimmungen** für die **Beendigung der Sicherstellung und die Abwicklung ihrer möglichen Folgen**.

Die Herausgabe ist eine Vorschrift zur Sicherung der Rechte des Betroffenen. Deshalb ergibt sich aus ihr grundsätzlich ein Anspruch des Betroffenen auf Herausgabe (Berner/Köhler, Art. 28 Rdnr. 1).

Nach Knemeyer (JuS 1988, S. 696, 697 Fußn. 3) handelt es sich dabei um einen gesetzlich geregelten Fall des Folgenbeseitigungsanspruchs.

## 2. Ansprüche des Polizeiträgers

**Allgemeines zur Kostenerstattung des Polizeiträgers bei Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang - REISCHL**

### **Dogmatische Herleitung der Kostenerstattung**

#### **Die Geschichte**

Nach dem Modell des Polizeirechts hat grds. der **Pflichtige** die Gefahr zu beseitigen. Folglich **trägt** er auch die **Kosten der Gefahrenbeseitigung**. Aber es bedarf, um diese Konsequenz her-

zustellen, keiner kostenrechtlichen Regelung. Dieser Ausgangspunkt ändert sich, wenn und soweit **Polizeiverwaltung selbst zur Gefahrenabwehr tätig** werden und ein öffentliches Interesse daran besteht, Private - und zwar in erster Linie den Verantwortlichen - zu den Kosten heranzuziehen. Entsprechend der Tendenz, den Polizeietat durch Erhebung von Kosten zu entlasten, haben einige Länder **spezielle Rechtsgrundlagen für die Kostenüberwälzung** in diesen Fällen geschaffen. Sie entsprechen damit dem Urteil des **OVG Lüneburg** (NVwZ 84, S. 323 ff.), das die **Grundsätze für die Abwälzung von Polizeikosten** für die Räumung des Anti - Atomdorfs Grohnde bestimmte und dazu als wesentliche Voraussetzung festhielt: *„die Heranziehung zu Polizeikosten, insbesondere bei Großeinsätzen ..., stellt nämlich eine besonders bedeutsame Angelegenheit dar, die, zumal dann, wenn das Recht auf Meinungsäußerung und die Versammlungsfreiheit (Art. 5, 8) berührt werden, als „wesentliche Grundentscheidung“ i.S. der Rechtsprechung des BVerfG angesehen werden muß; sie ist daher ausdrücklich und allein vom Gesetzgeber zu treffen.“* (Knemeyer, 5. Aufl., S. 176).

Daraufhin hat auch Bayern (sowie Baden-Württemberg und Niedersachsen) entsprechende Regelungen getroffen.

Mit der **Novelle vom 21.7.1983** trat eine bemerkenswerte Änderung des bis dahin geltenden Rechts der Kostenhaftung für Maßnahmen der Polizei.

**Vor 1983** kennzeichnete sich die Kostenhaftung für polizeiliche Maßnahmen durch eine eigentümliche Zweigleisigkeit. Einerseits enthielt das PAG aus dem Jahr 1978 in Anlehnung an den **Musterentwurf** eines einheitlichen Polizeigesetzes Regelungen über die **Pflicht des Störers** zur Tragung des der Polizei konkret entstandenen Aufwands in den Fällen der **Ersatzvornahme** Art. 55 PAG i.d.F. von 1990 und der **unmittelbaren Ausführung** einer Maßnahme Art. 9 II PAG. In diesen Regelungen war im Übrigen pauschal **auf das Kostengesetz** i.d.F. von 1969 BayKG **verwiesen** worden. Jedoch verwendete das **KG** einen eigenen, abweichenden **Kostenbegriff**. Danach diente der Begriff „Kosten“ als Oberbegriff einerseits für die öffentlich-rechtliche Entgeltsabgabe „Gebühr“ und andererseits für die daneben zu erhebende Auslagen. Bemerkenswert ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass für die Anwendung unmittelbaren Zwangs keine **Kostenerstattungspflicht** i.S.v. § 1 I BayKG **des Störers** vorgesehen war. Dabei ist hervorzuheben, dass das Kostengesetz bis zu der im Sommer 1983 geschaffenen und neuen Rechtsgrundlage innerhalb des Art. 3 über die Nichterhebung von Kosten in Abs. 1 folgende Spezialvorschrift enthielt:

*„Kosten werden nicht erhoben für....*

*10. Amtshandlungen, die von der Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 2 PAG vorgenommen werden, soweit nichts anderes bestimmt ist; sind diese Amtshandlungen von einem Beteiligten beantragt oder sonst veranlaßt und werden sie nicht überwiegend im öffentlichen Interesse vorgenommen, dann sind von dem Beteiligten Kosten zu erheben, soweit dies der Billigkeit nicht widerspricht.“*

Damit schrieb das **Kostengesetz** für den Fall, dass bei der Erfüllung einer **polizeilichen Aufgabe** das **öffentliche Interesse überwog, grundsätzlich Kostenfreiheit** vor, und zwar selbst dann, wenn die fragliche Amtshandlung der Polizei „von einem Beteiligten beantragt oder sonst veranlaßt war“.

### **Die heutige Rechtslage**

Mit dem Erlass des Gesetzes zur Änderung des PAG änderte sich die Rechtslage ab 1983 grundlegend. Mit der **Novelle 1983** wurde Art. 54a, heute (seit der Fassung von 1990) **Art. 76**, in das PAG (Verhältnis zum Kostengesetz) eingefügt, wonach „Art.3 KG nicht anzuwenden ist“, soweit dieses Gesetz die Erhebung von Kosten bestimmt.

Der **Begriff „Kosten“** umfasst seit der Novelle von 1983 **Gebühren und Auslagen (Art. 1 Abs. 1 KG)**. Mit der Gebühr wird der allgemeine Personalaufwand abgegolten. Auslagen sind die besonderen, ausscheidbaren Aufwendungen der handelnden Behörde (Art. 13 I KG) und die Schreibauslagen (Art. 12 KG).

Zu den **Bestimmungen des PAG**, die eine **Kostenpflicht** begründen, gehört die Ersatzvornahme gem. Art. 55 und Art. 58 III die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Dass die dort genannten Maßnahmen damit nicht der Kostenfreiheit des Art. 3 KG unterliegen, wird von **Art. 76 S. 1 deklaratorisch** klargestellt. Die **konstitutive Wirkung** liegt bereits in den genannten Vorschriften des **PAG**. Art. 76 S.1 genießt als **später erlassenes Gesetz** wie **auch** als **Spezialregelung** für die Erhebung von Polizeikosten **Vorrang vor Art. 3 KG** und hebt diese Vorschrift auf. **Kostenfreiheit** gilt demnach praktisch **für alle anderen Maßnahmen nach dem PAG**, die **nicht** in dem vorstehenden **Katalog** enthalten sind, weil die Polizei aufgrund des PAG immer überwiegend im öffentlichen Interesse tätig wird und zwar **auch** dann, wenn sich hierbei **gem. Art. 2 II PAG** um den Schutz privater Rechte handelt.

**Art. 76 S. 2** besagt, dass die Höhe der nach dem PAG festzusetzenden Gebühren nach dem Verwaltungsaufwand und der Bedeutung der Amtshandlung zu bemessen ist **und wiederholt Bemessungsgrundsätze**, die auch in Art. 6 KG angewendet werden. Das dient dem Ziel, den kostenrechtlichen Teil des PAG zu verselbständigen und im Wesentlichen von den allg. Vorschriften unabhängig zu machen. Damit werden auch **die** in den **Art. 6, 8 KG** enthaltenen **Grundsätze** für die fallbezogenen Konkretisierung von Rahmengebühren **durch Art. 76 S. 2 PAG ersetzt**.

Die in den Art. 6, 8 KG vorgesehene Berücksichtigung der „allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse“ der Beteiligten und der „wirtschaftlichen Verhältnisse des Kostenschuldners“ schließt Art. 76 S. 2 PAG aus. Es gilt als **individueller Bemessungsmaßstab** nach S. 2 nur die **Bedeutung der Amtshandlung**, die in Bezug auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sehen ist und nicht die Bedeutung für den oder die Betroffenen meint.

**Wirtschaftliche Verhältnisse der Beteiligten** können nur im Rahmen von S. 4 Berücksichtigung finden. Der **Verwaltungsaufwand** ist je nach den Besonderheiten des Einzelfalls individuell zu bestimmen.

Der Ausschluss des Art. 6 KG durch Art. 76 S. 2 PAG hat weiter zur Folge, dass das in Art. 6 KG vorgesehene **Kostenverzeichnis nicht** für die nach **dem PAG** zu erhebenden Kosten gilt. Stattdessen ermächtigt Art. 76 S.3 PAG das Staatsministerium des Inneren, im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen, die nach dem PAG zu erhebenden Gebühren und Auslagen durch eine **eigene Rechtsverordnung** zu bestimmen und dabei Auslagen pauschal abzugelten. Dies ist die **Polizeikostenverordnung** (Ziegler/Tremel Nr. 574). § 1 dieser Verordnung bestimmt die Rahmengebühren für die nach dem PAG kostenpflichtigen Amtshandlungen. § 2 PolKV bestimmt, dass mit den Gebühren nach § 1 die **Auslagen** i.S.d. Art. 13 I Nr. 2, 3, 4 KG abgegolten sind; das gilt vor allem für Schreibauslagen (Art. 12 KG) und die Entschädigung für Zeugen und Sachverständige (Art. 13 I Nr. 1 KG).

Aber S. 4 des Art. 76 PAG bringt einen begrenzten Ausgleich für den zuvor dargestellten Ausschluss von Kostenfreiheit nach Art. 3 KG und die **individuelle Kostenbemessungskriterien** der Art. 6, 8 KG. Art. 76 S. 4 lässt zu, von der Kostenerhebung ganz oder teilweise („soweit“) **aus Gründen der Billigkeit abzusehen**. Der Begriff der Billigkeit ist wiederum nach dem allg. Kostenrecht zu bestimmen (vgl. KG).

**Kostenschuldner** ist jeweils der, in der entsprechenden Kostenvorschrift des PAG Bezeichnete, **in der Regel** der nach Art. 7, 8 PAG **für die kostenpflichtige Maßnahme Verantwortliche**. Bei der **Ersatzvornahme** ist es der, der zur Vornahme einer vertretbaren Handlung Verpflichtete (= „Betroffener“).

**Beim unmittelbaren Zwang** gegen eine Person diejenige, gegen die dieser Zwang angewendet wird, ggf. der für diese Person Verantwortliche (Art. 7 PAG).

Beim unmittelbaren Zwang gegen Sachen, der für die Sachen Verantwortliche (Art. 8 PAG).

**Mehrere Kostenschuldner** haften nach Art. 2 Nr.4 KG, dessen unmittelbare Geltung Art. 76 im Umkehrschluss eindeutig erkennen lässt, als Gesamtschuldner. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei mehreren möglichen Verantwortlichen die Schuldnerauswahl dem Belieben des Gläubigers zusteht. Die in den Art. 7 und 8 PAG geregelte polizeirechtliche Verantwortlichkeit geht sehr weit und findet ihre Berechtigung im Zweck der unmittelbaren Gefahrenabwehr. Die Entscheidung, wem die Kosten für die getroffene Maßnahme anzulasten sind, gehört **nicht** mehr in den Bereich der **Gefahrenabwehr**, sondern betrifft deren **finanziellen Folgen** und kann ohne wesentlichen Handlungs- und Zeitdruck entschieden werden. **Maßgeblich** für die Auswahl des Schuldners sind die **Kriterien des Kostenrechts**, die auf dem Grundsatz des Veranlasserprinzips (Art. 2 I S. 1 Fall 1 KG) beruhen, das dem für die Störerauswahl wesentlichen Verursacherprinzip des Polizeirechts ähnelt. Das Kostenrecht bietet aber zusätzlich und anders als das auf wirksame und unverzügliche Gefahrenabwehr gerichtete Polizeirecht, die **Möglichkeit eines Billigkeitserlasses (Art. 7 PAG)**, die **über Art. 76 S. 4 PAG auch im Polizeirecht** gilt. Sie bietet einen Ausgleich für das Fehlen eines zumutbaren Verschuldens und kann für die Kostenerhebung und damit auch bei der Schuldnerauswahl nicht unbeachtet bleiben.

Im Einzelnen gilt folgendes: Sind **mehrere Störer** vorhanden so ist grundsätzlich ein **Handlungsstörer** wegen des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit **vor einem Zustandsstörer** in Anspruch zu nehmen. Das gilt nicht, wenn für die Entscheidung über die Kostenerstattung die Feststellung des Handlungsstörers mit angemessenem und zumutbarem Verwaltungsaufwand nicht möglich ist (BayVGH BayVBl. 86, S. 625).

Sind **mehrere Handlungsstörer** (Art. 7 I PAG) und/oder **mehrere Zustandsstörer** (Art. 8 I PAG) vorhanden, steht das **Heranziehen als Kostenschuldner im Ermessen** der Polizei, wobei es im Einzelfall sein kann, dass mangels jeder zurechenbare Verantwortung an einen Erlass aus Billigkeitsgründen Art. 76 S. 4 zu denken ist. Ein solcher Erlass ist auch immer dann zu erwägen, wenn die nach den Art. 7 II und III, Art. 8 II und III sog. weiteren Verantwortlichen herangezogen werden sollen. Kann diesen eine Verantwortung für den kostenpflichtigen Einsatz nicht zumutbar zugerechnet werden, so würde ihre Heranziehung der Billigkeit widersprechen.

#### a) Ansprüche des Polizeiträgers bei Ersatzvornahme - REISCHL

##### **Haftung für Kosten bei Ersatzvornahme gem. Art. 55 I S. 2 PAG**

Die Berechtigung zur Kostenerhebung bei Ersatzvornahme gilt sowohl **für Selbstvornahme** als auch für **Fremdvornahme**.

##### **Fall** „Sprung über den Zaun“

A unternimmt einen Selbstmordversuch. Polizeihauptwachtmeister P findet ihn in lebensgefährlichem Zustand auf. Höchste Eile ist geboten. P will über Funk einen Krankenwagen herbeirufen und deshalb so schnell wie möglich die Wache erreichen. Um diesen Weg abzukürzen, springt er über den Zaun. Dabei stürzt er unglücklich. Er zieht sich eine Zerrung und

Stauchung der Halswirbelsäule zu. Sieben Wochen lang ist er dienstunfähig. Während dieser Zeit erhält er vom Land Dienstbezüge und Unfallversorgung. Für den Gesamtbetrag verlangt das Land durch Kostenbescheid von A Ersatz.

## **Rechtmäßigkeit des Kostenbescheides**

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **Zuständigkeit**

Ob die Polizei im institutionellen Sinne gehandelt hat. Die Zuständigkeit ergibt sich aus dem Polizeiorganisationsrecht.

### **Form- und Verfahrensvorschriften**

#### **Materielle Rechtmäßigkeit**

##### **Rechtsgrundlage**

Als Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht der Kostenerstattungsanspruch bei einer „in unmittelbarer Ausführung“ oder „Sofortvollzug“ durchgeführten Ersatzvornahme. Hier wird jedoch nur auf die Ersatzvornahme gem. Art. 55 I S.2 PAG eingegangen. **Rechtsgrundlage könnte Ersatzvornahme gem. Art. 55 I S. 2, 76 PAG i.V.m. § 1 BayPolKV sein.**

**Kostenentscheidung** gem. Art. 55 I S. 2, 76 i.V.m. § 1 Nr.6 BayPolKV.

#### **Anwendbarkeit dieser Vorschrift**

Seit der Novelle von 21.7.1983 ist das Polizeiaufgabengesetz mit dem Kostengesetz derart verzahnt und normiert, dass eine Kostenerhebung möglich ist.

Der **Kostenerstattungsanspruch** des Polizeiträgers setzt voraus:

- dass die Polizei zum Zweck der Gefahrenabwehr (Prävention) oder im Rahmen der Verfolgung von Verkehrsordnungswidrigkeiten und Straftaten (Repression) tätig wurde;
- dass das polizeiliche Handeln an die Stelle einer Handlung tritt, die eigentlich dem Störer geboten war oder ihm hätte geboten werden können.
- Hier handelte es sich um einen Selbstmordversuch, der eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Anspruch begründet.

**In diesem Fall** ist dies zu **verneinen**. Die Gefahrbeseitigungshandlung die der P dem A hätte anschaffen können, wäre die Herbeischaffung des Krankenwagen gewesen, die aber stattdessen unmittelbar selbst ausführte. Eine Verfügung an A, den Krankenwagen herbeizuschaffen, wäre nämlich „undenkbar“; sie hätte nicht ergehen können.

**Ergebnis:** Somit liegt **hier keine Ersatzvornahme** vor, sondern bloße Gefahrenabwehr mit den eigenen Mitteln der Polizei. Damit besteht **kein Anspruch** des Polizeiträgers, die Kosten für Besoldung und Versorgung auf den A abzuwälzen.

### **Fall** Abschleppen von Kraftfahrzeugen

- Polizei wird bei **verkehrsordnungswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen** präventiv tätig zum Zweck der Gefahrenabwehr.

