



Hochschule für  
Wirtschaft und Recht Berlin  
Berlin School of Economics and Law

Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

# Grundlagen des Eingriffsrechts zur Gefahrenabwehr

Hans-Peter von Stoephasius

Beiträge aus dem Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement  
Nr. 12/2014

Herausgeber: Dekan Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

**„Grundlagen des Eingriffsrechts  
zur Gefahrenabwehr“**

von

**Prof. Dr. von Stoephasius, H.-Peter  
Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin**

**Bearbeitung 2014**

## Inhaltsverzeichnis

### 1. Teil: Einführung

#### I. Zum vorliegenden Skriptum

1. Aufgabenstellung
2. Polizeirecht/Eingriffsrecht
3. Unterschiede zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung
  - a) Zweckrichtung
  - b) Gegenstand der Tätigkeit
  - c) Rechts-Charakter
  - d) Gesetzgebungskompetenz
  - e) Polizei-Organisation

#### II. Geschichtlicher Überblick

1. Der frühere „Polizeibegriff“
  - a) „Policey“ als verfaßte Ordnung eines Gemeinwesens
  - b) Der absolutistische „Polizey“-Begriff
  - c) Die Zeit der „Aufklärung“
  - d) Das Kreuzberg-Urteil von 1882
  - e) Der „materielle“ Polizeibegriff (Jahrhundertwende)
2. Die Zeit von 1933 - 1945
3. Die Entwicklung seit 1945
4. Das ASOG von 1992

#### III. Die „Doppelfunktion“ der Polizei

1. Gemengelage/doppelfunktionale Maßnahmen
2. Ermessensspielraum / Legalitätsprinzip
3. Keine Vorrangstellung
4. Grundrechtsbindung für Eingriffe
  - a) Norm- und Schutzbereich
  - b) Schranken der Grundrechtsausübung
  - c) Schranken-Schranken
  - d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit / Übermaßverbot

#### IV. Bearbeitungshinweise

1. Prüfungsumfang
2. Methodik
  - a) Normenlehre

- b) Die (juristische) Methodik
- c) Gutachten-Stil

## **2. Teil: Grundlagen des Eingriffsrechts zur Gefahrenabwehr (ER-POR)**

### **I. Aufgabe der Gefahrenabwehr**

1. Schutz der „öffentlichen Sicherheit“
  - a) Individuelle Schutzgüter
  - b) Unverletzlichkeit der Rechtsordnung
  - c) Bestand des Staates und seiner Einrichtungen
2. Schutzgut „öffentliche Ordnung“
  - a) Frühere Bedeutung
  - b) Schwierigkeiten und Bedenken
  - c) Rechtsprechung
  - d) Neuere Entwicklung
3. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG
  - a) § 1 Abs.1 ASOG (Grundsätzliche Aufgabenzuweisung)
  - b) § 1 Abs.2 ASOG
  - c) § 1 Abs.3 ASOG (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)
    - (1) Klassische Gefahrenabwehr
    - (2) Gefahrenvorsorge
    - (3) Bedrohung des Rechtsstaats
  - d) § 1 Abs.4 ASOG (Schutz privater Rechte)
  - e) § 1 Abs.5 ASOG (Vollzugshilfe)

### **II. Träger der Gefahrenabwehr**

1. Bundeseigene Verwaltung
2. Landesverwaltung
  - a) Besonderes Bundesrecht
  - b) Besonderes Landesrecht
  - c) Allgemeines Landesrecht
3. Handlungsformen zur Gefahrenabwehr
  - a) Besonderes POR
    - (1) Verordnungen
    - (2) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
    - (3) Verfügung zur Gefahrenabwehr

- b) Allgemeines POR
- c) Schlicht hoheitliches Handeln
- d) Eigenhandlung

### III. Die Ermächtigungsgrundlagen

1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
2. Vorrang spezieller Ermächtigungen
3. Die Bedeutung der Generalklausel
4. Praktische Hinweise
  - a) Auswahl der Ermächtigung
  - b) Prüfungsschema

### IV. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Die Zuständigkeit der Polizei (sachlich)
  - a) Unaufschiebbare Maßnahmen
  - b) Polizei als Sonderordnungsbehörde
  - c) Spezielle Regelungen der Zuständigkeit
    - (1) im Besonderen POR
    - (2) Spezielle Zuständigkeit in Standardmaßnahmen
    - (3) Praktischer Hinweis
  - d) Besondere Regelungen der Zuständigkeit
    - (1) Schutz privatrechtlicher Ansprüche
    - (2) vorbeugende Bekämpfung von Straftaten
  - e) Amtshilfe
2. Funktionale Zuständigkeit
3. Anmerkung zur örtlichen Zuständigkeit
4. Praktische Hinweise
5. Anwendung des VerwaltungsverfahrenG
  - a) Definition des Verwaltungsaktes
  - b) POR-Maßnahmen
  - c) Maßgebliche Verfahrensvorschriften
  - d) Anhörung
6. Besondere Durchführungsvorschriften

### V. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestands-Merkmale der ErmG

- a) Grundsätzliche Definition der „Gefahr“
  - b) Qualifizierte Gefahrenlagen
  - c) Anscheinsgefahr
  - d) Gefahrenverdacht
  - e) Spezielle Regelungen der Gefahr
  - f) Weitere Tatbestands-Merkmale
2. Rechtsfolge: Entschließungsermessen
- a) Definition
  - b) Reduzierung
3. Verantwortlichkeit des Adressaten (Polizeipflicht)
- a) Verantwortlichkeit für Verhalten, § 13 ASOG
  - b) Verantwortlichkeit für Zustand, § 14 ASOG
  - c) Unmittelbare Verursachung
  - d) Auswahlermessen
    - (1) Ermittlungspflicht
    - (2) Effektivität und Verhältnismäßigkeit
  - e) Inanspruchnahme von anderen Personen, § 16 ASOG
  - f) Unmittelbare Ausführung, § 15 ASOG
5. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- a) Eignung der Maßnahme
  - b) Erforderlichkeit
  - c) Angemessenheit
  - d) Möglichkeit einer Maßnahme
  - e) Spezielle Regelungen
5. Ermessensausübung / Ermessensfehler
- a) Ermessensüberschreitung
  - b) Ermessens Fehlgebrauch
  - c) Weitere Ermessensfehler

## VI. Aufbau- und Prüfungsschema der (Polizeiverfügung)

- 1. Konzept
- 2. Prüfungsschema

## VII. Anhang

## **Literaturverzeichnis**

- Alpmann/Schmidt  
(BearbeiterMüller)  
Baller/Eiffler/Tschisch  
Benfer, Jost  
Berg/Knape/Kiworr  
Drews/Wacke/Vogel/Martens  
Götz, Volkmar  
Gornig/Jahn  
Gusy, Christoph  
Habermehl, K.  
Huppertz, Bernd  
Karlsruher Kommentar  
Katz, Alfred  
Keller, Christoph  
Kleinknecht/Meyer-Goßner  
KMR  
Knemeyer, Franz-Ludwig  
Kopp, Ferdinand  
Lisken/Denninger  
Löwe/Rosenberg (Bearbeiter)  
Morié/Murck/Schulte (Hrsg.)  
Mussmann, Eike  
Pfeiffer, Gerd  
Pieroth/Schlink/Kniesel  
Prümm/Thieß  
Prümm/Sigrist  
Steiner-Schenke  
Volkman, Uwe  
Wagner, Heinz  
Wolff/Bachof
- StPO, Grundzüge des Strafverfahrensrechts,  
10.Auflage,2002 (A/S-Müller)  
ASOG Berlin, Kommentar, 1.Aufl. 2004  
Eingriffsrechte, 1997  
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht,  
12.Aufl. 1995  
Gefahrenabwehr, 9.Aufl., 1986  
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht,  
12.Aufl., 1995  
Sicherheits- und Polizeirecht, fälle mit  
Lösungen, 1994  
Polizeirecht, 4.Aufl., 2000  
Polizei- und Ordnungsrecht, 2.Aufl., 1993  
Halten, Parken, Abschleppen, 1996  
Strafprozeßordnung, 4.Aufl., 1999 (KK-  
Bearbeiter)  
Staatsrecht, 15.Aufl., 2002  
Eingriffsrecht in Nordrhein-Westfalen, 1997  
Strafprozeßordnung, Kommentar, 44.Aufl.,  
1999  
Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7.Aufl.,  
1991  
Polizei- und Ordnungsrecht, 6.Aufl., 1995  
Verwaltungsverfahrensgesetz, 6.Aufl., 1996  
Handbuch des Polizeirechts, 3.Aufl., 2001  
Die Strafprozeßordnung u.das GVG,  
24.Aufl.,1984  
Auf dem Weg zu einer europäischen Polizei,  
1992  
Allgemeines Polizeirecht in Baden-  
Württemberg, 4.Aufl., 1994  
Strafprozeßordnung, 3.Aufl.,2001  
Polizei- und Ordnungsrecht, 2002  
Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht -  
Fälle mit Lösungen, 1993  
Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht,  
2.Aufl., 2003  
Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes  
Verwaltungsrecht, Hrsg.Steiner, 4.Aufl.1992  
Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ  
2009 S. 216 - 222  
Kommentar zum Polizeigesetz von NRW und  
zum ME eines einheitl. Polizeigesetzes, 1987  
Verwaltungsrecht I, 1974, und III, 1978

### **Abkürzungen**

- ALR  
„apf“  
A/S
- (preußisches) Allgemeines Landrecht  
„Ausbildung-Prüfung-Fortbildung“,  
Landesbeilage Berlin (Zeitschrift)  
Alpmann/Schmidt (s.LitVerz.)

ASOG	(Berliner) Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung
BVerwGE	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungssammlung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
ErmG	Ermächtigungsgrundlage
GdV	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GewArchiv	GewerbArchiv
HWR	Hochschule für Wirtschaft und Recht (Berlin)
IdF	Identitätsfeststellung
JABl.	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KK	Karlsruher Kommentar (s.LitVerz)
LBG	Landesamtengesetz
L/R	Löwe/Rosenberg (s.LitVerz)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neuer Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ- Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrOVG	Preußisches OVG
RiS	(Grund-) Recht auf informationelle Selbstbestimmung
RiStBV	Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Der Strafverteidiger
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung, Entscheidungssammlung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof

## **1. Teil: Einführung**

### **I. Zum vorliegenden Skriptum**



## **1. Aufgabenstellung**

Mit diesem Skriptum soll der Polizeivollzugsbeamte des Gehobenen Dienstes eine Grundlage im „Polizeirecht“ für die praktische Ausbildung an der HWR erhalten.

Zunächst: Was soll das heißen - ein **praktisch ausgebildeter** Polizist?

Sicher nicht gemeint ist der „Praktiker“, der über viel und (zeitlich) lange Erfahrung in der Praxis verfügt. Sondern einer, der methodisch das praktische „Handwerk“ mit entsprechenden Instrumenten (Handwerkszeug) erlernt hat!

Was aber heißt dann „praktisches Handwerk“ (und Handwerkszeug)? Soll es reduziert sein auf das, was praktisch sinnvoll ist oder dafür „von oben“ gehalten wird? Zielt es ab auf einen Absolventen, der in erster Linie weiß, wie bestimmte Formulare auszufüllen sind und nur damit Ermittlungen in Gang gesetzt und begleitet werden? Oder auf einen, der zwar an Beispielen „aus der Praxis“ geschult wird, aber eben nur beispielhaft für eine auch in den Grundlagen breiter und weiter angelegte Ausbildung? Ist das Ziel also ein Absolvent, der in die Lage versetzt wird, auf Grund der praktischen Schulung die Umstände eines „neuen“ tatsächlichen Falles zu erfassen und diesen Einzelfall auch zu entscheiden, und der sich weiter in der Lage sieht, die **Verantwortung** dafür zu übernehmen und seine Entscheidung dem betroffenen Adressaten (Bürger) verständlich werden zu lassen?

Die Fragestellung beantwortet sich wohl von selbst.

Natürlich schließt die beabsichtigte Art der Ausbildung das grundsätzliche Problem nicht völlig aus; polizeiliches Handeln ist mit **Eingriffen** in Rechtspositionen von Bürgern verbunden, diese werden reglementiert, kontrolliert und auch der Bestrafung zugeführt:

- Es wird immer die einen geben, die „im Zweifel“ alle Eingriffsmöglichkeiten des Staates durchsetzen wollen und sollen („im Zweifel“ heißt dabei auch gegen oder, besser gesagt, unter Nichtachtung der Rechte von Betroffenen);
- und es wird die anderen geben, die „im Zweifel“ eher Abstand nehmen und eine zweifelhafte Rechtslage nicht durchzusetzen versuchen (auch insoweit gibt es natürlich eine „Kehrseite“: Wird der Bürger im ersten Fall vom Machtanspruch des Staates zu sehr getroffen, so ist er hier von einem u.U. zu geringen Schutz durch den Staat betroffen).

**Ein nicht auflösbares Dilemma!**

Dabei kommt es jedoch genau darauf an, dass der betroffene Bürger keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns hat: „Gerät die Polizei in den Ruf, ihre Befugnisse einseitig auszulegen und anzuwenden, so untergräbt dies nicht nur ihre moralische Position, sondern auch ihre Effektivität“ (Morié, u.a., S.11).

Solche negativen Auswirkungen können jedoch eingedämmt werden: **Bessere Ausbildung und Schulung schaffen größere Klarheit und Sicherheit!** - und beseitigen den „Zweifel“ auch im Einzelfall. Dessen Lösung ist abhängig vom Kenntnisstand jedes handelnden Polizeibeamten - und das nicht nur auf der Leitungs- und Führungsebene (vgl. Liv Jaeckel, Gefahrenabwehrrecht und Risikomanagement, 2010, S. 104).

Das Plädoyer kann also nur lauten:

Für eine möglichst umfassende Ausbildung, methodisch an der Praxis ausgerichtet, aber nicht von ihr dominiert: Wer sich auf das „Machbare“ (die Praxis) reduziert, reduziert immer mehr das Machbare (um ein bekanntes Wort abzuwandeln). Es kann also nicht darum gehen, sämtliche Verhaltensregeln in Vorschriften und Richtlinien genauestens vorzuschreiben unter dem Motto: Dann wird das eben immer so gemacht! Sondern es geht darum, den Studierenden die breiteste Möglichkeit zu schaffen, nicht einfach nur die „richtige“ Entscheidung zu treffen, sondern eine, für die er auch die **Verantwortung übernehmen** kann - als guter Praktiker und nicht als Hasardeur! Es geht auch nicht darum, jeden Polizeibeamten zum Juristen zu machen; notwendig bleibt die Vermittlung von Rechtskenntnissen, so weit wie möglich.

Also: Dieses Skriptum soll Grundlage und Anleitung sein für den Polizeibeamten, für den Bereich der Gefahrenabwehr gleichgelagerte Fälle zu erkennen und für diese eine entsprechende, das heißt den Unterschied dann berücksichtigende Lösung zu finden.

