

# **Polizeirecht Baden-Württemberg**

Autor: RA Frank Hofmann

3. Auflage, Stand: Juli 2011  
© Repetitorium Hofmann  
Alte Gießerei 1  
79098 Freiburg

## Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	3
B. Die polizeiliche Generalklausel	4
I. Öffentliche Sicherheit	4
II. Öffentliche Ordnung	5
III. Gefahr	6
IV. Handlungsstörer	7
V. Zustandsstörer	9
VI. Verantwortlichkeit von Hoheitsträgern	10
VII. Opportunitätsprinzip	11
VIII. Anspruch auf polizeiliches Einschreiten	12
IX. Maßnahmen gegenüber unbeteiligten Personen	13
C. Spezialermächtigungen	14
I. Standardmaßnahmen	14
II. Sondergesetzliche Eingriffsermächtigungen	16
III. Bereiche außerhalb der Gefahrenabwehr	16
IV. Datenerhebung und -verarbeitung	17
D. Organisation und Zuständigkeitsverteilung	19
I. Allgemeine Polizeibehörden	19
II. Polizeivollzugsdienst	19
E. Das Handlungsinstrumentarium der Polizei	20
I. Polizeiverfügung	20
II. Polizeiliche Erlaubnis	20
III. Polizeiverordnung	20
IV. Zwangsmittel	22
V. Kostenbescheid	24
VI. Unmittelbare Ausführung (§ 8 PolG)	25
F. Sonderfall: Das Abschleppen eines Pkw	26
G. Sonderfall: Einweisung von Obdachlosen	29
H. Überblick Versammlungsrecht	31
I. Entschädigungsansprüche für polizeiliche Maßnahmen	35

## Polizei- und Ordnungsrecht

### A. Einführung

Das Polizeirecht ist *Eingriffsrecht*, d. h. in der polizei- und ordnungsrechtlichen Klausur ist in aller Regel die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme zu prüfen. Meistens ergeht diese polizeiliche Maßnahme in der Form eines Verwaltungsaktes.

*Bsp.: Die Polizei löst eine Demonstration auf. Im Nachhinein wird darüber gestritten, ob das rechtmäßig war.*

Der Prüfungsaufbau für die polizeiliche Maßnahme sieht wie folgt aus:

#### 1. Ermächtigungsgrundlage

#### 2. formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

#### 3. materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

**Hinweis:** Ist eine Klage gegen eine belastende polizeiliche Maßnahme zu prüfen, so entspricht dieser Prüfungsaufbau der *Begründetheit*. In der *Zulässigkeit* wird, da es sich bei der polizeilichen Maßnahme i. d. R. um einen VA handeln wird, meist die **Anfechtungsklage** (AK) oder die **Fortsetzungsfeststellungsklage** (FFK) einschlägig sein. Wenn Sie vor einer polizeirechtlichen Klausur also nur kurz Zeit haben, lernen Sie nur diese beiden Klagearten!

**Zur Terminologie:** Der Begriff „Polizeirecht“ wird im Folgenden sowohl für den Bereich des Polizeirechts im engeren Sinne (d. h. des Polizeivollzugsdienstes), als auch den Bereich der sog. allgemeinen Polizeibehörden (allgemeine Verwaltung im Bereich Gefahrenabwehr) verwendet, wie es dem in Baden-Württemberg geltenden sog. *materiellen* Polizeibegriff entspricht. Insoweit bestehen Unterschiede von Bundesland zu Bundesland: Teilweise werden die allgemeinen Polizeibehörden im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr-Verwaltung als „Ordnungsbehörden“ bezeichnet.

Eine typische Ermächtigungsgrundlage im Polizeirecht sieht dabei so aus, dass sie

- bei **Gefahren** für die **öffentliche Sicherheit** oder **öffentliche Ordnung**
- die von einem **Störer** verursacht werden
- ein Einschreiten der Polizei erlauben, sofern der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt bleibt

Ermächtigungsgrundlagen im Polizeirecht finden sich insbesondere in Spezialgesetzen (z. B. GewO, BImSchG, StrG) sowie im Polizeirecht selbst (z. B. für Identitätsfeststellung, Beschlagnahme und andere typische polizeiliche Maßnahmen, sog. „Standardmaßnahmen“, vgl. §§ 26 ff. PolG).

Häufigste Ermächtigungsgrundlage ist die sog. „polizeiliche Generalklausel“, vgl. §§ 1, 3 PolG.

## B. Die polizeiliche Generalklausel

Ein Einschreiten der Polizei ist nach der polizeilichen Generalklausel (§§ 1, 3, PolG) zulässig, wenn eine **Gefahr** für die **öffentliche Sicherheit** oder die **öffentliche Ordnung** vorliegt.

Diese Begriffe sollen im Folgenden näher untersucht werden.

**Beachte:** In der Klausur gilt der Grundsatz, immer die *spezielleren* vor den *allgemeineren* Ermächtigungsgrundlagen zu prüfen. Die Generalklausel kommt also immer erst dann, wenn keine speziellere Ermächtigungsgrundlage eingreift. Da aber trotzdem die meisten in der Klausur zu prüfenden Maßnahmen über die polizeiliche Generalklausel laufen, wird hier in der Darstellung mit ihr begonnen und die Erörterung der speziellen Ermächtigungsgrundlagen auf später verschoben.

### I. Öffentliche Sicherheit

Unter dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sind zu verstehen:

- der Schutz des **Staates** und seiner **Einrichtungen**
- Schutz der **Rechtsgüter** des Einzelnen („Individualrechtsgüter des Bürgers“)
- der Schutz der **gesamten geschriebenen Rechtsordnung**

In der Klausur ist vor allem der dritte Punkt („Schutz der gesamten geschriebenen Rechtsordnung“) von Bedeutung. Denn dies bedeutet im Klartext: Wann immer gegen *irgendeine* Norm des geschriebenen Rechts verstoßen wird, liegt zugleich auch ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit vor, der die Polizei zum Eingreifen ermächtigt.

**Hinweis:** Dabei muss es sich keineswegs nur um Normen handeln, die man im polizeirechtlichen Umfeld sucht. In Betracht kommen z. B. auch Verstöße gegen Strafnormen (z. B. Körperverletzung, § 223 StGB, oder Hausfriedensbruch, § 123 StGB) oder Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung (StVO).

*Bsp.: Arzt A muss dringend zu einem Patienten, der offenbar einen Herzinfarkt hat. B hat seine Garage zugeparkt. Die Polizei darf eingreifen, da das Zuparken einen Verstoß gegen § 12 III Nr. 3 StVO und damit, da die gesamte geschriebene Rechtsordnung umfasst ist, auch gegen die öffentliche Sicherheit.*

Von der öffentlichen Sicherheit werden beispielsweise auch Natur-, Landschafts- und Umweltschutz umfasst.

Dagegen obliegt der Schutz und die Durchsetzung privater Rechte im Regelfall den ordentlichen Gerichten (§ 13 GVG) sowie deren Vollstreckungsorganen und nur in Ausnahmefällen der Polizei (vgl. § 2 II PolG).

*Bsp.: A hat eine schuldrechtliche Forderung gegen B, die dieser nicht bezahlen will. Zum Eintreiben ist nicht die Polizei zuständig. Vielmehr muss der A den Rechtsweg bestreiten, d. h. ihn verklagen.*

Erforderlich für eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit ist somit ein **Öffentlichkeitsbezug**.

**Achtung:** Sobald ein Verhalten Straftat-Charakter aufweist, ist durch diese sog. *Pönalisierung* wieder ein Bezug zur öffentlichen Sicherheit hergestellt.

*Bsp.: A betrügt den B im Rahmen eines zivilrechtlichen Geschäfts und verwirklicht damit § 263 StGB. Die Polizei darf einschreiten, ohne dass es darauf ankommt, dass A den B auch vor den Zivilgerichten verklagen könnte.*

Ein öffentliches Interesse kann auch bei einer **ausschließlichen Selbstgefährdung** fehlen.

*Bsp.: Taucher im Bodensee gefährden sich selbst, indem Sie an einer bestimmten Formation wiederholt Wetttauchen veranstalten, wer am tiefsten tauchen kann. Im konkreten Fall bejahte die Rspr. allerdings eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit, da auch das Leben von Sicherheitskräften gefährdet sei.*

Geht die Selbstgefährdung so weit, dass eine Person **Selbstmord** begehen will, bejahen die Landes-Polizeigesetze i. d. R. eine Eingriffsbefugnis aufgrund der öffentlichen Sicherheit (vgl. für Baden Württemberg § 28 I Nr. 2 c PolG).

## II. Öffentliche Ordnung

**Definition:** Unter öffentliche Ordnung sind all diejenigen Verhaltensweisen zu verstehen, die nicht durch Rechtsnormen erfasst, aber trotzdem für ein gedeihliches menschliches Zusammenleben unerlässlich sind.

Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung liegt daher immer dann vor, wenn Sitten- und Moralvorstellungen der Allgemeinheit durch ein Verhalten in hohem Maße beeinträchtigt werden.

*Beispiele:*

(1) *Die Veranstaltung eines „Zwergenweitwurfs“ als öffentliches Schauspiel*

(2) *Die Errichtung eines Bordells unmittelbar neben einer Mädchenschule*

(3) *Die Einrichtung eines sog. „Laserdrome-Spiels“, bei dem die Teilnehmer sich in einem künstlichen Labyrinth mit simulierten Waffen gegenseitig abschießen und bei dem derjenige Spieler gewinnt, der die meisten anderen Personen töten konnte, verstößt in Deutschland nach der Rspr. gegen die öffentliche Ordnung.*

Die öffentliche Ordnung ist gegenüber dem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit **subsidiär**.

**Klausurtyp:** Das bedeutet für die Klausur, dass - da über den „Schutz der gesamten geschriebenen Rechtsordnung“ ohnehin schon so viele Verhaltensweisen über die öffentliche Sicherheit erfasst sind -, die öffentliche Ordnung nur selten Gegenstand einer Klausur sein wird.

Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist verfassungsrechtlich im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot (abgeleitet aus Art. 20 III GG) umstritten. Kritisiert wird insbesondere, dass aufgrund der Unbestimmtheit der jeweiligen „Moralvorstellungen“ in einem Polizeibezirk für den Bürger kaum ersichtlich ist, welches Verhalten von ihm erwartet wird.

Die h. M. hält den Begriff jedoch noch für verfassungsmäßig, da aufgrund eines mittlerweile langen Umgangs der Rspr. und einer dadurch konturierten Auslegung des Begriffs dieser noch als bestimmt gewertet werden könne. Allerdings sei der Begriff der öffentlichen Ordnung **verfassungskonform auszulegen**. Dabei sei besondere Rücksicht auf die Grundrechte derjenigen Partei zu nehmen, die durch den Begriff der öffentlichen Ordnung eingeschränkt werde.

*Bsp.: Ein Bürgermeister möchte eine rechtsradikale Versammlung in seiner Stadt mit dem Argument verbieten, die dort vertretenen Meinungen würden den Sitten- und Moralvorstellungen der meisten Bürger und damit der öffentlichen Ordnung widersprechen. Nach der Rspr. des BVerfG ist der Begriff der öffentlichen Ordnung (der im Versammlungsrecht gleich auszulegen ist wie im Polizeirecht) hier so auszulegen, dass er mit Rücksicht auf die Grundrechte der Versammlungsteilnehmer aus Art. 5 I, 8 I GG ein Verbot der Versammlung ohne weiteres nicht ermöglicht.*

Die früher auch unter die öffentliche Ordnung gefasste *Obdachlosigkeit* fällt mittlerweile nach h. M. unter die öffentliche Sicherheit, da im Hinblick auf die Gesundheitsgefahren für die Betroffenen Individualrechtsgüter der Bürger betroffen seien (wichtig für Einweisungsverfügungen in Wohnungen, wenn sonst Obdachlosigkeit droht).