- Weiter muss dieses Kraftfahrzeug z.B durch Abstellen in einer unübersichtlichen Kurve, vgl. § 1 StVO oder entgegen behördlichen Anordnungen in Form von Verkehrszeichen abgestellt ist, eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** darstellen.
- als polizeiliche Maßnahme, die eine Kostenhaftung auslösen können, und zwar des Halters und/oder Eigentümers als Zustandsstörer sowie des Fahrers als Verhaltensstörer, kommen zum einen, wenn die **Störer nicht oder nicht rechtzeitig erreicht** werden können, eine **unmittelbare Ausführung**, zum anderen eine **Ersatzvornahme (in der Regel im Sofortvollzug** einer vorangegangenen Anordnung).
- Weiter setzt eine **Kostenhaftung des Halters/Eigentümers** sowie des Fahrers des Kfz gegenüber der Polizei voraus, dass ihr Einschreiten i.S. der polizeilichen Generalklausel zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit nach pflichtgemäßem **Ermessen erforderlich** ist.
- Es muss außerdem der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** beachtet werden:
  - ob überhaupt eingeschritten werden soll und ggf.
  - mit welchem Mittel.

Kostenpflichtig dürfen Fahrzeuge abgeschleppt werden im Rahmen des „Sofortvollzugs“ der Ersatzvornahme:

- Parken in der Fußgängerzone
- Parken im absoluten Halteverbot - Zone
- auf einem Behindertenparkplatz

Ist die Ersatzvornahme Art. 55 I nicht rechtswidrig, so ist davon auszugehen, dass den Störer eine Kostenhaftung nach Art. 55 III, 76 PAG i.V.m. § 1 BayPolKV trifft, außer es werden die oben genannten Vorschriften sowie der Billigkeitsgrundsatz nach Art. 76 S.4 PAG. missachtet.

#### **b) Ansprüche des Polizeiträgers / Haftung für Kosten bei unmittelbarem Zwang gem. Art. 58 III PAG durch die Polizei (klausurpraktische Lösung) - REISCHL**

##### **Fall**

Mit Kostenverfügung vom 11.1.95 erhob das Polizeipräsidium München für die **Unterbindung des Hausfriedensbruchs** und die **Anwendung unmittelbaren Zwangs** zur Durchsetzung der Maßnahme von A DM 40,- (Mindestgebühr) an Kosten. Ein Widerspruch der A wurde zurückgewiesen. Sodann erhob A Klage zum VG mit dem Antrag, den Kostenbescheid aufzuheben.

Überwiegend handelt es sich um einen **Antrag auf Aufhebung des Kostenbescheids** durch den Empfänger dieses Bescheides.

Vgl. dazu auch oben II. 2. a), mit Rspr. Nachweis.

##### **Zulässigkeit der Klage**

##### **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

##### **Voraussetzungen**

##### **Öffentlich- rechtliche Streitigkeit**

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn nach der **Sachdarstellung des Klägers** über die zwischen den Beteiligten streitigen Beziehungen nach Maßgabe öffentlichen Rechts

zu entscheiden ist. **Streitgegenstand** ist hier der **Kostenbescheid** für die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Dessen Rechtmäßigkeit beurteilt sich nach öffentlichem Recht, da (zumindest) „einseitig“ zwingend ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet wird (Sonderrechtstheorie).

**Ergebnis:** Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

Weiter müsste eine Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Hier gegeben.

Es dürfen auch keine „abdrängenden“ Sonderzuweisungen vorliegen.

§ 23 EGGVG greift hier **nicht** ein, denn der Kostenbescheid für die polizeiliche Maßnahme hat keinen strafverfolgenden oder sonst prozessualen Charakter.

**Ergebnis:** Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

### **Statthafte Klageart**

Hier begehrt A die Aufhebung des **Kostenbescheids**, der einen VA i.S.d. Art. 35 BayVwVfG darstellt. Dies ist der sog. **Leistungsbescheid** gem. Art. 23 I BayVwZVG. Seine Aufhebung kann mit der Anfechtungsklage gem. § 42 I VwGO begehrt werden.

### **Besondere Sachurteilsvoraussetzungen**

**Vorverfahren** gem. §§ 68 ff. VwGO. Ein Vorverfahren ist gem. §§ 68 ff. VwGO, Art. 12 II POG erforderlich. Nach dem Sachverhalt wurde es form- und fristgerecht durchgeführt und blieb erfolglos.

### **Klagebefugnis, § 42 II VwGO**

Anspruch auf Unterlassen polizei- und kostenrechtlich rechtswidriger Beeinträchtigungen (durch Leistungsbescheid-VA!) ist möglicherweise verletzt.

Oder: Als Adressatin eines VA ist A möglicherweise in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt (Adressatentheorie).

**Klagefrist** gem. § 74 VwGO ist eingehalten, soweit nichts Gegenteiliges vorliegt.

**Ergebnis:** Die Klage ist zulässig.

### **Begründetheit der Klage**

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Kostenbescheid rechtswidrig und A dadurch in ihren Rechten verletzt ist und sich die Klage gegen den richtigen Beklagten richtet, §§ 113 I S. 1, 78 VwGO.

### **Passivlegitimation gem. § 78 VwGO**

Richtiger Beklagter ist der Freistaat Bayern als Träger der Polizei gem. § 78i Nr. 1 VwGO, Art. 1 II POG.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

Bei der Frage der formellen Rechtmäßigkeit ergeben sich grundsätzlich keine Probleme. Zu prüfen ist nur, ob die Polizei im institutionellen Sinne gehandelt hat. Die Zuständigkeit ergibt sich regelmäßig aus dem Polizeiorganisationsrecht = POG.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

### **Rechtsgrundlage**



Als **belastende Maßnahme** bedarf der Gebührenbescheid nach dem Grundsatz vom **Vorbehalt des Gesetzes** Art. 20 III GG) einer Rechtsgrundlage. Als Rechtsgrundlage für die erhobene Gebühr kommt hier Art. 58 III, 76 PAG i.V.m. § 1 Nr.6 BayPolKV in Betracht.

### Voraussetzungen

**Fraglich** ist schon die **Anwendbarkeit dieser Vorschriften**. Gem. Art. 58 III, 76 PAG i.V.m. § 1 Nr.6 BayPolKV können polizeiliche Präventivmaßnahmen der Polizei zur Grundlage einer Gebührenverordnung gemacht werden. Die Polizei handelt präventiv bei Gefahrenabwehr. Für **repressive Maßnahmen** der Polizei bestehen dagegen weder im PAG noch in der StPO, 464a, 465 StPO, Kostenregelungen (BayVGH NVwZ 1986, S. 655, 656). Die Polizei wird repressiv tätig, wenn sie strafbare Handlungen verfolgt.

Dabei sind **Indizien für ein überwiegend repressives Einschreiten**:

- dass der Betroffene vor Beginn der Maßnahmen davon in Kenntnis gesetzt wurde, er mache sich einer Straftat schuldig,
- das Handeln der Polizei auf Weisung der Staatsanwaltschaft erfolgte,
- das Weiterleiten der polizeilichen Ermittlungsergebnisse an die Staatsanwaltschaft bzw. an das Gericht.

Die **Polizei** wurde nach dem **Schwerpunkt ihrer Aufgabe** überwiegend **repressiv** tätig. Das Herausragen der Demonstranten aus dem Dom ist dabei Teil eines einheitlich zu beurteilenden Geschehensablaufs zur Verfolgung des angezeigten Hausfriedensbruchs und kann nicht herausgelöst für sich allein betrachtet werden.

Argumente:

- die Festnahme der Demonstranten erfolgte schon im Dom;
- die Demonstranten wurden unmittelbar ins Polizeiauto und in das Polizeipräsidium verbracht;
- zur Gefahrenabwehr hätte das Herausragen allein genügt;
- die präventive Maßnahme ist deshalb bereits strafverfolgend überlagert.

Dass es sich bei dem polizeilichen Einschreiten **auch** um **Gefahrenabwehr** handelte, **kann eine Kostenschuld nicht begründen**; dafür wäre Voraussetzung, dass sich das gebührenpflichtige präventive Handeln vom gebührenfreien strafverfolgenden Handeln trennen lässt.

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen der Art. 58 III, 76 PAG i.V.m. § 1 Nr.6 BayPolKV liegen nicht vor. Der Gebührenbescheid ist rechtswidrig.

**Rechtsverletzung der A** liegt vor: Subj.-öffentlicher Unterlassungsanspruch ist rechtswidrig beeinträchtigt (= verletzt).

**Ergebnis:** Die Klage ist begründet.

### Ergänzung

Schreitet die Polizei gegen die **Hausbesetzung** im öffentlichen Interesse zum Zwecke der Gefahrenabwehr ein,

- etwa noch während der Besetzung wegen der mit ihr verbundenen, den Einzelnen oder die Allgemeinheit gefährdenden Umstände,
- oder auch nach Abschluss der Besetzung im Hinblick auf die von dem besetzten Haus ausgehenden Gefahren für den Einzelnen oder die Allgemeinheit und zwar typischerweise mit dem Zwangsmittel der **Anwendung des unmittelbaren Zwanges**, so sind die Hausbesetzer als Störer hinsichtlich der Kosten, die der Polizei dar-

aus entstehen, - erstattungs- bzw. gebühren - und auslagenpflichtig (Rechtsgrundlage Art. 58 III, 76 PAG i.V.m. § 1 BayPolKV).

Liegt eine **rechtmäßige Ersatzvornahme** gem. Art. 55 I PAG vor, so hat der Polizeiträger unter Berücksichtigung der zuvor genannten Kriterien ebenfalls einen Anspruch auf Ersatz der ihm entstandenen Kosten.

**c) Ansprüche des Polizeiträgers bei unmittelbarer Ausführung**

S.o. „Allgemeines zur Kostenerstattung“

S.o. VIII. 2. c) - ausführlich!

**Besonderheiten beim Vorliegen von Rechtsverordnungen im Bereich des „Polizei- und Sicherheitsrechts“ (nicht gem. PAG)**

**XIII. Vereinbarkeit einer Maßnahme (insb. VA) mit der Rechtsverordnung**

1. **Zuständigkeit (z.B. Art. 43 LStVG); Form; Verfahren (des VA)**
2. **Vorliegen der Tatbestands-(Handlungs-)Voraussetzungen der RechtsVO**  
**beachte: sog. unselbständige Verfügung - Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht erforderlich (str.)**
3. **Beachtung der allgemeinen Handlungsmaßstäbe (LStVG; PAG entsprechend)**

## XIV. Prüfung der Rechtsverordnung

### Allgemeines - SCHMIDBAUER

#### Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung (Prüfungsschema)

- I. Ermächtigungsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
  1. Zuständigkeit
    - a) sachliche
    - b) örtliche
    - c) instanzielle
    - d) Organzuständigkeit  
Näheres dazu unten!
  2. Verfahren, Art. 47 LStVG
    - a) Genehmigungspflichtige VOen
    - b) Nicht genehmigungspflichtige VOen
    - c) Vorlage zum Zweck der Genehmigung
    - d) Zuständigkeit für die Erteilung der Genehmigung
  3. Form, Art. 45 II LStVG
  4. Inhaltliche Bestimmtheit
  5. Amtliche Bekanntmachung, Art. 51 LStVG
- III. Materielle Rechtmäßigkeit
  1. Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage
    - a) Gefahrenbegriff "abstrakt-konkret"
    - b) Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit
    - c) Zweckbestimmung der Ermächtigungsgrundlage
      - aa) Nebenzwecke
      - bb) Erleichterung polizeilicher Aufsicht
    - d) Problem: "Eine Gefahr liegt im Einzelfall nicht vor"
      - aa) Eine abstrakte Gefahr wird zu Unrecht angenommen
      - bb) Eine abstrakte Gefahr wird zu Recht angenommen
  2. Richtung der Maßnahme
  3. Allgemeine Anforderungen
  4. Fehlerhafte Ermessensausübung
  5. Vereinbarkeit mit Schranken aus höherrangigem Recht

#### Überprüfungsmöglichkeiten

- I. Rechtsaufsichtliche Überwachung, Art. 49 LStVG
- II. Rechtsschutz gegen Verordnungen
  1. Normenkontrolle, § 47 I Nr. 2 VwGO
  2. Vorfragenprüfung
  3. Popularklage, Art. 98 Satz 4 BV
  4. Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG

#### Abgrenzung zwischen Verordnung und Allgemeinverfügung

Verordnungen sind ihrem sachlichen Gehalt nach Rechtsvorschriften, d.h. **allgemein verbindliche Gebote oder Verbote**. Sie sind für eine **unbestimmte Anzahl** von gleichartigen Fällen an eine unbestimmte Anzahl von natürlichen oder juristischen Personen gerichtet.

Durch diese **Abstraktheit der Regelung** unterscheiden sie sich von den Verfügungen, die sich je nach den wechselnden Erfordernissen, wenn auch nötigenfalls immer wiederholt, auf einen konkreten Sachverhalt beziehen.

**Probleme** ergeben sich bei der Zuordnung bestimmter hoheitlicher Handlungen. So werden z.B. (s. auch: BayVGH BayVBl. „Durchführungsverordnung zur Luftverkehrs-Ordnung“) **amtliche Verkehrszeichen** als „atypische Hoheitsakte im Grenzbereich von Einzelakt und Norm“ bezeichnet. Sie galten ursprünglich als Rechtsverordnungen (so z.B. BayObLGSt. 1952, 102); nach nunmehriger Rechtsprechung werden die durch Verkehrszeichen getroffenen Anordnungen aber als Verwaltungsakte in der Form der Allgemeinverfügung behandelt (so: VGH BayVBl. 1978, 505/509).

### Verhältnis zwischen VO und Satzung

**Prinzipiell** werden durch Verordnungen sicherheitsrechtliche Fragen (übertragener Wirkungskreis), durch **Satzungen Selbstverwaltungsangelegenheiten** der Gemeinden (eigener Wirkungskreis) geregelt.

In verschiedenen Fällen hat die Gemeinde eine **Wahlmöglichkeit**, Regelungen durch VO oder durch Satzung zu erlassen; z.B. Art. 15 LStVG: VO über die Reinlichkeit in gemeindeeigenen Betrieben zur Verhütung von Gefahren für die Gesundheit. Nach Art. 23 S. 1 GO könnte statt dessen eine Satzung erlassen werden. (Die gleiche Möglichkeit tritt bei einem Verordnungserlass nach Art. 24, 25, 27, 28 und 29 LStVG auf, wenn jeweils berücksichtigt wird, dass in diesen Fällen gemeindeeigene Anlagen betroffen sind.) Allerdings können sich **Satzungen** nur auf **Einrichtungen der Gemeinden** beziehen, während **Verordnungen** nach dem LStVG **alle Anlagen** im Gemeindegebiet betreffen. Es empfiehlt sich hier, eine VO zu erlassen, weil die Geltung für die gemeindliche Anlage eingeschlossen ist.

### Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung

#### **Ermächtigungsgrundlage**

Aus Art. 20 III GG ergibt sich, dass **jede belastende Maßnahme** eine gesetzliche Grundlage haben muss. Rechtsverordnungen bedürfen einer Rechtsgrundlage in Gestalt eines Gesetzes im formellen Sinn. Das Recht zum Erlass einer VO kann sich entweder aus einer Spezialermächtigung in einem Sondergesetz (z.B. Art. 51 IV BayStrWG, Art. 5 BayAbfAlG, Art. 90 BayBO, Art. 10 BayImSchG, Art. 12 - 38, 41 II LStVG) oder aber aus der im Sicherheitsbehördengesetz (LStVG für Bayern) enthaltenen generellen Ermächtigung ergeben.

## Zuständigkeitsprobleme – HEITZER

### Prüfungsschema für Zuständigkeitsfragen

- (1) **Sachliche Zuständigkeit/Ermächtigung zum Erlass der RVO**
  - spezielle Zuweisungen/Ermächtigungsnormen
    - bundesrechtliche Vorschriften
    - landesrechtliche Vorschriften
  - (allgemeine) Zuweisungen/Ermächtigungsnormen gem. Art. 12 ff. LStVG
  - Ermächtigungsinhalt
    - Vorrang von Bundes-/Landesrecht
    - „tatbestandliche“ Voraussetzungen
  - Pflicht zum Erlass von Rechtsverordnungen gem. Art. 46 LStVG
  - Prüfungshinweise
- (2) **Örtliche Zuständigkeit**
  - bei Gemeinden gem. Art. 6 I GO
  - bei Landkreisen gem. Art. 4 LKrO
  - bei Bezirken gem. Art. 4 BezO
- (3) **Instanzielle Zuständigkeit**
  - insb. Art. 44 LStVG
- (4) **Organzuständigkeit**
  - bei Gemeinden gem. Art. 42 I i LStVG i.V.m. Art. 29 GO
  - bei Landkreisen gem. Art. 42 I 1 LStVG i.V.m. Art. 22 LKrO
  - bei Bezirken gem. Art. 42 I 1 LStVG i.V.m. Art. 21 BezO

### 1. Sachliche Zuständigkeit

#### a) Spezielle Zuweisungs-/Ermächtigungsnormen

- bundesrechtliche Vorschriften:  
 Beispiele: §§ 4 I, 7 I, 23 I, 27 IV, 32 I, 33 I, 34 I, 35 I, 38 I, 39 I, 40 I, 43 I, 49 I,  
 53 I, 59 I BImSchG  
 § 34 a II GewO  
 § 18 I 1 GastG  
 §§ 7 III 2, 12 a 3, 14 II 2, 18 III 2, 38 a 3, 55 I 2, 77 I BSeuchG
- landesrechtliche Vorschriften:  
 Beispiele: Art. 92 IV BayBauO  
 Art. 10 I, 14 BayImSchG  
 Art. 51 IV, V BayStrWG

#### b) Allgemeine Zuweisungs-/Ermächtigungsnormen gem. Art.12 ff. LStVG

##### 1. Abschnitt: Schutz der Gesundheit und Reinlichkeit

- Art. 12 I: „übertragbare Krankheiten „
- Art. 15 I: „Reinlichkeit in Betrieben“
- Art. 16 S. 1: „Bekämpfung verwild. Tauben“
- Art. 18 I: „Halten von Hunden“

## 2. Abschnitt: Vergnügungen

Art. 19 VII: „Veranstaltung von Vergnügungen“

## 3. Abschnitt: weitere Vorschriften zum Schutz der öff. Sicherheit und Ordnung

Art. 22 I: „Notzeichen“

Art. 23 I 1: „Menschenansammlungen“

Art. 24 I, III: „Ski- und Skibobfahrten, Rodeln“

Art. 25 I: „Zelten, Aufstellen von Wohnwagen“

Art. 26 I: „Betreten und Befahren von Grundstücken“

Art. 27 I, II: „Baden, Betreten und Befahren von Eisflächen“

Art. 28 I: „öffentliche Anschläge“

Art. 29 I: „Fliegende Verkaufsanlagen“

Art. 31 I: „Gifte, Giftwaren und Arzneien“

Art. 32 I: „Hochgiftige Stoffe“

Art. 37 I: „Halten gefährlicher Tiere“

Art. 38 I, III: „Verhütung von Bränden“

## 4. Abschnitt: Schutz von Feld und Flur

Art. 41 II: „Feldgefährdung“

### Ermächtigungsinhalt

#### Verhältnis der Ermächtigungsnormen zum Bundes-/Landesrecht

##### Problem

Die Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem LStVG und speziellen Ermächtigungsnormen stehen unter dem **Vorbehalt**, dass keine besonderen bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften bestehen.