## **2. Polizeirecht/Eingriffsrecht**

Gemeinhin kann man schon einmal folgende Unterscheidung hören: Die **Schutzpolizei** hat gefahrenabwehrende Aufgaben zu erfüllen, die **Kriminalpolizei** dagegen hat Straftaten zu verfolgen; das eine betrifft die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, d.h. den Schutz von

„Sicherheitsgütern“ der Gemeinschaft und der Bürger vor Schädigung (s. 2. Teil I.1.), also den bislang so genannten Bereich des „Polizei- und Ordnungsrechts“ (POR, hauptsächlich in Anwendung des ASOG), die Verfolgung von Straftaten (und Ordnungswidrigkeiten) geschieht wiederum nur in Anwendung der StPO. Die Unterscheidung und Abgrenzung läßt sich aber in der Praxis so nicht durchhalten; schon deswegen, weil es sich in beiden Fällen um **Eingriffe** von Polizeibeamten handelt. Diese Praxis wäre vielmehr Anlass genug, beide Bereiche und ihre Eingriffsermächtigungen einheitlich zum **„Polizeirecht“** zusammenzufassen, das von allen Polizeibeamten anzuwenden ist (ohne jedoch die Bereiche vermischen zu wollen; vgl. aber U. Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009 S. 216). Dem formellen Begriff der Polizei entspräche insoweit der (formelle) Begriff des Polizeirechts: als Inbegriff der Rechtsnormen, welche die **Polizeivollzugskräfte** zum Handeln berechtigen und verpflichten (vgl. Gusy, 4. Aufl. Rn.9). Weder das ASOG noch die StPO treffen eine Unterscheidung nach Schutzpolizei und Kriminalpolizei (auch nicht § 152 GVG); ebenso spricht das LBG (in der Fassung des Dienstrechtsänderungsgesetzes vom 19.3.2009) nur einheitlich von Polizeivollzugskräften, zu denen Schutz- und Kriminalpolizei sowie der Gewerbeaussendienst nach § 100 LBG gehören). Entscheidend ist, dass mit Anwendung des POR genauso in die **Grundrechte von Bürgern** eingegriffen wird wie mit der StPO zur Strafverfolgung.

Genau genommen erfüllt letztlich auch die Strafverfolgung einen gefahrenabwehrenden Zweck, wenn strafprozessuale Ermittlungen nach Begehung einer Straftat erfolgen - soll doch so verhindert werden, dass der Staat /die Gemeinschaft Schaden leidet, wenn der Strafanspruch nicht verfolgt und durchgesetzt wird (weit gefasster Begriff der Prävention). Vollends deutlich wird der gefahrenabwehrende Zweck bei der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten (siehe auch zur geschichtlichen Entwicklung, unten II.). Immerhin ist jetzt die Trennung abgemildert, als nunmehr in der Ausbildung einheitlich vom „Eingriffsrecht“ gesprochen wird mit dem jeweiligen Zusatz „POR“ bzw. „StPO“. Der Einheitlichkeit des Eingriffsrechts entspricht die nachhaltige Betonung, daß **jeder** Polizeibeamte immer und **zu jedem Zeitpunkt** sowohl strafverfolgend wie gefahrenabwehrend vorzugehen hat. Das gilt für den Schutzpolizisten genauso wie für den Kriminalpolizisten - und unabhängig von der Möglichkeit einer

jeweils weiteren Spezialisierung im Verkehrsdienst oder in der versierten Kriminalitätsbekämpfung: Im täglichen „Geschäft“ sind regelmäßig begleitende Konflikte zu bereinigen, also Gefahren abzuwehren. Jeder Polizeibeamte hat also stets **beide Eingriffs-Funktionen** auszuüben, gleichgewichtig und nebeneinander (BVerwGE 47 S.255/264; siehe zur „**Doppelfunktion**“, unten III.) und grundsätzlich ohne Vorrang eines Bereiches, sondern in Ergänzung der einen wie der anderen Tätigkeit (für die allerdings eine weitere Spezialisierung des Beamten gegeben sein kann, ohne dass die Beachtung des jeweils anderen Bereiches aber dadurch entfällt).

### 3. Unterschiede zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

	<u>zur Gefahrenabwehr (POR)</u>	<u>zur Strafverfolgung (StPO)</u>
<b><u>Zweckrichtung</u></b>	<b>Prävention</b>	<b>Repression</b>
<b><u>Gegenstand</u></b>	<b>Sachverhalt: Gefahr</b>	<b>Personenbezogen: Täter</b>
<b><u>Rechtscharakter</u></b>	<b>Verwaltungsakt (VA), Polizei = Verwbehörde Rechtsweg: § 40 VwGO (VerwGerichtsbarkeit)</b>	<b>Justiz-VA Polizei = Justizbehörde Rechtsweg: § 23 f EGGVG (ordentl. Gerichtsbarkeit)</b>
<b><u>Gesetzgebungskompetenz</u></b>	<b>Land, Art.70 GG (s.auch Art.83 GG)</b>	<b>Bund, Art.74 Nr.1 GG („gerichtliches Verfahren“)</b>
<b><u>Handlungsprinzip</u></b>	<b>Opportunität (Ermessen)</b>	<b>Legalität, § 152 Abs.2 iVm. § 163 StPO</b>
<b><u>GR-Bindung</u></b>	<b>Kein Unterschied</b>	<b>Kein Unterschied</b>
<b><u>GdV</u></b>	<b>Kein Unterschied</b>	<b>Kein Unterschied</b>

#### a) Zweckrichtung

Unabhängig von der Gemeinsamkeit ihrer doppelfunktionalen Anwendung durch jeden Polizeibeamten gibt es natürlich Unterschiede zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung - schon von der **Zweckrichtung** her:

- Maßnahmen in Anwendung der StPO sind **repressiv**, das heißt, sie sollen nach (bereits) eingetretener Verletzung der Rechtsordnung (Straftat,

Ordnungswidrigkeit) greifen und der Aufklärung dieser Störung des Rechtsfriedens dienen;

- Maßnahmen in Anwendung des POR verfolgen den **präventiven** Zweck, das heißt, sie sollen verhindern, dass die Störung oder Gefahr für die öffentliche Sicherheit überhaupt eintritt oder als Störung des Rechtsfriedens weiter andauert.

Es ist ohne weiteres zu erkennen, dass sich beide Bereiche nicht nur ergänzen können, sondern müssen: **Möglichst rechtzeitige Gefahrenabwehr und notfalls die entsprechende (Straf-) Sanktion!**

### **b) Gegenstand der Tätigkeit**

Daraus folgt auch ein weiterer Unterschied zum „**Gegenstand**“ der Tätigkeit:

- Die Maßnahmen der StPO verfolgen das Ziel, die Strafbarkeit von Personen, regelmäßig einer bestimmten Person zu beweisen, die Aufklärung einer Straftat erfolgt also nie neutral, sondern immer **täterbezogen**: Wo kein Täter vorhanden ist, besteht auch kein Strafanspruch des Staates, der aufgeklärt und bis zur Verurteilung durchzusetzen wäre. („Keine Taten ohne Täter!“)
- Anders sind die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu beurteilen: Sie erfolgen sozusagen „**tatbezogen**“ und grundsätzlich unabhängig von der Frage, wer die Gefahr verschuldet hat; die Gefahr als solche ist aufzuklären und insoweit abzuwehren (u.U. auch mit eigenen polizeilichen Kräften, wenn die Verursacher der Gefahr nicht herangezogen werden können).

### **c) Rechts-Charakter**

Ein dritter Unterschied besteht im **Rechtscharakter** der jeweiligen Maßnahmen. Eingriffe auf der Grundlage der StPO sind **Rechtsakte der Justiz** und mit den dort vorgesehenen Rechtsmitteln anzugreifen (Strafprozessrecht; Polizei ist insoweit „Justizbehörde“, s. BVerwG DÖV 1975 S.275; Rechtsschutz auf dem ordentlichen Rechtsweg, idR Amts- oder Landgericht; §§ 23 ff EGGVG); Maßnahmen im Bereich des POR sind dagegen Rechtsakte einer Verwaltungsbehörde, also im Einzelfall **Verwaltungsakte bzw. Verwaltungsrealakte**, (s. im 2.Teil IV.5.b) die an verwaltungsrechtlichen Erfordernissen gemessen werden und deren Durchsetzung oder Anfechtung dem

Verwaltungsrechtsweg unterliegen (§ 40 Abs.1 VwGO; mit Ausnahmen z.B. in §§ 31, 37 ASOG: Zuständigkeit des Amtsgerichts).

#### **d) Gesetzgebungskompetenz**

Der Unterschied zeigt sich ferner bei der verschiedenen Herkunft der rechtlichen Grundlagen, also der maßgeblichen Aufgaben- und Befugnisnormen, denn sie beruhen auf unterschiedlicher, dem föderalen Staatsaufbau entsprechenden

#### **Gesetzgebungskompetenz:**

Die StPO ist **Bundesrecht**; das strafprozessuale (repressive) Ermittlungsverfahren ist Teil des „gerichtlichen“ Verfahrens - als Vorverfahren zusammen mit dem Zwischen- und Hauptverfahren (vgl. die StPO selbst) - und fällt damit in die (konkurrierende) Gesetzgebungsbefugnis des Bundes, Art. 74 Nr.1 GG; dessen Regelung umfasst dann auch die Tätigkeit der damit zusammenhängenden Ermittlungsorgane: Richter, Staatsanwalt und Polizei, soweit es um die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten geht, also in allen Fällen mit tatsächlichen Anhaltspunkten für den Verdacht auf strafbare Handlungen (§ 163 iVm § 152 Abs.2 StPO).

Das ASOG ist **Landesrecht**; die präventive Abwehr von Gefahren unterliegt grundsätzlich der Regelungs- und Gesetzgebungskompetenz der Länder, Art. 70 GG, auch was die Verhinderung und vorbeugende Bekämpfung von Straftaten betrifft, da eine solche Befugnis dem Bund vom GG nicht zugewiesen wird, jedenfalls nicht grundsätzlich (zu den weitgehenden „Ausnahmen“ siehe im 2. Teil „Eingriffsrecht-POR“ und bei Götz, Rn.41 ff). In der Bundesrepublik steht jedenfalls die grundsätzliche Regelungskompetenz den Bundesländern zu, Art. 30 und 70 GG, soweit dem Bund vom GG keine spezielle Zuständigkeit - wie im Fall der StPO - zugewiesen wurde (zur ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung, Art.70 ff GG; s. dazu Götz, Rn.41 ff; Mussmann, Rn.21 ff; s. auch den Versuch einer Rechtsvereinheitlichung der InnenMinisterKonferenz mit dem „Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder“ von 1977).

#### **e) Polizei-Organisation**

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Bereiche ist schließlich in die **Organisation der „Polizei“** hineingetragen worden (was historische Gründe hat,

s. unten II.). Einerseits ist sie also **Verwaltungsbehörde** (Exekutivorgan) mit dem Auftrag, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren; andererseits nimmt sie die Aufgabe der Strafverfolgung wahr als Ausführungsorgan der Staatsanwaltschaft (**Justizbehörde**), s. § 161 und § 163 StPO; tatsächlich werden in diesem Bereich auch ausdrücklich immer mehr Schutzpolizeibeamte eingesetzt, ein Erfordernis der Bekämpfung der Kriminalität zumal in Großstädten wie in Berlin und außerdem eine Folge der „zweigeteilten“ Laufbahn mit nur noch zwei Laufbahngruppen; andererseits nimmt auch das Landeskriminalamt ausdrücklich präventive Aufgaben wahr wie z.B. die Gewerbeaufsicht (vgl. Nr.23 Abs.7 ZustKatOrd zum ASOG) und als Versammlungsbehörde (Nr.23 Abs.3).

Der unterschiedlichen Organisation entsprechen allerdings auch eine unterschiedliche **Fachaufsicht** (Innen- bzw. Justizressort) sowie unterschiedliche Weisungsrechte (s. zum Eingriffsrecht-StPO). In beiden Fällen bleibt die „Polizei“ institutionell (organisatorisch) Polizeivollzugsbehörde (Vollzugspolizei), nur die Maßnahmen haben funktionell unterschiedliche Auswirkungen. Man spricht auch vom „formellen“ Polizeibegriff, wenn alle Aufgaben umschrieben werden sollen, die von der Vollzugspolizei wahrgenommen werden (also inklusive Gefahrenabwehr und Strafverfolgung). Mit dem „materiellen“ Polizeibegriff werden dagegen die Aufgaben zur Gefahrenabwehr bezeichnet - und das trifft nicht nur auf die Vollzugspolizei zu, sondern ebenso auf die **allgemeinen Ordnungs- und Fachbehörden**: soweit alle diese Behörden gefahrenabwehrende Aufgaben verfolgen, üben sie materielle „Polizeigewalt“ aus. Im ASOG wird der Begriff „Polizei“ nur formell und institutionell gebraucht, konsequent heißt es dann auch: „Polizei- und Ordnungsrecht“ nach den formellen Trägern der (materiellen) Abwehraufgabe. Warum es darauf ankommt und wie es dazu gekommen ist, soll ein geschichtlicher Überblick zeigen, eigentlich die Geschichte einer permanenten „Reduzierung“ (Stichwort: Entpolizeilichung)!

**Merke:**

Institutioneller Polizeibegriff = Vollzugspolizei als Behörde (Institution)  
Formeller Polizeibegriff = sämtliche Aufgaben der Polizeibehörde  
(Strafverfolgung und Gefahrenabwehr)

Materieller Polizeibegriff	= alle Aufgaben der Gefahrenabwehr (sowohl für die Polizeivollzugsbehörde als auch die Ordnungs- und Fachbehörden)
----------------------------	--

## **II. Geschichtlicher Überblick**

### **1. Der frühere „Polizeibegriff“**

#### **a) „Policey“ als verfasste Ordnung eines Gemeinwesens**

Erst vor etwa 500 Jahren wurde damit begonnen, Faustrecht und Fehde (Selbsthilfe), damals auch ein Zeichen der Selbständigkeit, abzuschaffen zugunsten einer Sicherheit, für den eine größere Organisations- und Gemeinschaftsform nunmehr Sorge tragen sollte: Städte und Fürstentümer (1495 auf dem Reichstag zu Worms wurde der „**ewige Landfrieden**“ beschlossen). Schon im 12. Jahrhundert hatte die entscheidende Wende eingesetzt, insbesondere getragen von den **Städten** als den neuen wirtschaftlichen und geistigen Mittelpunkten; diese wurden verwaltet von einem Rat mit entsprechendem Stadtrecht und der „Policey“, womit die **gesamte Ordnung** gemeint war, welche es zu verwalten galt. Die Grundlage dafür bildet der Text der „politeia“ des Aristoteles mit seiner Schilderung der Verfassung des antiken Stadtgebildes, der griechischen „polis“.