### III. Gefahr

Ein polizeilicher Eingriff ist nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr zulässig, vgl. §§ 1, 3 PolG.

**Definition:** Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehinderter Fortentwicklung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einer Beeinträchtigung der polizeilichen Schutzgüter führt.

Dabei bemisst sich das Vorliegen einer Gefahr nach der korrekten polizeilichen Lagenbeurteilung **zum Entscheidungszeitpunkt** (sog. Sicht *ex-ante*). Ob tatsächlich ein Schaden drohte ist nicht maßgeblich (sog. **Anscheinsgefahr**).

*Bsp.: Die Polizei bekommt einen anonymen Anruf, wonach im Bahnhof eine Bombe gelegt werden soll. Der Täter sei mit einem roten Koffer unterwegs. Als die Polizei zum Bahnhof fährt, läuft dort tatsächlich jemand mit einem roten Koffer herum. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass in dem Koffer keine Bombe war. Die Beschlagnahme des Koffers ist rechtmäßig, da eine Gefahr **bestand**. Maßgeblich ist die polizeiliche Sicht zum Zeitpunkt des Einschreitens (ex-ante), und insoweit bestand eine Gefahr, dass der Koffer tatsächlich eine Bombe enthalten könnte.*

Dabei gilt: Je bedeutender das gefährdete Rechtsgut bzw. der zu erwartende Schaden, desto geringer die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit.

Eine Gefahreinschätzung ohne jeden objektiven Anhaltspunkt (sog. **Putativgefahr** oder auch **Scheingefahr**) ist jedoch keine taugliche Eingriffsgrundlage.

*Bsp.: Die Polizei beschlagnahmt im Bahnhof das Gepäck eines normalen Reisenden mit Punk-Frisur, da „die alle gefährlich sein“.*

Bei einem bloßen **Gefahrverdacht** muss die Polizei nach Möglichkeit zunächst ermitteln, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

#### **IV. Handlungsstörer**

**Hinweis:** Die Begriffe „Handlungsstörer“ und „Verhaltensstörer“ werden synonym gebraucht.

**Definition:** Als Handlungsstörer i. S. v. § 6 PolG wird in Anspruch genommen, wer eine Gefahr selbst verursacht hat. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.

*Bsp.: A und B laufen randalierend durch die Innenstadt der Stadt S. Beide sind Verhaltensstörer, gegen die polizeilich vorgegangen werden kann.*

Ähnlich wie bei der Anscheinsgefahr ist auch hier wieder maßgeblich die korrekte polizeiliche Lageeinschätzung zum Zeitpunkt des Eingreifens, d. h. auch der bloße **Anscheinsstörer** ist Störer.

Ob auch gegen den **Verdachtsstörer**, d. h. denjenigen, bei dem noch nicht klar ist, ob er die Störung überhaupt verursacht hat, nach § 6 PolG vorgegangen werden darf (oder § 9 PolG anzuwenden ist), ist streitig.

*Bsp.: In der Gemeinde G wird eine Verunreinigung des örtlichen Flusses festgestellt. Man weiß, dass diese Verunreinigung entweder aus dem Chemiewerk des A oder des B kommen muss, weiß aber nicht von wem.*

Die h. M. bejaht die Möglichkeit, auch gegen den bloßen Verdachtsstörer nach § 6 PolG vorzugehen, aber nur mit folgenden Einschränkungen:

- Die Kosten trägt er nur, wenn er die Anhaltspunkte, die das Eingreifen verursacht haben, selbst zurechenbar zu verantworten hat (ansonsten Entschädigungsanspruch nach § 55 PolG)

- Weiterhin ist streitig, ob der Verdachtsstörer zu einer Mitwirkung an Gefahrerforschungsmaßnahmen verpflichtet werden kann. Eine Meinung verneint dies im Hinblick auf §§ 24, 26 VwVfG und den Gesetzesvorbehalt. Nach einer anderen Meinung ist auch die Auferlegung von Handlungspflichten für den Verdachtsstörer zumindest dann verhältnismäßig, wenn dies entweder zumindest zum Teil auch in seinem Interesse liegt oder nur noch das Ausmaß der Störung festgestellt werden soll.

Zu beachten ist weiter, dass derjenigen, der sich mit seinem Verhalten *innerhalb der Rechtsordnung* verhält, niemals Störer sein kann.

*Bsp.: A baut baurechtskonform eine Mauer am Rand seines Grundstücks zu B, die diesem die Terrasse verschattet. A kann nicht Störer sein, da er sich mit seinem Verhalten innerhalb der Rechtsordnung verhält.*

Für die Frage der **Kausalität**, d. h. ob ein bestimmtes Verhalten eine Gefahr für die polizeilichen Schutzgüter verursacht, ist wertend darauf abzustellen, inwieweit das Verhalten die Gefahr **unmittelbar** verursacht hat.

Zu merken sind hier insbesondere zwei Fälle: Der **Zweckveranlasser** und der **latente Störer**.

**Definition: Zweckveranlasser** ist, wer andere entweder gezielt zu polizeiwidrigem Verhalten veranlasst, oder dies zumindest in Kauf nimmt.

*Bsp.: Verursachung eines Verkehrsstaus durch eine Striptease-Einlage.*

Ob der Zweckveranlasser als Störer zu sehen ist, ist wertend zu ermitteln. In Einzelfällen kann dies auch zu verneinen sein.

*Bsp.: Für eine bestimmte Versammlung haben Gegendemonstranten angekündigt, das Veranstaltungsort kurz und klein zu schlagen. Die ursprüngliche Versammlung kann dafür nichts. Es wäre daher unbillig und mit ihrer Versammlungsfreiheit i. S. v. Art. 8 I GG nicht vereinbar, sie als Störer anzusehen und gegen sie einzuschreiten. Erforderlich ist vielmehr, dass die Polizei ihre Möglichkeiten ausschöpft, gegen die Gegendemonstration vorzugehen. Erst wenn dies – etwa aufgrund einer überraschenden Eskalation – nicht möglich ist, kommt eine Auflösung der ursprünglichen Versammlung in Betracht. Diese kann dann aber nur als Nichtstörer (§ 9 PolG) herangezogen werden.*

**Definition: Latenter Störer** ist derjenige, bei dem eine Bedingung vorliegt, die erst durch das Hinzutreten weiterer Bedingungen zur Gefahr wird.

*Bsp.: Ein Schweinemäster hat seinen störenden Betrieb ursprünglich im Außenbereich angesiedelt. Durch die heranrückende Wohnbebauung wird er aber zusehends für die Umgebung untragbar.*

Ein Vorgehen gegen den latenten Störer ist immer nur dann zulässig, wenn sein Verhalten von Anfang an eine „gefahrerhöhende Tendenz“ aufgewiesen hat.

Der Kreis der Verantwortlichen wird beim Handlungsstörer nach § 6 II PolG noch auf diejenigen Personen mit einer Aufsichtspflicht ausgeweitet. Über § 6 III PolG werden darüber hinaus auch Verrichtungsgehilfen erfasst.

**Merke:** Der bloße Inhaber des Gegenmittels ist nie Störer. Zum Störer wird man aber wieder dadurch, dass man seiner Hilfspflicht nach § 323c StGB nicht nachkommt.

*Bsp.: A ist zuckerkrank hat auf einer Schwarzwald-Wanderung sein Insulin vergessen. B hat welches, will es aber nicht herausgeben.*

**Wichtig:** Eine „Handlungsnachfolge“ in der Verhaltensstörerschaft findet nicht statt; die Rolle als Handlungsstörer wird nicht „vererbt“.

*Bsp.: V hat Baumstämme widerrechtlich auf dem Grundstück des G abgelegt. Eh er sie wieder beiseite räumen kann, stirbt er. Sein Sohn S ist nicht als Handlungsstörer i. S. v. § 6 PolG anzusehen.*

## V. Zustandsstörer

**Definition:** Geht eine Gefahr von einer Sache aus, so gelten der **Eigentümer** und der **Inhaber der tatsächlichen Gewalt** als Zustandsstörer, unabhängig von einer persönlichen Verursachung (vgl. § 7 PolG).

*Bsp.: A hat auf seinem Grundstück einen Öltank, der ein Leck hat, aus dem Öl ins Grundwasser sickert. A ist Zustandsstörer gem. § 7 PolG.*

Übt allerdings der Inhaber der tatsächlichen Gewalt diese ohne bzw. gegen den Willen des Eigentümers aus, so trifft ihn die alleinige Verantwortlichkeit.

*Bsp.: D stiehlt einen Pkw und parkt mit diesem eine Einfahrt zu.*

Die Zustandshaftung endet mit dem Verlust des Eigentums. Umstritten ist, wie der Fall zu behandeln ist, in dem jemand durch Dereliktion gem. § 959 BGB versucht, sich der Störerhaftung zu entziehen.

*Bsp.: A stellt einen alten Kühlschrank und mehrere alte Autoreifen in den Wald, um sie los zu sein.*

Nach einer Meinung ist die Dereliktion, die allein das Ziel hat, sich der polizeilichen Haftung zu entziehen, nichtig nach § 134 BGB. Nach anderer Auffassung ist die Dereliktion rechtswirksam, macht aber den Handelnden zum Verhaltensstörer nach § 6 PolG.

Die gleiche Problematik kann sich ergeben, wenn zum Zweck der Entziehung aus der Polizeipflicht eine Sache verkauft oder verschenkt wird.

*Bsp.: E ist Eigentümer eines Altlasten-Grundstücks, auf dem Sanierungspflichten im sechsstelligen Bereich ruhen. Er überträgt das Eigentum schenkweise auf die „Bahamas-Real-Estate-Trust-Limited“, eine von ihm gegründete Briefkastenfirma mit einem Stammkapital von 1 Bahamas-Dollar.*

Auch in diesem Fall gelten die oben angeführten Argumente. E kann sich letztlich seiner Polizeipflicht nicht entziehen.

Nach h. M. haftet der Zustandsstörer nicht nur auf den Wert des Eigentums beschränkt, sondern unbeschränkt. Dies wird mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums begründet (Art. 14 II GG): Wer die Vorteile des Eigentums hat, soll auch seine Lasten tragen. Im Einzelfall ergeben sich jedoch Einschränkungen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Bei der Zustandsverantwortlichkeit nach § 7 PolG ist – anders als bei der Handlungsstörerhaftung – eine Rechtsnachfolge grundsätzlich möglich. Das entsprechende verwaltungsvollstreckungsrechtliche Verfahren (Androhung gem. § 20 LVwVG etc. muss aber gegen den neuen Pflichtigen wiederholt werden).

## **VI. Verantwortlichkeit von Hoheitsträgern**

Ein Sonderproblem stellt die polizeiliche Verantwortung von Hoheitsträgern dar.

*Bsp.: Bei staatlichen Arbeiten an einer Straße kommt es zu Verunreinigungen, die das Grundwasser gefährden.*

Insoweit ist zwischen der **formellen** und der **materiellen** Polizeipflicht von Hoheitsträgern zu unterscheiden.

Die **materielle Polizeipflicht** ist immer unproblematisch gegeben, da sich der Staat wegen Art. 20 III GG immer an Recht und Gesetz handeln muss.