Dieser verfassungsrechtlich begründete **Vorrang von Bundes- und Landesrecht** vor nachrangigem Recht wurde im Interesse der Klarheit in einigen Ermächtigungsnormen des LStVG besonders hervorgehoben (z.B. Art. 15 I, 19 IX LStVG).

##### Bedeutung

Zum einen verdeutlicht dieser Vorbehalt, dass eine **Zuständigkeit** zum Erlass von Rechtsverordnungen auf der Grundlage des LStVG und anderer Ermächtigungsnormen dann **nicht** besteht, **wenn** über den gleichen Regelungsgegenstand bereits **Rechtsnormen des Bundes- oder Landesrechts existieren**.

Zum anderen stellt dieser Vorbehalt klar, dass alle aufgrund der landesrechtlichen Ermächtigungsnormen erlassenen **Rechtsverordnungen außer Kraft** treten, sobald der Bund eine inhaltlich gleiche oder entgegengesetzte Regelung trifft.

Eine solche, den Vorbehalt ausfüllende, bundesgesetzliche Regelung liegt aber nur dann vor, wenn der Bund eine materielle Regelung getroffen hat. Hat er dagegen lediglich eine Ermächtigungsnorm zum Erlass einer RVO durch die Bundesregierung oder durch einen Bundesminister erlassen, so ist der **Vorbehalt** so lange **noch nicht ausgefüllt**, wie die Bundesorgane von ihrem Ordnungsrecht noch nicht oder nicht in vollem Umfang Gebrauch gemacht haben.

**Entscheidend** dafür, zu welchem Regelungsinhalt die jeweiligen Normen ermächtigen, ist somit zunächst, **ob** nicht bestehende **bundes- oder landesrechtliche Vorschriften** diesen Regelungsbereich bereits **abschließend** normiert haben.

**Beispiele:****Art. 12 I LStVG - Verhältnis zum Bundesseuchengesetz:**

Das **Bundesseuchengesetz (BSeuchG)** regelt die Verhütung und Bekämpfung aller übertragbarer Krankheiten, beschränkt sich also nicht auf besonders wichtige übertragbare Krankheiten oder auf die bislang bekannt gewordenen übertragbaren Krankheiten.

Art. 12 LStVG dehnt den vom Bundesgesetzgeber nicht erfassten Befugnisbereich aus, und zwar hinsichtlich des Personenkreises, der einem Beschäftigungsverbot unterworfen werden kann (Art. 12 I Nr. 1 LStVG), und hinsichtlich der Betriebsarten, für die das Beschäftigungsverbot gelten soll (Art. 12 I Nr. 2 LStVG).

Gegenstand des Art. 12 ist nur das Beschäftigungsverbot, auf andere im BSeuchG geregelten Maßnahmen kann Art. 12 nicht, auch nicht entsprechend, angewendet werden.

**Art. 15 I LStVG - Verhältnis zum Bundesrecht:**

Das **Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz (LMBG)** und die darauf beruhenden bundes- und landesrechtlichen Vorschriften, einschließlich der LebensmittelhygieneVO der Landkreise:

Die Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen auf der Grundlage des **Art. 15** bezieht sich **nicht mehr auf Betriebe**, in denen **Lebensmittel**, Tabakerzeugnisse, kosmetische Mittel oder Bedarfsgegenstände i.S.d. LMBG v. 15.8.74 hergestellt, behandelt oder in Verkehr gebracht werden. Für solche Betriebe, **auch** für nichtgewerbliche Lebensmittelbetriebe, z.B. **für Gemeinschaftsküchen von Wohlfahrtsverbänden**, gilt nun ausschließlich das LMBG als Bundesrecht.

Art. 15 LStVG bezieht sich nur noch auf die übrigen, im LMBG nicht genannten, gewerblichen Betriebe.

Beim Vollzug des Art. 15 LStVG durch Erlass einer Verordnung muß daher zwischen Betrieben, in denen Lebensmittel hergestellt, behandelt oder in Verkehr gebracht werden und den übrigen gewerblichen Betrieben unterschieden werden.

**Art. 18 LStVG - Verhältnis zum Straßenverkehrsrecht:**

Fraglich ist, ob nicht durch eine gemeinderechtliche Verordnung gegen § 28 I StVO verstoßen wird. Eine **kommunale verkehrsbezogene Verordnung** zur Abwehr von Gefahren für den Straßenverkehr (etwa: genereller Leinenzwang) ist wegen der abschließenden bundesrechtlichen Ordnung und damit gem. Art. 31, 72 I GG **unzulässig**. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist jedoch eine Gemeindeverordnung, die Gebote oder Verbote (z.B. Leinenzwang) für Hunde festlegt, deren Zweck nicht dem Schutz des Straßenverkehrs dient, sondern auf sonstige sicherheitsrechtliche Ziele gerichtet ist.

⇒ LStVG: Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigentum oder die öff. Reinlichkeit

**„Tatbestandlichen“ Voraussetzungen der Ermächtigungsnormen**

Nachdem oben der **Ermächtigungsinhalt** der jeweiligen Ermächtigungsnormen unter **Berücksichtigung höherrangigen Rechts** näher bestimmt worden ist, ist des Weiteren erforderlich, dass der in den jeweiligen Ermächtigungsnormen „tatbestandlich“ gesetzte Rahmen von der erlassenden Behörde eingehalten wird.

**Beispiel:****Art. 16 LStVG - Schutzgut:**

(1) das Eigentum ( Häuserfassaden, Denkmäler, Kirchen)



(2) die öffentliche Reinlichkeit

Art. 16 LStVG ermächtigt zum Erlass von Rechtsverordnungen zum Schutz der o.a. Güter vor Gefahren, die durch verwilderte Tauben entstehen.

### **Problem**

Fraglich ist, welchen inhaltlichen **Gestaltungsraum** diese Norm den Adressaten einräumt, insbesondere, ob Art. 16 LStVG den Gemeinden die Möglichkeit einräumt, Rechtsverordnungen zu erlassen, die „**jedermann**“ zur **aktiven und passiven Bekämpfung** (Fütterungsverbot) verwilderter Tauben **verpflichten**.

### **Lösung**

Ein Blick auf Art. 16 LStVG ergibt, dass eine **ausdrückliche Regelung** eines solchen Inhalts **nicht** gegeben ist. Unter Berücksichtigung des Art. 16 S.1 LStVG wird jedoch ersichtlich, dass die Ermächtigung inhaltlich **restriktiv** zu behandeln ist. Lediglich die Eigentümer und ihnen gleichzusetzende Personen können gem. Art. 16 S.2 LStVG dazu verpflichtet werden, Maßnahmen der Gemeinde zur Beseitigung der Nistplätze zu dulden. Diese Ermächtigung dürfte i.V.m. Art. 16 S. 1 **auch** darauf bezogen sein, diesem bestimmten Personenkreis die **passive Bekämpfung**, also ein **Fütterungsverbot** im Bereich ihres Grundstücks, aufzuerlegen. Eine **Verpflichtung zur aktiven Bekämpfung der Tauben** durch diesen Personenkreis in einer Rechtsverordnung wäre jedoch **nicht** mehr vom Wortlaut der Ermächtigungsnorm des Art. 16 gedeckt.

An diesem Maßstab ist somit auch die Verpflichtung zur Bekämpfung der Tauben durch „jeder mann“ aufgrund einer Rechtsverordnung zu messen; eine Verpflichtung zur aktiven wie zur passiven Bekämpfung von „jeder mann“ durch Rechtsverordnung der Gemeinde ist damit ausgeschlossen, ein Fütterungsverbot an jedermann somit nicht von der Ermächtigungsnorm des Art. 16 gedeckt. (BayVerfGH, BayVBl. 1980, S. 114).

Ein **Fütterungsverbot** von Tauben auf öffentlichen Straßen und Plätzen kann aus dem Gesichtspunkt der **Verkehrssicherheit** §§ 1, 49 StVO der öffentlichen Reinlichkeit Art. 16, 66 BayStrWG i.V.m. Art. 7 II Nr. 1 LStVG im Einzelfall (nicht durch RVO) erlassen werden.

### **Exkurs**

Könnte ein **Zuwiderhandeln** gegen ein in der aufgrund des Art. 16 rechtmäßig erlassenen Rechtsverordnung enthaltenes Gebot oder Verbot mit **Geldbuße** bestraft werden?

Gem. Art. 4 I LStVG ist eine RVO nur dann bewehrt, wenn sie auf eine Straf- oder Bußgeldvorschrift des LStVG verweisen kann. Eine selbständige Bewehrung darf eine RVO also nicht enthalten. Da Art. 16 LStVG keine Ahnungsnorm enthält, wäre eine solche Regelung in einer RVO ungültig.

### **c) Pflicht zum Erlass von Rechtsverordnungen gem. Art. 46 I LStVG**

Art. 46 I LStVG begründet eine **ersatzweise Zuständigkeit der Rechtsaufsichtsbehörden** zum Erlass von RVO, wenn kommunale Gebietskörperschaften untätig bleiben, obwohl das Gemeindewohl ohne den Erlass der Rechtsverordnung ernstlich gefährdet oder geschädigt würde. Zuständig zum Erlass ist, unabhängig von den Vorschriften der Kommunalgesetze über die Handhabung der Rechts- und Fachaufsicht, immer die Rechtsaufsichtsbehörde:

- bei kreisangehörigen Gem. und Großen Kreisstädten: Landratsamt
- bei kreisfreien Gem. und Landkreisen: Regierung
- bei Bezirken: Staatsministerium des Innern

### Voraussetzungen

- Die Verordnung muss **geeignet** sein, das Gemeinwohl zu schützen oder wiederherzustellen.
- „**Wohl der Allgemeinheit**“: Unter der Bezeichnung „Wohl der Allgemeinheit“ ist der Schutz oder die Sicherheit für die Lebensverhältnisse eines unbestimmten, größeren Personenkreises zu verstehen.
- „**zwingend erforderlich**“: Eine Verordnung ist dann zwingend erforderlich, wenn bei Unterlassen der Rechtssetzung erhebliche Belästigungen, Gefahren oder Störungen für die Allgemeinheit entstehen oder fortbestehen würden, die auf andere Weise nicht gleich wirksam abgewehrt werden können.
- Einer Aufforderung der Rechtsaufsichtsbehörde darf nicht entsprochen worden sein.

### Prüfungshinweise

Problematisch und damit für die Klausurprüfung relevant sind die Punkte (1) - (4). Dabei ist herauszuarbeiten, dass eine **Ermächtigungsnorm für den Erlass einer RVO im speziellen oder allgemeinen Sicherheitsrecht** besteht - entgegen dem Wortlaut des Art. 42 I in dieser Reihenfolge - (1)-(2) und zu welchem Regelungsinhalt die jeweiligen Normen ermächtigen (3) - (4).

## 2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt, in welchem **räumlichen Bereich** des Staatsgebiets eine sachlich zuständige Stelle tätig werden darf und auf welche Personen und Sachen sich die sachliche Zuständigkeit erstreckt.

Örtlich zuständig im Sicherheitsrecht ist damit die Sicherheitsbehörde, in deren Gebiet (**räumliche Erstreckung der Hoheitsgewalt**) der Anlass auftritt. Die Erstreckung der Hoheitsgewalt richtet sich insb. nach dem **Kommunalrecht**, also nach der Gemeindeordnung, der Landkreisordnung und der Bezirksordnung.

#### - **Gemeinde:**

- Art. 6 I GO :       Wirkungskreis der Gemeinden
- Art.10 - 14 GO:    Gemeindegebiet
- Art. 23 S. 2 GO:   Hoheitsbefugnisse, Gemeindehoheit

#### - **Landkreise:**

- Art. 4 LKrO:        Wirkungskreis der Landkreise
- Art. 7 - 9 LKrO:    Kreisgebiet
- Art. 17 S.2 LKrO:  Landkreishoheit, Hoheitsbefugnisse

#### - **Bezirke:**

- Art. 4 BezO:        Wirkungskreis der Bezirke
- Art. 7 BezO:        Bezirksgebiet
- Art. 17 S. 2 BezO:  Bezirkshoheit

Innerhalb ihres **örtlichen Zuständigkeitsbereiches** können die Behörden Handlungen und Zustände regeln, von denen **Gefahren** ausgehen können. Handelt es sich dabei um **Zustandsgefahren**, so können sich die in den RVO enthaltenen Gebote und Verbote auch an Personen richten, die sich außerhalb des Bereichs befinden, sofern diese für den Zustand von Sachen innerhalb des **Zuständigkeitsbereichs** verantwortlich sind. Durch Rechtsverordnung können jedoch nicht Handlungen oder Zustände geregelt werden, die sich innerhalb des örtlichen Zuständigkeitsbereichs lediglich auswirken.

**Beispiel:**

Regelung einer Erlaubnispflicht für das **Einleiten von Fremdstoffen** in einen **Wasserlauf** außerhalb des eigenen Zuständigkeitsbereichs durch Rechtsverordnungen ist unzulässig. Zu lösen ist ein solches Problem vielmehr über Art. 44 LStVG.

**3. Instanzielle Zuständigkeit (Art. 44 LStVG)****Problem**

In bestimmten Ermächtigungsnormen bezieht sich die Kompetenz verschiedener Stellen zum Erlass einer Rechtsverordnung auf den gleichen Gegenstand (**Mehrfachkompetenz**)

Art. des LStVG	Sachgebiet	Zuständigkeit
Art. 12 I 1	Übertragbare Krankheiten	Kreisfreie Gemeinden, Landkreise, Bezirke, StMI
Art. 15 I	Reinlichkeit in Betrieben	dto.
Art. 25 I 1, II	Zelten, Aufstellen von Wohnwagen	Gemeinden, Landkreise, StMI
Art. 26 I	Begehen und Befahren von Grundstücken und Gebieten	Gemeinden, Landkreise
Art. 41 II	Feldgefährdung	Gemeinden, Landkreise

**Lösung**

Anhaltspunkt: **Art. 44 I 1 LStVG:**

„Sind verschiedene Behörden oder Stellen zum Erlaß von Verordnungen zuständig, so soll die höhere Behörde oder Stelle von ihrer Befugnis nur Gebrauch machen, wenn eine einheitliche Regelung für ihren Bereich oder einen Teilbereich erforderlich oder zweckmäßig ist.“

- **verschiedene Behörden oder Stellen i.S.d. Art. 44 I 1 LStVG:** nur Behörden oder Stellen mit verschiedener Verwaltungsstufe = aus mindestens zwei verschiedenen Stufen des vierstufigen Verwaltungsaufbaus
- **Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Regelung:**

Erforderlichkeit:

Erforderlich ist eine einheitliche Regelung, wenn nur auf diese Weise ein bestimmter, vom öffentlichen Wohl bestimmter Zweck erreicht werden kann.

Dies ist u.a. dann der Fall, wenn Zuwiderhandlungen gegen eine Verordnung **überörtliche Auswirkungen** haben würden (z.B. Verunreinigung einer Wasserversorgungsanlage, Einschleppen einer übertragbaren Krankheit) oder wenn der Gleichheitsgrundsatz örtliche Verschiedenheiten nicht zulässt.

Zweckmäßigkeit:

Eine einheitliche Regelung ist vor allem dann zweckmäßig, wenn eine Reihe von unteren Behörden oder Stellen gleichlautende oder doch inhaltsgleiche Verordnungen erlassen müsste.

„Soll-Vorschrift“: Verbindlich nur dann, wenn nicht besondere Umstände ein Abweichen von der Regel zulassen.