Auch in den ländlichen Gebieten der **Landesfürsten** bildeten sich schließlich ähnlich feste Herrschaftsordnungen, die fortan den Schutz der Bewohner und damit den wirtschaftlichen Aufschwung gewährleisten konnten: **Der „Staat“ als Gemeinwesen war geschaffen** (auch wenn seine „Souveränität“ dann erst im 17. Jahrhundert endgültig bestätigt wurde):

<b>Der Staat verspricht Frieden nach innen und außen und erhält dafür das Monopol rechtmäßiger Gewaltanwendung.</b>
---

Bei diesem Beginn steht der Begriff „Policey“ also für die „gute“ Verfassung des Gemeinwesens; die Ordnung umfasste alle Zwecke und Ziele, mithin auch jede Daseinsvorsorge und Wohlfahrtspflege (die allgemeine „Glückseligkeit“ als Programm). Eine erste „polizeiliche“ Regelung ist die bischöfliche Vorschrift für



die Stadt Würzburg von 1476; vgl. auch die Reichspolizeiordnungen aus den Jahren 1530, 1548 und 1577 oder die gleichzeitigen, verschiedensten Landespolizeiordnungen. Ein Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht wurde nicht gemacht, so enthielten die Verordnungen Regelungen zum Wirtschaftsverkehr und zur Berufsausübung, aber auch gegen den „Luxus“(!), zur Religion, zur Sittlichkeit, zum Vertragwesen sowie zum Vormundschafts-, Liegenschafts- und Erbrecht.

### **b) Der absolutistische „Polizey“-Begriff**

Im Laufe des 17. Jahrhunderts nehmen verstärkt die Fürsten Aufbau und Lenkung der Wirtschaft in die Hand, der „moderne Staat“ versteht sich nunmehr als Herrschaft des Landesherrn über sein Gebiet und die dort ansässigen Menschen. auch zu dem Zweck, die jetzt notwendig gewordenen „stehenden Heere“ zu finanzieren. Am Ende steht der „**absolutistische**“ Staat, dessen Macht sich stützt auf einer Zentralverwaltung (in enger Verknüpfung von Militärbehörden und Wirtschaftsverwaltung: Begründung des neuen „Beamtentums“ als Staatsdienst), die im Bereich der „Polizey“ unzählige Polizeiverordnungen (als eigenes „staatliches Recht“, neben dem geltenden römischen und dem kanonischen Recht) erlässt und unter dem Hoheitsrecht des absoluten Herrschers mit „Polizeigewalt“ unter Verhängung von Strafen durchsetzt. Soweit „wohlfahrtsstaatliche“ Regelungen erlassen wurden, ist das anders als heute zu verstehen: Nicht das Interesse des einzelnen Bürgers war maßgeblich (da der Bürger selbst nicht wisse, was für ihn gut ist), sondern die „Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt“ - m.a.W. das Interesse des Herrschers, der auf diesem Wege den Untertanen alles vorschreiben konnte, z.B. die polizeiliche Reglementierung der Wirtschaft im Interesse der Anhebung der Steuerkraft (Merkantilismus). Die „Polizey“-Gewalt reichte dabei so weit wie die Macht des Landesherrn.

### **c) Die Zeit der „Aufklärung“**

Mit der sog. Aufklärung im 18. Jahrhundert setzte als Gegenströmung die **Entwicklung zur bürgerlich-liberalen Gesellschaft** ein. Im rechtlichen Bereich werden diese Gedanken von einer verstärkten Einbeziehung des „Naturrechts“ (d.h. des „gemeinen“ Rechts im Unterschied zum römischen und dem kirchlichen Recht) getragen, die Grundlage also nicht mehr im Willen Gottes sondern in der

Vernunft der Menschen gesehen (z.B. gehören jetzt zum Ziel einer Strafe die Spezial- und Generalprävention). Vor allem Göttinger Staatsrechtslehrer forderten (da nach ihrer Auffassung der Bürger nicht zu seinem Glück gezwungen werden dürfe) eine Beschränkung des „Polizey“-Bereichs auf die eigentlichen **Aufgaben der Gefahrenabwehr**; gezielt wurde auch auf den Ausschluss der Wohlfahrtspflege, aber nur versteckt. Denn es kam zwar auf diesem Wege zu der klassischen Definition der Gefahrenabwehr in **§ 10 II 17 des preußischen Allgemeinen Landrechts** (zu lesen: § 10 im 2.Teil, 17.Titel des ALR) von 1794:

*Die noethigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.*

Aber diese Formulierung sollte zunächst nur die Abgrenzung zur „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ vornehmen, ganz im Sinne des neuen Prinzips der Gewaltenteilung (vgl. Götz, Rn.11). Erst etwa 100 Jahre später hatte diese Formulierung dann auch die Wirkung des Ausschlusses der Wohlfahrtspflege; jedenfalls gab es noch 1808 eine preußische Verordnung, wonach die Polizei auch zur Wahrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt handeln könne; ebenso ging auch noch das preußische Polizeiverwaltungsgesetz von 1850 von der unbeschränkten Polizeigewalt aus.

#### **d) Das Kreuzberg-Urteil von 1882**

Die endgültige Aufgabe des „polizeistaatlichen“ Begriffs vollzog sich mit der politischen Hinwendung zu mehr **Rechtsstaatlichkeit**, ausgerichtet auf die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe. Ferner „demokratisiert“ sich die Gesellschaft, d.h. über Parlamente (Gesetzeskompetenz!) wird abgesichert, wieviel Freiheit es gegen den Staat geben soll bzw. wo Einschränkungen der politischen oder wirtschaftlichen Handlungsfreiheit hinzunehmen sind (Schutzauftrag des Staates).

Schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts setzen Reformen ein, wonach sich der Staat aus der Lenkung der Wirtschaft zurückzieht, die der Selbstregulierung der Gesellschaft überlassen wird; die „Bauernbefreiung“ beschleunigt die gewünschte Industrialisierung. Gleichzeitig werden als Folge der französischen Revolution „Grundrechte“ auch formal garantiert, vgl. die Verfassung von 1848. Eine

radikale Justizreform führte weiter zur „Verrechtlichung“ der Verwaltung: Beschränkung des Staates auf die Funktion einer Gewährleistung des Rechts. Es wurde zur herrschenden Meinung, dass die **Polizei auf den Schutz von Sicherheit und Ordnung begrenzt** bleibt. Maßgeblich für diese Entwicklung war auch das sog. Kreuzberg-Urteil des Preuß.OVG vom 14. Juni 1882 (Nachdruck in DVBl. 1985 S.219), worin eine Polizeiverordnung, die zur Wahrung der ungestörten Aussicht auf das Kriegerdenkmal des Berliner Kreuzbergs Baubeschränkungen anordnete, für unwirksam erklärt wurde - unter Heranziehung von § 10 II 17 ALR (s.o.) und Beschränkung der Polizei auf die unmittelbare Gefahrenabwehr. Mit dieser verfassungskonformen Auslegung des ALR wurde der Polizeibegriff an die Prinzipien des liberalen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts angepasst (vgl. die Polizeistrafgesetzbücher in den süddeutschen Ländern zwischen 1847 und 1871).

Völlig ausgeschlossen war ein Tätigwerden der Polizeiverwaltung im Bereich der Wohlfahrtspflege dennoch nicht, es bedurfte aber anderer, ausdrücklicher Gesetzesermächtigung - entsprechend dem rechtsstaatlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe insbesondere in Freiheits- und Eigentumsrechte (Handeln der Polizei in fest umschriebenen Gefahrensituationen).

#### **e) Der „materielle“ Polizeibegriff (Jahrhundertwende)**

Im deutschen Verfassungs-Staat bezeichnete der Begriff „Polizei“ fortan die **Funktion der öffentlichen Verwaltung**, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwenden bzw. bereits eingetretene Störungen zu beseitigen. Alle Verwaltungstätigkeit, die diesem Zweck diene, gehörte nun zur „Polizei“ - „materieell“, nicht formell oder institutionell (s.o. I.3.); vielmehr mußten viele Bereiche (und „Behörden“) eingerichtet werden, da nach wie vor weite Teile der inneren Verwaltung davon erfaßt wurden: z.B. Baupolizei, Gewerbepolizei, Verkehrspolizei, Fremdenpolizei, Gesundheitspolizei. Demzufolge war der materielle Polizeibegriff keineswegs eng gefasst.

Eine „formelle“ Aufteilung fand gleichwohl statt: Es wurde unterschieden zwischen der **Verwaltungspolizei** als den eigentlichen Behörden der Gefahrenabwehr in den einzelnen Sachgebieten (vgl. die oben genannten Bezeichnungen) und der **„Vollzugspolizei“**, welche die unaufschiebbaren,

vorläufigen Maßnahmen zu treffen hatte, vor Ort, wenn die Verwaltungspolizei nicht rechtzeitig zur Stelle sein konnte - eine Unterscheidung, die heute immer noch gilt.

Seit dem 1.6.1931 bildete **§ 14 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes** (PVG) die generelle Ermächtigungsgrundlage für die Gefahrenabwehr:

*„Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.“*

Eine Formulierung, die heute noch Bestand hat, vgl. § 17 Abs. 1 ASOG.

## **2. Die Zeit von 1933 - 1945:**

In dieser Zeit pervertierte die Polizeigewalt erneut zum besonderen Instrument zentralistischer Diktatur zur Durchsetzung von Macht; insbesondere in Gestalt der politischen Polizei (Gestapo) als Werkzeug totaler Unterdrückung: mit der Möglichkeit des unmittelbaren Zugriffs und der „polizeilichen“ Durchsetzung an der Justiz vorbei (also ohne Rechtsschutz). **Das Recht verliert seine Rolle als Ordnungsfaktor und zur Erhaltung von Gerechtigkeit** (der normierte „Rechtsstaat“ wurde allerdings nie formal beseitigt).

Die Polizei wurde im übrigen einheitlich zusammengefasst zur „Ordnungspolizei“ (unter Einbeziehung von Reservepolizeieinheiten); es galt ein neuer Polizeibegriff: Sicherung der Ordnung der Volksgemeinschaft. Zu diesem Zweck wurde die Polizei von rechtsstaatlichen Bedingungen freigestellt, so auch vom Gebot der Gesetzmäßigkeit des polizeilichen (staatlichen) Handelns. Die Rolle der Ordnungspolizei, insbesondere auch die Beteiligung der „grünen Polizei“ ist noch keineswegs abschließend untersucht oder dargestellt worden, vielmehr bis vor kurzem wohl auch unterschätzt worden (vgl. H. Lichtenstein, Himmlers grüne Helfer, Köln 1990; Dieter Pohl, Die Holocaust-Forschung und Goldhagens Thesen, in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1997, Heft 1 S. 1 ff). So wird auch eine allgemeine Unterscheidung zwischen „normalem“ Dienst und faschistischer Machtausübung dadurch erschwert, dass der „rechtsstaatliche“ Polizeibegriff nicht vollständig beseitigt wurde: In Fällen ohne politischen Inhalt

oder Bedeutung „musste“ noch mit ihm gearbeitet werden - was sicher viele zur Verdrängung der tatsächlichen Rechtslage verführte: gegen Maßnahmen der politischen Polizei gab es keinen Rechtsschutz, „Vorbeugehaft“ oder „Schutzhaft“ führten zur unbeschränkten Herrschaft über Freiheit und Leben im totalen Polizeistaat.

### **3. Die Entwicklung seit 1945**

Auch die DDR war kein Rechtsstaat, andererseits ebenso wenig vollständig vergleichbar mit dem „3.Reich“ (es gibt viele Parallelen, aber auch bedeutsame Unterschiede). Zumindest kann festgestellt werden, dass das Recht der DDR erneut zur willigen Dienerin der Politik geworden ist - und insoweit auch seine Gewährleistung durch die staatlichen „Polizei-Organen“ (vgl. U.Wesel, Geschichte des Rechts, 1997).

Was die „Gefahrenabwehr“ in der Bundesrepublik betrifft, so kehrt man nach 1945 einerseits zum „materiellen“ Polizeibegriff zurück, als damit nicht ein separater Teil der Verwaltungsorganisation bezeichnet wird, sondern alle Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung zur Abwehr von Gefahren. Daneben wird nunmehr ein „formeller“ Polizeibegriff gestellt, der zwar auch die Summe der sachlichen Zuständigkeiten für die Polizeibehörden meint, aber im Sinne einer Beschränkung auf die Aufgaben der (schon früher so genannten) **Vollzugspolizei**: Der überwiegende Teil bleibt der fachlich qualifizierten Ordnungsverwaltung überlassen (früher auch als Verwaltungspolizei bezeichnet), die nunmehr als Ordnungsbehörden die Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrnehmen. Die Zuständigkeit der Polizeivollzugsbehörde wird damit auf einen Ausschnitt der durch den materiellen Polizeibegriff umschriebenen Verwaltungsfunktion beschränkt.

Diese weitere begriffliche „Entpolizeilichung“ basierte auf der Vorsicht der Alliierten: Dem angelsächsischen Rechtssystem ist die Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr durch Polizeibehörden grundsätzlich fremd. Die Verwaltungsaufgaben zur Gefahrenabwehr wurden so ausgegliedert, verselbständigt und auf andere Behörden übertragen - **die Ordnungsverwaltung**. Die fachspezifische Zielsetzung kann dann über die bloße Gefahrenabwehr hinausgehen und auch die Vorsorge, Planung und Gestaltung umfassen zur Durchsetzung von Belangen des allgemeinen Wohls mit anderen Mitteln. Die

„Polizei“ bleibt auf die **vollzugspolizeilichen Aufgaben** beschränkt: Schutz von Leben und Eigentum, Aufrechterhaltung von Gesetz und Ordnung, Verhütung und Aufklärung von Straftaten, Überlieferung von Verbrechern an die Gerichte. Außerdem bleibt ihre Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr grundsätzlich auf den „Eilfall“ begrenzt, also auf den Fall, dass die zuständige Ordnungsbehörde nicht mehr rechtzeitig eingreifen kann.

Die Entwicklung bedeutet damit keinen vollständigen Bruch mit der Tradition, sondern nimmt eigentlich den Polizeibegriff wieder auf, der sich als Folge liberaler und rechtsstaatlicher Entwicklung schon früher abzeichnete (s. oben und bei Götz, Rn. 19 ff). Allerdings ist im Laufe der Zeit - bis 1958 galt in Berlin noch das alte preußische Recht, danach mit Wiedereingliederung der Polizei in die Verwaltung das PolZG und 1975 wurde das ASOG erlassen - die strikte Trennung wieder aufgehoben worden, indem die Polizei (wie schon früher) weitere Zuständigkeiten als „Sonderordnungsbehörde“ gemäß § 2 ASOG (iVm dem ZustKatOrd, seit Oktober 1999 Anlage zum ASOG; früher OrdZG bzw. DVO-ASOG) erhält und der „Eilfall“ (vergleichbar bei der Strafverfolgung die „Gefahr im Verzug“) regelmäßig bejaht wird; nicht zu vergessen die wesentlich erweiterte Zuständigkeit der Polizeivollzugsbehörden im Bereich der „vorbeugenden“ Bekämpfung von Straftaten mit den entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen zur Datenerfassung und Auswertung in der StPO und dem jetzt geltenden ASOG vom 14. April 1992. Die Problematik liegt damit woanders; der „Polizeibegriff“ hat heute nicht mehr die Bedeutung, die Macht des Staates zu begrenzen; Eingriffe in Freiheit, Eigentum und andere Rechtspositionen des einzelnen Bürgers sind nunmehr an den verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten zu messen.