Dagegen ist bei der **formellen Polizeipflicht** zu unterscheiden.

Handelt der Staat rein **fiskalisch**, ist er unproblematisch polizeipflichtig.

*Bsp.: Das Bundesland B betreibt in S eine Bierbrauerei, die rechtswidrig Emissionen in die Umwelt aussendet.*

Wird der Staat dagegen **hoheitlich** tätig, so ist zu beachten, dass in diesem Fall die Polizeibehörden für ein Eingreifen unzuständig sind. Stattdessen ist eine Einschaltung der zuständigen Rechts- bzw. Fachaufsichtsbehörde geboten.

Dies gilt selbst dann, wenn öffentliche Aufgaben in der Form des Privatrechts wahrgenommen werden.

*Bsp.: Die Gemeinde G betreibt eine Stadthalle in der Form einer „Stadthallen GmbH“. Von Veranstaltungen dort gehen Störungen für die unmittelbare Nachbarschaft aus.*

## VII. Opportunitätsprinzip

Die Polizei trifft ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. § 3 PolG, sog. **Opportunitätsprinzip**).

Das Opportunitätsprinzip steht im Gegensatz zum sog. **Legalitätsprinzip**, das z. B. grundsätzlich in der Strafverfolgung gilt (vgl. § 151 StPO). Hier sind die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich zum Einschreiten verpflichtet.

Beim polizeilichen Ermessen ist zu unterscheiden zwischen:

- **Entschließungsermessen**, d. h. die Entscheidung über das „Ob“ des Einschreitens

- **Auswahlermessen**, d. h. die Entscheidung über das geeignete Mittel, also im Einzelnen

(1) die Auswahl des geeigneten **Mittels**: Hier besteht ein Ermessen der Polizeibehörde. Allerdings ist sie zugleich an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (=Übermaßverbot, vgl. § 5 PolG) gebunden.

(2) Störerauswahl: Das Gericht darf gem. § 114 VwGO nur die Störereigenschaft als solche, nicht die Zweckmäßigkeit der Auswahl unter mehreren Störern kontrollieren. Eine Ausnahme gilt nur bei Ermessensfehlern.

Grundsätzlich gilt es insoweit, bei der Störerauswahl zwischen der **Primär-** und der **Sekundärebene** des polizeilichen Handelns zu unterscheiden.

**Definition:** Auf der Primärebene geht es um die Rechtmäßigkeit **der Maßnahme selbst**, auf der Sekundärebene dagegen um die **Kostenverteilung**.

Auf der Primärebene ist das Polizeirecht auf eine **schnelle und effektive Gefahrbeseitigung** hin orientiert. Dementsprechend entscheidet hier die polizeiliche Sicht ex-ante.

*Bsp.: Der B wird in der Nähe einer Bank mit einer Strumpfmassage gesehen. Ein Einschreiten ist rechtmäßig, auch wenn nicht klar ist, ob er wirklich die Bank überfallen wollte.*

Auf der Sekundärebene geht es dagegen um die **gerechte Kostenverteilung**. Maßgeblich ist hier, ob sich die Maßnahme auch im Nachhinein als rechtmäßig darstellt.

*Bsp.: Die Wohnung des M wurde aufgrund eines (falschen) Tipps aus der Terror-Szene auf Waffen durchsucht. Er muss hinterher nicht die Kosten tragen.*

Gleiches gilt für das Problem der Störerauswahl: Auf der Primärebene geht es zunächst um schnelle Gefahrenabwehr, d. h. Gesichtspunkte der Erreichbarkeit eines Störers rücken in den Vordergrund. Auf der Sekundärebene fließen dagegen Aspekte der gerechten Kostenverteilung mit ein (so gilt hier z. B. die Faustregel „Handlungsstörer vor Zustandsstörer“).

Umstritten ist auch, ob es eine **Ausgleichspflicht** zwischen den verschiedenen Störern untereinander gibt. Teilweise wird dies aufgrund von § 426 BGB analog angenommen.

Hiergegen wird eingewandt, dass die Behörde den Kostenpflichtigen gerade nicht nach Belieben aussuche, wie es § 421 BGB für die Gesamtschuld voraussetze, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen.

Nach anderer Auffassung wird eine Ausgleichsanspruch auf die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, § 677 ff. BGB) gestützt. Ein Gegenargument ist hier allerdings wiederum, dass derjenige, der einer polizeilichen Zahlungspflicht nachkommt, in der Regel nur ein eigenes und kein fremdes Geschäft wahrnimmt.

Teilweise wird daher eine Ausgleichspflicht auch ganz verneint.

### **VIII. Anspruch auf polizeiliches Einschreiten**

Der Bürger hat einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten, wenn das Ermessen der Polizei so stark reduziert ist, dass ein Nicht-Einschreiten ein Ermessensfehler wäre (sog. Ermessensreduktion auf Null).

*Bsp.: Die Polizisten P und R machen ein Streifgang durch die Innenstadt. Dort bemerken sie, wie der O von fünf Schlägern verprügelt wird. Aufgrund der akuten Gefährdung für Leib und Leben des O (Art. 2 II GG) muss die Polizei hier einschreiten; ihr Ermessen ist reduziert.*

Ein Anspruch auf Einschreiten wird dagegen nach überwiegender Meinung abgelehnt, wenn bloß die Gefährdung von Sacheigentum droht.

*Bsp.: Hausbesetzung*

Ein Anspruch auf Einschreiten wird auch abgelehnt bei Gefahren, die nicht einem Einzelnen, sondern bloß der Allgemeinheit drohen.

Die prozessuale Durchsetzung des Anspruchs auf Einschreiten erfolgt im Wege der **Verpflichtungsklage** (§ 42 I VwGO) bzw. im vorläufigen Rechtsschutz ein Verfahren nach § 123 VwGO. Drittschützende Norm i. S. v. § 42 II VwGO ist in diesem Fall die polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 PolG).

**Hinweis:** In der Klausur ist kurz zu begründen, warum die polizeiliche Generalklausel drittschützend ist. Dies lässt sich mit dem Hinweis auf § 2 II PolG begründen, wonach die Generalklausel zumindest *auch* Rechte Dritter schützt, sofern anderweitige Hilfe nicht erreichbar ist.

Am Rechtsschutzbedürfnis fehlt es dagegen, wenn der Schutz des Bürgers auch auf andere Weise möglich und zumutbar ist, z. B. auf dem Zivilrechtsweg.

*Bsp.: Auseinandersetzung unter Nachbarn.*

*Gegenbeispiel: Räuberbande, Hausbesetzer etc., da Identität und somit ladungsfähige Anschrift i. d. R. nicht feststellbar ist.*

Bei pflichtwidriger Untätigkeit der Polizei trotz bestehender Pflicht zum Einschreiten kann der Bürger u. U. auch Ansprüche aus Amtshaftung (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) geltend machen.

## **IX. Maßnahmen gegenüber unbeteiligten Personen**

Maßnahmen gegenüber unbeteiligten Dritten (sog. **Nichtstörer**) darf die Polizei nur unter den folgenden, engen Voraussetzungen treffen (vgl. § 9 PolG):

- die Gefahr muss *unmittelbar* bevorstehen
- Maßnahmen gegen den oder die Störer (§§ 6, 7 PolG) sind unangebracht oder eigene Kräfte der Polizei reichen nicht aus

*Bsp.: Ein Lkw ist vor der Feuerwehr geparkt, so dass diese bei einem Brand nicht ausrücken kann. Der nächste Abschlepp-Dienst ist erst in der nächsten größeren Stadt. Da fährt zufällig der Abschleppunternehmer A mit seinem Abschleppwagen vorbei. Die Polizei darf ihn als Nichtstörer i. S. v. § 9 PolG in Anspruch nehmen und ihm auferlegen, beim Abschleppen des Lkw zu helfen.*

Maßnahmen gegen den Nichtstörer sind auf das zeitlich absolut unumgängliche zu beschränken, vgl. § 9 II PolG.

Nach Ablauf der Zeitspanne hat der Betroffene einen Folgenbeseitigungsanspruch. Zudem kommt ein **Entschädigungsanspruch** nach **§ 55 PolG** in Betracht.

Einen Sonderfall der Maßnahmen gegen einen Nichtstörer regelt der durch die Polizeirechtsreform 2008 neu in das Gesetz aufgenommene § 9a PolG. Danach dürfen sich überwachungstechnische Maßnahmen nach den §§ 20 ff. PolG nicht gegen Berufsheimnisträger i. S. d. § 53 StPO richten (z. B. Rechtsanwälte, Ärzte, Geistliche). Unter Verstoß hiergegen erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden.

## C. Spezialermächtigungen

### I. Standardmaßnahmen

Die sog. polizeilichen Standardmaßnahmen sind in §§ 26 ff. PolG geregelt. Hierzu gehören z. B. Identitätsfeststellung, Ingewahrsamnahme, Durchsuchung und Beschlagnahme.

**Typ:** Bei Klausuren über Standardmaßnahmen können Sie in der Regel vieles aus dem Gesetz lösen. Im Übrigen entsprechen die dort verwendeten Begriffe („öffentliche Sicherheit“, „öffentliche Ordnung“, „Gefahr“) denjenigen der Generalklausel. Lernen Sie also nicht zu viel zu den Standardmaßnahmen.

Die wichtigsten Maßnahmen im Einzelnen:

- **Identitätsfeststellung** (§ 26 PolG), u. U. auch durch Mitnahme zur Wache (vgl. §§ 26 II, 28 I Nr. 3, III PolG) und erkennungsdienstliche Maßnahmen (vgl. § 81b StPO, s. u.).

**Beachte:** Zur Datenerhebung vgl. auch §§ 19 ff. PolG.

- **Platzverweis** und **Aufenthaltsverbot** gem. § 27a I, II PolG

Platzverweis und Aufenthaltsverbot wurden durch die Polizeirechtsreform von 2008 erstmals als Standardmaßnahmen gesetzlich geregelt. Vorher wurden beide Maßnahmen auf die polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 PolG) gestützt.

Dabei ist unter Platzverweis die *vorübergehende* Verweisung von einem Ort zu verstehen (vgl. § 27a I PolG), unter einem Aufenthaltsverbot dagegen das *längerfristige* Verbot, einen Ort zu betreten (vgl. § 27a II PolG).

Daneben regelt der neue § 27a PolG den Wohnungsverweis bei häuslicher Gewalt (vgl. Abs. 3, 4).

- **Prüfung von Berechtigungsscheinen** (z. B. Führerschein, Jagdschein; § 26 III PolG. Zur Verkehrskontrolle vgl. § 36 V StVO)

- **Erkennungsdienstliche Maßnahmen** (z. B. Abnahme von Fingerabdrücken, Aufnahme von Lichtbildern, vgl. § 36 PolG).

**Achtung:** § 36 PolG gilt nur für *präventive Anlässe*, für die **Strafverfolgung** ist **§ 81b StPO** einschlägig.

Nach h. M. enthält § 81b, 2. Alt StPO sogar für erkennungsdienstliche Maßnahmen eine **Spezialregelung auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr** (§ 36 PolG wäre danach nahezu ausgeschlossen).

Voraussetzung ist dabei jeweils, dass die Maßnahme **notwendig** ist (wobei eine hinreichender Einschätzungsspielraum der Behörden besteht).

Kritisch ist dies allerdings im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen: Denn grundsätzlich hat der Bund im Gebiet der Gefahrenabwehr keine Kompetenz. Begründet wird die Ausnahme allerdings mit einer Annexkompetenz zur Vorbeugung von Straftaten auch im Bereich der Strafverfolgung.