**Art. 44 II:**

- Regelt **nicht** das Verhältnis **gleichrangiger konkurrierender Zuständigkeiten** untereinander, sondern die Begründung einer zusätzlichen Zuständigkeit für die höhere Behörde.

#### 4. Organzuständigkeit

Gemeinden: Art. 42 I 1 LStVG i.V.m. Art. 29 GO  
 Landkreise: Art. 42 I 1 LStVG i.V.m. Art. 22 LKrO  
 Bezirke: Art. 42 I 1 LStVG i.V.m. Art. 21 BezO

##### **Art. 42 Abs. I:**

normiert den **Grundsatz**: Gemeinderat, Kreistag und der Bezirkstag sind die zum Erlass der Rechtsverordnungen zuständigen Organe.

##### **Art. 42 Abs. II:**

normiert die **Ausnahme**: Zum Erlass von dringlichen Verordnungen sind der Bürgermeister, der Landrat oder der Bezirkstagspräsident zuständig.

##### **Voraussetzungen**

###### - **Dringlichkeit:**

Eine Verordnung ist dann dringlich, wenn ihr **sofortiger Erlass** nötig ist, um eine vorhandene oder eine nach allgemeiner Lebenserfahrung mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretende Gefährdung oder Störung des Wohls der Allgemeinheit oder der nach der Zweckbestimmung der ermächtigenden Vorschrift zu schützenden Rechtsgüter zu verhindern oder zu beseitigen.

###### - **keinen Aufschub dulden:**

Dann gegeben, wenn die Verhinderung oder Beseitigung der Gefährdung oder Störung bei Abwarten bis zur nächsten Sitzung der genannten Vertretungskörper ernstlich in Frage gestellt werden würde.

Art. 42 II LStVG stellt eine **Sonderregelung zu den kommunalen Vorschriften** dar (Art. 37 III GO, Art. 37 III LKrO, Art. 33 III BezO). Diese treten hinter Art. 42 II LStVG zurück und kommen nicht zur Anwendung.

## 5. „Formelle“ Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen - *SCHMIDBAUER*

### a) Verfahren, Art. 47 LStVG („Vorlage und Genehmigung“)

#### (1) Genehmigungspflichtige VOen

**Bewehrte Verordnungen** bedürfen der Genehmigung, wenn sie auf dem Bayerischen Naturschutzgesetz beruhen **und** nicht von einer Regierung (die verwaltungsinterne Kontrolle über Rechtsetzungsakte haben diese Behörden selbst auszuüben), einem Bezirk, einem Staatsministerium oder der Staatsregierung (aus Art. 47 I S.1 LStVG gestrichen, „weil insoweit eine Rechtsaufsicht nicht denkbar ist.“; s. Amtliche Begründung LT-Drucks. 8/7739) erlassen sind. Die Genehmigungspflicht gilt auch für die bewehrten naturschutzrechtlichen ErsatzVOen, die die Landratsämter als Rechtsaufsichtsbehörden nach Art. 46 I LStVG anstelle der Gemeinden erlassen (Art. 47 I LStVG).

Bewehrt sind VOen, wenn **Zuwiderhandlungen** gegen sie mit **Strafe oder Geldbuße** bedroht sind. Eine Zuwiderhandlung liegt vor, wenn gegen Gebote oder Verbote verstoßen wird, die in ihr selbst unmittelbar enthalten sind, aber auch, wenn sie aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung in der VO als Einzelanordnung erlassen worden sind.

**Beispiele** solcher genehmigungspflichtiger VOen, sämtlich bewehrt nach Art. 52 I Nr. 3 BayNatSchG:

- VOen der Gemeinden nach Art. 5 II i.V.m. Art. 45 I Nr. 5 BayNatSchG über die Pflege von Grundstücken
- VOen der Landkreise und kreisfreien Städte nach Art. 10 II Nr. 2 i.V.m. Art. 45 I Nr. 3 BayNatSchG zur Festlegung von Landschaftsschutzgebieten
- VOen der Kreisverwaltungsbehörden als unterer Naturschutzbehörden nach Art. 9 III i.V.m. Art. 37 II Nr. 3 und Art. 45 I Nr. 4 BayNatSchG über die Unterschutzstellung von Naturdenkmälern

#### (2) Nicht genehmigungspflichtige VOen

VOen der **Regierungen** und der **Bezirke** sind von der Genehmigungspflicht ausdrücklich ausgenommen und damit **immer genehmigungsfrei**. Eine Überprüfung der VOen der Regierungen erschien dem Gesetzgeber im Hinblick auf das rechts- und sachkundige Personal und den Erfahrungsreichtum dieser allgemeinen Mittelbehörden nicht notwendig. Für Behörden gibt es seit 1983 auch keine Genehmigungspflicht mehr, weil sie in besonderer Weise auf die Beratung durch die Regierungen zurückgreifen können, mit denen sie im Verwaltungsverbund stehen (Amtliche Begründung zu § 9 des Gesetzes zur Vereinfachung kommunaler Vorschriften, LT-Drucks. 9/10711, S. 20).

Nach Art. 47 II LStVG **sollen** sonstige VOen, d.h. alle VOen, die nicht nach Abs. 1 S. 1 genehmigungsbedürftig sind, der **kreisangehörigen Gemeinden** spätestens vier Wochen vor ihrem Inkrafttreten der Rechtsaufsichtsbehörde **vorgelegt** werden.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG (vgl. BVerwG DVBl. 1960, 252) sind **Sollvorschriften** - solange die Verwaltung nicht besondere Umstände dartun und beweisen kann, die ausnahmsweise ein Abweichen von der Regel zulassen - für die Verwaltung ebenso **verbindlich** wie Muss-Vorschriften. Die kreisangehörigen Gemeinden, auch die Großen Kreisstädte, sind damit **gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde** verpflichtet, jede VO wenigstens vier Wochen vor Inkrafttreten dem Landratsamt zu übermitteln.

#### (3) Vorlage zum Zweck der Genehmigung

Die Vorlage hat den Zweck, der Rechtsaufsichtsbehörde die Prüfung des ordnungsgemäßen Erlasses und der Gültigkeit der VO zu ermöglichen.

Die Mitteilung aller notwendigen Einzelheiten geschieht **in der Regel schriftlich**, kann aber ausnahmsweise bei **Gefahr im Verzug auch mündlich oder fernmündlich** erfolgen. Die schriftliche Vorlage ist dann unverzüglich nachzuholen und die Genehmigung sodann von der dafür zuständigen Behörde schriftlich zu bestätigen.

Legt der Bürgermeister, der Verbandsvorsitzende oder der Landrat eine von ihm gem. Art. 42 II LStVG oder Art. 27 III 1 KommZG erlassene dringliche VO zur Genehmigung vor, so ist auf die Dringlichkeit besonders hinzuweisen.

#### **(4) Zuständigkeit für die Erteilung der Genehmigung**

Genehmigungsbehörde ist immer die **Rechtsaufsichtsbehörde**.

#### **b) Form, Art. 45 II LStVG**

Art. 45 Abs. 2 ist eine **Sollvorschrift**. Auch hier gilt, dass nur durch Vorbringen eines wichtigen Grundes von der Vorschrift abgewichen werden kann.

**Streit** besteht über ein **Zitiergebot** in landesrechtlichen VOen, die ihrerseits auf einer landesrechtlichen Ermächtigung beruhen:

##### **1. Meinung** (vgl. u.a. Spanner, DÖV 1957, 412):

Das Zitiergebot, **wie es Art. 80 I 3 GG** für VOen vorschreibt, die vom Bund oder auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigungen erlassen werden, gilt kraft Landesverfassungsrecht auch für VOen auf Grund landesrechtlicher Ermächtigungen. Denn: Der Gewaltenteilungsgrundsatz der BV mitenthält das Gebot zur Angabe der Rechtsgrundlage in RechtsVOen; das Zitiergebot ist **Bestandteil des demokratischen Rechtsstaats**; der von der Norm Betroffene muss in die Lage versetzt werden, seine Rechte sachgemäß zu verteidigen (ausreichend jedoch gewährleistet, indem z.B. bei Popularklagen auch vom Antragsteller nicht ausdrücklich gerügte Verletzungen anderer Verfassungsbestimmungen mitgeprüft werden).

Demnach wären stets die einzelnen ermächtigenden Paragraphen in der Polizeiverordnung aufzuführen.

##### **2. Meinung** (so z.B. der Bayer. Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24.5.1973, VerfGH 26, 48):

Art. 45 II LStVG ist **nur ein formaler Hinweis**. Denn: Eine dem Art. 80 I 3 GG entsprechende Bestimmung ist in der BV nicht enthalten; der Landesgesetzgeber ist nämlich mit Recht davon ausgegangen, dass das **Zitiergebot** nicht zu den **Grundsätzen** des republikanischen, **demokratischen** und sozialen **Rechtsstaates** gehört, denen nach Art. 28 I 1 GG auch die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern entsprechen muss (vgl. auch BVerfG BayVBl. 1981, 176). Die Grundsätze des Rechtsstaates verlangen nur, dass eine ausreichende Ermächtigung vorhanden ist. Weder die Nichtbeachtung der Vorschrift noch die unvollständige Angabe der Rechtsgrundlage beeinträchtigen deshalb für sich allein die Rechtsgültigkeit einer im Übrigen rechtmäßigen VO. Selbst die Angabe einer falschen Rechtsgrundlage ist unschädlich, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO eine Rechtsgrundlage vorhanden war, auf die sie gestützt werden konnte.

#### **c) Inhaltliche Bestimmtheit**

Zwar im LStVG nicht geregelt, gilt aber als **rechtsstaatlicher Grundsatz** schlechthin. Die daraus folgenden Gebote der Normenklarheit und Justitiabilität fordern, dass die Polizeibe-

hörde abstrakt-generelle Verbote so klar und bestimmt fasst, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann.

**Unzulässig** sind Tatbestände, die ein Gebot oder Verbot von unklaren Voraussetzungen („**grundsätzlich**“, „**regelmäßig**“, „**in erster Linie**“) abhängig machen, unbestimmte Werturteile („**peinliche Sorgfalt**“, „**anständiges Betragen**“, „**ernstlich**“) enthalten oder aus sich heraus nicht verständlich sind („usw.“, „und dergleichen“).

**Beispiel:** VGH Mannheim, Beschl. v. 29.4.1983, NJW 1984, 507 ff. - „Pennerfall“ (das mit Geldstrafe geahndete Verbot, „sich nach Art eines Land- und Stadtstreichers herumzutreiben“).

Das hier umstrittene Verbot zielt in erster Linie auf den **Personenkreis** von Stadt- und Landstreichern ab, d.h. Nichtsesshafte, Erwerbslose .... Der Regelungsbereich der Norm wird jedoch wesentlich erweitert durch die Wendung „**nach Art eines ...**“. Dadurch werden **Verhaltensweisen**, die als **für diesen Personenkreis typisch** vorausgesetzt werden, auch dann mit einem repressiven Verbot belegt, wenn sie von **Personen** gezeigt werden, die **nicht Land- oder Stadtstreicher** sind.

Es ist **nicht** mit der erforderlichen **Eindeutigkeit** auszumachen, von welcher Dauer und Häufigkeit der Aufenthalt sein muss, damit ein Sichherumtreiben i.S.d. Verbotsnorm vorliegt, und welchen Grad äußerer Ungepflegtheit oder unangepassten Verhaltens Sanktionen nach sich zieht. Auch der Regelungszusammenhang lässt eine **klare Grenzziehung** zwischen Erlaubtem und Verbotenem **nicht** zu.

Die **Tatbestandsmerkmale**, „**sich nach Art eines Land- und Stadtstreichers herumtreiben**“, sind nach Auffassung des Gerichts einer ausreichenden Konkretisierung nicht zugänglich. Die VO entspricht nicht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheiterfordernis.

**Bußgeldbewehrte polizeiliche Verbotsnormen:** Art. 103 II GG enthält keine Maßstäbe; dennoch sind angesichts der Eigenart des geregelten Sachverhalts und der Intensität der Auswirkungen für die Betroffenen **hohe Anforderungen an den Grad der Bestimmung** zu stellen (vgl. BVerwGE 49, S. 168, 181).

**VOen in Form von Rahmenvorschriften**, die die Festsetzung bestimmter Einzelheiten, insbesondere in Bezug auf Zeit, Ort, Maß, Ziel und Art der vorzunehmenden oder zu unterlassenden Handlungen entweder der die VO erlassenden Behörde oder nachgeordneten Stellen vorbehalten **widersprechen** nicht dem **Grundsatz der Bestimmtheit**.

**Unbestimmte Rechtsbegriffe:** Wenn deskriptive Merkmale nicht ausreichen, kann ein Verbotstatbestand mit Hilfe unbestimmter Rechtsbegriffe umschrieben werden. Dabei darf die Erkennbarkeit der Rechtslage nicht wesentlich eingeschränkt werden.

**Erlaubnis- oder Anzeigevorbehalte:** Die Regelung muss **erkennen** lassen, unter welchen **Voraussetzungen** ein **Anspruch auf Erlaubnis** besteht, bzw. aus welchen Gründen sie versagt werden darf (BVerfGE 41, S. 378, 399). Auf die Erteilung der Erlaubnis besteht ein **Rechtsanspruch**, wenn die **Voraussetzungen** dafür **erfüllt** sind und ein Versagungsgrund nicht vorliegt.

#### d) **Amtliche Bekanntmachung, Art. 51 LStVG**

Die amtliche Bekanntmachung ist ein für das Zustandekommen jeder VO **unerlässlicher Verfahrensbestandteil**. Eine VO ist also für Dritte nicht rechtsverbindlich, wenn sie nicht oder entgegen den zwingenden gesetzlichen Formvorschriften amtlich bekannt gemacht worden ist.

#### **Art. 51 I**

Für die **Verordnungen der Gemeinden** gelten Art. 26 II GO, die Bekanntmachungsverordnung (BekV) vom 19.1.1983 und die dazu erlassenen Bekanntmachungen. Der Gemeinde sind vier verschiedene Wege für die Veröffentlichung ihrer VOen eröffnet:

- (1) Die Bekanntmachung im eigenen Amtsblatt (Soweit eine VO nicht im Amtsblatt bekannt gemacht wurde, bedarf es eines ortsüblichen Hinweises der Gemeinde [Art. 52 LStVG]). Amtsblätter sind regelmäßig erscheinende Druckwerke, die von einer Behörde oder einer öffentlichen Körperschaft als amtliche Verkündigungsblätter herausgegeben werden. Sie können auch als Beilagen zu einer Tageszeitung erscheinen. Haben die Gemeinden kein eigenes Amtsblatt, so müssen sie in der Geschäftsordnung oder durch Gemeinderatsbeschluss die Art der Bekanntmachung und die näheren Umstände der Veröffentlichung festlegen (§ 1 I 1 BekV). Dafür stehen folgende Möglichkeiten zur Verfügung:
- (2) Die Bekanntmachung im Amtsblatt des Landkreises oder des Landratsamtes, Art. 26 II 2 GO, 1.Alt.
- (3) Abdruck in einem anderen regelmäßig erscheinenden Druckwerk, Art. 26 II 2 GO, 2.Alt.
- (4) Niederlegung (Hierbei handelt es sich um ein vereinfachtes Bekanntmachungsverfahren, welches nur in Ausnahmefällen von geringer Bedeutung angewendet werden sollte) der VO in der Verwaltung der Gemeinde und Bekanntmachung der Niederlegung an den Gemeindetafeln oder in einer Tageszeitung, Art. 26 II 2 GO, 3.Alt, § 1 II BekV. Die Niederlegung erstreckt sich als eine Dauermaßnahme auf den gesamten Zeitraum der Gültigkeit der auf diese Weise bekannt gemachten VO (vgl. § 4 BekV).

Für **VOen der Landkreise und Landratsämter** gilt Art. 20 II LKrO entsprechend.

Für **VOen der Bezirke und der Regierungen** gilt Art. 19 II BezO entsprechend.

Erlassen **mehrere Körperschaften oder Behörden** gemeinsam eine VO, so muss grundsätzlich jede der beteiligten Stellen für ihr Gebiet die amtliche Bekanntmachung besorgen. Erlassen z.B. zwei Regierungen gemeinsam eine VO, so wird sie jedenfalls in dem Regierungsbezirk nicht wirksam, dessen Regierung die VO nicht bekannt gegeben hat. Ob sie wenigstens im anderen Regierungsbezirk in Kraft tritt, dessen Regierung die Bekanntmachung ordnungsgemäß besorgt hat, hängt davon ab, ob die VO bei solcher teilweisen Geltung sinnvoll bleibt (es gelten die allgemeinen Grundsätze über die Teilnichtigkeit von Vorschriften).

### **Art. 51 II**

**Bewehrte VOen** müssen im GVBl. bekannt gegeben werden. In eiligen Fällen ist daher gegebenenfalls die Herausgabe einer eigenen Nummer des GVBl. zu erwirken. (Nicht bewehrte VOen dieser Stellen werden durch Art. 51 II nicht mehr erfasst. Für sie gilt die Bek. der bay. Staatsregierung über die amtliche Veröffentlichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Staatsregierung und der Staatsministerien vom 13.6.1977).

### **Art. 51 III**

VOen haben den **Geltungsbereich** der in ihnen enthaltenen Bestimmungen grundsätzlich durch Beschreibung im Verordnungstext oder Abdruck einer genauen Karte zu umgrenzen (zu den Anforderungen vgl. BayVerfGH BayVBl. 1981, S. 462).