Der Entwicklung des Polizeibegriffs entspricht es also, wenn im Bereich der Gefahrenabwehr nicht mehr vom „Polizeirecht“ die Rede ist, sondern vom „Polizei- und Ordnungsrecht“, da sich dieser Begriff an den **Verwaltungsträgern** ausrichtet: Diese Aufgabe wird nicht nur von den Polizeivollzugsbehörden, sondern auch und in erster Linie von den Ordnungsbehörden wahrgenommen; folgerichtig werden die Vorschriften des ASOG als **„Allgemeines POR“** bezeichnet und die spezialgesetzlichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr durch die Ordnungsverwaltung als **„Besonderes POR“**. Im Verhältnis zueinander dient das „Allg. POR“ auch als Auffangmöglichkeit zur gefahrenabwehrenden

Regelung, wenn die speziellen Gesetze „Lücken“ aufweisen (Subsidiaritätsregel, s.2.Teil III.2.).

Wie schon erläutert, hier wird jedenfalls der Begriff „Polizeirecht“ dazu benutzt, die Eingriffsrechte der Polizei als einem Teil der jetzigen Verwaltungsorganisation zu bündeln und ganzheitlich zu behandeln entsprechend dem nach wie vor bestehenden Auftrag der Polizeivollzugsbehörde, beide Funktionen gleichermaßen zu erfüllen: Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. Eine andere Frage ist, ob nicht dem Beispiel anderer Länder zu folgen ist und die Eingriffs-Befugnisse der Polizei ganz getrennt werden von den Befugnissen der Ordnungsbehörden, die eher auf Gestaltung, Leistung und Daseinsvorsorge gerichtet sind.

#### **4. Das ASOG von 1992/2006**

Das „Allgemeine Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin - ASOG Bln.“ wurde zunächst am 14. April 1992 neugefasst, der Datenschutz und kriminalpolitische Erwägungen machten diese Fassung ebenso notwendig wie die jetzt geltende Neufassung vom 11. Oktober 2006 (GVBl. vom 14. 10. 2006, S. 930; neueste Änderung vom 18.9.2011, GVBl. S. 482).

Mit seinem Urteil zum Volkszählungsgesetz im Dez. 1983 hat das BVerfG das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung (RiS)** als Grundrecht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs.1, und der Menschenwürde, Art. 1 Abs.1 GG, endgültig bestätigt: Jeder Bürger hat das Recht, selbst über Erhebung und Verwendung der auf seine Person bezogenen Daten zu bestimmen (BVerfGE 65 S.1 = NJW 1984 S.419). Das hat zur Folge, daß nunmehr jede informationelle Maßnahme der Polizei tatsächlich als Eingriff zu verstehen ist, also einer ausdrücklichen Ermächtigung (Befugnisnorm) bedarf; was ebenso für jede weitere Verarbeitung wie Speicherung, Nutzung der Daten zutrifft (s. Berliner DatenschutzG v. 1990). Schließlich wurden dann 1992 (!) insbesondere die §§ 18, 25 bis 28, 42 ff in das ASOG eingefügt.

Kriminalpolitisch führte die Zunahme an **Organisierter Kriminalität** dazu, die polizeilichen Möglichkeiten zu erweitern, vor allem im Bereich der Verhütung und Vorbeugung von Straftaten (s. zu § 1 Abs.3 ASOG). Da das RiS nicht schrankenlos gilt, sondern nach dem BVerfG durch spezielle gesetzliche

Ermächtigungen eingeschränkt werden kann (s. zur Schranke des speziellen Gesetzesvorbehaltes, III.4.b), wenn das im überwiegenden Gemeinschaftsinteresse erforderlich erscheint (was die Verfolgung von Straftaten und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit nahe legen), wurden die Einschränkungsmöglichkeiten gleich mit in die Datenerhebungsvorschriften des ASOG eingearbeitet; vgl. vor allem § 25 Abs.5.

### **III. Die „Doppelfunktion“ der Polizei**

Der Polizeibeamte muss also sowohl gefahrenabwehrend wie auch strafverfolgend vorgehen; beide Aufgaben stehen mit ihren Befugnisnormen nebeneinander, grundsätzlich **gleichgewichtig und ohne Vorrang** eines Bereiches, vielmehr in Ergänzung der einen wie der anderen Tätigkeit; BVerwGE 47 S.255/264: „So können sich für die Polizei im Einzelfall bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt gleichzeitig und unmittelbar Aufgaben der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr ergeben“ (ebenso BGH NJW 1991 S.2651; s. auch Amelung/Kerckhoff, JuS 1993 S.196; vgl. auch die RiStBV, Anlage A Abschnitt B.III).

#### **1. Gemengelage/doppelfunktionale Maßnahmen**

##### **Beispiel: Der Autounfall**

*In den Abendstunden wird die Polizei zu einem Autounfall gerufen, bei dem sowohl erheblicher Sachschaden an den beiden beteiligten Fahrzeugen entstanden als auch der eine Fahrer noch im Fahrzeug eingeklemmt ist. Der andere Fahrer hat Unfallflucht begangen, es besteht der Verdacht, dass er das Fahrzeug im angetrunkenen Zustand gefahren hat. Dafür und für das Unfallgeschehen melden sich mehrere Zeugen.*

#### **Was ist zu tun? Welche Maßnahmen sind zu treffen?**

In Betracht kommen folgende Maßnahmen (Eingriffe):

- 1.) Sicherung der Unfallstelle,
- 2.) Hilfe für den Verletzten,
- 3.) Verfolgung des Unfallflüchtigen,
- 4.) Sicherstellung der Fahrzeuge,



## 5.) Befragung der Zeugen.

### **Welcher Zweck wird mit diesen Maßnahmen verfolgt?**

Mit den ersten beiden Maßnahmen sollen ganz offensichtlich „Gefahren“ abgewehrt werden: Wird mit der Unfallstelle auch der übrige Verkehr behindert, kann es zu weiteren Unfällen kommen, eine Gefährdung für die bereits Verunfallten, aber auch für Dritte; unabhängig davon, ob das eingeklemmte Unfallopfer nun in Lebensgefahr schwebt oder leichter verletzt ist, auch im letzteren Fall liegt eine „Störung“ (bereits eingetretene Gefahr, s. 2.Teil V.1.a) vor, die es abzuwenden gilt. Andererseits obliegt es der Polizei, die dem Unfall zugrunde liegende Trunkenheitsfahrt, in jedem Fall aber die Unfallflucht als Straftat zu verfolgen, also strafprozessual tätig zu werden (3.Maßnahme). Mit der 4. Maßnahme können nun - bei objektiver Betrachtung - beide Zweckrichtungen „gemeinsam“ angesprochen sein, sei es, dass die Fahrzeuge als Beweismittel für den Strafprozess sicherzustellen sind (§§ 94 ff StPO, oder auch zur Vollstreckungssicherung des Strafurteils, §§ 111b ff StPO), oder sei es, dass die Eigentumssicherung (vor Verlust oder weiterer Beschädigung, § 38 Nr.2 ASOG) notwendig erscheint, die somit gefahrenabwehrend wirkt. Die Bekämpfung der Gefahr des Eigentumsverlustes fällt auch subjektiv mit der Ermittlung strafbarer Handlungen zusammen (vgl. BGH NJW 1991 S.2651: „Damit einher ging die Verpflichtung aus § 163 StPO, (begangene) Straftaten zu erforschen, ohne jedoch die präventive Aufgabe der Polizei zu verdrängen.“). Die 5. Maßnahme erscheint wiederum nur strafprozessual sinnvoll und ist als Vernehmung nach der StPO zu beurteilen (§ 163 a Abs.5 in Verb. mit § 58 Abs.1 StPO).

Ein weiteres Beispiel ist die sog. **Eigensicherung**. Zum täglichen Handwerk eines Polizeibeamten gehört es, Personen zu durchsuchen, deren Identität nicht sofort am Ort festgestellt werden kann und deshalb eine Überprüfung auf dem Abschnitt erfordert. Auch wenn die Identitätsfeststellung im Rahmen eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens erfolgt, so dient die Durchsuchung der Person dennoch der sog. Eigensicherung, also dem Selbstschutz vor möglichen Angriffen oder ähnlichen Überraschungen - eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, die nach dem ASOG zu beurteilen ist (§ 34, insbes. Abs.3, aber auch Abs.2 Nr.1).

Diese Beispiele mögen die „Doppelfunktion“ des Polizeibeamten verdeutlichen, unabhängig davon, ob er nun Kriminalpolizist oder Schutzpolizist ist - je nach den Umständen des Einzelfalles können präventive und/oder repressive Maßnahmen

notwendig werden. Beide Zweckrichtungen sind nach- und nebeneinander verfolgbar (sog. **Gemengelagen**), aber auch gleichzeitig als echte „**doppelfunktionale**“ **Maßnahmen**, so wenn in unserem Beispielsfall die Bekämpfung der Gefahr des Eigentumsverlustes mit der Beweisermittlung einer strafbaren Handlung (objektiv und subjektiv) zusammenfällt (vgl. BGH NJW 1991 S.2651; zur Ausnahmesituation des Einsatzes von Lockspitzeln mit rein strafprozessualer Bedeutung s. BGH St. 32 S.345; BGH NSTZ 1992 S.275). In diesen Fällen kann nach dem BVerwG dann allerdings auf den „Schwerpunkt“ der Maßnahme abgestellt werden (s. unten 3.).

Fast alle polizeilich relevanten Verhaltensweisen eines Bürgers sind auch strafrechtlich (oder ordnungswidrigkeitenrechtlich) relevant; so ist in den meisten Fällen das polizeirechtlich relevante Verhalten des Bürgers auch durch Bestimmungen der Straf- oder Ordnungswidrigkeitengesetze verboten und bewirkt so die entsprechend repressive Strafverfolgung; nicht zuletzt sind in beiden Gebieten grundsätzlich ähnliche „Standardmaßnahmen“ vorgesehen. Die Besonderheit liegt gleichwohl in den Rechtsgrundlagen (Befugnisnormen), die für einen Fall aus verschiedenen Rechtsgebieten heranzuziehen sind und deshalb sicher auch spezielle Eigenheiten aufweisen; so kann die eine Befugnisnorm im Tatbestand oder in der Rechtsfolge enger oder weiter gefasst sein als die korrespondierende Rechtsgrundlage im anderen Bereich. Letztlich ergeben sich aber dennoch keine so großen Unterschiede, wenn auf den damit verbundenen (grundsätzlichen) Eingriff abgestellt wird, der an denselben Maßstäben gemessen werden muss.

**Merke:**

Die Doppelfunktion kann sowohl im Wechsel der gefahrenabwehrenden und strafverfolgenden Maßnahmen zum Ausdruck kommen (sog. Gemengelagen), wie auch in der gleichzeitigen Verfolgung beider Zweckrichtungen mit ein und derselben Maßnahme (sog. doppelfunktionale Maßnahme).

Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede (s. schon oben I.3.) sollen im Folgenden weiter verdeutlicht werden.

**2. Ermessenspielraum / Legalitätsprinzip**

Das Gefahrenabwehrrecht räumt dem Polizeibeamten einen Ermessensspielraum ein, § 12 ASOG, bei strafprozessualen Vorgehen hingegen unterliegt er dem Legalitätsprinzip, § 152 Abs.2 iVm § 163 StPO. Wo liegt nun der Unterschied und wie groß ist er tatsächlich?

Zunächst: **Was heißt Ermessen?**

Nach § 17 Abs.1 ASOG (Generalklausel) können Polizei und Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen: Vorstellbar sind damit grundsätzlich zumindest zwei Möglichkeiten - das **Handeln** und das **Nichts-tun**. Die Auswahl, das Ermessen, setzt begrifflich aber auch voraus, dass beide Möglichkeiten zulässig und rechtmäßig sind - sonst gäbe es keine Auswahl. Die Entscheidung zwischen beiden (zulässigen und rechtmäßigen) Möglichkeiten hat dann nach **pflichtgemäßem Ermessen** zu erfolgen (Opportunitätsprinzip; s. auch 2.Teil V.2. und 5). Das heißt, dass die Entscheidung den gesetzlichen Rahmen der Ermächtigungsgrundlage einzuhalten, also die gesetzlichen Grenzen des Ermessens und den Zweck der Ermächtigung zu beachten hat (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO). Für die „im Eilfall“ handelnde Polizei wird sich das Problem in aller Regel reduzieren auf die Feststellung, dass ihr Ermessensspielraum bei der Frage, ob sie einschreiten will, gar nicht mehr gegeben ist, sondern nur noch hinsichtlich der Auswahl des notwendigen Abwehrmittels und des richtigen Adressaten (s. dazu im 2. Teil V.4. und 5.). Allgemein lässt sich das Prinzip aufstellen:

Je größer die Gefahr und je bedeutender die gefährdeten Rechtsgüter (wie z.B. das Leben), desto mehr **reduziert** sich das Ermessen auf die Verpflichtung zum Einschreiten, zur Gefahrenabwehr.

Im Strafprozessrecht ist die grundsätzliche Verpflichtung zum Tätigwerden Ausfluss des zugrundeliegenden **Legalitätsprinzips**, § 152 Abs.2 iVm. § 163 StPO, welches andererseits ebenso wenig lückenlos durchgeführt ist:

- Nach dem **Offizialprinzip** hat der Staatsanwalt (StA) das sog. Anklage- und Verfolgungsmonopol, davon ausgenommen sind Antrags-, Privatklage- und Ermächtigungsdelikte (s. §§ 77, 374 und 90 Abs.4 StPO); es leuchtet ein, dass das Legalitätsprinzip den StA auch nur im Rahmen des Offizialprinzips zur Strafverfolgung verpflichten kann (was die grundsätzliche Aufnahme der Ermittlungen z.B. bei Antragsdelikten nicht ausschließt, vgl. § 127 III StPO).

- Dem o.a. Beispiels-Fall lässt sich unschwer entnehmen, dass die ersten beiden „sichernden“ Maßnahmen im Vordergrund stehen und nach dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (GdV)** auch stehen müssen (s. im 2.Teil V.5). Besonders deutlich wird die Vorrangstellung dieses - im übrigen aus dem Polizeirecht entwickelten - Verfassungsgrundsatzes (BVerfG E 23 S.127) bei einer Geiselnahme, bei der die Strafverfolgung zumindest teilweise ausgesetzt bleibt zum Schutz des Lebens der Geisel.
- Aber auch darüber hinaus ist der Legalitätsgrundsatz „opportunistisch“ durchbrochen: bei den Bagatellfällen des § 153 StPO, in den Fällen der §§ 153a ff StPO, in denen die StA von einer Anklageerhebung „nach pflichtgemäßem Ermessen“ absehen kann, und in den Fällen privater, außerdienstlicher Kenntniserlangung, bei denen nur dann eine Verpflichtung zum Einschreiten angenommen wird, wenn die Belange der Öffentlichkeit und der Gemeinschaft in besonderem Maße berührt werden (h.M.; vergleiche auch das Opportunitätsprinzip zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, § 47 OwiG).

**Merke (Klarstellung):** Die Verpflichtung aus § 163 StPO, begangene Straftaten zu erforschen, besteht neben der präventiven Aufgabe zur Gefahrenabwehr und ohne diese zu verdrängen: sog. **Doppelfunktion der Polizei**. Beide Aufgaben und Zweckrichtungen können sich ergänzen, aber nicht ersetzen (so kann der polizeirechtliche Weg nicht beschritten werden, um nicht erfüllte strafprozessuale Bestimmungen zu ersetzen, vgl. BGH NJW 1991 S.2651); keine Ermächtigungsgrundlage darf so ausgelegt werden, dass sie ihren Sinn verliert!