Weiterhin wurde die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs der „Notwendigkeit“ kritisiert. Nach überwiegender Meinung ist dieser Begriff aber noch bestimmt genug, so dass eine gerichtliche Überprüfung der Maßnahmen möglich wird.

- **Vorladung**, die auch zwangsweise durchgesetzt werden kann (§ 27 PolG).

Der Umfang der Auskunftspflicht wurde durch die Polizeirechtsreform von 2008 in § 20 PolG neu geregelt. Insbesondere besteht nun grundsätzlich ein Auskunftsverweigerungsrecht, wenn die Gefahr besteht, dass die auskunftgebende Person sonst sich oder einen nahen Angehörigen belasten würde. Ausnahmen hiervon sind nur bei einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person zulässig.

- **Ingewahrsamnahme** (zum Selbstschutz oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, vgl. § 28 PolG).

Im Fall der Ingewahrsamnahme ist unverzüglich eine **gerichtliche Entscheidung** erforderlich (vgl. §§ 28 III, IV). Zuständig hierfür ist nach § 28 IV PolG das Amtsgericht (=abdrängende Sonderzuweisung). Nach h. M. gilt dies auch, wenn die Ingewahrsamnahme beendet ist und im Nachhinein über ihre Rechtmäßigkeit gestritten wird.

Für das gerichtliche Verfahren gilt insoweit gemäß § 28 IV 2 PolG das FamFG (Schönfelder Nr. 112).

**Tipp:** Dies macht Klausuren in diesem Bereich, in denen auch das Verfahren gefragt ist, mindestens bis zum ersten juristischen Examen eher unwahrscheinlich.

Nach § 28 III 4 PolG ist eine gerichtliche Entscheidung dann nicht erforderlich, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung erst nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes erfolgen würde.

**Merke:** Der sog. *Verbringungsgewahrsam*, bei dem eine Person zur Vermeidung einer Störung an einen anderen Ort verbracht wird, fällt nicht unter § 28 PolG, sondern unter §§ 1, 3 PolG

*Bsp.: R ist Samstag Nacht als Randalierer in der Stadt aufgefallen. Er wird von der Polizei in einen Vorort verbracht.*

- **Durchsuchung von Personen und Sachen** (§§ 29, 30 PolG)

- **Betreten und Durchsuchen von Wohnungen** (§ 31 PolG, erfordert **richterliche Anordnung** (§ 31 V PolG))

Hierbei ist besonders zu beachten das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 13 GG.

Gemäß § 31 V 1 PolG ist – außer bei Gefahr im Verzug – für die Anordnung der Durchsuchung das Amtsgericht zuständig. Für das Verfahren gilt nach § 31 V 2 PolG wiederum das FamFG (Schönfelder Nr. 112).

In § 31 VI PolG ist eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für das Durchsuchen von Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen während der Geschäftszeiten angelegt.

- **Sicherstellung** (§ 32 PolG)

**Merke:** Anders als die Beschlagnahme nach § 33 PolG erfolgt die Sicherstellung *zugunsten* des Betroffenen.

*Bsp.: F hatte einen Unfall mit seinem Fahrrad und muss ins Krankenhaus. Die Polizei stellt sein Fahrrad am Unfallort sicher, um es ihm nach Genesung wieder zurückzugeben.*

- **Beschlagnahme** und **Einziehung** (§§ 33, 34 PolG)

- **Vernehmung** (§ 35 PolG)

## II. Sondergesetzliche Eingriffsermächtigungen

Sondergesetzliche Ermächtigungen aus Spezialgesetzen sind als das speziellere Gesetz immer **vor** den Ermächtigungsgrundlagen aus dem Polizeigesetz zu prüfen.

In Betracht kommen hier insbesondere Ermächtigungsgrundlagen aus dem Versammlungs-, Straßen- und Gewerberecht, aber auch aus dem gesamten Bereich des Umwelt- und Immissionsschutzrechts.

*Bsp.: § 16 VIII LStrG, § 139b GewO, § 25 II BImSchG*

**Tipps:** Häufig wird der „Aufhänger“ der Klausur in solche einem den Bearbeitern bis dahin völlig unbekanntem Spezialgesetz liegen (z. B. Denkmalschutzrecht). Hier gilt: Spezialwissen ist in keiner Weise erforderlich, sondern lediglich der selbständige Umgang mit dem jeweiligen Gesetzeswortlaut. Fast das gesamte Gefahrenabwehrrecht ist ähnlich strukturiert wie das Polizeirecht. D. h. auch in dem jeweiligen Spezialgesetz gibt es in der Regel eine Ermächtigungsgrundlage, die die öffentliche Sicherheit oder öffentliche Ordnung schützt und die nach den obigen Regeln auszulegen und anzuwenden ist.

## III. Bereiche außerhalb der Gefahrenabwehr

Zu unterscheiden von der **präventiven** Gefahrenabwehr ist das **repressive** Tätigwerden der Polizei bei der *Ermittlung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten* (vgl. **§§ 163, 161 StPO, 53 I OWiG** sowie **§ 152 GVG** (Kriminalpolizei als **Ermittlungsbeamte** der Staatsanwaltschaft)).

**Merke:** Der früher vom Gesetz statt dem Wort Ermittlungsbeamte verwendete Begriff „Hilfsbeamte“ klang zu desavouierend und wurde daher vom Gesetzgeber ersetzt. Er sollte daher auch in Klausuren nicht mehr verwendet werden.

**Wichtig:** Je nachdem, ob die Polizei **repressiv** (nach der StPO) oder **präventiv** (d. h. zur Gefahrenabwehr) tätig wird, sind **verschiedene Rechtswege** einschlägig: Für die **Strafverfolgung** gilt der **ordentliche Rechtsweg** (vgl. **§ 23 EGGVG**), für die **Gefahrenabwehr** der **Verwaltungsrechtsweg** (§ 40 I VwGO).

*§ 23 I S. 1 EGGVG: „Über die Rechtmäßigkeit der Anordnungen, Verfügungen oder sonstigen Maßnahmen, die von den Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf den Gebieten (...) der Strafrechtspflege getroffen werden, entscheiden auf Antrag die ordentlichen Gerichte.“*

Zum Begriff der „Justizbehörde“ i. S. v. § 23 EGGVG: Nach einer Auffassung ist eine **organisatorische** Betrachtungsweise vorzunehmen: Justizbehörden sind solche, die dem Justizministerium unterstehen. Dann hinge aber der Rechtsweg von dem Zufall ab, ob die Staatsanwaltschaft (dem Justizministerium unterstellt) oder der Polizei (dem Innenministerium unterstellt) aufgenommen würden.

Nach h. M. kommt es daher auf eine **funktionale** Betrachtungsweise an: Entscheidend ist, ob der Beamte überwiegend zum Zweck der **Strafverfolgung** (dann § 23 EGGVG) oder zum Zweck der **Gefahrenabwehr** (dann § 40 I VwGO) gehandelt hat. In Zweifelsfällen (sog. **doppelfunktionale Maßnahmen**) ist auf den **Schwerpunkt** abzustellen, und zwar aus Sicht eines **objektiven Beobachters im Zeitpunkt des polizeilichen Handelns**.

Zum Begriff der „Maßnahme“ i. S. d. § 23 EGGVG: Hierunter sind nach einer Meinung **nur Verwaltungsakte** zu verstehen, da auch § 28 EGGVG nur Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage vorsieht.

Nach h. M. erfasst § 23 EGGVG dagegen **auch Realakte**, da die Vorschrift im Hinblick auf Art. 19 IV GG möglichst umfassenden Rechtsschutz gewährleisten will.

#### **IV. Datenerhebung und -verarbeitung**

§§ 19 ff., 37 ff. enthalten Regelungen zur Erhebung **personenbezogener Daten** (Definition in **§ 3 LDSchG**). Die Erhebung **sachbezogener** Daten ist somit immer zulässig.

**Merke:** „Daten“ sind im Datenschutzrecht des öffentlichen Rechts *alle* personenbezogenen Informationen. Anders im Strafrecht: Hier bezeichnet der Begriff „Daten“ nur die elektromagnetisch gespeicherten Informationen (vgl. § 202a II StGB).

Sie sind Spezialregelungen zum Landesdatenschutzgesetz, auf das subsidiär zurückzugreifen ist (vgl. § 48 PolG).

Die Regelungen zum Störerbegriff (§§ 6, 7, 9 PolG) werden durch die §§ 19 ff. PolG verdrängt! Stattdessen handelt das Datenrecht von den Personen: Adressat, Betroffener (der, um dessen Daten es geht), Dritter (=nicht betroffener Adressat).

Umstritten im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit war insbesondere die Vorschrift zur Videoüberwachung in Innenstädten (vgl. §§ 21 III, IV PolG).

Im übrigen ist die Klausurbedeutung der Vorschriften zum Datenschutzrecht im PolG aber eher gering.

**Merke:** Das Datenschutzrecht ist gesetzlich sehr detailliert geregelt, so dass sich Klausuren aus diesem Bereich häufig auch relativ gut aus dem Gesetz lösen lassen. Wichtig ist in solchen Klausuren immer die *verfassungskonforme Auslegung* der Gesetze unter besonderer Berücksichtigung der **Grundrechte** der Beteiligten (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I, 1 I GG sowie Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität datentechnischer Systeme).

Dies gilt grundsätzlich auch für die durch den Gesetzgeber in diesem Bereich durch die Polizeirechtsreform vorgenommenen Neuregelungen. Da die entsprechenden Reform-Regelungen im Gesetz sehr detailliert gefasst sind und im Übrigen stark grundrechtsgeprägt, reicht auch hier im Regelfall die schlichte Kenntnis der Normen.

Zu nennen sind an Neuregelungen im Bereich der Datenerhebung insbesondere:

- Ausweitung der Videoüberwachung im öffentlichen Raum (künftig auch möglich, wenn aufgrund der Art oder Größe einer Veranstaltung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit drohen, vgl. **§ 21 PolG n. F.**)
- Möglichkeit der Erhebung von Kommunikations-Verkehrsdaten (SMS, Email, Handy etc.) gem. **§ 23a PolG n. F.** (**beachte:** zu präventiven Zwecken dürfen nur Verbindungsdaten erhoben werden)
- Neue Voraussetzungen für die akustische Wohnraumüberwachung (Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gem. Urteil des BVerfG), vgl. **§ 23 PolG n. F.**
- Einsatz technischer Mittel zur Bewegungsverfolgung von Personen (vgl. **§ 22 PolG n. F.**)
- Regelung des Einsatzes automatischer Kennzeichenlesesysteme gem. Urteil des BVerfG (vgl. **§ 22a PolG n. F.**)
- Verbesserung des Schutzes von Berufsgeheimnisträgern sowie sonstigen zeugnis- oder auskunftsverweigerungsberechtigten Personen (vgl. z. B. **§§ 9a, 20 PolG n. F.**)

## D. Organisation und Zuständigkeitsverteilung

Es ist zu unterscheiden zwischen:

- den **allgemeinen Polizeibehörden** (=Ordnungsverwaltung)

und

- dem **Polizeivollzugsdienst**

(vgl. § 59 PolG).

*Bsp.: Das Passamt auf dem Rathaus gehört zu den allgemeinen Polizeibehörden. Ebenso das Amt für öffentliche Ordnung oder das Gewerbeaufsichtsamt. Das örtliche Polizeirevier bzw. das Polizeipräsidium sind dagegen dem Polizeivollzugsdienst zuzurechnen.*

Einen Sonderrolle nimmt der *Gemeindevollzugsdienst* (vgl. § 80 PolG) ein. Er ist ein eigener Vollzugsdienst der Gemeinde.