**Ausnahmsweise** ist eine Bezugnahme auf **allgemein zugängliche Pläne** bzw. Karten dann zugelassen, wenn sich die örtlichen Grenzen des Geltungsbereichs der VO nicht hinreichend deutlich beschreiben lassen und sich eine Beifügung der Karte den Umständen nach verbietet (BVerwGE 26, 129), z.B. wegen drucktechnischer Unhandlichkeit. Dies soll die Beschreibung des Geltungsbereichs nicht ersetzen, sondern präzisieren. Lässt die VO über ihren Geltungsbereich berechnete Zweifel aufkommen, so ist sie zu unbestimmt und wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip ungültig.



**Art. 51 IV**

Bei **Gefahr im Verzug** ist eine **Notbekanntmachung** in einer der in Art. 51 IV genannten Arten möglich; diese ersetzt jedoch nicht eine Bekanntmachung nach Art. 51 I und II LStVG. Die Nachholung der Veröffentlichung gem. Art. 51 IV 2 ist aus Gründen der Rechtssicherheit als Gültigkeitsvoraussetzung für die VO anzusehen und nicht nur als eine Verpflichtung der zur Bekanntmachung zuständigen Stelle. Wird die **Bekanntmachung** nach Art. 51 I und II nicht oder **nicht unverzüglich**, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, **nachgeholt**, so **verliert** die nur nach Art. 51 IV 1 bekannt gegebene VO **ihre Rechtsverbindlichkeit** nach Ablauf der Zeit, in welcher die reguläre Bekanntmachung hätte nachgeholt werden können.

**Genehmigungsbedürftige VOen** sollten auf die erteilte **Genehmigung hinweisen**; dieser Hinweis gehört aber nicht zu den zwingenden Formvorschriften.

Allerdings sind **VOen** dann **ungültig**, wenn die erforderliche **Genehmigung** nicht oder noch nicht **vorlag**, als sie amtlich bekannt gemacht wurde; das gilt auch im Fall der Notbekanntmachung.

## 6. Vereinbarkeit der VO mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage (materielle Rechtmäßigkeit)

Inhalt der **Ermächtigung** ist die **Befugnis**, durch VO Anordnungen (**Gebote oder Verbote**) für einen bestimmten, näher umschriebenen **Sachbereich** zu erlassen.

**Zweck** der Ermächtigung zum VO-Erlass ist der **Schutz bestimmter Grundrechte oder sonstiger Rechtsgüter** im Rahmen des Art. 98 S. 2 BV gegen Gefahren oder Störungen (z.B. in Art. 27 I LStVG „Baden; Betreten und Befahren von Eisflächen“ die Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit).

### a) **Insb. Vorliegen einer Störung oder (abstrakten) Gefahr falls nicht bereits bei XIV. 1. geprüft - SCHMIDBAUER**

#### „abstrakt - konkret“

Der konkrete Gefahrenbegriff kennzeichnet eine Einzelmaßnahme (polizeiliche Verfügung). Eine VO dagegen **erfordert** eine **nur „abstrakte“ oder „potentielle“ Gefahr** (BayVGH NJW 1972, 2149, 2151), d.h. eine **Gefahr, die in gedachten, typischen Fällen**, also aus bestimmten Arten von Handlungen oder Umständen nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit Wahrscheinlichkeit **zu entstehen pflegt**. Der **Unterschied** zwischen abstrakter und konkreter Gefahr liegt **nicht** in der **Intensität** der Gefahr, sondern in ihrer Bezogenheit: „konkret“, d.h. auf den Einzelfall; „abstrakt-generell“, d.h. auf den typischen Fall.

Eine sog. „hinreichende“ oder „bloße“ Wahrscheinlichkeit gehört zur abstrakten genauso wie zur konkreten Gefahr. Was den zu erwartenden Eintritt eines Schadens angeht stellen beide Gefahrenbegriffe die gleichen Anforderungen der Wahrscheinlichkeit.

Dagegen wechseln die **Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts** je nach der Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts. Je größer der drohende Schaden ist, umso geringere Anforderungen können an die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts gestellt werden. Eine VO muss inhaltlich der **Zweckbestimmung** und der erkennbaren **Tendenz der Ermächtigungsgrundlage** entsprechen und darf den Rahmen der zugelassenen Anordnungen nicht überschreiten.

**Nebenzwecke** (z.B. fiskalischer Art) der erlassenen Behörde machen die VO jedoch nicht ungültig.

**Beispiel:** BVerwGE 14, S. 202, 205 - „Begrenzung der Länge von Fahrzeug und Ladung“

Eine auf § 6 StVG gestützte **Bestimmung der StVO** wird von der Klägerin, in deren Unternehmen fortlaufend **Langholztransporte** durchgeführt wurden, deshalb angegriffen, weil die Beschränkung der Transportfahrzeuge sich **günstig für die Bundesbahn** ausweise. Ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass diese Vorschrift **nicht wegen der Sicherheit und Ordnung** im Straßenverkehr, sondern um der **wirtschaftlichen Bevorzugung des Schienenverkehrs** willen ergangen ist, ist nicht ersichtlich. Sollten die verkehrspolizeilichen Beschränkungen einen Vorteil für die Bundesbahn bedeuten, so handelt es sich um Nebenwirkungen, die nicht einer missbräuchlichen Handhabung durch den Ordnungsgeber gleichgestellt werden können. Sie müssen hingenommen werden.

Dass mit der Verordnung außer der Gefahrenabwehr noch andere Zwecke verfolgt werden, ist dann unschädlich, wenn der Zweck der Gefahrenabwehr eindeutig überwiegt und für sich alle Bestimmungen der Verordnung deckt.

Eine Polizeiverordnung darf **nicht lediglich der Erleichterung polizeilicher Aufsicht** dienen („Vorwand“). Dieser Grundsatz gilt auch dort, wo er nicht ausdrücklich in Polizeigesetzen ausgesprochen ist: Eine Belastung des Bürgers durch eine RechtsVO kann niemals darin ihren Grund finden, dass eine Behörde sich Arbeit ersparen möchte.

**Beispiel:** BVerwGE 23, S. 265, 270

Daher konnte eine **auf § 366 Nr. 10 StGB gestützte VO** den Anschlag von Plakaten und die Verteilung von Flugblättern nicht anzeigepflichtig machen. Es ging hier lediglich um die Erleichterung eines „frühzeitigen polizeilichen Einschreitens gegen verfassungsfeindliche Plakate, Flugblätter und Flugschriften“ (sachfremdes Ziel).

**Beispiel:** BayVGH U. v. 15.5.1991, BayVBl. 1992, S. 729 f. - „Beschränkung des Reitverkehrs“

Eine **auf Art. 26 BayNatSchG gestützte VO** sperrt den im nördlichen Teil des Schorenmooses vorhandenen Dammweg für das Reiten ausnahmslos. Soweit die angegriffene VO den Schutz der Dammwege gegen mechanische Schädigungen durch Pferdehufe bezweckt, handelt es sich um das **fiskalische Interesse der staatlichen Forstverwaltung**, die fraglichen Dammwege in einem möglichst unversehrten Zustand zu erhalten, um etwa anfallende **Reparaturkosten** einzusparen. Dies fällt **nicht** unter die „anderen zwingenden **Gründe des Gemeinwohls**“ i.S.d. **Art. 26 I BayNatSchG** und ist damit nicht Schutzzweck der Ermächtigungsgrundlage.

**Aber:** Anders bei Belastungen durch Gesetz, vgl. etwa die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Berechnung der Lohnsteuer.

### Problem

VOen bewerten die jeweils geregelten **Situationen** als **abstrakt gefährlich**. Dabei müssen sie notwendig generalisieren. Es kann dadurch vorkommen, dass in einem einzelnen Anwendungsfall **in Wahrheit gar keine Gefahr vorliegt**.

**Denkbarer Fehler:** Eine abstrakte Gefahr wird **zu Unrecht angenommen**:

Da das Gesetz ausschließlich zur Gefahrenabwehr ermächtigt, sind VOen **nichtig**, wenn die erlassende Stelle den Sachverhalt zu Unrecht als abstrakt gefährlich angesehen hat.

**Beispiel:** OVG Mannheim NJW 1984, S. 507 ff. - „Pennerfall“ (s.o.)

Das **verbotene Verhalten**, „sich nach Art eines Land- und Stadtreichers herumzutreiben“ stellt als solches **weder eine Störung noch eine hinreichende abstrakte Gefahr** für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar.

Das Vorliegen einer **abstrakten Gefahr** ist nämlich **auf den typischen Fall bezogen**. Hierfür wäre Voraussetzung, dass der für Land- und Stadtreicher übliche Aufenthalt in der Öffentlichkeit nach der Lebenserfahrung im Einzelfall regelmäßig oder meistens zu konkreten Gefahren zu führt. Allerdings neigt nur eine Minderheit dieser Personen zu Straftaten und Verstößen gegen das OWiG; das Verhalten der Mehrheit in der Öffentlichkeit ist harmlos und wegen seiner Unangepasstheit allenfalls lästig. Sicherheitsverstöße dieser Art geschehen dazu lediglich bei Gelegenheit des verbotenen Tuns und sind ihrerseits Gegenstand anderweitiger Verbots- und Sanktionsnormen. Die VO ist damit nichtig.

Ein Gesetz - das gilt selbstverständlich auch für eine VO - muss aber nicht schon deshalb verfassungswidrig sein, weil es auf einem „**Irrtum des Gesetzgebers**“ über den zu erwartenden Geschehensablauf (**Fehlprognose**) beruht; es ist nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung aufzuheben oder zu ändern (BayObLG BayVBl. 1993, S. 732, 734; „Nachbesserungspflicht“, Art. 48 LStVG).

Eine **abstrakte Gefahr** wurde **zu Recht angenommen**; es liegt aber **keine konkrete Gefahr vor**.

Es ist streitig, wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, bei welchen derjenige Beweggrund, welcher die polizeiliche Rechtsnorm veranlasst hat, wegen besonderer Umstände im **konkreten** Einzelfall an sich nicht geltend gemacht werden kann, weil **konkret** eine **Gefahrensituation nicht** vorliegt.

#### 1. Meinung (Drews/Wacke, § 27):

Die **überwiegende Meinung** folgt der Auffassung von der unbedingten Überordnung des Staates, weshalb sie die Kontrolle bewusst darauf beschränkt, ob eine gültige Polizeiverordnung vorliegt oder nicht: Solange die Verordnung in Geltung ist, sind die in ihr bezeichneten Arten von Handlungen oder Zuständen, rechtsverbindlich als gefährlich festgestellt und damit eine **Gefährdung** der öffentlichen Sicherheit und Ordnung **unwiderleglich vermutet**.

**Beispiel:** VGH Kassel, NJW 1984, S. 505 - „Sperrbezirksregelung für Ausübung der Prostitution“

In einer aufgrund der **Sperrbezirksverordnung (gestützt auf Art. 297 EGStGB)** ergehenden Polizeiverfügung wird eine ausreichende konkrete Gefahr durch die Prostitutionsausübung für die Allgemeinheit ohne weiteres vermutet; ein bereits erfolgter Eintritt eines Schadens ist hierfür nicht Voraussetzung, denn eine „Erprobung“ kann von der Polizei nicht verlangt werden. Das folgt schon aus dem Charakter der **Polizeiverordnung** als **Rechtsnorm**: Das Bestehen einer Verletzung der Rechtsnorm als solches stört die öffentliche Sicherheit und Ordnung (BayOLGSt. 1960, S. 165). Die Polizei **kann** somit ohne weiteres **in jedem Einzelfall**, der unter den Tatbestand der VO fällt, die genaue Befolgung ihrer Vorschriften verlangen; **auf den Nachweis der Gefahr** eines Schadenseintritts im Einzelfall kann **verzichtet** werden (BVerwG NJW 1970, S. 1890 ff. [1892]). Dem in Anspruch Genommenen steht demgegenüber nicht der Einwand zu, dass die abstrakt vorausgesetzte Gefahr in seinem besonderen Fall in concreto gar nicht bestehe, sie aus bestimmten Gründen tatsächlich ausgeschlossen sei. Das sind die **sog. unselbstständigen Verfügungen**, d.h. solche, die der Ausführung einer gültig erlassenen Polizeiverordnung dienen (BVerwGE 35, 319, 320 f.). Sie sind nicht als Verwaltungsakte anzusehen (BayVGH BayVBl. 1994, 661, 662).

Den rechtsstaatlichen Bedenken muss vielmehr bereits beim Erlass der betreffenden Verordnungen Rechnung getragen werden. Sie dürfen die **Handlungsfreiheit des Bürgers** nicht stärker einschränken, als das durch legitime öffentliche Interessen geboten ist (BVerfGE 20, 150 [155]). Deshalb müssen sie gegebenenfalls für besondere Fallgestaltungen in denen tat-

sächlich eine konkrete Gefahr nicht auftreten kann (**allgemeine**) **Ausnahmeregelungen** vorsehen, oder Ermächtigungen zum Erlass von Ausnahmen für den Einzelfall (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; Gebot mit Befreiungsbefugnis) und von Einzelanordnungen erteilen, um trotz der allgemein gefassten Regelungen den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu wahren.

Nach der Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 20, 150, 155; BVerwGE 18, 247, 250) darf eine Rechtsvorschrift zur Sicherung schutzwürdiger öffentlicher Belange zwar **Verbote mit Ausnahmevorbehalt** festsetzen, doch muss auf die **Erlaubnis oder Ausnahme ein Rechtsanspruch** bestehen, wenn im konkreten Fall die durch die Vorschriften geschützten Belange nicht berührt werden.

Das in einer VO ausgesprochene **generelle Verbot** darf auch dann nicht über das Maß des zur Abwehr abstrakter Gefährdung Erforderlichen hinausgehen, wenn es Ausnahmen im Einzelfall vorsieht. Vielmehr soll der Erlaubnisvorbehalt die Zulassung solcher Handlungen ermöglichen, bei denen die Einzelprüfung ergibt, dass die für Handlungen dieser Art abstrakt anzunehmende Gefährlichkeit im Einzelfall - etwa wegen besonderen Sicherheitsvorkehrungen - nicht gegeben ist.

**Beispiel:** BayVGH, Normenkontroll-Beschluss vom 2.6.1986, BayVBl. 1987, 18 ff. - „Auf Art. 29 I LStVG gestützte **VO über fliegende Verkaufsanlagen** zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes in der Gemeinde F.“:

**Text der VO (Auszug):**

*§ 1 Fliegende Verkaufsanlagen*

*(1) Fliegende Verkaufsanlagen sind . . . (Art. 29 I 2 LStVG).*

*(2) Art. 85 der Bayer. Bauordnung (BayBO) bleibt unberührt.*

*§ 2 Verbot der Aufstellung*

*Es ist verboten, fliegende Verkaufsanlagen an folgenden Orten aufzustellen ...*

*Die betroffenen Grundstücke ergeben sich aus dem farbigen Eintrag im Lageplan M 1:2500 vom 19.11.1984. Dieser Lageplan ist Bestandteil dieser VO.*

*§ 3 Ausnahmen*

*(1) Vom Verbot ausgenommen ist die Aufstellung von Ständen an festgelegten Markttagen auf den hierfür bestimmten Plätzen und im Rahmen der geltenden Marktsatzung.*

*(2) Die Gemeinde **kann** in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen von den Vorschriften des § 2 dieser VO zulassen, wenn dadurch das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigt und durch geeignete Vorkehrungen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Reinlichkeit gewährleistet wird.*

*(3) Die Genehmigung bedarf der Schriftform und ist **stets widerruflich**; die Genehmigung kann unter Bedingungen und Auflagen zeitlich begrenzt erteilt werden.*

*§ 4 Zuwiderhandlungen ...*

*§ 5 Inkrafttreten und Geltungsdauer ...*

§ 3 Abs.2 der VO sieht in Verbindung mit Abs.3 Ausnahmen vom Verbot des § 1 als Kann-Regelung vor.

**Zwei Auslegungsmöglichkeiten:**

- (1) Einräumung eines **Entscheidungsermessens für den Verordnungsgeber** (zeitlich wie inhaltlich): Abs. 2 und 3 des § 3 nichtig. Die VO enthält dann -abgesehen von der Ausnahme des § 3 Abs.1- ein generelles Verbot fliegender Verkaufsanlagen auch dort, wo im Einzelfall solche Anlagen (ex ante-Sicht) nicht stören würden. Die VO wäre bei dieser Auslegung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel insgesamt nichtig.

- (2) „Kann“ sagt nichts darüber aus, ob ein Rechtsanspruch besteht oder ob die Ausnahme im Ermessen der Gemeinde liegt; deshalb **verfassungskonform als „muss“ zu lesen**: keine Bedenken.

Die Klausel der **ständigen Widerruflichkeit** in § 3 Abs. 3 HS 1 ist **nichtig**, weil sie mit den Grundrechten, denen mit einem Rechtsanspruch auf Erlaubnis Rechnung getragen werden muss, unvereinbar ist. Damit treten an ihre Stelle die allgemeinen Widerrufsregelungen des Art. 49 II Nr.2 und 3 BayVwVfG (Art. 1 I 1 BayVwVfG).

**Ergebnis**: Eine VO, die fliegende Verkaufsanlagen generell verbietet, **muss** einen **Rechtsanspruch auf eine Ausnahmeerlaubnis** vorsehen, wenn im Einzelfall die durch die VO geschützten Rechtsgüter durch eine fliegende Verkaufsanlage nicht gestört werden.