### **3. Keine Vorrangstellung**

Es gibt keine - automatische - Vorrangstellung für eine der beiden Funktionen, die sich vielmehr ergänzen sollen mit ihrer präventiven bzw. repressiven Wirkung. es existiert auch keine gesetzliche Regel, wonach der kriminalpolizeilichen Tätigkeit ein irgendwie gearteter Vorzug einzuräumen ist oder umgekehrt; entscheidend sind - auch für die doppel funktionale Maßnahme - die Umstände des Einzelfalles, die regelmäßig dann allerdings auch eine „Schwerpunktbildung“ der Maßnahmen zulassen (BVerwGE 47 S.255), wie die aufgeführten Beispiele ebenfalls erkennen lassen; nach der **Schwerpunkttheorie des BVerwG** kommt es jedenfalls nicht auf die subjektive Begründung der Polizei an, sondern darauf, welchen objektiven

Zweck nach dem Gesamteindruck der Maßnahme das polizeiliche Handeln schwerpunktmäßig verfolgt (danach soll sich dann auch der Rechtsweg für die gerichtliche Kontrolle richten, s. Gornig/Jahn, S.6 ff und 187 ff; s. auch oben I.3.). Im Einzelfall kann es jedoch einen Vorrang geben, z.B. wenn die Mutter ihr Kind schlägt oder insbesondere bei einer Geiselnahme. Wenn es also einen „Vorrang“ gibt, dann kann er nur **vom GdV begründet** werden, wie man oben sehen konnte (vgl. auch die RiStBV, Anlage A Abschnitt B.III).

Praktische Schwierigkeiten bereiten nur die „doppelfunktionalen“ Fälle, in denen sich eine Maßnahme nicht so eindeutig einem „Schwerpunkt“ zuordnen lässt, so dass nach beiden Richtungen hin geprüft werden muss - in jedem Fall ist die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme nicht eingeschränkt auf einen Zweck zu prüfen, sondern **unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten** (für die umfassende gerichtliche Überprüfung vgl. Gornig/Jahn, S.192). Entscheidend ist, daß beide Funktionen zwar unterschiedliche Zweckrichtungen verfolgen, die sich aber nicht gegenseitig ausschließen sondern ergänzen sollen - im Interesse einer so verstandenen allumfassenden „Gefahrenabwehr“.

Bei der Ausbildung der Polizeibeamten wird es zwar zur Spezialisierung kommen, insbesondere im Bereich der Kriminalpolizei; das darf aber die Kenntnis und Fähigkeit zu Entscheidungen in dem jeweils anderen Bereich nicht beeinträchtigen - deshalb ist die Beibehaltung der **Doppelfunktion** unverzichtbar für den Polizeibeamten!

**Merke:**

Es gilt das Gebot der Eindeutigkeit und Klarheit des polizeilichen Handelns! In aller Regel erscheint im Einzelfall ein „Schwerpunkt“ möglich, entweder erklärtermaßen durch den Polizeibeamten oder nach den Umständen bei natürlicher Betrachtungsweise (eines verständigen Beobachters; s. BVerwGE 47 S. 255/264).

Im Zweifel, welcher Zweck verfolgt werden soll, hat immer die Gefahrenabwehr Vorrang entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

**Prüfungshinweis:**

In der praktischen Arbeit (wenn nach der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme gefragt wird) lässt sich die für die Beurteilung notwendige Weichenstellung durch die beiden Fragen erreichen:

- Welche einzelnen **Handlungen** sind als Maßnahmen (**Eingriffe**) zu prüfen?
- Welcher **Zweck**, welche **Aufgabe** wird mit jeder Maßnahme verfolgt bzw. kann damit verfolgt werden (Eröffnung des polizeilichen Aufgabenbereichs)?

Die Antwort kann dann „nur“ lauten - Gefahrenabwehr, Strafverfolgung oder sogar beides zusammen (dann ist auch nach beiden Richtungen, also nebeneinander, die Rechtmäßigkeit zu prüfen; s. im 3.Teil zu Konzept und Prüfungsschema).

#### **4. Grundrechtsbindung für Eingriffe**

Gemeinsam ist beiden Funktionen, dass ihre Ausübung in Grundrechte der Bürger eingreift und dass für diese **Eingriffe** bestimmte **Ermächtigungsgrundlagen** erforderlich sind (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Art.1 Abs.3 und 20 Abs.3 GG, insbesondere der Vorbehalt des Gesetzes, s. BVerfGE 33 S.1).

- Für das **strafprozessuale** Vorgehen ist das relativ einfach, die Ermächtigungen ergeben sich alle aus der StPO (insoweit auch zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, § 46 OwiG), allerdings für polizeiliche Zwecke recht ungeordnet, die StPO ist die Grundlage für das richterliche Verfahren.
- Der Bereich der **Gefahrenabwehr** gestaltet sich komplizierter auf Grund der vorhandenen Gesetzgebungskompetenzen (s.o. I.3.); so können sich neben dem ASOG weitere Ermächtigungen auch aus speziellen Regelungen des Bundes- oder Landesgesetzgebers ergeben (die dann Vorrang genießen als „lex specialis“, was noch im einzelnen darzustellen sein wird; s. insbesondere im 2.Teil III.2.).

Andererseits gewähren die im GG aufgeführten Grundrechte, Art. 1 bis 19, gerade auch ein **Abwehrrecht** gegen die staatlichen Eingriffe (und grundsätzlich unabhängig von der Funktion und dem Zweck der polizeilichen Maßnahme; vgl. aber Art. 104 Abs.2 und 3 GG; s. dazu Katz, Staatsrecht, 15.Aufl. 2002, Rn.573). Insoweit besteht also ein Spannungsverhältnis zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen! Einerseits sollen die Grundrechte einen „staatsfreien“ Raum (d.h. von Eingriffen freien Raum) gewährleisten, andererseits soll der

Gesetzgeber (und mit Hilfe der Gesetze dann auch die Verwaltung/Polizei) die Grundrechte in ihrem Geltungsanspruch beschränken und ihre Ausübung regeln dürfen. Aufgabe unseres Rechtsstaates ist es, sowohl die Freiheitsrechte zu schützen als auch ihre Gemeinverträglichkeit sicherzustellen (BVerfGE 21 S. 362/372; 28 S.243/260; für das Versammlungsrecht s. auch Kniesel in NJW 1992 S.857/861). Kontrollmaßstab dafür ist letztlich auch hier der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**, dessen Anwendung auf eine Güterabwägung zwischen den im Einzelfall betroffenen Rechtsgütern hinauslaufen wird (vgl. Katz aaO, Rn.625; s.2.Teil, V.4.b).

Eine genaue systematische Einordnung der Grundrechtsbindung bei Eingriffen ist immer noch nicht möglich, da weder in der Terminologie noch bei den dogmatischen Grundlagen Einigkeit besteht (die Rechtsprechung entscheidet immer nur einzelfallbezogen). Grundsätzlich wird man folgende Bereiche unterscheiden können (vgl. Katz aaO, Rn.626 ff):

- Norm- und Schutzbereich eines Grundrechts (Tatbestand)
- Schranken für die Grundrechtsausübung (Rechtfertigung für einen Eingriff)
- Schranken-Schranken (Beschränkung des Eingriffs).

Norm- und Schutzbereich	verfassungsunmittelbare Schranke für den GR-Träger	z.B. Art. 8 Abs. 1 GG: friedlich, ohne Waffen
<b>Schranken der GR-Ausübung(Eingriffs-möglichkeit)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>immanente</b> Schranke</li> <li>• <b>allg.</b> Vorbehaltsschranke</li> <li>• <b>spez. Gesetzesvorbehalt</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• jedes Grundrecht</li> <li>• Art. 2 I, 5 II, 9 II, 14 I</li> <li>• z.B. Art. 2 II, 8 II, 10 II, 11 II, 12 I, 13 VII</li> </ul>
Schranken-Schranke	Rechtgüterabwägung, <b>GdV</b>	

### a) Norm- und Schutzbereich

Hier geht es um Auslegung und Definition jedes einzelnen Grundrechts-Tatbestandes zur Festlegung der jeweiligen **sachlichen Reichweite**, so z.B. hinsichtlich der grundrechtlichen Leitbegriffe körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Meinungsäußerung usw.

Strittig ist, inwieweit zusätzliche normative Einschränkungen im Wortlaut eines Grundrechts schon hier einzuordnen sind, oder als „**verfassungsunmittelbare**“ Schranken erst dem folgenden Bereich (Katz aaO, Rn.640). Soweit diese Beschreibungen wie z.B. in Art. 8 Abs.1 GG („friedlich und ohne Waffen“) direkt

den Leitbegriff (Versammlung) betreffen, wird dessen unmittelbarer, sachlicher Gewährleistungsbereich beschränkt, also zu Recht dem Norm- und Schutzbereich zugerechnet.

### **b) Schranken der GR-Ausübung**

Die Möglichkeit zur Einschränkung der Grundrechte, also zur **Rechtfertigung von Eingriffen** ist unterschiedlich ausgestaltet. Es gibt folgende Schranken für die Ausübung von Grundrechten:

- immanente Schranke
- Vorbehaltsschranke
  - als allgemeiner Gesetzesvorbehalt
  - als spezieller (qualifizierter) Gesetzesvorbehalt.

### **Verfassungsimmanente Schranken:**

Es gibt Grundrechte, die nach ihrem Wortlaut überhaupt **keine gesetzlich** vorgesehene Einschränkung ermöglichen, z.B. Art.1 Abs.1, Art.4 Abs.1 und 2, Art.8 Abs.1 GG; d.h. es gibt keine (weder allgemein- noch speziell-) gesetzliche Regelung zu ihrer Einschränkung; aber das heißt nicht, dass sie überhaupt keiner Einschränkung unterliegen (Ausnahme: Art.1 Abs.1 GG Menschenwürde; nach einer bestimmten Auffassung ist Art. 1 Abs. 1 gar kein Grundrecht, sondern die Grund- und Kernidee der Menschenrechte; vgl. bei F. Eckardt, Katastrophen-Vermeidung und Katastrophenvorsorge, in Kloepfer (Hrsg.), Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Bd. 1/2008 S. 61/69): Allen Grundrechten ist zumindest die Schranke immanent, dass sie dann zurücktreten müssen, wenn es der **Schutz anderer höherrangiger Schutz- und Verfassungsgüter** erfordert. Es gibt also eigentlich keine schrankenlosen Grundrechte (Katz aaO, Rn.620; vgl. BVerfGE 28 S.243/250; 53 S.30/56).

### **Allgemeine Vorbehaltsschranke:**

Soweit in Grundrechten die Formulierung vorhanden ist, dass sie Inhalt und Schranken z.B. in der „verfassungsmäßigen Ordnung“ oder in den bestehenden „allgemeinen Gesetzen“ finden, ist darin ein **einfacher** „Gesetzesvorbehalt“ zu sehen, z.B. Art.2 Abs.1 (mit der sog. Schrankentrias), Art.5 Abs.2, Art.9 Abs.2, Art.13 Abs.2 bis 5, Art.14 Abs.1 GG. Die so geschützten Grundrechte stellen sich



von vornherein in ein Verhältnis zu anderen, allgemeinen Gesetzen, durch die das Grundrecht dann eingeschränkt werden kann (so auch in Anwendung der Generalklausel des § 17 ASOG); allerdings ist hier auch eine Qualifizierung der Anforderungen möglich, z.B. in Art.5 Abs.2 (Jugendschutz, Ehre) oder Art.5 Abs.3 (Treue zur Verfassung). Systematisch umfasst dieser Bereich auch jene Grundrechts-Einschränkungen, die von anderen als „verfassungsunmittelbare“ Schranken bezeichnet werden (s. Katz aaO. Rn.640); ihre Einordnung bei der allgemeinen Vorbehaltsschranke rechtfertigt sich aber aus der Überlegung, dass sich die Möglichkeit zum Eingriff aus anderen gesetzlichen Grundlagen ergibt.

### Spezieller Gesetzesvorbehalt:

Der größte Teil der Grundrechte aber steht unter dem Vorbehalt, dass sie nur „durch“ oder „auf Grund“ eines Gesetzes eingeschränkt werden können. Diesen „speziellen“ Gesetzesvorbehalt findet man in Art.2 Abs.2 S.3, Art.8 Abs.2, Art.10 Abs.2 S.1, Art.11 Abs.2, Art.12 Abs.1 S.2, Art.13 Abs.7, Art.14 Abs.3, Art.16 Abs.1 S.2 GG (die in der Literatur auch als die einzigen Grundrechte mit Vorbehaltsschranke bezeichnet werden; vgl. Mussmann, Rn.79 ff). Für den Eingriff ist damit eine ganz **spezielle Gesetzesvorschrift** (aber nicht erforderlich in der Form eines ganzen Gesetzes) notwendig, die gerade auf die Einschränkung des betroffenen Grundrechtes abzielt, andererseits aber die schärfsten Anforderungen erfüllen muss. BVerfGE 42 S. 1:

Die speziellen Eingriffsbefugnisse der Verwaltung müssen gesetzlich nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß **hinreichend bestimmt und begrenzt** sein, so dass Beschränkungen voraussehbar und berechenbar sind.

Zum Teil wird der spezielle Gesetzesvorbehalt noch durch weitere Anforderungen in den GG-Artikeln **qualifiziert**, so vor allem Art.2 Abs.2 S.2 iVm Art.104, und ferner Art.10 Abs.2 S.2, Art.11 Abs.2, Art.13 Abs.7 und Art.14 Abs.3 S.2, Art.16 Abs.1 S.2 GG.

Eine **praktische** Auswirkung ist zunächst offensichtlich: „Generalklauseln“ (wie in § 17 Abs.1 ASOG) oder andere, allgemeine Vorschriften des POR und zur Strafverfolgung (vgl. § 163 StPO und die verfassungskonforme Auslegung zu § 81 a StPO) können die Voraussetzungen des speziellen Gesetzesvorbehaltes nicht

erfüllen - aus diesem Grunde bedurfte es des Erlasses der jeweiligen speziellen Standardmaßnahmen, inklusive der neuen Regelungen zur Erfassung, Auswertung und Speicherung von Daten (wegen des damit verbundenen Eingriffs in das vom BVerfG aus Art.2 Abs.1 und Art.1 Abs.1 GG neu entwickelte **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung**, BVerfGE 65 S.1 = NJW 1984 S.419).

### **c) Schranken-Schranken**

Hierbei handelt es sich also um die Beschränkung der nach a) und b) grundsätzlich gegebenen Eingriffsmöglichkeit im Sinne eines „gerechten und schonenden Interessenausgleichs“ (Katz aaO, Rn.647) gegenüber dem Betroffenen durch Vornahme einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung**, d.h. einer Gesamtgüterabwägung **im jeweiligen Einzelfall** (Stichworte: Verfassung als einheitliches Ganzes, Grundsatz der praktischen Konkordanz, Wechselwirkung von Grundrechten). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt alle staatlichen Eingriffe und bestimmt insoweit für jeden Einzelfall die Reichweite des betroffenen Grundrechts, letztlich auch unter Heranziehung von Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie).