### I. Allgemeine Polizeibehörden

Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind nach § 60 I die *allgemeinen Polizeibehörden* zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit wird von den zuständigen Ministerien bestimmt (i. A. die Ortspolizeibehörden - § 66 II PolG; vgl. im Übrigen §§ 61, 66 ff. PolG).

### II. Polizeivollzugsdienst

Der Polizeivollzugsdienst ist zuständig, wenn ein sofortiges Tätigwerden erforderlich erscheint („Gefahr im Verzug“, vgl. § 60 II PolG), bei Standardmaßnahmen (§ 60 III PolG) sowie dann, wenn von anderen Behörden um Amtshilfe gebeten worden ist (§ 60 IV PolG).

Die örtliche Zuständigkeit ist beim Polizeivollzugsdienst unproblematisch, da im Prinzip jeder Polizist überall im Land zuständig ist (vgl. im Einzelnen § 75 PolG).

Zu den Amtshandlungen von Polizeibeamten anderer Länder sowie der Bundespolizei enthalten die §§ 78, 79 PolG Spezialvorschriften (ihre Maßnahmen gelten als solche der zuständigen Polizeidienststellen, was auch auf etwaige Amtshaftungsansprüche durchschlägt).

Sowohl die allgemeinen Polizeibehörden (§§ 63 ff. PolG) als auch der Polizeivollzugsdienst unterstehen der **Dienst- und Fachaufsicht** der übergeordneten Behörden (insbesondere Ministerien) und sind **weisungsgebunden und unterrichtungspflichtig**.

## E. Das Handlungsinstrumentarium der Polizei

Polizeiliche Handlungsinstrumente sind in erster Linie **Polizeiverfügung, polizeiliche Erlaubnis, Polizeiverordnung** und die **Zwangsmittel**.

### I. Polizeiverfügung

**Hinweis:** Die Begriffe Polizeiverfügung und belastender Verwaltungsakt (VA) bedeuten in der Klausurpraxis dasselbe und können synonym gebraucht werden.

Die Polizeiverfügung (=Verwaltungsakt) ist der Hauptfall der polizeirechtlichen Klausur. Ein belastender Verwaltungsakt ist auf seine Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen.

### II. Polizeiliche Erlaubnis

Zu unterscheiden sind bei erlaubnispflichtigem Verhalten das **präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** vom **repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt**.

Beim **präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** hat der Bürger im Prinzip einen Anspruch auf die Erlaubnis. Durch das Erlaubniserfordernis wird lediglich eine staatliche Kontrolle und Koordination des an sich erlaubten Verhaltens sichergestellt.

*Bsp.: Die Erlaubnis zum Führen einer Gaststätte*

Durch ein **repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt** soll dagegen grundsätzlich ein Verhalten tatsächlich unterbunden werden, und nur im Einzelfall für begründete Ausnahmefälle die Möglichkeit bestehen, es zuzulassen.

*Bsp.: Möglichkeit zur Befreiung von Vorgaben eines Bebauungsplans*

### III. Polizeiverordnung

Die Polizeiverordnung ist in §§ 10 ff. PolG geregelt. Sie ist – im Gegensatz zur individuell-konkreten Regelung durch *Polizeiverfügung* (s. o.) – eine **abstrakt-generelle** Regelung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

**Merke:** Die Polizeiverordnung ist eine **Rechtsnorm** und steht dogmatisch in der Nähe der Rechtsverordnung. Sie kann daher gem. § 47 I Nr. 2 VwGO i. V. m. § 4 AGVwGO BW auch im Normenkontrollverfahren überprüft werden.

Das **Aufbauschema** der Prüfung einer Polizeiverordnung ist:

1. Ermächtigungsgrundlage (§§ 10, 1, 3 PolG)

## 2. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Zuständigkeit (vgl. § 13 PolG)
- b) Verfahren und Form (vgl. §§ 12, 15 PolG)

## 3. Materielle Rechtmäßigkeit

- a) Vorliegen einer *abstrakten* Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung
- b) Verhältnismäßigkeit der Polizeiverordnung

**Merke:** Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird im Polizeirecht genauso geprüft wie im Verfassungsrecht. Die Maßnahme muss:

- a) einem legitimen Ziel dienen
- b) geeignet
- c) erforderlich und
- d) angemessen sein.

Ermächtigungsgrundlage für die Polizeiverordnung sind §§ 10, 1, 3 PolG. Die polizeiliche Generalklausel wird mit dazuzitiert, da in § 10 PolG auf die polizeilichen Schutzgüter Bezug genommen wird: Eine Polizeiverordnung ist zulässig bei abstrakten Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

Die Zuständigkeit für den Erlass der Polizeiverordnung ist in § 13 PolG geregelt. Bei einer ortspolizeilichen Polizeiverordnung ist der Bürgermeister zuständig (§ 13 S. 2 PolG). Die Einzelheiten von Verfahren und Form sind in §§ 12, 15 PolG geregelt und lassen sich in der Klausur gut aus dem Gesetz subsumieren.

**Wichtig:** Polizeiverordnungen sind nur eingeschränkt zulässig in Bereichen, die der Gesetzgeber spezialgesetzlich anders geregelt hat.

*Bsp.: Der Gesetzgeber hat die Sondernutzung von Straßen in § 16 LStrG eingehend geregelt und für abstrakt generelle Regelungen insoweit auf das Instrument der Satzung verwiesen. Im Bereich der Regelung einer Sondernutzung wäre eine Polizeiverordnung daher unzulässig, da sie das vom Gesetzgeber in § 16 LStrG speziell normierte Handlungsinstrumentarium unterlaufen würde.*

**Tipp:** In der Klausur ist die Polizeiverordnung häufig *inzident* als Grundlage einer Polizeiverfügung im Einzelfall zu prüfen. Prüfungsstandort ist dann die Überprüfung der *materiellen Rechtmäßigkeit* der Einzelverfügung, und dort die Beeinträchtigung der „öffentlichen Sicherheit“. Denn zur öffentlichen Sicherheit gehört die gesamte geschriebene Rechtsordnung (s. o.). Also auch die Polizeiverordnung – wenn sie rechtmäßig ist, was dort inzident zu prüfen ist.

*Bsp.: Aufgrund einer Polizeiverordnung, die den Genuss alkoholischer Getränke in einem bestimmten Teil der Innenstadt der Stadt S verbietet, beschlagnahmt der Polizist P von dem Jugendlichen J eine Flasche hochprozentigen Kornschnaps. Die Überprüfung der Polizeiverordnung auf ihre Rechtmäßigkeit erfolgt inzident, und zwar bei der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme. Denn es müsste die öffentliche Sicherheit beeinträchtigt gewesen sein (vgl. § 33 PolG zur Beschlagnahme). Dies war sie nur, wenn die Polizeiverordnung*

*rechtmäßig ist und damit zum Schutzgut der geschriebenen Rechtsordnung gehört.*

#### **IV. Zwangsmittel**

Gesetzliche Grundlagen für den Einsatz von Zwangsmitteln sind das Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz (LVwVG) sowie die §§ 49 ff. PolG.

**Beachte:** Da **Polizeiverfügungen** ausschließlich nach PolG vollstreckt werden, ist auch bei der Anwendung des LVwVG streng genommen immer die entsprechende Verweisungsnorm im PolG (§ 49 I PolG) dazuzuzitieren.

Bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung eines Zwangsmittels sind der Reihe nach folgende Voraussetzungen zu prüfen:

1. **Vollstreckungsbehörde** ist die Behörde, die den entsprechenden Grund-Verwaltungsakt erlassen hat (§ 4 LVwVG)

2. Es muss immer eine **wirksame Grundverfügung** vorliegen:

Die Grundverfügung (=Verwaltungsakt) muss entweder **bestandskräftig** geworden sein (§ 2 Nr. 1 LVwVG) oder sie muss **sofort vollziehbar** sein (§ 2 Nr. 2 LVwVG, vgl. hierzu die Fälle in § 80 II S. 1 Nr. 1-4 VwGO).

Außerdem muss sie für ihre Wirksamkeit ordnungsgemäß *bekanntgegeben* worden sein (§ 43 I VwVfG).

Weiterhin darf die Grundverfügung nicht nichtig sein (§ 43 III VwVfG; für die Nichtigkeitsgründe vgl. § 44 VwVfG – in Klausuren eher selten, da hier nur besonders krasse Fehler erfasst sind).

Schließlich muss der Inhalt des VA vollstreckungsfähig sein. Dies ist kritisch z. B. bei bloß feststellenden oder rechtsgestaltenden VAs.

**Sehr wichtig: Rechtmäßigkeit** der Grundverfügung ist **nicht** unbedingt erforderlich!

Es ist also bei einer Grundverfügung, die bestandskräftig geworden ist (s. o.), an dieser Stelle grundsätzlich nicht erforderlich, die Rechtmäßigkeit zu überprüfen.

#### **Ausnahmen:**

Ausnahmsweise ist die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung zu prüfen nach h. M. in den folgenden Fällen:

(1) Die Grundverfügung ist gem. **§ 80 II VwGO sofort vollziehbar**. Der Grund liegt darin, dass wegen der sofortigen Vollziehbarkeit für den Beschwerdeführer sonst keine Möglichkeit besteht, die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung im Verfahren geltend zu machen.

(2) Gegen die Grundverfügung wurde **Klage oder vorläufiger Rechtsschutz** (§§ 80, 80a, 123 VwGO9 eingelegt).

(3) Bei der **unmittelbaren Ausführung gem. § 8 PolG** (siehe dazu weiter unten) muss immer auch die Rechtmäßigkeit der *hypothetischen* Grundverfügung geprüft werden. Grund: Die unmittelbare Ausführung kann als Realakt (h. M.) nicht in Bestandskraft erwachsen (streng dogmatisch genommen ist dies keine Ausnahme, da es hier schon an einer Grundverfügung fehlt, aber gut an dieser Stelle zu merken)

(4) Im **Versammlungsrecht** wegen der überragenden Bedeutung von Art. 8 I GG (Bsp.: Werden Polizeikosten wegen der Vollstreckung eines Versammlungsverbots in Rechnung gestellt, so muss auch die Rechtmäßigkeit des Verbots geprüft werden)

In allen diesen Fällen hat das Gericht nicht nur die **Wirksamkeit**, sondern auch die **Rechtmäßigkeit** der Grundverfügung zu prüfen.

**Tipp:** Klausuren in diesem Bereich sind häufig so konstruiert, dass die Rechtmäßigkeit der Grundverfügung letztlich doch zu prüfen ist. Es kommt dann darauf an, zunächst mal den Grundsatz zu benennen, wonach die Rechtmäßigkeit eigentlich *nicht* zu prüfen ist, und dann die Ausnahme vom Grundsatz herauszuarbeiten.

3. Es muss eine **Androhung** erfolgen; sie darf mit der Grundverfügung verbunden werden (**§ 49 I PolG i. V. m. § 20 I, II LVwVG**, für den unmittelbaren Zwang § 49 II i. V. m. § 52 PolG).