**Ohne ausdrückliche Zulassung in der VO** darf die erlassende Stelle keine Ausnahme gestatten (Artur Käab/Walther Rösch, Kommentar zum Bay LStVG, 2.Aufl., München 1961). Falls keine Ausnahmen vorgesehen sind und soweit die VOen den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen und gültig sind, ist ihre Anwendung im Einzelfall zulässig (Friauf, in: v.Münch, BV, 9. Aufl. 1992 Berlin; 2. Abschnitt S. 97 - 178 „Polizei- und Ordnungsrecht“).

**2. Meinung** (v.Köhler DVBl. 1957, 73 ff.; DÖV 1956, 744, 748):

Die **Grenzen der polizeilichen Ermächtigung** können nicht durch Verbote erweitert werden, die sich selbst **niemals** durch eine **echte polizeiliche Gefahr** rechtfertigen ließen und deren Einhaltung auch nie ernsthaft von der Polizei ins Auge gefasst wird, weil diese selbst erkennt, dass die strikte Durchführung der Verbote ein **Übermaß** darstellen würde.

Die **2. Auffassung behauptet**, die Zulässigkeit **unselbständiger Verfügungen** trotz Fehlens einer konkreten Gefahr **verletze das Rechtsstaatsprinzip**: Es erscheinen nämlich Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen gerechtfertigt, obwohl ein vernünftiger Grund gerade in diesem Falle schlechterdings nicht einzusehen ist.

**Beispiel**: In einer dunklen Seitenstraße eines Vorortes liegt eine kleine Fabrik, der widerruflich eine Lichtreklame genehmigt worden ist. Aus verkehrstechnischen Gründen ergeht eine PolizeiVO, die auch Lichtreklamen dieser Art trifft. Gegen die Verordnung selbst bestehen keine Bedenken, da in verkehrsreicheren Gegenden von derartigen Reklamen tatsächlich eine Gefahr ausgehen kann. Die Polizei verlangt nun Stilllegung oder Änderung, obwohl in dieser verkehrsarmen Gegend verkehrspolizeiliche Gefahrenmomente durch die Anlage nicht denkbar sind.

Entscheidend ist die Frage, in welchem Umfang die Exekutive, die grundsätzlich nicht zur Gesetzgebung befugt ist, **Normen** aufstellen darf, die in ihrer **praktischen Auswirkung weiter reichen als die gesetzliche Ermächtigung**, auf Grund derer sie erlassen wurden. Wenn die Rechtsquelle, auf welche die VO sich gründet, Gefahren abwehren wollte, muss diesem Willen die Auswirkung zuerkannt werden, dass begrifflich **jeder Polizeiverordnung die Schranke immanent** ist in den Fällen, in denen **nicht wirksam** werden zu können, **wo nachweislich gar keine Gefahr** entstanden ist. Denn eine Polizeiverordnung kann nicht weiter reichen als das Gesetz, von dem sie die Ermächtigung herleitet, weil sich das Ausmaß der Ermächtigung aus dem Gesetz ergeben muss (BVerfG NJW 1956, 1065).

Dass die jeweilige Materie einer Regelung durch die Polizei bedarf, kann wegen der Allgemeingefährlichkeit eines Tatbestandes gleichwohl anerkannt werden. Damit stellt aber **nicht jede Zuwiderhandlung zwingend einen Rechtsbruch** dar, denn ein Rechtsbruch kann da nicht mehr vorliegen, wo das Recht, welches durch die Polizeiverordnung gesetzt wird, bei näherer Prüfung seine ihm immanenten Schranken offenbart.

Es würde weiterhin eine allgemeine Gefahr ausreichen, um der Polizei berechtigten Anlass zu geben, ein polizeiliches Verbot zu erlassen. Für den Fall, dass in **einem besonderen Fall** eine **Gefahr nachweislich nicht möglich** ist, muss aber der **Gegenbeweis zulässig sein**, um die Zweckmäßigkeit des polizeilichen Vorgehens überprüfen zu können.

Es würde sich damit an dem Recht der Polizei, **z.B. Geschwindigkeitsgrenzen** einzuführen (durch die Autobahn-Richtgeschwindigkeitsverordnung (Schönfelder 35c), gestützt auf die Ermächtigung des § 6 StVG) und dafür zu sorgen, dass sie eingehalten werden, **nichts ändern**. Kein Fahrer könnte sich darauf berufen, dass gerade in seinem Falle durch die Überschreitung der Geschwindigkeitsgrenze eine Gefahr ausgeschlossen sei, weil eben in der Geschwindigkeit selbst der Gefahrenmoment liegt.

Da es sich um eine vom Kläger behauptete Ausnahme von der allgemeinen Regel der vermuteten Gefährlichkeit des Tatbestandes handelt, müsste den **Kläger** das volle **Risiko der Unerweislichkeit seiner Behauptung** treffen. Dies würde praktisch ausreichen, um die Allgemeinwirksamkeit einer Polizeiverordnung nicht einzuschränken. Das vorliegende Problem soll erst vor Gericht entschieden werden.

### 3. Meinung:

Ist in einer rechtsgültigen **Polizeiverordnung** ein bestimmtes **Verbot** allgemein ausgesprochen, so ist dieses Verbot für jeden (im Geltungsbereich der Polizeiverordnung) **ebenso wie ein gesetzliches Verbot** bindend. Denn **wenn** man den **Verwaltungsgerichten** gestatten würde, im Einzelfall **Ausnahmen** von Polizeiverordnungen (z.B. durch Gegenbeweis) zuzulassen, so bedeutete das nicht die Störung der Rechtsstaatlichkeit, sondern einen **Übergriff der Rechtsprechung in die vollziehende Gewalt**, was dem in Art. 20 II GG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz der Gewaltenteilung widerspräche (vgl. OVG Münster, OVGE 13, 280 ff.).

**Zusammenfassend** ist zu sagen, dass durch die Ausnahmeregelungen oder allgemeinen Grundsätze, wie der des **Übermaßverbots** weitgehend alle überschaubaren Fälle gegen einen rechtswidrigen Eingriff abgesichert sind. Für die verbleibenden Einzelfälle, in denen wegen ihrer besonderen Andersartigkeit vom Regelfall diese Möglichkeiten nicht zutreffen, ist es durch einen **effektiven Präventivschutz** geboten, das Einschreiten für zulässig zu erklären. Mit v.Köhler einen Gegenbeweis vor Gericht zuzulassen erscheint als nicht praktikable Lösung des Problems. Diese 2. Auffassung ist als veraltet und überholt anzusehen.

### Weitere materiell-rechtliche Gesichtspunkte

- Richtung der Maßnahme: rechtmäßiger Adressat für Ge- und Verbote, Art. 9 LStVG (vgl. Art. 7 - 10 PAG)
- Allgemeine Anforderungen
- Fehlerhafte Ermessensausübung
- Vereinbarkeit mit Schranken aus höherrangigem Recht

### Ergänzung: Überprüfungsmöglichkeiten und Rechtsschutzmöglichkeiten

- Die VOen der Gemeinden, Kreise und Bezirke unterliegen bereits **vor Erlass** im Vollziehbarkeitsverfahren einer Prüfung auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit. (Vorlage Art. 47 LStVG)
- Hingegen gibt es keinen vorbeugenden Rechtsschutz gegen den bevorstehenden Erlass einer VO (BVerwG BayVBl. 1963, 250).
- **Nach dem Erlass** sind sämtliche VOen von Amts wegen oder auf Antrag weiteren Kontrollen unterworfen:
- **Kontrolle der VOen durch rechtsaufsichtliche Überwachung** (Art. 49 LStVG)

- **Normenkontrolle** nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO  
Der VGH prüft gem. **§ 47 VwGO** die Gültigkeit der VOen im abstrakten Normenkontrollverfahren als Hauptfrage.  
Er kann **nur bayerisches Recht** einschließlich landeszugehörigem Körperschaftsrecht, nicht Bundesrecht überprüfen (VGH BayVBl. 1956, 283). Eine von einem Landesorgan erlassene Rechtsvorschrift ist auch dann Landesrecht, wenn sie sich auf eine höherrangige, insbesondere auf eine bundesrechtliche Ermächtigung stützt. Die Landesorgane üben im Rahmen der ihnen erteilten bundesrechtlichen Ermächtigung die eigene -originäre- Landesgewalt aus. Sie setzen also kein partielles Bundesrecht, sondern Landesrecht (BayVGH BayVBl. 1961, 114, 115).  
Der **Antrag** auf Durchführung des Verfahrens kann **von jedermann** sowie von jeder Behörde gestellt werden; darunter ist auch jeder Spruchkörper eines jeden Gerichts zu verstehen (Masson, BayVBl. 1957, 236).  
Mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses scheiden aber als Antragsteller solche Behörden aus, die mit der VO keine dienstliche Berührung haben oder als Aufsichtsbehörden selbst zur Aufhebung der VO berechtigt sind. Aus dem gleichen Grund kann auch die Stelle, welche die VO erlassen hat, das Normenkontrollverfahren nicht beantragen (VGH DÖV 1951, 27).  
Die **Prüfung** erstreckt sich auf die Rechtmäßigkeit des **Zustandekommens**, der äußeren **Form** und des **Inhalts** der VO. Ermessensfragen (z.B. die Notwendigkeit der VO) können nur unter dem Gesichtspunkt des Ermessensfehlers gewürdigt werden.
- **Vorfragenprüfung (Inzidentkontrolle)**  
**Sämtliche Gerichte** können die Gültigkeit von VOen als Vorfrage prüfen, wenn es bei einer Entscheidung in dem bei ihnen anhängigen Verfahren auf die Gültigkeit einer VO ankommt. Die **Verneinung der Gültigkeit** einer VO ist rechtlich jedoch **nur für das betreffende Verfahren** von rechtlicher Bedeutung; bindende Wirkung darüber hinaus kommt ihr nicht zu. Will ein Gericht eine verbindliche Entscheidung über die Gültigkeit einer VO herbeiführen, so kann es seinerseits beim VGH das Normenkontrollverfahren beantragen.
- **Popularklage** nach Art. 98 S. 4 BV  
Ferner kann jedermann VOen durch Beschwerde beim Bayer. Verfassungsgerichtshof dessen Kontrolle unterstellen, wenn er ihre Verfassungswidrigkeit **wegen unzulässiger Einschränkung eines Grundrechts** behauptet.  
Der **VerfGH prüft** hier von sich aus **auch die Vereinbarkeit der angegriffenen VO mit den übrigen Bestimmungen der BV** (Bedeutung s. v.a. Art. 45 II LStVG: Der Kläger erleidet dadurch keinen Nachteil von einer fehlerhaften oder unvollständigen Nennung der Rechtsgrundlage).
- **Verfassungsbeschwerde** nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 90 ff. BVerfGG: Das BVerfG kann um die Nachprüfung einer VO angegangen werden, wenn der Beschwerdeführer sich durch die VO **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** in seinen Grundrechten verletzt fühlt. Ob der Beschwerdeführer zuvor eine Entscheidung im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO herbeiführen muss, ist zweifelhaft, wohl aber zu verneinen; denn „**Erschöpfung des Rechtswegs**“ bedeutet nur, dass der Beschwerdeführer von allen in den einzelnen Verfahrensgesetzen gegebenen Rechtsmitteln (Beschwerde, Berufung, Revision) Gebrauch gemacht, also den vorgesehenen Instanzenzug durchlaufen haben muss. Das **Normenkontrollverfahren gegen Rechtsnormen** dürfte aber -schon wegen seiner Subsidiarität und weil hier nicht über konkrete Rechtsansprüche des Antragstellers entschieden wird - **nicht** darunter fallen (so VGH BayVBl. 1962, 57, 60).

## b) Beachtung der Grundsätze des „Übermaßverbotes“ - LEIERS

Steht die Gefährlichkeit des von den Normen der Verordnung erfassten menschlichen Verhaltens nach der Lebenserfahrung fest - und ist das generalisierende Gebot oder Verbot mit dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 LStVG)** zu vereinbaren -, so finden die Gebote und Verbote selbst dann Anwendung, **wenn im Einzelfall eine konkrete Gefahr** für die von der Verordnung geschützten Rechtsgüter **nicht** festgestellt werden kann.

Art. 8 LStVG unterwirft **sämtliche Maßnahmen** der Sicherheitsbehörden dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, der auch das Polizeirecht beherrscht. Hauptanwendungsgebiet der Vorschrift sind aber Rechtseingriffe.

Art. 8 LStVG betrifft also auch den Erlass und insbesondere die inhaltliche Gestaltung von Verordnungen. Er erfordert eine sorgfältige **Abwägung** der in Betracht kommenden Maßnahmen und die Prüfung ihrer **voraussichtlichen Wirkungen**.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt über das Sicherheits- und Polizeirecht hinaus für das gesamte Verwaltungsrecht und hat Verfassungsvorrang.

Dieser Verfassungsrang ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (BVerwGE 37, 344/361) und vor allem aus dem Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte (BVerfGE 19, 342/348).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S. enthält auch den **Grundsatz der „Notwendigkeit“**.

Dieser liegt dem gesamten Sicherheitsrecht zugrunde und besagt, dass nur Maßnahmen getroffen werden dürfen, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen **Sicherheit und Ordnung** getroffen werden dürfen, d.h. Maßnahmen, ohne die dieser **Zweck** nicht erreicht werden kann. Die Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich daraus, dass im Fall mehrerer möglicher und geeigneter **Maßnahmen** nur diejenige „**erforderlich**“ ist, welche die **geringste Beeinträchtigung** mit sich bringt.

Für die Beurteilung der Notwendigkeit sind die im **Zeitpunkt** des Entschlusses zur Maßnahme bestehenden Verhältnisse und Erkenntnisse maßgebend (BVerwGE 45, 51/60).

**Fall** BayVGH v. 4.11.1968 BayVerfGHE 21, S. 192, 197

### Sachverhalt

Der **Landkreis** Feuchtwangen erließ am 1.4.1966 auf Grund der Art.14 I und 14a I LStVG eine Kreisverordnung über die **Reinlichkeit in Lebensmittelbetrieben** im Landkreis Feuchtwangen.

Deren § 9 enthält Bestimmungen über „Gefäße für Lebensmittel“. Die S. 2 und 3 seines Absatzes lauten: „Im Freien dürfen **leere Flaschen** (auch in Kästen) sowie leere Fässer nicht unmittelbar auf dem Erdboden abgestellt werden. Sie sind so **hochzustellen**, dass eine Verunreinigung ausgeschlossen ist.“ Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung können nach § 25 I der Verordnung mit Geldbuße bis zu 1.000,- DM belegt werden.

Am 3.10.1967 wurde bei einer allgemeinen **Lebensmittelkontrolle** im Getränkevertrieb des L. in S. festgestellt, dass **Kästen mit leeren Bierflaschen** im Freien zwar auf Bohlen, aber nicht so hoch aufgestapelt waren, dass eine Verunreinigung ausgeschlossen war. Das Landratsamt erließ deshalb am 3.1.1968 gegen L. wegen eines Verstoßes gegen § 9 III i.V.m. § 25 I der Kreisverordnung einen **Bußgeldbescheid**. Der Betroffene stellte hiergegen form- und fristgerecht Antrag auf gerichtliche Entscheidung.



Das Amtsgericht Dinkelsbühl (Zweigstelle Feuchtwangen) beschloss, das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des BayVGH darüber herbeizurufen, ob die S. 2 und 3 des § 9 III der Lebensmittelverordnung verfassungswidrig seien.

### **Aus den Gründen**

*„ ... Die Befugnis des Gesetz- und Verordnungsgebers, das Grundrecht der Handlungsfreiheit einzuschränken, ist nicht unbegrenzt.*

*Die Beschränkungen dürfen die Handlungsfreiheit des betroffenen Bürgers nicht unzumutbar einschränken und müssen im öffentlichen Interesse geboten sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß eingehalten werden.*

*Die beanstandete Regelung überschreitet diese Grenzen.*

*... Landkreise können Verordnungen erlassen, nach denen Flaschen, selbst wenn sie in Kästen verwahrt sind, im Freien nicht unmittelbar auf dem Erdboden abgestellt werden dürfen, sondern zum Schutz gegen Verunreinigung hochzustellen sind.*

*Solche Bestimmungen sind entgegen der Meinung des vorlegenden Richters nicht deshalb von vornherein unstatthaft, weil sie nicht im öffentlichen Interesse erforderlich sein könnten und mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zu vereinbaren wären. Vorschriften über die Lagerung von leeren Flaschen können vielmehr zur Verhütung von Gefahren für die menschliche Gesundheit geboten sein.*

*Sie sind geeignet, Zustände zu verhindern, die konkrete oder abstrakte Gefahren für dieses Rechtsgut herbeizuführen vermögen.*

*Leere Flaschen, die im Freien unmittelbar auf dem Erdboden abgestellt werden, sind erfahrungsgemäß der Verschmutzung, besonders auch der Verunreinigung durch Menschen und Tiere, ausgesetzt. Deshalb kann es **notwendig** sein, die dadurch bedingten Gefahren für die menschliche Gesundheit durch Vorschriften über die Aufbewahrung dieser Gefäße möglichst abzuwehren. ...*

*... Es ist allerdings richtig, dass die Flaschen vor der Abfüllung gereinigt und keimfrei gemacht werden müssen. Aber selbst wenn dies in ausreichendem Maße geschieht, so würde es doch beim Verbraucher Ekel erregen, wenn er in Erfahrung brächte, dass Getränke in Flaschen abgefüllt worden sind, die in leerem Zustand stark verschmutzt waren.*

*... Die den Betriebsinhabern auferlegten Verpflichtungen müssen aber, wie oben dargelegt, für sie zumutbar sein; der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß gewahrt bleiben.*

*Dagegen verstößt der Satz 3 des § 9 III der Kreisverordnung.*

*Er schreibt vor, dass die leeren Flaschen so hoch zu stellen sind, dass eine Verunreinigung ausgeschlossen ist.*

*Damit Verunreinigungen durch Mensch oder Tier ausgeschlossen wären, müßten die Flaschen so hoch gelagert werden, dass die Durchführung der Vorschrift unzumutbar wäre.*

*Die Belastung der betroffenen Unternehmer stünde nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck. ... „*

Art. 8 I LStVG betrifft weiterhin die **Auswahl unter mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen**. Es sind diejenigen zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit **am wenigsten beeinträchtigen**.