Für die **immanente** Schranke heißt das praktisch, dass sie im Einzelfall durch den Schutz eines höherwertigen Grundrechts oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerte (wie z.B. Berufsbeamtentum, Sozialstaat, Bundeswehr, verfassungsmäßige Grundordnung, vgl. Katz aaO, Rn.644) aufgezeigt werden kann; diese Aktualisierung der immanenten Schranke ist also an keine weiteren, besonderen Anforderungen gebunden außer der, die Schutzbereiche der betroffenen Grundrechte und Schutzgüter miteinander zu vergleichen (GdV, Güterabwägung; s. im Folgenden).

An die **allgemeine Vorbehaltsschranke** wird ebenfalls vom GG keine besondere Bedingung geknüpft, so dass der Konflikt wieder nur im Einzelfall ausgetragen werden muss: die auf allgemeine Gesetze gestützte staatliche Maßnahme hat die Bedeutung und den Umfang des betroffenen Grundrechts angemessen zu berücksichtigen (GdV, Güterabwägung; s. im Folgenden).

Je spezieller der Eingriff, desto schärfer die Anforderungen! Grundrechtlicher Maßstab für die Einschränkung „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ (**spezieller Gesetzesvorbehalt**) ist Art. 19 GG: Nach Abs. 1 ist das Zitiergebot zu erfüllen (als formelle Sicherung), nach Abs. 2 ist die Wesensgehaltsgarantie schon

bei der Ermächtigungsgrundlage zu beachten (vgl. dazu Katz aaO, Rn.660 ff). Erfüllt das spezielle Gesetz diese verfassungsmäßigen Anforderungen, so ist schließlich auch hier noch im Einzelfall zu prüfen, ob die konkrete Maßnahme wirklich der Bedeutung des Grundrechts Rechnung trägt, in Anwendung des GdV (s. im Folgenden).

Praktisch heißt das, dass in jedem Fall der Einschränkung von Grundrechten die einzelne Maßnahme letztlich am **GdV zu messen ist**; lediglich bei Grundrechten mit speziellem Gesetzesvorbehalt ist zusätzlich darauf zu achten, dass schon die Ermächtigungsgrundlage die besonderen Anforderungen erfüllt (was in der Regel zutreffen wird) und andere ausgeschlossen bleiben.

#### **d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit / Übermaßverbot**

Der GdV, auch als Übermaßverbot bezeichnet, ist **Verfassungsgrundsatz** (BVerfGE 23 S.127) und somit für den Polizeibeamten das praktische „Mittel“, mit dem die Abwehrrechte des einzelnen Bürgers und das Interesse der Allgemeinheit in der notwendigen Balance gehalten werden müssen. Die wichtigste Dienstleistung der Polizei heißt natürlich „Sicherheit“, aber damit befindet sie sich auch im klassischen **Spannungsfeld** zur „Freiheit“ der Bürger. Die Idee der individuellen Freiheit ist ein Produkt der Aufklärung und auch auf den Schutz des einzelnen Bürgers vor der Macht des Staates gerichtet (zugleich mit der Idee der Gleichheit als Grundlage des modernen Rechtsstaats, s. oben). Das kann also für die Polizei nur heißen, die Sicherheitsleistung so zu erbringen, dass die Freiheit möglichst wenig Schaden nimmt (Moriè, u.a., S.11). Das Freiheitsprinzip überlagert die systematische und direkte Ausübung der Polizeigewalt in ganz Europa (vgl. Pitschas, NVwZ 1994 S.625). Dabei ist die **Balance zwischen Freiheit (Gleichheit) und Sicherheit** nicht starr festgelegt, sondern stets neu zu gewinnen (vgl. Hoffmann-Riem, ZRP 2002 S.497).

Nach dem **BVerfG** muss sich der einzelne „nur“ diejenige Beschränkung seiner Grund- und Freiheitsrechte gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren zieht - vorausgesetzt, dass die Eigenständigkeit der Person dabei gewahrt bleibt (BVerfGE 4 S.7/16; E 7 S.377/404). Das Spannungsverhältnis zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteresse ist dann mit Hilfe der

**Güterabwägung** aufzulösen: **Dabei ist Optimierung gefragt, nicht Maximierung!** Das Konzept aller Grundrechtsschranken besteht also - neben der juristischen Erfassung - darin, dass jede Einschränkung der grundrechtlich geschützten Freiheit

- den Schutz eines mindestens gleichwertigen Rechtsgutes anstreben und
- erforderlich sein, d.h. den geringstmöglichen Eingriff darstellen und
- angemessen sein muss, d.h. keinen außer Verhältnis liegenden Schaden bewirken darf.

Nicht Praktikabilität und Wünschbarkeit sollen den Eingriff tragen, sondern er muss unersetzbar und unverzichtbar notwendig sein. Das bedeutet: Der Staat (die Polizei) darf die Individualrechtssphäre der Bürger nicht unnötig und **nicht mehr als erforderlich** beeinträchtigen; die Interessen des Gemeinwohls müssen um so gewichtiger sein, je empfindlicher der einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird. Das bedingt eine notwendige Abwägung aller betroffenen Rechts- und Schutzgüter: auf der einen Seite das oder die Grundrechte, in die der Staat eingreifen will, auf der anderen Seite die Schutzgüter (Rechtspositionen, Grundrechte, Strafverfolgungsanspruch), die der Staat im Interesse des Gemeinwohls schützen will. Insoweit ist dann jeder Eingriff in einen grundrechtlich geschützten Bereich rechtswidrig, wenn er (auch zeitlich) gegen das Übermaßverbot, den GdV, verstößt (s. auch 2.Teil V.4.).

Zusammenfassung der **Anforderungen** bei Eingriffen der Polizei in Grundrechte:

mit <b>immanenter</b> Schranke	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rechtsgüterabwägung)
mit <b>Vorbehaltsschranke</b> (allgemein)	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rechtsgüterabwägung)
mit speziellem <b>Gesetzesvorbehalt</b> („durch oder auf Grund eines Gesetzes“)	Besondere Anforderungen: - spezielle Ermächtigungsvorschrift - Zitiergebot, Art. 19 Abs. GG - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rechtsgüterabwägung)

## **IV. Bearbeitungshinweise**

### **1. Prüfungsumfang**

Aus dem Vorstehenden ergeben sich für jede Maßnahme eines Polizeibeamten, gleichviel ob er zum Zwecke der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung tätig wird, schon zwei gemeinsame Anforderungen an ihre Rechtmäßigkeit: Nach dem „Vorbehalt des Gesetzes“ („Kein Handeln ohne Gesetz!“ abgeleitet aus dem Prinzip der **Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**, Art. 1 Abs.3 und 20 Abs.3) wird für jeden Eingriff eine **ausreichende Ermächtigungsgrundlage** benötigt, und die darauf gestützte Maßnahme muss dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechen (materielle Rechtmäßigkeit). Der dritte Pfeiler einer polizeilichen Maßnahme ergibt sich aus dem verfahrensrechtlichen Erfordernis der **Zuständigkeit** (formelle Rechtmäßigkeit): Ein unzuständiger (Polizei-) Beamter handelt rechtswidrig (auch wenn die Maßnahme sonst den rechtlichen Anforderungen entsprechen würde)!

Die **klassische** Prüfung der Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme muss also - grundsätzlich - immer die drei Punkte in folgender Reihenfolge enthalten:

- Zuständigkeit
- Ermächtigungsgrundlage (Voraussetzungen für den Eingriff)
- GdV (Übermaßverbot).

Bei der praktischen Arbeit durch den Polizeibeamten steht allerdings die Wahl der richtigen **Ermächtigungsgrundlage** und deren verhältnismäßige Durchsetzung, im Vordergrund; die Frage der Zuständigkeit ist regelmäßig zu bejahen, letztlich als Eilzuständigkeit (im Gegensatz zur notwendig scharfen Zuständigkeitstrennung bei den Ordnungsbehörden; s. 2.Teil IV.1.). Außerdem wird noch festzustellen sein, dass die Frage, welche Zuständigkeit im Einzelfall für die Polizei gelten soll, von der entsprechenden Ermächtigungsgrundlage bestimmt wird (s. dort). Das rechtfertigt meines Erachtens von **folgenden Grundfragen** auszugehen (s. auch schon oben) und die Prüfung zumindest konzeptionell danach auszurichten:

1. Welche Maßnahmen (**Eingriffe**) sind zu prüfen?
2. Welcher **Zweck** (Aufgabenbereich) wird mit jeder Maßnahme verfolgt: Strafverfolgung, Gefahrenabwehr oder beides (Doppelfunktion)?
3. Welche **Ermächtigungsgrundlage** kann die jeweilige Maßnahme stützen?
4. Welche (sachliche) **Zuständigkeit** kann die Polizei dafür in Anspruch nehmen?

## **2. Methodik**

### **a) Normenlehre:**

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit entspricht der Normenlehre **juristischer** Denk- und Arbeitsweise:

- Rechtsnormen sind Rechtssätze (Vorschriften), denen Bürger und Staat unterworfen sind und nach denen sich das Rechtsleben in Staat und Gesellschaft entwickeln soll.
- Rechtsnormen sind allgemein, abstrakt, verbindlich und veröffentlicht.  
Man unterscheidet als **Rechtsquellen**: Verfassung, Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Gewohnheitsrecht;
- dagegen sind Verwaltungsvorschriften keine Rechtsnormen.
- In der **nationalen** Rangfolge gilt (Art. 31 GG): Bundesrecht, Landesrecht, Gemeinderecht und insoweit jeweils Verfassung vor Gesetz, RVO und Satzung. In der **Europäischen Union** hat allerdings das Unionsrecht Vorrang und unmittelbare Geltung vor dem nationalen Recht

Das Gefahrenabwehrrecht gehört zum Verwaltungsrecht als Teil des öffentlichen Recht, für die StPO ist das umstritten, da insoweit unterschiedliche Rechtswege gegeben sind: Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gehören vor die Verwaltungsgerichte (s. oben); andererseits sind Eingriffe nach der StPO ebenfalls hoheitliche Maßnahmen und keine privatrechtlichen Streitigkeiten (auch wenn für beide derselbe Rechtsweg gegeben ist).

### **b) Die (juristische) Methodik**

Die juristische Methodik der **Rechtsanwendung** stellt das „Handwerkszeug“ zur Verfügung für die Lösung von Fällen, also für die Klärung „fallbezogener Probleme“. Sie liefert allerdings keine fertigen bzw. „richtigen“ Lösungen,

sondern zielt auf die Akzeptanz eines Ergebnisses, insoweit dieses auf gute Gründe durch Gebrauch der anerkannten Rechtsfindungsinstrumente gestützt werden kann.

(1) Es geht zunächst darum, die fallbezogenen **richtige Norm zu finden**; im Eingriffsrecht der Polizei also die einschlägige Ermächtigungsnorm: hauptsächlich für die Eingriffsbefugnis, aber auch für Zuständigkeit, GdV und den richtigen Adressaten bzw. Betroffenen.

Ermächtigungen, Entscheidungsnormen müssen regelmäßig dem Schema folgen: **Wenn** (bestimmte Voraussetzungen vorliegen), **dann** (kann gehandelt werden)! Das heißt: Praktisch ergibt die für einen Eingriff als rechtmäßig begründete **Tatbestandsmäßigkeit** einer Ermächtigungsgrundlage dann die **Rechtsfolge**, also die gewünschte Maßnahme als rechtliche Konsequenz, z.B. die IdF, die Freiheitsentziehung usw. Mit anderen Worten: Das Vorliegen des gesetzlichen Eingriffs-Tatbestandes ist die Voraussetzung dafür, dass die Rechtsfolge eintreten kann (s.2.Teil V.1.und 2.).

Die einschlägigen Normen sind aus dem vorhandenen Bestand an Bundes- oder Landesvorschriften zu nehmen (s.2.Teil III.), wobei bestimmte Regeln zur **Normfindung** zu beachten sind:

- Vorrang der höherrangigen Norm (lex superior), also grundsätzlich des europäischen Unionsrechts sowie dann des Bundes- vor dem Landesrecht bzw. der Verfassung vor dem Gesetz und diesem vor jeder VO oder Satzung;
- Vorrang der spezielleren Norm vor der allgemeinen (lex specialis);
- Vorrang der jüngeren vor der älteren Norm (lex posterior).

(2) Der nächste Schritt betrifft die abstrakte (gedankliche) Ermittlung des Inhalts einer Norm, ihren Sinn und Zweck. Praktisch bedeutet das die **Auslegung** der einzelnen Merkmale von Tatbestand und Rechtsfolge.

Festzustellen ist dabei, dass die **juristische Fachsprache** schon insoweit recht „ungenau“ ist, als die Gesetze mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen gespickt sind, auch dort wo eigentlich „Definitionen“ vorhanden sein sollen (z.B. im ASOG: Gefahr, erheblich, gegenwärtig usw.; in der StPO: Verdächtiger, Beschuldigter, dringender Tatverdacht usw.). Schon geringfügige Unterschiede in der Definition oder Bestimmung des

Rechtsbegriffes können zu völlig anderen Ergebnissen und Folgen führen. (Aus diesem Grund wird es auch darauf ankommen, von derartig verschiedenen Betrachtungsweisen so Kenntnis zu nehmen, dass die eigene Position besser begründet und abgesichert werden kann = wissenschaftliche Methode.)

Im Laufe der Zeit sind aber gewisse Regeln und Erläuterungen entwickelt und in **Kommentaren** zusammengestellt d.h. insoweit natürlich auch kommentiert worden: Die Auslegung des Begriffs unterliegt letztlich der „eigenen“ Auffassung des Autors (wie bei Lehrbüchern oder Skripten auch)!

Was ist das Ziel jeder Auslegung? Nach dem BVerfG die **Ermittlung des objektivierten Willens des Gesetzgebers, so wie er sich insbesondere aus Wortlaut und Sinnzusammenhang ergibt**. Zur Anwendung kommen dabei die klassischen **Auslegungsmethoden**:

- grammatikalische Methode (Wortauslegung),
- systematische Methode (Sinnzusammenhang, Verfassungskonformität),
- historische Methode (Entstehungsgeschichte),
- teleologische Methode (Zweck, Ziel der Regelung).

Das Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander ist und bleibt umstritten!

**Praktisch** heißt das: Der Polizeibeamte muss stets versuchen, „auf sicherem Grund zu handeln“, indem er sich und seine Kenntnisse auf dem Laufenden hält und eine gefestigte Auslegung verwendet, also nicht einfach der Polizeipraxis folgt, sondern durch Gerichtsurteile, insbes. der höchstrichterlichen Rechtsprechung, und (in 2.Linie) auch durch die herrschende Meinung in der Literatur gerechtfertigt wird!

(3) Schließlich geht es darum, die so präzierte Norm auf den vorliegenden Einzelfall anzuwenden, **die Subsumtion**. Füllt der **bekannte Sachverhalt** die fragliche Norm aus? Hierbei ist der Sachverhalt unter die einzelnen Merkmale der gesetzlichen Regelung (Tatbestand, Rechtsfolge) zu subsumieren. Passt der Sachverhalt insgesamt oder mit einem Ausschnitt unter das gesetzliche Tatbestandsmerkmal? Kann das betreffende Tatbestandsmerkmal durch eine Definition oder sonst feststehende Auslegung konkretisiert werden? Von wem



stammt die Definition oder Auslegung (Legaldefinition, Rechtsprechung)? Mit welchen Argumenten kann dem zugestimmt oder nicht zugestimmt werden?