4. Das Zwangsmittel muss **festgesetzt** worden sein.

5. Es darf kein Vollstreckungshindernis vorliegen.

*Bsp.: Um gegen den Inhaber des immissionsträchtigen Betriebes I vorgehen zu können, muss die Polizei auf das Grundstück des G, auf dem der Betrieb liegt. Bevor entsprechende Verfügungen auf dem Grundstück vollstreckt werden können (z. B. Versiegelung), braucht die Polizei eine Duldungsverfügung gegen G. So lange diese fehlt, liegt ein Vollstreckungshindernis vor.*

6. **Verhältnismäßigkeit:** Bei der Anwendung ist streng der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. §§ 19 II, III LVwVG, 52 PolG).

**Beachte:** Von einzelnen Voraussetzungen (z. B. Unanfechtbarkeit der Grundverfügung, Androhung) kann nach **§ 21 LVwVG bei Gefahr im Verzug** (=hier: besondere Eilbedürftigkeit) **abgesehen** werden.

Für die Androhung gem. § 20 LVwVG gilt das Prüfungsschema entsprechend.

## Zwangsmittel

Zwangsmittel sind:

- Zwangsgeld (§ 49 I PolG i. V. m. § 23 LVwVG) bzw. Zwangshaft
- Ersatzvornahme (§ 49 I PolG i. V. m. § 25 LVwVG)
- Unmittelbarer Zwang (§ 49 II PolG i. v. m. §§ 50 ff. PolG)

**Wichtig:** Zwar sind sowohl die Androhung (§ 20 LVwVG) als auch die Zwangsmittel nach h. M. Verwaltungsakt (für die Ersatzvornahme streitig). Widerspruch und Anfechtungsklage haben aber im Vollstreckungsverfahren nach § 80 II S. 1 Nr. 3, II S. 2 VwGO **keine aufschiebende Wirkung**.

Anders ist es aber wieder beim **Kostenbescheid** für die Vollstreckungsmaßnahme. Dieser stellt weder eine Maßnahme „in der Verwaltungsvollstreckung“ i. S. v. § 12 LVwVG noch eine Anforderung öffentlicher Kosten nach § 80 II S. 1 Nr. 1 VwGO dar (Arg.: Keine Regelmäßigkeit der Erhebung), so dass der Widerspruch und die Anfechtungsklage gegen den Kostenbescheid aufschiebende Wirkung *haben!*

## V. Kostenbescheid

Nach **§ 31 I LVwVG** erhebt die Verwaltung für die in der Verwaltungsvollstreckung entstehenden Auslagen **Kosten**.

*Beispiel: Die Verwaltung erhebt von A Kosten für die Entfernung eines lecken Öltanks von einem Grundstück des A im Außenbereich.*

**Tipp:** Die Anfechtungsklage gegen den Kostenbescheid für eine polizeiliche Vollstreckungsmaßnahme stellt eine häufige Klausurkonstellation dar. Erwartet wird dann die in die Prüfung des Kostenbescheides *inzident* eingebaute Prüfung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme sowie unter Umständen – wenn eine der oben erwähnten Ausnahmen gegeben ist – auch der Grundverfügung.

**Aufbauschema** für die Prüfung eines Kostenbescheides für Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung:

### I. Ermächtigungsgrundlage

§ 31 LVwVG (Problem hier häufig: Abgrenzung zu § 8 II PolG, dazu siehe unten bei der „unmittelbaren Ausführung“).

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Zuständigkeit: Nach § 31 VI LVwVG i. V. m. § 4 LGebG i. d. R. die Behörde, die die Verwaltungsvollstreckung vorgenommen hat.

Verfahren und Form: Keine Besonderheiten

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Kostenbescheid ist rechtmäßig, wenn die Vollstreckungsmaßnahme rechtmäßig war und die weiteren Vorschriften über Grund und Höhe der Kostenforderung eingehalten wurden.

(1) Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme (Voraussetzungen siehe oben)

(2) Rechtmäßigkeit der Höhe der Kosten( i. d. R. nicht zu prüfen, wenn vom Sachverhalt nicht besonders problematisiert)

(3) Pflichtgemäße Ermessensausübung

(Zu untersuchen z. B. bei mehreren Störern auf der Sekundärebene die gerechte Kostenverteilung)

### VI. Unmittelbare Ausführung (§ 8 PolG)

Die unmittelbare Ausführung der Störungsbeseitigung nach § 8 PolG kommt zum tragen, wenn der Störer nach §§ 6, 7 PolG nicht erreichbar ist.

*Bsp.: Ein Pkw parkt die Garage eines Arztes zu, der dringend zu einem Patienten muss. Wenn der Pkw-Inhaber (=Störer) nicht erreichbar ist, schleppt die Polizei den Wagen selber ab oder versetzt ihn.*

**Abgrenzung der unmittelbaren Ausführung zur Ersatzvornahme gem. § 25 LVwVG:** Im Unterschied zur Ersatzvornahme fehlt es bei der unmittelbaren Ausführung an einer *vorausgegangenen Grundverfügung*. Die Ersatzvornahme wird zwangsweise *gegen* den Willen des Pflichtigen ausgeführt, die unmittelbare Ausführung liegt in der mangelnden Erreichbarkeit des Pflichtigen begründet und wird somit *ohne* dessen Willen ausgeführt.

Die **Rechtsnatur** der unmittelbaren Ausführung ist *streitig*:

(1) Nach einer Meinung hat die unmittelbare Ausführung VA-Charakter, da die Entscheidung zur Vornahme durch die Polizei die Setzung einer Rechtsfolge beinhaltet.

(2) Nach anderer Auffassung ist die unmittelbare Ausführung ein **Realakt**, da ein VA nach **§ 43 I VwVfG** eine *Bekanntgabe* voraussetzen würde, der Pflichtige bei der unmittelbaren Ausführung aber gerade nicht erreichbar ist. Die unmittelbare Ausführung sei auch **kein Zwangsmittel**, da ein entgegenstehender Wille des Pflichtigen gar nicht feststehe.

(3) Nach der Rspr. des VGH Mannheim ist die unmittelbare Ausführung zwar Realakt. Allerdings sei in der Benachrichtigung nach **§ 8 I S. 2 PolG** ein **feststellender VA** zu sehen. Denn hierin liege die Bekanntgabe i. S. v. § 43 I VwVfG.

**Beachte:** Die Frage, inwieweit die unmittelbare Ausführung VA-Charakter hat, hat Bedeutung zum einen für die Klageart (FFK oder allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO), zum anderen für die Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der unmittelbaren Ausführung im Rahmen einer späteren Klage gegen den Kostenbescheid nach § 8 II PolG: Soweit man der unmittelbaren Ausführung selbst oder der Benachrichtigung nach § 8 I S. 2 PolG VA-Charakter zuweist, kann diese zum Zeitpunkt der Kostenerhebung bereits in Bestandskraft erwachsen sein. Eine Überprüfung der unmittelbaren Ausführung auf ihre Rechtmäßigkeit wäre dann grundsätzlich ausgeschlossen.

### **Voraussetzungen der unmittelbaren Ausführung:**

- Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Ordnung
- der Störer (§§ 6, 7 PolG) ist nicht oder nicht rechtzeitig erreichbar

Rechtsfolge: Die Polizei kann die Maßnahme selbst vornehmen oder einen Dritten (z. B. Werk- oder Abschleppunternehmer) damit beauftragen.

Der Betroffene ist unverzüglich zu unterrichten (§ 8 I S. 2 PolG, s. o.).

Rechtsgrundlage für den auf eine unmittelbare Ausführung folgenden Kostenbescheid ist § 8 II PolG. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich, dass die unmittelbare Ausführung rechtmäßig war (zu den Ausnahmen s. o.).

## **F. Sonderfall: Das Abschleppen eines Pkw**

Beim Abschleppen eines verkehrswidrig geparkten Pkw handelt es sich um einen Klassiker des Polizeirechts, an dem sich viele typische Klausurprobleme beispielhaft verdeutlichen lassen. Im Folgenden werden daher einige Probleme des „Abschleppfalls“ gesondert dargestellt.

### **1. Ermächtigungsgrundlage**

→ **Sicherstellung (§ 32 PolG)** scheidet aus, da das Abschleppen und Verwahren des Pkw nicht dem Schutz des Eigentümers dient.

→ **Beschlagnahme (§ 33 PolG)** liegt ebenfalls nicht vor, da es nicht um Gewahrsamsentzug, sondern um die Beseitigung des verkehrswidrigen Zustandes geht

→ Nach **h. M.** ist also **entweder Ersatzvornahme (§ 49 I PolG i. V. m. § 25 LVwVG) oder unmittelbare Ausführung (§ 8 I PolG)** anzunehmen.

Entscheidend ist, von wo abgeschleppt wurde:

a) Geht es um ein **Halteverbot** oder eine **abgelaufene Parkuhr**, so ist hierin ein **VA in Form einer nutzungsbezogenen Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG)** zu sehen, der eine **Grundverfügung** darstellt. Das Abschleppen ist dann die **zwangsweise Durchführung** im Wege der **Ersatzvornahme** (§§ 49 I

PolG, 25 LVwVG). Das Verkehrszeichen ist auch **sofort vollziehbar**, da nach h. M. **§ 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO analog** anzuwenden ist (Verkehrszeichen quasi wie ein Polizist, der den Verkehr regelt).

*Bsp.: F parkt mit seinem Pkw an einer Stelle, wo StVO-Zeichen-283 das Parken und Halten verbietet. Dieses Schild ist als VA=Grundverfügung anzusehen. Wenn er abgeschleppt wird, handelt es sich um eine Ersatzvornahme nach § 49 I PolG i. V. m. § 25 LVwVG.*

b) Wird das Kfz „nur“ wegen Verkehrsgefährdung **ohne Verkehrszeichen** abgeschleppt, liegt mangels Grundverfügung eine **unmittelbare Ausführung (§ 8 PolG)** vor.

*Bsp.: T parkt mit seinem Fahrzeug an einer ungeschickten Stelle, so dass die Besucher eines Einkaufszentrums unzumutbar behindert werden (ohne dass an dieser Stelle ein Schild stehen würde). Wenn er abgeschleppt wird, ist dies eine unmittelbare Ausführung nach § 8 PolG, da eine Grundverfügung nicht ersichtlich ist.*

Unmittelbare Ausführung liegt auch gegenüber dem vom Fahrer verschiedenen **Halter** vor, der das betreffende Schild nie gesehen hat.

Kritisch ist der Fall, in dem das Schild erst aufgestellt wird, nachdem der Fahrer den Pkw geparkt hat.

*Bsp.: A ist Wochenend-Pendler und parkt sein Fahrzeug am Sonntagabend in einer Straße, wo das Parken erlaubt ist. Am Montag werden dort Schilder aufgestellt, wonach die Straße bis Donnerstag zu räumen ist, weil dann Bauarbeiten stattfinden sollen. Als das Auto des A am Donnerstag noch dasteht, wird es von der Polizei abgeschleppt.*

(1) Nach einer Meinung ist hier zwischen *äußerer* und *innerer* Wirksamkeit des Schildes zu unterscheiden. Zwar werde das Verkehrsschild äußerlich wirksam. Für die *innere* Wirksamkeit der Bekanntgabe i. S. v. § 43 I VwVfG auch dem Fahrer gegenüber sei jedoch erforderlich, dass dieser zumindest die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme habe. Dies sei hier nicht gegeben. Es liege somit gegenüber dem Fahrer keine wirksame Grundverfügung vor, so dass die Vorschrift des § 8 PolG (unmittelbare Ausführung) anzuwenden sei.