**Möglich** sind Maßnahmen, für die eine Ermächtigungsgrundlage besteht, denen **keine rechtlichen Bedenken** entgegenstehen und die nach der Sachlage **tatsächlich ausführbar** sind.

**Geeignet** sind Maßnahmen, die nicht nur möglich sind, sondern mit denen ihr **konkreter Zweck ganz oder wenigstens teilweise erreicht** werden kann. Stehen mehrere geeignete

Maßnahmen zur Verfügung, so sind ihre rechtlichen und tatsächlichen Wirkungen einschließlich aller Nebenwirkungen abzuwägen.

Es ist eine Maßnahme zu treffen, welche die **geringsten Beeinträchtigungen** nach sich zieht (Erforderlichkeit).

Der Begriff der „**Beeinträchtigung**“ geht über die Grundrechtsschranken und sonstige Rechtseingriffe hinaus; er ist **weit auszulegen** und betrifft jede Beschränkung und Verpflichtung, vor allem behördliche Gebote und Verbote sowie mittelbare und unmittelbare Auswirkungen behördlicher Maßnahmen.

Der Begriff umfasst daher auch Nachteile, Belästigungen und Unbequemlichkeiten. Bei der Auswahl ist nicht nur die Beeinträchtigung des **einzelnen**, sondern auch die der **Allgemeinheit** zu prüfen. Es ist nach beiden Seiten die Maßnahme zu treffen, die die mildeste ist, mit der der Zweck aber noch sicher erreicht werden kann.

**Fall** Urteil vom 31.3.1966, BayVBl. 1966, 208, 209 - Eine durch Gemeindeverordnung festgelegte Pflicht der Straßenanlieger zur Reinigung auch der Fahrbahn ist - selbst bei verkehrsreichen Straßen - zumutbar, wenn für die Erfüllung dieser Aufgabe **gemeindliche Einrichtungen** (gegebenenfalls mit Anschluss- und Benützungszwang) zur Verfügung stehen.

#### **Aus den Gründen**

*„1. Mit der Klage begehrte die Klägerin die Aufhebung der Straßenreinigungsgebührenbescheide vom 5.12.1960 und 22.1.1962. ...*

*3. ...*

*b) Wie der Bayer. Verfassungsgerichtshof vor allem in seiner Entscheidung VerfG 17, 19 dargelegt hat, sind den Pflichten, die die Gemeindeverordnung der Beklagten über die Reinigung und Sicherung der öffentlichen Wege usw. den Anliegern auferlegt, gewisse Schranken immanent, von denen sich vor allem die der Zumutbarkeit in Betracht kommt. ...*

*Der Senat verneint jedoch die Unzumutbarkeit.*

*Er hat zu dieser Frage in dem oben erwähnten Urteil vom 31.7.1964 folgendes ausgeführt: "In der ME vom 28.2.1958 ist ausgeführt, dass es in der Regel unzulässig erscheine, die Anlieger verkehrsreicher Straßen zur Reinigung der Fahrbahn zu verpflichten; der Erfolg stünde in keinem Verhältnis zu den Gefahren, die den mit der Reinigung betrauten Personen und den Verkehrsteilnehmern drohten; außerdem würden damit in vielen Fällen den Anliegern Handlungen angesonnen, die ihnen nach Straßenverkehrsrecht verboten seien. ...*

*Wenn aber der Anlieger die Möglichkeit hat, sich zur Erfüllung der ihm auferlegten Reinigungspflicht einer privaten oder öffentlichen Einrichtung zu bedienen, auf die ihrerseits die erwähnten Unzumutbarkeitsgründe nicht zutreffen - etwa weil sie über straßenverkehrsrechtlich privilegierte Reinigungsfahrzeuge verfügt und die Reinigung in verkehrsarmen Zeiten durchführt -, so ist es in der Regel nicht unzumutbar, dem Anlieger die Reinigungspflicht auch für die Fahrbahn aufzuerlegen.*

*Dies gilt in verstärktem Maße, wenn es sich um eine gemeindliche Einrichtung mit Anschluß- und Benutzungszwang handelt.“*

**Art. 8 II LStVG** verbietet eine Maßnahme, wenn der durch sie zu erwartende Schaden erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht (Verhältnismäßigkeit i.e.S.).

Die **Abwägung zwischen dem Schaden und dem beabsichtigten Erfolg** ist mit besonderer Sorgfalt zu treffen, wenn die geplante Maßnahme die einzige ist, die zur Abwehr einer Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung in Betracht kommt.

Abs. 2 führt in diesem Fall nämlich zu dem Ergebnis, dass eine geringere Gefahr oder Störung hingenommen werden muss, wenn die beabsichtigte Maßnahme eine außer Verhältnis zu stehende Schädigung des einzelnen oder der Allgemeinheit nach sich ziehen würde.

„**Außer Verhältnis**“ zu dem beabsichtigten Erfolg steht der durch die Maßnahme zu erwartende Schaden also dann, wenn er bei gewissenhafter Abwägung aller Gesichtspunkte, einschließlich der Wirkung auf die Öffentlichkeit und ihr Vertrauen auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, größer ist als der durch die eingetretene oder zu befürchtende Störung verursachte Schaden, der durch die Maßnahme verhütet oder beseitigt werden soll. Das **Missverhältnis** muss **zum Zeitpunkt des Handelns** für die Behörde **erkennbar** sein. Beispiele sind hierfür der Schaden an überwiegenden Gütern der Allgemeinheit oder persönliche Rechtsgüter, insbesondere von Unbeteiligten, wenn es nur um den Schutz von Sachen geht.

**Fall** U. v. 06.12.1962, BayVBl. 1963, 92 ff.

### **Sachverhalt**

Dem Angeklagten soll als Anlieger der Bundesstraße 19 entgegen den Bestimmungen der Gemeindeordnung der Gemeinde V. über das Reinhalten und Reinigen der öffentlichen Wege, Straßen und Plätze es fortgesetzt unterlassen haben, den Betonstreifen der B19 entlang seinem Grundstück in V zu reinigen.

Die Gemeindeverordnung sieht in ihrem § 4 u.a. vor: „(1) Die Eigentümer von bebauten und unbebauten Grundstücken, die innerhalb der geschlossenen Ortslage an öffentlichen Straßen angrenzen (Anlieger), haben die an ihre Grundstücke angrenzenden Verkehrsflächen jeweils bis zur Mitte der Verkehrsfläche auf ihre Kosten zu reinigen. Die Anlieger der B 19 haben nur den Gehsteig und den Betonrandstreifen zu reinigen.“

Das **Amtsgericht** sprach den Angeklagten **frei** mit der Begründung, dass ihm die Reinigung des Betonrandstreifens nicht zugemutet werden könne.

Die Revision der Staatsanwaltschaft drang im Ergebnis durch, weil die Gründe des amtsrichterlichen Urteils die Unzumutbarkeit nicht ausreichend darlegten.

### **Aus den Gründen**

„... a) *Insoweit hat auch das Amtsgericht ersichtlich keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Gemeindeverordnung.*

*Es ist jedoch der Auffassung, dass diese im vorliegenden Fall wegen der hier gegebenen besonderen Umstände nicht verbindlich sei.*

*Ihr Gebot verstoße, was den Angeklagten und die Pflicht zur Reinigung des Betonrandstreifens der B 19 vor seinem Anwesen betrifft, gegen den Grundsatz der Zumutbarkeit.*

*Die Ausführungen des Amtsgerichts erweisen, dass es damit auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als verletzt ansieht.*

*Es stellt das nach seiner Meinung mögliche, ja naheliegende Opfer der Gesundheit, wenn nicht des Lebens des Angeklagten, dem verfolgten Zweck der Reinhaltung des Betonstreifens der B 19 gegenüber.*

b) ... *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besagt zunächst, dass der durch die „polizeiliche“ Maßnahme zu erwartende Schaden nicht erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg stehen darf. ...*

... Was für den zu erwartenden Schaden gilt, muß auch für die erhebliche Gefahr eines solchen Schadens gelten, etwa für eine erhebliche Gefahr, im Straßenverkehr Schaden zu erleiden.

... Nichts anderes gilt dem Grundsatz nach auch für die Frage der Zumutbarkeit (vgl. BVerfGE 9, 338, 346), die jedenfalls in Fällen der vorliegenden Art in Zusammenhang mit dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit steht.

In aller Regel ist davon auszugehen, dass ein Ordnungsgeber, soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit reicht, dem Bürger nur die Pflichten auferlegen will, die ihm bei der notwendigen Abwägung von Mitteln und Zweck zuzumuten sind.

Im vorliegenden Fall deutet kein Anhaltspunkt darauf hin, dass sich der gemeindliche Ordnungsgeber der von den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit gezogenen Grenzen nicht bewußt gewesen wäre. ...

... Den Anliegern der B 19 wurden im Gegenteil geringere Pflichten auferlegt als den Anliegern der sonstigen öffentlichen Straßen. ...

Das besagt, dass nach dieser Bestimmung keine Pflicht zur Straßenreinigung besteht, wenn und soweit die Reinigung nur unter erheblicher Gefahr für Leib und Leben vorgenommen werden kann. ...“

#### c) Dauer der Maßnahme - LEIERS

**Art. 8 III LStVG** regelt die **Dauer der behördlichen Maßnahmen** und macht sie von dem im Einzelfall mit einer Maßnahme erstrebten Zweck abhängig. Er betrifft nur **Maßnahmen mit Dauerwirkung**, nicht solche, die sich mit einem einmaligen Eingriff erschöpfen.

Ist der Zweck der Maßnahme erreicht, d.h. die **Gefahr abgewehrt** oder die Störung beseitigt, so ist die **Maßnahme zu beenden**.

Das gilt **ebenfalls, wenn der Zweck der Maßnahme nicht erreicht werden kann**. Dies kann darauf beruhen, dass sich herausstellt, dass die ursprünglich als geeignet angesehene Maßnahme eine falsche Zielrichtung hatte und die Gefahr der Störung oder die Möglichkeit zu ihrer Beseitigung in anderer Richtung liegt, oder dass sich die angewendete Maßnahme als solche erfolglos darstellt, die Gefahr oder Störung aber unverändert gegeben ist.

Im ersten Fall wird eine Maßnahme derselben Art aber in anderer Richtung zu treffen sein. Im zweiten Fall ist die Maßnahme nach Abs.3 zu beenden, aber eine zulässige Maßnahme anderer Art zu treffen, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrechterhalten und wiederhergestellt wird.

Art. 8 III LStVG darf nicht dazu führen, dass die Behörde Maßnahmen unterlässt, solange es noch welche gibt.

Für Rechtsverordnungen ist in diesem Zusammenhang außerdem Art. 50 (Geltungsdauer) und Art. 48 (Änderung und Aufhebung von VOen) zu beachten.

#### d) Richtung der Maßnahme - LEIERS

Nach **Art. 9 LStVG** wird festgelegt, **gegen wen Maßnahmen** zu richten sind (**Adressatenbestimmung**, keine Befugnis zum Handeln).

„**Maßnahmen nach diesem Gesetz**“ sind an sich sowohl Verordnungen als auch Einzelmaßnahmen. Art. 9 betrifft aber nur **Einzelmaßnahmen**. Das geht zunächst daraus hervor, dass er in Abs.1 vom Vorliegen einer **Gefahr** oder einer **Störung** ausgeht, die **jemand verursacht hat**.

Eingetretene Störungen können aber durch den Erlass von Verordnungen nicht mehr beseitigt werden. Verordnungen haben rein vorbeugenden Charakter.

Aber auch bei der **Gefahr**, die in **Art. 9** angesprochen wird und nach Abs.1 schon verursacht ist, handelt es sich **offenbar** um eine **konkrete Gefahr**, d.h. um die Wahrscheinlichkeit eines im Einzelfall drohenden Schadens und damit um Voraussetzungen einer Einzelmaßnahme, **nicht** um eine lediglich **abstrakte Gefahr**, wie sie für den Erlass einer Verordnung erforderlich ist und ausreicht.

Die Vorschriften einer Verordnung verpflichten als allgemeinverbindliche Regelungen grundsätzlich **jedermann** (z.B. das Verbot des Aufstellens fliegender Verkaufsanlagen nach Art. 29 LStVG).

Der Ordnungsgeber unterliegt keiner Beschränkung auf die Verpflichtung lediglich von verantwortlichen Personen im Sinn des Art. 9 I und II LStVG.

**Gelegentlich** kann zwar der **Grundgedanke des Art. 9**, insbesondere seines Abs.1 mit dem Verursachungsprinzip, auch für die **Adressatenbestimmungen** einer Verordnung herangezogen werden, **z.B.** in einer **Verordnung über die Benutzung von Campingplätzen** (Art. 25 LStVG). **Häufig aber** verpflichten Verordnungen **nicht** den wahrscheinlichen Verursacher der Gefahr oder den Gewalthaber über eine gefährliche Sache, sondern den Bedrohten und Gefährdeten selbst.

Der Art. 9 LStVG ist daher als sicherheitsrechtliche Anforderung auf Verordnungen **nicht anwendbar**.

#### e) **Anwendbarkeit von Art. 10 - LEIERS**

Eine letzte sicherheitsrechtliche Anforderung bzgl. der Übereinstimmung einer Verordnung mit der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage könnte in **Art. 10 LStVG (Sicherheitsbehörden und Polizei)** bestehen.

Art. 10 S. 1 LStVG bestimmt, dass Maßnahmen der Sicherheitsbehörden nach dem LStVG widersprechende Maßnahmen der Polizei ausschließen.

Ein **Widerspruch in diesem Sinn** und mit dieser Wirkung kann aber **nur im konkreten Einzelfall** auftreten.

Nachdem die Polizei zum Erlass von Verordnungen nicht befugt ist (Art. 11 I PAG), kommen als sicherheitsbehördliche Maßnahmen im Sinn des S. 1 ebenfalls nicht Verordnungen, sondern nur Einzelmaßnahmen in Betracht.

Art. 10 LStVG bestimmt **somit ebenfalls keine sicherheitsrechtlichen Anforderungen** für den Erlass von **Verordnungen**.

#### 7. **Vereinbarkeit mit sonstigen Rechtsvorschriften (Bundesrecht, insb. auch Verfassungsrecht; Landesrecht)**

## **XV. Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlagen für die Rechtsverordnung - HILLINGHÄUSER**

Prüfungsmaßstäbe: insb. Art. 80 GG (und entsprechendes ungeschriebenes bayer. Verfassungsrecht, vgl. Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV) - Bestimmtheit von Inhalt, Zweck und Ausmaß; daneben alle übrigen verfassungsrechtlichen Anforderungen des „formellen“ und materiellen Verfassungsrechts.

### **1. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage**

**Staatsrechtlich** wird die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, d.h. auch Polizeiverordnungen, als ein Vorgang der **Delegation** verstanden. Das Parlament „überlässt“ einen Teil seiner Rechtssetzungsbefugnisse den Behörden der Exekutive. Die **Zulässigkeit** solcher Ermächtigungen ist durch das GG und die BV **anerkannt**, allerdings auch begrenzt. Der Gesetzgeber muss die tragenden Entscheidungen durch Gesetz selbst treffen. **Gesetzesvertretende Verordnungen** sind **nicht** zulässig. Nur die Entscheidung über die Einzelausgestaltung, die Detailregelung, kann der Gesetzgeber an die Exekutive delegieren.

#### **Bundesrecht (Art. 80 I S. 1 GG)**

Die Erforderlichkeit einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage ist bundesrechtlich in **Art. 80 I S. 1 GG** definiert. In Art. 80 I S. 1 GG sind auch abschließend die Ermächtigungsträger aufgezählt.

#### **Landesrecht**

##### **Ermächtigungsgrundlage, Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV**

Die Voraussetzung einer Ermächtigungsgrundlage beruht landesrechtlich auf **Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV**.

Verfassungsrechtlich stellt sich die Frage, ob die Verfassungsaussage des Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV (und des Art. 11 II S. 2 BV) nicht in Widerspruch zu **Art. 70 I BV** - „Die für allen verbindlichen Gebote und Verbote bedürfen der Gesetzesform“ und **Art. 70 III BV** - „Das Recht der Gesetzgebung kann vom Landtag nicht übertragen werden ...“ - liegt. Hier stellt aber der Verfassungsgeber fest, dass grundsätzlich Verordnungen überhaupt nur zur Ausführung und näheren Präzision von Tatbestandsmerkmalen eines formellen Gesetzes (der Ermächtigung) erlassen werden dürfen.