Praktisch kommt es also schon beim 2.Schritt der Auslegung z.B. eines Begriffs zu der Frage, inwieweit die Auslegung für den vorliegenden Sachverhalt relevant ist. Es kommt zu einem Hin- und Herwandern zwischen dem zweiten (Gewinnung und Auslegung der Norm) und dem dritten Schritt, der entsprechenden Subsumtion.

So oder ähnlich wird jede Subsumtion ablaufen. Entscheidungen z.B. von Gerichten auf diesem Wege infrage zu stellen, bedeutet schließlich kein Sakrileg (sonst wäre auch das BVerfG überflüssig), sondern soll und wird die eigene Argumentation und Auffassung nur verstärken.

### **c) Gutachten-Stil:**

Wegen der Möglichkeit verschiedener Standpunkte kommt es auch nicht auf ein bestimmtes Ergebnis bei der Fallbearbeitung sondern darauf an, alle **rechtlichen Schwierigkeiten** eines Falles als Problem zu erkennen und möglichst kontrovers zu erörtern. Weiter kommt es darauf an, alle Probleme eines Falles zu erfassen und sich nicht mit einer (möglicherweise sehr frühen) Lösung zufrieden zu geben. Jeder Sachverhalt ist somit gutachtlich zu bearbeiten, d.h. es ist letztlich immer „hilfsweise“ weiter zu prüfen (also mit der Unterstellung, dass die bis dahin gefundene Lösung nicht zutrifft), z.B. wenn die Zuständigkeit des handelnden Polizeibeamten für eine Maßnahme verneint wird, so ist diese dennoch „hilfsweise“ weiter auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.

## 2. Teil:

### **Grundlagen des Eingriffsrechts zur Gefahrenabwehr (ER-POR)**

Zu den Grundlagen des POR gehört die Kenntnis

- worin die **Aufgabe** der Gefahrenabwehr zu sehen ist,
- wie die Verwaltung zur Gefahrenabwehr grundsätzlich **organisiert** ist und
- mit welchen **Mitteln** sie von der Polizei durchgeführt wird.

#### I. Aufgabe der Gefahrenabwehr

Die klassische Aufgabe der Gefahrenabwehr dient dem Schutz von „öffentlicher Sicherheit oder Ordnung“ (s. die Formulierung in § 1 Abs. 1 ASOG). Gemeint ist damit sowohl der Schutz einzelner (individueller) **Rechte und Rechtsgüter des Bürgers**, als auch der **Schutz des Gemeinwesens** mit seiner Rechtsordnung und seinen Einrichtungen vor Beeinträchtigung und Schaden (s. auch schon zu § 14 PVG bzw. § 10 II 17 ALR, im 1. Teil II.1.). Solche Konfliktsituationen können überall und jederzeit auftreten z.B. durch wild gewordene Tiere, bei Bombendrohungen, Hausbesetzungen, Demonstrationen, durch Behinderung von Rettungsfahrzeugen oder der Polizei, aber auch beim Handel mit Rauschgiften, unverzollten Zigaretten, gestohlenen Fahrzeugen oder gar bei Geiselnahmen, Entführungen. In allen Fällen sind Schutzgüter der „öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“ betroffen, deren Beeinträchtigung also abzuwehren ist (und ungeachtet einer u.U. ebenfalls möglichen, aber nach anderen Kriterien ablaufenden Strafverfolgung; s. zur „Doppelfunktion“ des Polizeibeamten, 1. Teil III).

Zunächst ist darzulegen, was unter „öffentlicher Sicherheit oder Ordnung“ im Einzelnen zu verstehen ist und wie die **Aufgabenverteilung** zur Gefahrenabwehr aussieht. Inwieweit für die so bestimmten Schutzgüter dann tatsächlich eine konkrete Gefahr besteht, d.h. nach der Definition eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt im einzelnen Fall (s. § 17 Abs. 1 ASOG), das ist eine Frage nach der **sachlichen Handlungsermächtigung** und wird damit als Teil der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung erörtert (s. unten V., sowie das Prüfungsschema im Anhang).

## 1. Schutz der „öffentlichen Sicherheit“

Nach der geltenden Definition der „öffentlichen Sicherheit“ (vgl. BVerfGE 69 S.315/352 = NJW 1985 S.2395) gehören dazu:

- **individuelle** Schutzgüter
- Schutzgüter der **Allgemeinheit**, wie
  - Unverletzlichkeit der Rechtsordnung
  - Bestand des Staates und seiner Einrichtungen

Die Aufgabe der Gefahrenabwehr (Schutz der öffentlichen Sicherheit) ist gegeben, wenn zumindest eines der genannten Schutzgüter betroffen ist oder sein kann. Es ist praktisch notwendig, in jedem einzelnen Fall alle (möglicherweise) betroffenen Schutzgüter festzustellen, da sich sowohl die tatsächliche Gefahrennähe als auch der GdV an den jeweils betroffenen Schutzgütern ausrichten. Wann in der möglichen Gefährdung eine (tatbestandmäßige) „Gefahr“ zu sehen ist, das ist dann im Rahmen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage zu prüfen (s.u.V.1.).

Die Aufgabe der Gefahrenabwehr ergibt sich aus § 1 ASOG (Aufgabenzuweisung), die zur Abwehr notwendige, tatsächliche Abwehrmaßnahme richtet sich dann nach der jeweiligen Ermächtigung mit ihren Voraussetzungen (s. unten III.).

Die in einem Fall gegebene Aufgabe der Gefahrenabwehr bezieht sich immer auf alle möglicherweise betroffenen Schutzgüter, was es notwendig macht, jedes einzelne betroffene Schutzgut nacheinander aufzuzeigen, um ihren ausreichenden Schutz zu organisieren.

**Merke:** Die Zuweisung einer Aufgabe ist noch keine Ermächtigung zum Handeln im einzelnen Fall!

### a) Individuelle Schutzgüter

Hierzu gehören sowohl die besonderen Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, aber auch alle anderen **privaten** Rechte wie Eigentum, Vermögen, Besitz, allg. Persönlichkeitsrecht, Namensrecht und sogar Forderungsrechte. *Beispiel:* Behindern Schaulustige die Rettung der Unfallverletzten, so sind in erster Linie deren individuelle Schutzgüter „körperliche Unversehrtheit“ bzw. sogar „Leben“ beeinträchtigt (aber auch die „Funktionsfähigkeit“ der Rettungsmannschaften, s.u. zum „Bestand des Staates und seinen Einrichtungen“).

Das Merkmal „**öffentlich**“ setzt grundsätzlich voraus, dass es sich um Rechts- und Schutzgüter von anderen Personen handeln muss und nicht um die des „Störers“, des Verursachers der Gefahr (zur Ordnungspflicht s.u.V.3.). Abweichend von diesem Grundsatz zur „Öffentlichkeit“ gibt es aber Situationen, in denen die Gefährdung privater Rechtsgüter **durch eigenes Verhalten** dennoch „Sache“ der öffentlichen Sicherheit ist, wenn z.B. die Grenzen einer als zulässig erachteten Selbstgefährdung überschritten werden: So ist die Verhinderung von Selbsttötungsversuchen Aufgabe der Polizei zum Schutz des Lebens als individuellem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. Natürlich bleibt es jedem Bürger grundsätzlich überlassen, riskant zu leben und sich dabei auch selbst mehr oder weniger zu gefährden, sei es durch Trinken, Rauchen, artistische Kletterübungen, sei es durch sonstige gefährliche Leidenschaften. Die Grenze vom rein privaten zum öffentlichen „Interesse“ (an einer Regelung des Einzelfalles) wird jedoch überschritten, wenn dem Leben bewusst ein Ende gesetzt werden soll - hier darf kein Polizeibeamter nur zugucken (BVerwG NJW 1989 S.2960; BayVerfGH NJW 1989 S.1790; vgl. auch § 21a Abs. 1 StVO: Anlegepflicht für Sicherheitsgurte)! Erst recht natürlich, wenn es sich um Kinder oder „hilfs- und willenlose“ Personen handelt, die die Tragweite ihres Handelns gar nicht erkennen können (vgl.§ 30 Abs.1 ASOG sowie die zwangsweise Unterbringung von Geisteskranken und Suchtabhängigen bei erheblicher Selbstgefährdung auf der Grundlage des BlnPsych.KG von 1985).

Der Schutz individueller Rechtsgüter unterliegt jedoch einer grundsätzlichen **Einschränkung**: Es ist stets zunächst danach zu fragen, ob insoweit nicht der Schutz des „privaten“ Rechts **durch die (ordentlichen) Gerichte** gewährleistet wird (Prinzip der Gewaltenteilung, Art.20 Abs.2 GG), was bei der Gefährdung von Forderungsrechten besonders deutlich ist. In einem solchen Fall wird die polizeiliche Wahrnehmung des Schutzes auf die Aufgabe eingeschränkt, „nur“ diesen gerichtlichen Schutz zu **ermöglichen** (s. unten zur Aufgabenzuweisung des § 1 Abs.4 ASOG).

**Beispiel: Die unbekanntes Hausbesetzer**

*Hausbesitzer A verlangt von der Polizei, gegen die Hausbesetzer vorzugehen, die am Vortag sein leerstehendes Haus besetzt haben. Die Polizei verweist auf den*

*ordentlichen Rechtsweg für eine entsprechende Räumungsklage; notfalls erklärt sie sich bereit, die Identität der Hausbesetzer feststellen zu lassen. **Zu Recht?***

Mieter, die nicht zahlen und/oder gekündigt sind, aber dennoch in der Wohnung bleiben, können nur mit der Räumungsklage und anschließender Vollstreckung aus den Räumen entfernt werden. Das gilt grundsätzlich auch für Hausbesetzer als unliebsame „Mieter“. Insoweit steht also der **gerichtliche Schutz** des „Eigentums“ im Vordergrund. Eine Räumung würde das Urteil des Gerichtes vorwegnehmen.

Andererseits setzt eine Räumungsklage die Kenntnis des oder der Adressaten voraus (für die Zustellung der gerichtlichen Schriftstücke nach der ZPO). Wenn der Eigentümer selbst nicht in der Lage ist, sich die Namen zu beschaffen, würde der gerichtliche Schutz seines Eigentumsrechts vereitelt werden. In diesem Fall könnte und müsste die Polizei „helfen“ und die Identitätsfeststellung zur Abwehr der Gefahr durchführen; die Ermächtigungsgrundlage ergibt sich dann aus § 21 Abs.2 Nr.2 in Verbindung mit § 1 Abs.4 ASOG. Zu mehr kann die Polizei also zunächst nicht verpflichtet werden.

Der Schutz individueller Rechte schließt aber ein **weiteres Eingreifen der Polizei** dann nicht aus, wenn gleichzeitig andere Schutzgüter der „öffentlichen Sicherheit“ beeinträchtigt werden, so wenn anlässlich der Hausbesetzung gegen Strafgesetze verstoßen wird, also die „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen ist. Das heißt praktisch, wenn neben der Verletzung des individuellen (privaten) Rechts die Verletzung von Vorschriften des StGB, OwiG oder anderer Spezialgesetze (z.B. zur Lärmbekämpfung) in Betracht kommt, kann darin also zugleich eine Gefahr für die „Rechtsordnung“ gesehen werden (s. im folgenden). Die Heranziehung allein der in der Hausbesetzung auch liegenden Straftat des „Hausfriedensbruches“ ist allerdings als Umgehung der eigentlich eingeschränkten Aufgabe des Schutzes privater Rechte aufzufassen.

#### **b) Unverletzlichkeit der Rechtsordnung**

Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sind praktisch alle **Normen mit Geboten und Verboten** (dann auch als Voraussetzung für die „Funktionsfähigkeit“ des Staates, BVerwGE 64 S.55/58; 82 S.34/40); das gilt in erster Linie für StGB und OwiG; dazu gehören aber auch Straf- und Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände in anderen Gesetzen, Verordnungen und Satzungen, wenn sie den Bürger zu einem bestimmten

Verhalten (auch Unterlassen) verpflichten; vgl. § 33 KunstUrheberGesetz (KUG), wodurch die Verletzung des Rechts am eigenen Bild unter Strafe gestellt ist (VG Karlsruhe NJW 1980 S.1708 - Beschlagnahme des Films eines Pressefotografen, auf dem ein Polizeibeamter abgelichtet wurde; vgl. auch BVerwGE 64 S.55 - Beschlagnahme eines Transparents, auf dem eine ausländische, diplomatische Vertretung beleidigt wurde; vgl. ebenso § 49 StVO, oder die Vorschriften in BGB und UWG, die dem Bürger im Verhältnis zu Dritten bestimmte Pflichten auferlegen). Praktisch handelt es sich bei der Abwehr von Gefahren für die „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ auch um die **Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten** (welche die repressive Verfolgung des bereits eingetretenen Verstoßes nicht ausschließt). Allerdings reicht für die Annahme einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bereits das Vorliegen der **objektiven** Tatbestandsmerkmale für eine Straftat und deren Rechtswidrigkeit als Grundlage für Abwehrmaßnahmen aus, insbesondere kommt es nicht auf ein Verschulden an, z.B. bei gefährlichen Kindern, deren Verhalten zwar die „Rechtsordnung“ verletzen, aber dennoch keine repressiven Maßnahmen der Strafverfolgung auslösen kann (s. § 19 StGB).

Bei der Gefahrenabwehr steht also nicht der konkrete Verstoß gegen eine bestimmte Strafnorm im Vordergrund, sondern die Feststellung, dass mit der Verletzung der Rechtsordnung (in welcher Form auch immer) ein Stützpfiler der „öffentlichen Sicherheit“ rechtswidrig gefährdet ist.

Die Frage wird oft gestellt, ob nicht in der „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ sogar das **wichtigste Schutzgut der öffentlichen Sicherheit** gesehen werden muss, welches die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen ebenso überlagert wie die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. Die Tatsache, dass mittlerweile der größte Teil des gesellschaftlichen Lebens derart durchnormiert ist, könnte dafür sprechen, die anderen Schutzgüter nicht mehr in größerem Umfang heranzuziehen (s. bei Stoermer, Der polizeirechtliche Gewahrsam, 1999 S.68). Andererseits sind natürlich auch Zweifel an der herausragenden Bedeutung einer Rechtsordnung erlaubt, deren Verletzung heute z.B. durch Steuerdelikte, Korruption und durch politische „Verharmlosung“ bestimmter Delikte mehr als üblich ist - weitgehend ohne entsprechende Folgen! Im übrigen

kann es nicht Aufgabe des Polizeirechts sein, derartig **strukturelle Mängel** beseitigen zu wollen. Rein rechtlich wäre es jedenfalls nicht ausreichend, die Gefahrenabwehr vornehmlich oder allein auf die drohende Verletzung der Rechtsordnung zu beschränken. Praktisch können auch erhebliche Unterschiede in der Gefahrenlage für das jeweilige Schutzgut bestehen, vgl. die Gefahr für das Leben beim Nichtanlegen der Sicherheitsgurte gegenüber der bloßen Rechtsverletzung (Waechter NVwZ 1997 S.729/736).