(2) Nach h. M. liegt auch hier eine wirksame Grundverfügung vor. §§ 39, 45 StVO seien insoweit Spezialvorschriften für die Bekanntgabe des Schildes als Allgemeinverfügung i. S. v. § 41 III S. 1 VwVfG, so dass das Schild mit dem Aufstellen allen Verkehrsteilnehmern als bekanntgemacht zu gelten habe. Eventuell auftretenden Ungerechtigkeiten (etwa wegen zu kurzer Frist) seien auf der Sekundärebene der gerechten Kostenverteilung zu lösen.

*Bsp.: Wie im obigen Fall, allerdings werden die Bauarbeiten erst einen Tag vorher durch Schilder angekündigt.*

**Wichtig:** Davon zu unterscheiden ist die Frage, wann die *Anfechtungsfrist* gegen ein Schild zu laufen beginnt, gegen das sich ein Pkw-Fahrer *direkt* zur Wehr setzen möchte. Nach der Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts beginnt diese erst dann, wenn der Fahrer das erste Mal die *konkrete* Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Dem stehe auch nicht entgegen, dass das Schild mit dem Aufstellen als bekanntgemacht gelte, denn es handele sich insoweit um eine „besondere Form“ der Bekanntmachung, die nicht zwingend die Frist der §§ 70, 58 VwGO in Gang setze.

## 2. Kostenbescheid

a) **Abschleppkosten:** Rechtsgrundlage hierfür ist entweder **§ 8 II PolG** (bei unmittelbarer Ausführung) oder **§ 49 I PolG i. V. m. §§ 25, 31 III LVwVG, 6, 8 VKO** (bei Ersatzvornahme).

b) **Standgeld:** Hierunter versteht man die **Verwahrungsgebühren** für das durch das Verschleppen auf einen amtlichen Verwehrplatz begründete **öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis** (Rechtsgrundlage hierfür: Landesgebührengesetz).

Die Polizei hat ein **Zurückbehaltungsrecht an dem Kfz** für die Abschleppkosten.

Das Zurückbehaltungsrecht der Polizei wurde insoweit durch die Polizeirechtsreform von 2008 ausdrücklich gesetzlich in **§ 83a PolG** geregelt. Der vorher bestehende Meinungsstreit, worauf das Zurückbehaltungsrecht zu stützen wäre (LGebO oder § 273 BGB analog), ist somit obsolet.

Die Inanspruchnahme für die Kosten steht grundsätzlich im Ermessen der Polizei. Streitig ist dies nur für Vollstreckung nach dem LVwVG. Zum Teil wird insoweit die Kostenfolge für zwingend gehalten. Nach anderer Meinung besteht auch hier auf der Sekundärebene ein Spielraum der Polizei zur Nichterhebung der Kosten in geeigneten Fällen, der sich schon aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Art. 2 I GG ergebe.

In jedem Fall ist eine Inanspruchnahme des Halters (sog. „Halterhaftung“) jedenfalls dann nicht ermessensfehlerhaft, wenn sich der Fahrer schwer ermitteln lässt.

## 3. Abschleppen durch einen Privatunternehmer

Häufig bedient sich die Polizei zum Abschleppen der Hilfe eines privaten Abschleppunternehmens. Dieser wird als **Verwaltungshelfer** hoheitlich tätig. Bei Beschädigungen des Pkw ist daher nach h. M. grundsätzlich ein **Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG)** gegeben.

## G. Sonderfall: Einweisung von Obdachlosen

Auch bei der Einweisung von mietrechtlich gekündigten Personen in eine Wohnung zur Vermeidung von Obdachlosigkeit handelt es sich um einen Klassiker des Polizeirechts, an dem sich viele typische Klausurprobleme verdeutlichen lassen. Auch dieser Fall soll daher im Folgenden kurz besprochen werden.

*Bsp.: Die M ist aus ihrer Wohnung wirksam gekündigt worden, es droht die Zwangsräumung. Da die M drei kleine Kinder hat und bereits ein Viertes erwartet, wird sie von der zuständigen Ordnungsbehörde durch Verfügung zur Vermeidung einer Obdachlosigkeit in dieser schwierigen Lage für sechs Monate in die Wohnung eingewiesen.*

**Zum Rechtsweg:** Der potenzielle Obdachlose geht mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung nach **§ 123 VwGO** vor (da es sich in der Hauptsache um eine Verpflichtungsklage handelt: die gewünschte Einweisung ist ein begünstigender VA). Subjektiv-öffentliches Recht i. S. v. § 42 II VwGO ist dabei die **polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 PolG)**. Schutzgut ist die Gesundheit des Einzuweisenden, die im Falle einer Obdachlosigkeit gefährdet wäre. Der Wohnungseigentümer ist im Verfahren nach § 65 II VwGO *beizuladen*.

**Rechtsgrundlage** für die Einweisung ist entweder **§ 33 PolG** (Beschlagnahme der Wohnung) oder die **§§ 1, 3 PolG** (Generalklausel). Für letzteres spricht, dass ein amtliches Verwahrungsverhältnis i. S. v. § 33 PolG eigentlich gerade nicht begründet wird, da die Wohnung ja im Besitz des Einzuweisenden verbleibt.

Der Wohnungseigentümer wird dabei als **Nichtstörer i. S. v. § 9 PolG** in Anspruch genommen, da er die Gefahr nicht (unmittelbar) verursacht hat: Mit seiner Kündigung hält er sich im Rahmen der Rechtsordnung. Er ist lediglich „Inhaber des Gegenmittels“, was aber für eine Störereigenschaft i. S. d. § 6 PolG nicht ausreicht.

Auch eine Zustandshaftung des Wohnungseigentümers nach § 7 PolG scheidet aus, da die Gefahr nicht von der Wohnung ausgeht.

Nach Ablauf der Einweisungsfrist hat der Wohnungseigentümer einen **Anspruch** auf Ausweisung aus der Wohnung. Dieser ergibt sich aus dem **Folgenbeseitigungsanspruch (FBA)**.

Bei der Prüfung des FBA ergeben sich dabei in diesem Fall typischerweise folgende in der Klausur zu erörternde Probleme:

(1) Die Rechtsgrundlage des FBA ist umstritten (vertreten wird: Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG), Abwehrfunktion der Grundrechte oder §§ 1004, 12, 861 BGB analog); nach allgemeiner Meinung ist der FBA aber jedenfalls als **Gewohnheitsrecht** anerkannt. Eine gesetzlich Regelung des FBA existiert jedoch nicht.

**Problematisch** ist im vorliegenden Fall daran, dass die Ausweisung aus der Wohnung als für den davon Betroffenen belastenden Eingriff nach dem Prinzip

vom Vorbehalt des Gesetzes eigentlich einer **gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage** bedarf.

Nach h. M. ist daher der Eingriff *gegenüber dem Auszuweisenden* auf §§ 1, 3 PolG zu stützen, wobei allerdings das Ermessen der Polizei durch die Folgenbeseitigungslast zugunsten des Wohnungseigentümers reduziert ist.

**Merke:** Das Problem kann sowohl schon bei der Rechtsgrundlage des FBA, als auch bei der Frage der *rechtlichen Möglichkeit der Folgenbeseitigung* diskutiert werden. Beide Wege sind in der Klausur gleichermaßen richtig.

(2) Die Rechtsbeeinträchtigung des Wohnungseigentümers ergibt sich aus **Art. 14 GG**, der sein Wohnungseigentum schützt.

(3) Das hoheitliche Handeln des Staates ist in der Beschlagnahme/Einweisung in die Wohnung zu sehen.

(4) **Rechtswidrigkeit der Folgen** ist zu bejahen, auch wenn die Einweisung zunächst rechtmäßig war. Mit Fristablauf hat sich die Einweisung nämlich erledigt und stellt keinen Rechtsgrund mehr dar (§ 43 II VwVfG). Die Behörde ist auch dann zur Folgenbeseitigung verpflichtet, wenn der Zustand zunächst rechtmäßig war, **dann aber rechtswidrig wurde** (h. M.: Beim FBA ist nicht auf die Rechtmäßigkeit des Handelns, sondern auf die Rechtswidrigkeit der *Folgen* abzustellen).

(5) **Rechtliche Möglichkeit der Folgenbeseitigung:** Problem ist, dass der FBA als Wohnheitsrecht keine gesetzliche Grundlage i. S. v. Art. 20 III GG für die Exmittierung abgeben kann (s. o.). Daher ist gegenüber dem Eingewiesenen nach **§§ 1, 3 PolG** vorzugehen, wobei der Ermessensspielraum der Polizei durch die gegenüber dem Eigentümer bestehende Folgenbeseitigungslast eingeschränkt ist (s. o.).

### **Sonderfall: Der Eingewiesene beschädigt die Wohnung**

→ Der **FBA** scheidet hier aus mangels **Unmittelbarkeit** der Beeinträchtigung (streitig allerdings für den Fall, dass der Eingewiesene nach einem vorherigen Rechtsstreit mit dem Eigentümer in die Wohnung eingewiesen wurde).

Zudem geht der FBA nur auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, nicht auf Naturalrestitution.

→ **§ 55 PolG** ist grundsätzlich **gegeben**, da der Wohnungseigentümer als Nichtstörer gem. § 9 PolG in Anspruch genommen wurde. Zu problematisieren ist aber auch hier jeweils die **Unmittelbarkeit** (§ 55 PolG: „durch die Maßnahme“), bei rechtswidriger Einweisung darüber hinaus, ob § 55 PolG auch hierauf im Wege des Erst-recht-Schlusses anzuwenden ist (h. M.).

**Beachte:** § 55 PolG geht nicht auf Schadensersatz, sondern nur auf eine „angemessene Entschädigung“.

→ **Enteignender/enteignungsgleicher Eingriff:** Insbesondere bei rechtmäßiger Einweisung ist die Beschädigung insoweit möglicherweise nur entschädigungslos hinzunehmende Sozialbindung.

→ Bei rechtswidriger Einweisung darüber hinaus möglicherweise noch **Amtshaftung gem. Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB**, soweit ein adäquater Kausalzusammenhang zu bejahen ist.

**Beachte:** Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1995, 2918) haftete die Behörde, die ihrer Pflicht zur Freimachung der Wohnung nicht *auf den Tag genau* nachkommt, für Mietzinsausfälle und Reinigungskosten aus Art. 34 i. V. m. § 839 BGB. Auch hierfür bestünde ein FBA.

## H. Überblick Versammlungsrecht

**Beachte:** Mit der Föderalismusreform von 2006 ist die Kompetenz für die Gesetzgebung im Bereich Versammlungsrecht auf die Länder übergegangen. Das alte VersG des Bundes gilt derzeit noch aufgrund von Art. 125a I GG fort, bis der Baden-Württembergische Landesgesetzgeber eine eigenständige Regelung trifft. Dies ist gegenwärtig (Stand: Juli 2011) noch nicht der Fall.

Das Versammlungsrecht ist allen Deutschen durch Art. 8 GG gewährleistet. Das Versammlungsgesetz (VersG) konkretisiert und beschränkt (vgl. Art. 8 II GG) diese Recht in einigen Punkten.

**Tipp:** Das Versammlungsrecht ist durch Art. 8 GG stark „grundrechtsgeprägt“. In der Klausur kommt es daher meistens darauf an, Maßnahmen nach dem Versammlungsgesetz daraufhin zu überprüfen, ob die entsprechenden Vorschriften des Versammlungsgesetzes „grundrechtskonform“ (d. h.: *grundrechtsfreundlich*) von der Behörde ausgelegt wurden.