Dazu *BayVerfGH, GVBl. 1949, S. 39 ff.*: „Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV kann mit Art. 70 III BV (nur) unter der Voraussetzung in Einklang gebracht werden, dass die vom Gesetzgeber selbst erteilte Ermächtigung in klarer Weise auf die Regelung einzelner genauer umschriebener Fragen eingeschränkt wird.“

##### **Ermächtigungsträger**

**Art. 55 Nr. 2 BV** nennt als Ermächtigungsträger lediglich die Staatsregierung und die Staatsministerien. Die Frage, ob ein Ordnungsrecht auch den Behörden unterhalb der Ministerialebene zukommen kann, lässt sich aus dem Wortlaut des Art. 55 Nr. 2 BV nicht entnehmen. Dazu *BayVerfGHE, Bd. 6 II 136, 144*: „Art. 55 Nr. 2 BV enthält **keine erschöpfende Aufzählung** der Stellen, die Empfänger der Ermächtigung sein können. (...) Auch sonst enthält die BV keine Vorschrift, die andere Stellen als die Regierung und Ministerien als Ermächtigungsträger ausschließt.“ D.h.: Das **Verordnungsrecht** kann **auch** den Unterbehörden, insbesondere den **Gebietskörperschaften**, durch den Gesetzgeber zuerkannt werden.

## 2. Quellen für Verordnungsermächtigungen

Als Ermächtigungsgrundlagen für den Verordnungserlass im Bereich des Ordnungs- und Sicherheitsrechts kommen **nur formelle**, d.h. von den Länderparlamenten oder dem Bundestag beschlossenen **Gesetze** in Betracht (s.o.).

### - Bundesrechtliche Ermächtigungen

Bundesrechtliche Ermächtigungen ergeben sich z.B. aus §§ **4, 7, 23, 32 ff. BImSchG**; § **34 a II GewO**.

Soweit eine VO von einer Landesbehörde erlassen wird, muss die Ermächtigung zum Verordnungserlass nicht zwangsläufig auf einem Landesgesetz beruhen. Auch Landesbehörden können (mittelbar) durch formelles Bundesrecht legitimiert werden. Bsp.: **Art. 297 EGStGB**; § **18 GaststättenG**; **12a BSeuchG**.

### - Landesrechtliche Ermächtigungen

Die Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass von Rechtsverordnungen des allgemeinen Sicherheitsrechts sind in den **Art. 12 - 38, 41 II LStVG** enthalten.

Spezielle sicherheitsrechtliche Ermächtigungen ergeben sich landesrechtlich z.B. aus **Art. 10, 14 BayImSchG**, **Art. 51 IV, V BayStrWG**.

## 3. Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### - Gesetzgebungszuständigkeit, Art. 70 ff. GG

Entscheidend ist, ob der Bundesgesetzgeber oder der Landesgesetzgeber gesetzgebungszuständig ist. Dies entscheidet sich nach den **Art. 70 ff. GG**. Eine Bundesgesetzgebungskompetenz für das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht fehlt. Die Materie unterliegt daher gem. **Art. 70 GG** dem Gesetzgebungsrecht der Länder.

Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Bereich des (speziellen) Sicherheitsrechts kann sich im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes aus **Art. 78 Nr. 3, 5, 6, 10 GG**, kraft konkurrierender Bundeskompetenz aus **Art. 74 Nr. 3, 4, 4a, 11, 11a, 18, 19, 20, 22, 24 GG** und Rahmenkompetenz nach **Art. 75 Nr. 3, 4, 5 GG** ergeben. Auch ist eine Bundeszuständigkeit wegen **Annexkompetenz möglich** (vgl. *BVerfGE 8, 143, 150*).

#### - Richtiges Verfahren

Das Gesetz muss ordnungsgemäß zustande gekommen sein, d.h. das Gesetzgebungsverfahren muss beachtet worden sein.

**Bundesgesetze** - Bundesrechtlich richtet sich das Gesetzgebungsverfahren nach den **Art. 76 - 82 GG i.V.m. der GOBTag**.

**Landesgesetze** - Im Freistaat Bayern richtet sich das Gesetzgebungsverfahren nach den **Art. 70 - 76 BV**.

### Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ermächtigungsgrundlage muss zudem den **allgemeinen Gültigkeitsanforderungen** genügen, denen jedes Gesetz unterliegt. Zudem sind die **besonderen Gültigkeitsvoraussetzungen**, die an Verordnungsermächtigungen nach **Art. 80 I 2** und entsprechenden Regelungen der Länderverfassungen gestellt werden, zu beachten.

#### - Grundrechtsschutz

Normen, d.h. auch Ermächtigungsgrundlagen, sind inhaltlich am Grundgesetz (bzw. den Landesverfassungen) zu messen. **Problematisch** kann insbesondere sein, ob eine **Norm** inhaltlich gegen **Grundrechte** verstößt.

#### - Rückwirkungsverbot

Ein absolutes Rückwirkungsverbot gilt nur für Strafgesetze **Art. 103 II GG; Art. 104 I BV**. Bei allen anderen „Rückwirkungen“ ist von Fall zu Fall entscheiden, ob ihnen das **Vertrauen der betroffenen Bürger** in den Bestand der früheren gesetzlichen Regelung und damit die **Rechtssicherheit** als Element des **Rechtsstaatsprinzips** entgegensteht. Vgl. BVerfGE 72, S. 200, 242.

Regelmäßig wird sich die **Problematik** der Rückwirkung aber nicht hinsichtlich der Ermächtigung, sondern erst bei der aufgrund der Ermächtigung erlassenen **Verordnung** ergeben, da erst diese in den Rechtskreis des Bürgers eingreift. Beispiel: Bewehrte Verordnungen, die aufgrund des LStVG erlassen wurden. **Vgl. Art. 26 I GO; Art. 104 I BV**.

#### - Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeit i.w.S)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird aus dem **Rechtsstaatsprinzip** abgeleitet. Zudem ergibt der sich bereits aus dem **Wesen der Grundrechte** selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruches des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutze öffentlicher Interessen nötig ist (vgl. BVerfGE 61, S. 126, 134).

Die einzelnen Komponenten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind:

**Geeignetheit / Zweckmäßigkeit, Erforderlichkeit / Notwendigkeit, Angemessenheit / Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)** vgl. BVerfGE 67, S. 157, 173.

Vgl. auch Art. 8 LStVG und oben XIV. 6. b), mit Beispielen.

#### - Bestimmtheitsgebot

##### Allg. und spez. Bestimmtheitsgebot

Hier ist zu unterscheiden zwischen dem „**allgemeinen**“ Bestimmtheitsgebot, das hinsichtlich aller Rechtsnormen gilt und dem „**speziellen**“ **Bestimmtheitsgebot**, das nur für Ermächtigungen zum Verordnungserlass gilt (vgl. **Art. 80 I GG**).

Ersteres wird als Ausprägung des **Rechtsstaatsgebotes**, insbesondere des Gebotes der **Rechtssicherheit** verstanden, welches eine ausreichende Bestimmtheit von Rechtsvorschriften vorsieht (BVerfGE 49, S. 168, 181). Es ergibt sich zudem auch bei Gesetzen die Grundrechte einschränken aus dem Vorbehalt des Gesetzes (BVerfGE 62, S. 169, 182 f.).

Davon zu unterscheiden ist die (hier wesentliche) Bestimmtheitsanforderung an Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen, **Art. 80 I S. 2 GG** (Parlamentsvorbehalt)

#### **Art. 80 I S. 2 GG**

Für **bundesrechtlich Ermächtigungen** zum Verordnungserlass ergibt sich das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 I S. 2 GG.

#### **(1) Definition des Bestimmtheitsgebotes nach Art. 80 I 2 GG**

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen gesetzlich bestimmt werden. Der Gesetzgeber muss daher selbst die Entscheidung treffen, welche Fragen durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen (Inhalt), er muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen (Ausmaß) und angeben welchem Ziel die Regelung dienen soll (Zweck) (BVerfGE 2, S. 307, 334). Es ist nicht erforderlich, dass sich „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der Ermächtigung aus dem ermächtigenden Gesetz ausdrücklich ergeben, es genügt, wenn sie sich durch



Auslegung „aus dem ganzen Gesetz“ ermitteln lassen (BVerfGE 8, S. 274, 307; 55, S. 207, 226).

Ob die Ermächtigungsgrundlage hinreichend bestimmt ist, richtet sich auch nach den **Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes** (BVerfGE 58, S. 257, 277 f.). Auch sind geringere Anforderungen an die „Bestimmtheit“ zu stellen soweit es sich um die Regelung vielgestaltiger Sachverhalte handelt oder zu erwarten ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern werden (BVerfGE 58, S. 257, 278; 79, S. 174, 195; 80, S. 1, 22).

Weiterhin werden **höhere Anforderungen** an das Bestimmtheitsgebot gestellt, **um so erheblicher die Regelung**, zu der das Gesetz ermächtigt, **in Grundrechte eingreifen kann** (vgl. BVerfGE 58, 257, 278; 33, 125, 155 ff.; 76, 171, 185). Was der parlamentarischen Willensbildung vorbehalten ist und was dem Ordnungsgeber durch Ermächtigung übertragen werden darf, bestimmt das BVerfG dabei nach seiner für den Vorbehalt des Gesetzes entwickelten „**Wesentlichkeits-Lehre**“ (vgl. BVerfGE 58, S. 257, 274, 79; 80, S. 124, 132).

**Leitsatz:** Eine Ermächtigungsgrundlage ist dann hinreichend bestimmt, soweit ihr mit den anerkannten Auslegungsmitteln ein eindeutiger und zweifelsfreier Inhalt gegeben werden kann.

## (2) Geltung des Art. 80 I S. 2 für Landesgesetze

Fraglich ist, ob Art. 80 I S. 2 GG auch für den Landesgesetzgeber bindend ist.

Die **nach dem Grundgesetz ergangenen Landesverfassungen** der Länder Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein haben die Vorschrift in ihre Verfassungen übernommen. Die Verfassungen von Rheinland-Pfalz und dem Saarland, beide vor dem Grundgesetz entstanden, enthalten jeweils dem Art. 80 I 2 GG entsprechende Regelung. Eine Anwendung des Art. 80 I 2 GG erübrigt sich hier von selbst. Nach nunmehr wohl h.M. in Rspr. und Lehre gilt **in den anderen Ländern** (dh. auch dem Freistaat Bayern) Art. 80 I 2 GG nicht kraft Bundesverfassungsrechts. (BVerfGE 34, 52, 58 f; 55, 207, 225 f.) Die früher vertretene Auffassung, dass Art. 80 I 2 GG durch die Homogenitätsklausel des Art. 28 I S. 1 GG auch analog auf Ermächtigungen durch förmliche Landesgesetze anzuwenden ist, ist abzulehnen (siehe dazu: v. Mutius VerwArch. 62, 410 ff.). Die Grundsätze des Art. 80 I 2 GG sind allerdings dann auf Landesrecht anwendbar, soweit sich durch **Auslegung dem jeweiligen Landesverfassungsrecht** eine entsprechende Regel entnehmen lässt (siehe dazu BVerfGE 41, 251, 265 f.; 55, 207, 225 f.).

## Spez. Bestimmtheitsgebot aufgrund (ungeschriebenen) bayer. Verfassungsrechts

Eine Art. 80 I S. 2 GG entsprechende Vorschrift in der Bayer. Verfassung existiert nicht. Ein Rückgriff auf Art. 80 I S. 2 GG verbietet sich aus den oben genannten Gründen.

Allerdings **kann auch aus der BV das Erfordernis** der Bestimmtheit von Ermächtigungsgrundlagen zum Verordnungserlass **geschlossen** werden. Die verfassungsrechtliche Voraussetzung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage führt zwar nicht notwendig dazu, dass der (Landes-)Gesetzgeber alle Einzelheiten selbst bestimmen müsste. Rechtsverordnungen dürfen **innerhalb der durch** das ermächtigende **Gesetz gezogenen Grenzen** selbständige **neue Rechtsnormen** enthalten. Sie müssen jedoch die vom Gesetz gezogenen Grenzen und die vom ihm gezogenen Ziele beachten. Das **Rechtsstaatsprinzip** nach **Art. 3 BV** gebietet, dass eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsvorschriften nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein muss. Fehlt in der Ermächtigungsnorm eine genauere Umschreibung des gesetzgeberischen Willens und lässt sich dieser auch nicht im Wege der Auslegung ermitteln, so verstößt eine derartige Regelung gegen das Rechtsstaatsprinzip des **Art. 3 BV** sowie gegen **Art. 55 Nr. 2 S. 3 BV** und gegen das in **Art. 70 III BV** enthaltene Verbot der Übertragung des Gesetzgebungsrechts des Landtags auf die Exekutive (vgl. BayVerfGH 11, S. 196, 201; BayVerfGHE BayVBl. 1971, 104; 1980, 114 f.).

### **Rechtmäßigkeit der polizeilichen Generalklauseln in Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot**

Nach **h.M. in Rspr. und Lehre** sind die polizeilichen Generalermächtigungen zum Verordnungserlass (Ausnahme Bayern: Prinzip der Spezialermächtigung) mit dem Bestimmtheitsgrundsatz **vereinbar** und mithin rechtmäßig. Die Begriffe „öffentliche Sicherheit“, „Gefahr“ etc. stellen keine zu unbestimmten Rechtsbegriffe dar, sondern sind lediglich Abkürzungen und zusammenfassende Bezeichnungen für das, was Rechtsprechung und Gesetzgeber an Grundsätzen für das Polizeirecht entwickelt und „bestimmt“ haben. (Siehe dazu auch: Wacke, DÖV 1955, S. 456 ff.; **a.A.**: Titzck, DÖV 1955, S. 452 ff.)

BVerfGE 54, 144: „Die Vorschrift (Generalermächtigung zum Verordnungserlass) entspricht den Anforderungen, die nach rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen, insbesondere nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung, an gesetzliche Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen zu stellen sind. Die Verwendung der polizeirechtlichen Generalklausel ist unter diesem verfassungsrechtlichen Aspekt **unbedenklich**, weil sie in **jahrzehntelanger Entwicklung** durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichen präzisiert, in ihrer **Bedeutung geklärt** und **im juristischen Sprachgebrauch verfestigt** ist.“

### **Bei Landesrechtlichen Gesetzen: Vereinbarkeit mit höherrangigem Bundesrecht**

Bundesrecht bricht Landesrecht (**Art. 31 GG**). Landesgesetzliche Ermächtigungen müssen daher mit höherrangigem Bundesrecht vereinbar sein.

Vgl. BVerfGE 33, 265 = JuS 1972, 730 Nr. 13.

## **4. Rechtsschutzmöglichkeiten bzgl. rechtswidriger Verordnungsermächtigungen**

Da die Ermächtigungsgrundlage für Rechtsverordnungen entweder ein förmliches Bundes- oder Landesgesetz ist, richtet sich die Rechtsschutzmöglichkeiten nach der Frage der Behandlung eines u.U. **nichtigen förmlichen Gesetzes**.

### **Bei Bundesgesetzen**

**Bundesgesetze** als Ermächtigungsgrundlage können nur am **GG** gemessen werden. Fehlerhaftigkeit kann hier nur Verfassungswidrigkeit sein. Zwar müssen die Gerichte die Vereinbarkeit eines förmlichen Gesetzes mit höherrangigem Recht, einschließlich Verfassungsrecht, prüfen. Dieses Prüfungsrecht (und Prüfungspflicht) umfasst aber nur die Aufgabe der verfassungskonformen Auslegung des im Einzelfall maßgebenden Rechts. (Siehe dazu Ulsamer, BayVBl. 1980, S. 520; Maunz, BayVBl. 1980, S. 513.) Eine **Verwerfung** der für verfassungswidrig gehaltenen Normen lässt das GG jedoch nur durch das Bundesverfassungsgericht zu. (**Art. 93 I Nr. 2; 100 GG**). Als Antragsteller zum BVerfG können nur die in **Art. 93 I Nr. 2 GG** genannten Rechtsträger und nach **Art. 100 GG** nur die Gerichte auftreten.

Die besonderen Voraussetzungen für eine **Verfassungsbeschwerde** eines Bürgers gegen ein Gesetz (**Art. 93 I Nr. 4 a GG**) können bei Ermächtigungsnormen für den Erlass von Untergesetzrecht nicht gegeben sein.

### **Bei Landesgesetzen**

Landesgesetze als Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen können am GG, an sonstigem Bundesrecht und an der BV gemessen werden.

Soweit das **GG Prüfungsmaßstab** ist, gelten die zu a) gemachten Ausführungen entsprechend. Wird die Unvereinbarkeit eines förmlichen Landesgesetzes mit sonstigem Bundesrecht

behauptet, so gilt nach **Art. 93 I Nr. 2 GG, 100 I S. 2 GG** das Gleiche. Eine Verfassungsbeschwerde des Bürgers ist auch hier unzulässig.

Wird die Ermächtigungsgrundlage auf ihre Vereinbarkeit mit der BV überprüft, so kommt neben der **Richterklage (Art. 92 BV, Art. 44 BayVerfGHG)** die **Popularklage (Art. 98 S. 4 BV, Art. 53 BayVerfGHG)**, die von jedermann mit der Behauptung der unzulässigen Grundrechtseinschränkung (diese muss allerdings vorliegen) erhoben werden kann, in Frage.