Im Einzelnen sind folgende Vorschriften des VersG wichtig:

- Das VersG gewährleistet das Versammlungsrecht für **jedermann** (§ 1 VersG, beachte den Unterschied zu Art. 8 GG – dort nur Deutsche).
- §§ 2, 3 VersG beinhalten ein **Waffentragungs-, Störungs- und Uniformverbot**
- Für Versammlungen unter freiem Himmel besteht eine **Anmeldepflicht** (vgl. § 14 VersG; 48 Stunden vorher)

**Beachte:** § 14 VersG fordert ein *Anmelde-*, keine *Genehmigungspflicht* (häufiger Klausurfehler!). Will die Behörde eine Versammlung verbieten, muss sie nach der Anmeldung von sich aus aktiv werden (vgl. § 15 VersG).

Keiner Anmeldepflicht unterliegen **Spontandemonstrationen**. Kurzfristig einberufene sog. **Eilversammlungen** sind anzumelden, sobald die Möglichkeit dazu besteht.

*Bsp.: Ein bekannter Friedens-Politiker des Nahen Ostens ist ermordet worden. Der Verein „Shalom – Friede für den Nahen Osten“ möchte noch am selben Abend in der Innenstadt von S einen Protestzug veranstalten. In diesem Fall besteht keine Anmeldepflicht, bzw. die 48-Stunden-Frist ist entsprechend zu reduzieren.*

**Merke:** Die Anmeldung nach § 14 VersG hat sog. **Konzentrationswirkung**, d. h. sie ersetzt jede noch eventuell sonst nötige Anmeldung oder Genehmigung (z. B. keine Erlaubnispflicht wegen Sondernutzung nach § 16 II LStrG oder Genehmigung des Megaphons nach StVO). Das VersG ist insoweit *abschließend*.

Diese Konzentrationswirkung gibt es deshalb, weil eine Pflicht zur Genehmigung von einzelnen Aspekten der Versammlung bei verschiedenen Behörden für die Versammlungsleitung recht kompliziert werden könnte und sich damit versammlungsunfreundlich auswirken könnte.

**Wichtig:** Auch ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht rechtfertigt für sich allein genommen ohne sonstige Gefahren nicht die Auflösung der Versammlung durch die Polizei!

- Zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Ordnung kann eine Versammlung **verboten** oder **von Auflagen abhängig gemacht** werden (§ 15 VersG)

Zu beachten ist hier aufgrund von Art. 8 GG in besonderer Weise das Verhältnismäßigkeitsprinzip: Solange die von einer Versammlung ausgehenden Gefahren durch Auflagen bewältigt werden können (z. B. andere Route), darf diese nicht verboten werden.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es zudem im Hinblick auf die Grundrechte aus Art. 5 I, 8 I GG unzulässig, eine Versammlung unter Berufung auf die öffentliche Ordnung allein deswegen zu verbieten, weil die dort vertretenen Meinungen nicht mit den Sitten- und Moralvorstellungen in dem betreffenden Polizeibezirk übereinstimmen.

*Bsp.: In der Stadt S soll eine Versammlung der rechtsradikalen, aber nicht verbotenen N-Partei stattfinden. Bürgermeister B möchte die Versammlung gerne mit dem Argument verbieten, dass die Inhalte der N – was zutrifft – in keiner Weise mit den Sitten- und Moralvorstellungen der Bewohner von S in Einklang zu bringen sind und daher gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Solange aber sonstige Umstände nicht hinzutreten, ist ein solches Verbot nicht möglich, da der Begriff der öffentlichen Ordnung in § 15 I VersG im Hinblick auf Art. 5 I, 8 I GG grundrechtskonform ausgelegt werden muss.*

Das Verbot einer Versammlung unter Berufung auf die öffentliche Ordnung ist aber dann möglich, wenn sonstige Umstände hinzutreten, die der Versammlung ein moralwidriges Gepräge geben.

*Bsp.: Rechtsradikale Versammlung in einer KZ-Gedenkstätte. Rechtsradikale Versammlung am Holocaust-Gedenktag. Rechtsradikale Versammlung, die zum*

60. Jahrestag des Einmarsches in die Niederlande ein „Biwak“ an der holländischen Grenze einschließlich feierlicher Grenzüberschreitung am Nachmittag und Vereinigung mit niederländischen Rechtsradikalen plant.

Einen Sonderfall des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung enthält § 15 II VersG.

**Wichtig:** Die Vorschrift des § 15 II VersG ist zwar politisch erfreulich, da sie insbesondere das Holocaust-Memorial in Berlin vor rechtsradikalen Demonstrationen schützt, war aber im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit umstritten, da sie sich möglicherweise gegen eine *bestimmte* Meinung i. S. v. Art. 5 II GG richtet. Das BVerfG hat die Norm jedoch als verfassungskonform angesehen. Dennoch sollten Sie, soweit sich die Klausur um ein Verbot nach § 15 II VersG dreht, die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift kurz problematisieren.

- Versammlungen, die einen Verlauf nehmen, der gegen die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Ordnung verstößt, können **aufgelöst** werden (vgl. §§ 15 I, III VersG)

**Tipp:** Für den richtigen Klausuraufbau ist es wichtig, die Rechtstechnik der Auflösung einer Versammlung zu verstehen:

(1) Mit der **Auflösung** der Versammlung (*1. Verwaltungsakt*) wird die Versammlung rechtswidrig; der Schutz von Art. 8 I GG entfällt. Alle Teilnehmer haben sich gem. §§ 13 II, 18 I VersG sofort zu entfernen.

(2) Da Maßnahmen nach Auflösung nun wieder nach dem PolG ergehen, kommt, sofern sich die Teilnehmer nicht freiwillig entfernen, ein **Platzverweis** nach **§§ 1, 3 PolG** (*2. Verwaltungsakt*) in Betracht. Ein solcher ist auch notwendig, da die Versammlungsauflösung als solche *nicht vollstreckbar* ist. Der Platzverweis kann in der Form der **Allgemeinverfügung** (§ 35 S. 2 VwVfG) kollektiv gegenüber allen Teilnehmern erlassen werden, die sich nicht freiwillig entfernen („per Megaphon“).

(3) Der *Platzverweis* kann dann wiederum nach den Grundsätzen der §§ 49 ff. PolG sowie des LVwVG vollstreckt werden (i. d. R. unmittelbarer Zwang gem. §§ 50 ff. PolG, z. B. durch Wegtragen, Einsatz von Schlagstöcken oder Wasserwerfern). Hierfür können gem. §§ 49 I, 52 IV PolG i. V. m. § 31 I LVwVG hinterher auch Kosten erhoben werden.

**Tipp:** Die Inzidentprüfung der Rechtmäßigkeit einer Versammlungsauflösung im Rahmen der Klage eines Versammlungsteilnehmers gegen einen Kostenbescheid für Vollstreckungsmaßnahmen (Polizeieinsatz o. ä.) stellt eine häufige Klausurkonstellation dar!

- Zum Bannkreis vgl. **§ 16 VersG**

- Nach § 17a VersG besteht während Versammlungen ein **Vermummungsverbot**

- Ausnahmen vom VersG gibt es für **Gottesdienste, Prozessionen oder Begräbnisse** (vgl. § 17 VersG)

- §§ 12a, 19a setzten sich mit polizeilichen **Bild- und Tonaufnahmen** während Versammlungen auseinander.

**Wichtig:** Das Versammlungsgesetz stellt für **unmittelbare Eingriffe** in die Versammlung ein **lex specialis** (Spezialgesetz) dar. Während der Versammlung ist der Rückgriff auf andere Normen (z. B. Polizeirecht) dagegen grundsätzlich ausgeschlossen!

Eine Ausnahme hiervon wird gemacht für sog. „Minus-Maßnahmen“. Wenn bei einem Rechtsverstoß während einer Versammlung eine Maßnahme nach dem Polizeigesetz eine weniger (daher: „minus“) einschneidende Maßnahme als eine Auflösung nach dem Versammlungsgesetz bedeuten würde, so ist ausnahmsweise ein Rückgriff auf das Polizeirecht erlaubt, allerdings nur unter den engen Voraussetzungen des Versammlungsrechts (§ 15 VersG: *unmittelbare* Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung).

*Bsp.: Während einer an sich friedlich verlaufenden Versammlung entrollen zwei Teilnehmer ein Transparent, auf dem der Bürgermeister beleidigt wird. In diesem Fall ist die Beschlagnahme des Transparentes nach § 33 PolG ausnahmsweise zulässig, da das VersG keine Beschlagnahme-Vorschrift kennt und eine Auflösung der Versammlung nach § 15 III, I VersG nur wegen des einen Transparentes für die Versammlungsteilnehmer den wesentlich härteren Eingriff darstellen würde.*

Beachte in diesem Zusammenhang auch die Sonder-Ermächtigungsnorm des § 18 III VersG, der einen Ausschluss von Teilnehmern von der Versammlung ermöglicht.

**Wichtig:** Die Abschlusswirkung des VersG gilt nur *während* der Versammlung. Vorher (z. B. Kontrolle der Anreisenden) und hinterher (z. B. Platzverweis nach Beendigung der Versammlung) kann wieder auf das allgemeine Polizeirecht zurückgegriffen werden. Allerdings ist auch bei solchen polizeilichen Maßnahmen nach wie vor die Ausstrahlungswirkung des Art. 8 I GG zu beachten!

Zuständige Behörde für die Ausführung des Versammlungsrechts ist in Baden-Württemberg gem. § 1 I VersGZuVO (Dürig Nr. 69) grundsätzlich die Kreispolizeibehörde i. S. v. § 62 III PolG, also die jeweilige untere Verwaltungsbehörde nach § 15 LVG.

## I. Entschädigungsansprüche für polizeiliche Maßnahmen

Wer als **Nichtstörer gem. § 9 PolG** von der Polizei in Anspruch genommen wird, kann nach **§ 55 PolG** eine **angemessene Entschädigung** verlangen.

Bei der Bemessung sind gemäß § 55 I S. 2, 3 PolG alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere Art und Vorhersehbarkeit des Schadens und ob der Geschädigte oder sein Vermögen durch die Maßnahme der Polizei geschützt worden sind. Haben Umstände, die der Geschädigte zu vertreten hat, auf die Entstehung oder Erhöhung des Schadens eingewirkt, so hängt der Umfang des Ausgleichs insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem Geschädigten oder durch die Polizei verursacht worden ist.

Über den Entschädigungsanspruch entscheiden nach **§ 58 PolG** die ordentlichen Gerichte i. S. v. § 13 GVG (also nicht das Verwaltungsgericht – abdrängende Sonderzuweisung!).

**Wichtig** ist § 55 PolG vor allem, weil er noch auf zahlreiche andere Fälle einer Entschädigungspflicht **analog** angewendet wird:

- derjenige, der **rechtswidrig** als Nichtstörer in Anspruch genommen wurde, hat einen Anspruch aus § 55 PolG analog (h. M.; Argument: „Erst-recht-Schluss“ – wenn schon derjenige, der *rechtmäßig* als Nichtstörer in Anspruch genommen wird, einen Entschädigungsanspruch nach § 55 PolG hat, dann muss das erst recht für den *rechtswidrig* in Anspruch genommenen gelten)
- der **Anscheinstörer**, sofern ihm die Verursachung des Anscheins einer Gefahr *nicht zurechenbar* ist
- der **Verdachtsstörer**, sofern ihm die Verdachtsumstände *nicht zurechenbar* sind
- der **Unbeteiligte**, der ohne den Willen der Polizei „in Anspruch genommen“ wurde

*Bsp.: Bei einer Verfolgungsjagd trifft ein Querschläger aus einer Polizeipistole den unbeteiligten O.*