Probleme bestehen hinsichtlich der **Grundrechte** als Teil der zu schützenden Rechtsordnung (Verfassung), da sie eigentlich Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat begründen; s. aber schon zu der Möglichkeit, das Grundrecht als individuelles Schutzgut zu betrachten z.B. das Leben bei Selbsttötungsversuchen und die Menschenwürde. Gleiches gilt auch hier: Es ist festzustellen, ob Grundrechte so bedeutsam sind, dass sie **staatlichen** Schutz benötigen, selbst wenn „nur“ andere Bürger (und nicht der Staat) in das Grundrecht eingreifen. Bejaht wurde das

- für die Versammlungsfreiheit, Art. 8 (BVerfGE 69 S.315/355: Schutz der Versammlung vor unfriedlichen Gegendemonstranten);
- für die Ausbildungsfreiheit, Art. 12 (OVG Hamburg NJW 1977 S.1254: Schutz der Vorlesungen durch das Ordnungsrecht der Hochschulen);
- für die Menschenwürde als „unverzichtbares“ Grundrecht, Art. 1 Abs. 1 GG.

Problematisch ist ferner der „Schutz“ der bestehenden Rechtsordnung vor neuen, noch nicht normierten **Rechtsentwicklungen**, z.B. hinsichtlich eines Abtreibungsverbotes oder auch des Gegenteils (s. auch zur „öffentlichen Ordnung“, u. I.2.). Praktisch hilft in solchen Fällen nur der „Ausweg“ über eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (als Übermaßverbot zur Verneinung des Eingreifens).

### **c) Bestand des Staates und seiner Einrichtungen**

Dieser Schutz umfasst - neben dem **verfassungsrechtlichen** Bestand des Staates - vor allem seine **Funktionsfähigkeit, d.h. die seiner Einrichtungen** (vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.233 f.; Lisken/Denninger, E Rn.12/S.109; OVG Münster NJW 1997 S.1596). Hierzu gehören: das Parlament, Gerichte, Behörden - also auch die Polizei (institutionell), ferner sonstige staatlichen und kommunalen

Körperschaften und Anstalten wie Universitäten, Bibliotheken, Museen, Theater sowie solche für die Allgemeinheit notwendigen Einrichtungen wie das Wasserwerk, die Elektrizitäts- und Gasversorgung, oder öffentliche Sachen wie Verkehrswege, die Straße und dergleichen. Zu diesen „kollektiven“ Rechtsgütern gehören auch die staatlichen **Veranstaltungen**, wie z.B. Staatsbesuche, Paraden, Manöver usw.; z.B. das feierliche Gelöbnis oder der Zapfenstreich der Bundeswehr.

**Beispiel: Der Wachhund**

*Der Polizeibeamte P. betritt das Grundstück des E, um eine Amtshandlung vorzunehmen; plötzlich wird er von einem Hund angefallen, zu Boden geworfen und so „bewacht“, dass er sich kaum zu rühren vermag.*

In erster Linie ist hier natürlich das individuelle Schutzgut der Gesundheit, oder sogar des Lebens von P. betroffen, daneben aber auch seine Funktionsfähigkeit als amtlicher Vertreter der Polizeibehörde, hier in ihrer Funktion als Strafverfolgungsorgan (insoweit auch unabhängig von der Frage nach der Rechtmäßigkeit eines derartigen Eigentumsschutzes durch scharfe Hunde). Weitere Beispiele können sein: die Behinderung polizeilicher Tätigkeit im Straßenverkehr durch „Zuschauer“ oder die Behinderung von öffentlichen Verkehrsmitteln; vgl. auch OVG Münster NJW 1997 S.1596 zur unzulässigen Warnung vor einer Radarkontrolle.

Problematisch ist der Schutz des verfassungsrechtlichen Bestandes des Staates erneut im Hinblick auf die **Grundrechte**, deren Ausübung durch die einen naturgemäß Einschränkungen der Verfassung für andere darstellen muss (zum Problem der Allgemeinverträglichkeit s.1.Teil III.3.b). Der Schutz der Verfassung (= verfassungsmäßige Ordnung, FDGO; vgl. BVerfGE 2 S.1 „SRP“) durch die Polizei wird deshalb auf den Bereich begrenzt, der mit den Bestimmungen des **politischen** Strafrechts, §§ 80 ff StGB (Staatsschutz-Delikte), konkretisiert wird (Wagner, § 1 Rn.28; Gusy, 2.Aufl. 1994, Rn.85 f; Götz, 12.Aufl. 1995, Rn.117); z.B. wenn einem Spielwarenhändler der Vertrieb von Kriegsspielzeug, das mit Hakenkreuzen und SS-Runen versehen ist, untersagt wird, § 86a StGB (vgl. BGH NJW 1979 S.1555). Der Schutz betrifft insoweit also nur („aktiv-kämpferische“) Handlungen und Versuche, die eine Gefährdung bis hin zum Umsturz der verfassungsmäßigen Ordnung



bezwecken (vgl. auch § 2 Gesetz zu Art. 10 GG von 1968: Überwachungseingriffe des nachrichtendienstlichen Verfassungsschutzes gegenüber „politischen“ Straftätern).

Unproblematisch und keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist jede Kritik an der Tätigkeit des Staates und seiner Organe als Teil der Meinungs- und Äußerungsfreiheit, Art. 5 Abs.1 GG.

## **2. Schutzgut „öffentliche Ordnung“**

Der Begriff „öffentliche Ordnung“ wird definiert als die Gesamtheit ungeschriebener Ordnungs- und Wertvorstellungen, deren Beachtung von einem überwiegenden Teil der Bevölkerung als unerlässliche Voraussetzung für ein geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben betrachtet wird (schon PrOVGE 91 S.139; vgl. Denninger in Lisken-Denninger, E Rn.25 - 28; Waechter NVwZ 1997 S.729; BVerfGE 69 S.315/352).

### **a) Frühere Bedeutung**

Die „öffentliche Ordnung“ hat früher eine große Rolle gespielt; heute besteht Einigkeit, dass diesem Begriff keine große Bedeutung mehr für die tägliche Praxis zukommt (h.M.; vgl. Götz, Rn.95; Gusy, Rn.102; die Polizeigesetze in Bremen, Niedersachsen, NRW, Saarland und Schleswig-Holstein verzichten dementsprechend auf die Einbeziehung der ungeschriebenen Ordnungsvorstellungen in die Eingriffsnormen; s. aber VGH Kassel NJW 1989 S.1488 zur Verletzung der Menschenwürde durch Zurschaustellung organisierter Gewaltbereitschaft; Rühl, NJW 1995 S.561; kritisch Kniesel NJW 1996 S.2606/2608). Früher wurde das Schutzgut „öffentliche Ordnung“ insbesondere in den Bereichen von Religion, Ethik, Sittlichkeit zur Wahrung „lebenswichtiger, geistiger Gemeinschaftsgüter“ eingesetzt (Dreus/Wacke/Vogel/Martens, S.75 ff). Heute ist das Schutzgut aus mehreren Gründen **gegenstandslos** geworden, sei es dass die früher relevanten Anwendungsfälle nunmehr in eigenen, gesetzlichen Normen geregelt werden, sei es dass die betroffenen subjektiven Rechtsgüter größeren strafrechtlichen Schutz genießen (und damit auch als Teil der öffentlichen Sicherheit); vgl. zum Selbsttötungsversuch - früher ein Fall der öffentlichen Ordnung, heute der öffentlichen Sicherheit; vgl. zur Sittlichkeit die §§ 183a, 184, 184a, 184b StGB, § 118 OWiG (s. im einzelnen bei Götz, Rn. 93 ff, insbesondere zu der von ihm

empfohlenen „Neuinterpretation“ des Begriffs der öffentlichen Ordnung als einheitlicher Begriff zusammen mit der öffentlichen Sicherheit, Rn. 109 aaO; vgl. auch bei Mussmann, Rz.154 ff). Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ geht von **rechtsfreien** Räumen aus, die nach unserer durchregulierten Wirklichkeit wohl nicht mehr bejaht werden können und jedenfalls nicht verwechselt werden sollten mit einer „Ordnung im öffentlichen Raum“ (s. bei Dietel, Deutsche Polizei“ 1998 S.6 ff; s. auch unten c. „Neuere Entwicklung“).

### **b) Schwierigkeiten und Bedenken**

Soweit noch der Begriff der „öffentlichen Ordnung“ als notwendig zur effizienten Anpassung an unvorhergesehene Situationen bejaht wird, ist auf folgende Probleme hinzuweisen:

- Schon in der **praktischen Anwendung**: Wie lassen sich solche ungeschriebenen Wertvorstellungen tatsächlich feststellen? durch Meinungsumfragen? als Vorstellung der höchsten Gerichte? („Demoskopisches Ordnungsunrecht“, vgl. Denninger JZ 1970 S.145; s. auch VG Berlin NJW 2001 S.983 „Café Pst!“ zur Feststellung der (fehlenden) Unsittlichkeit im Sinne des GaststG);
- Widerspricht nicht andererseits ein derartiger Mehrheitsschutz dem demokratischen **Minderheitenschutz**? Werden dadurch nicht neue (innovative) gesellschaftliche Entwicklungen abgeblockt bzw. unmöglich gemacht?
- Bedenken bestehen ferner aus der **Schrankensystematik des GG** hinsichtlich der Möglichkeit, über ungeschriebenes Recht und mangelnde Bestimmtheit des Begriffs zur Einschränkung von speziell geschützten Grundrechten zu gelangen (vgl. Götz, Rn.98).

Beispiele für die frühere Bejahung einer Gefahr oder Störung für die öffentliche Ordnung sind: öffentliche Tanzveranstaltungen am Staatstrauertag, BVerwG DVBl 1970 S.504; das Sammeln von Autowracks als Hobby im Wohngebiet, OVG Lüneburg GewArchiv 1976 S.13 (heute Fälle des Ordnungswidrigkeiten-Rechts). Fraglich erscheint es ebenso, die an sich erlaubte „Selbstgefährdung“ z.B. bei Frauenboxkämpfen, Gewaltspielen, Peep-Shows, um der „Gemeinschaft willen“ zu untersagen (vgl. Waechter NVwZ 1997 S.729/734; a.A. noch für den Betrieb von Bordellen und Peep-Shows, BVerwGE 68 S.213, 64 S.274, JZ 1990 S.382). Verneint wurde andererseits ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Fall der Punks, die

in einem Kurort herumlungern und die Passanten belästigen, VGH Mannheim NJW 1984 S.507.

### **c) Rechtsprechung**

In jedem Fall maßgeblich ist die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere durch BVerfG und BVerwG (vgl. BVerwGE 13 S.28/31). Das **BVerfG** hat in seiner Rechtsprechung zum Versammlungsrecht die öffentliche Ordnung zwar zunächst genauso wie oben zitiert, dann aber zugleich festgestellt, dass sie Teil der öffentlichen Sicherheit sei (NJW 2001 S.2069; s. auch NJW 2001 S.1409). Damit können Verstöße gegen die öffentliche Ordnung als Verletzung „der positiven Rechtsordnung und damit im Rahmen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit“ abgewehrt werden (s. dazu Prümm, Die öffentliche Ordnung....., in Sticher-Gil/Strahlendorf, Beiträge zu einer innovativen Polizeiausbildung, FS für K.J Sigrist, 2002 S.37). Die Gefährdung der öffentlichen Ordnung rechtfertigt allein noch kein Verbot der Versammlung, sondern ist dann durch entsprechende **Auflagen** zu regeln (BVerfG NJW 2001 S.2069; vgl. Schoch in Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), 2.Kap. Rn.262).

### **d) Neuere Entwicklung**

Eine „Renaissance der öffentlichen Ordnung“ als Schutzgut lässt sich feststellen, wenn neuerdings seitens der Polizei gegen sog. „offene Szenen“ oder aggressive Verhaltensweisen vorgegangen wird, nach dem Muster der Broken-Window-Theorie (vgl. insbesondere bei Volkmann, S. 216/217). Lange Zeit wurden z.B. aggressives Betteln, Pöbeleien oder Trinken in der Öffentlichkeit als bloße Belästigung, als „andere“ Umgangsform aufgefasst. Heute wird darin nicht so sehr eine Verletzung der Wert- und Moralvorstellungen gesehen als vielmehr ein **Zusammenhang** vermutet *„zwischen einer als intakt empfundenen Umwelt und einer wirksamen Kriminalprävention: Die Ordnung soll gleichsam auf ihrer untersten Stufe verteidigt werden, damit es erst gar nicht zu tieferen Rissen im gesellschaftlichen Gefüge kommt.“* (Volkmann aaO; mit weiteren Nachweisen).

Damit wird jedoch das (konkrete) Handeln der Polizei sowohl vom eigentlich (und auf lange Sicht) verfolgten Zweck abgelöst als auch der Begriff der Gefahr durch abstrakte Vorstellungen ersetzt (s. auch im Folgenden zu 3.c „Gefahrenvorsorge“).

### **3. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG**

Nach dem Grundsatz der Trennung von Aufgaben und Befugnissen (Gusy, Rn. 164 ff) enthält die Zuweisung der **Aufgabe** der Gefahrenabwehr aber weder zugleich eine **Ermächtigung** (Befugnis) noch die **Zuständigkeit**, die Maßnahmen zur Erfüllung der Aufgabe zu treffen. Beides kann - unabhängig von der generellen Aufgabe - eingeschränkt sein (s. schon zum Stichwort „Entpolizeilichung“, 1.Teil II.3.). Andererseits sind ohne Aufgabenzuweisung auch keine Eingriffsregelungen zulässig. Entsprechend dem materiellen Polizeibegriff (s. 1.Teil I.3.) wird in Berlin die Aufgabe der Gefahrenabwehr von den Ordnungsbehörden und der (Vollzugs-) Polizei wahrgenommen, § 1 Abs. 1 und 2 ASOG. Diese Gefahrenabwehr umfasst sowohl „abstrakte“ wie konkrete Gefahren (zur Definition s.u.V.1.a) und wird grundsätzlich beiden genannten Behörden als **gemeinsame Aufgabe** gleichermaßen auferlegt, § 1 Abs.1 und 2 ASOG; die Abs.3 bis 5 enthalten jedoch bedeutsame **Ausnahmeregelungen**. In jedem Fall ist davon noch die Zuständigkeitsregelung zwischen allen Behörden zu unterscheiden, welche andere Akzente setzt bei der Inanspruchnahme der Ermächtigungsgrundlagen für die erforderlichen Eingriffe, vgl. § 2 Abs.1 und § 4 ASOG (s. dazu IV.1.).

#### **Unterscheide zwischen Aufgabe, Zuständigkeit und Befugnis!**

##### **a) § 1 Abs. 1 ASOG (Grundsätzliche Aufgabenzuweisung)**

Die praktische Bedeutung der Aufgabenzuweisungsklausel des § 1 Abs.1 ASOG liegt für die Polizei in der Feststellung, dass sich der Polizeibeamte auch dann innerhalb seiner Aufgabenzuweisung hält, wenn keine konkrete Gefahr gegeben und keine Ermächtigungsgrundlage erforderlich für sein Handeln ist; vorausgesetzt, er wird auch insoweit zum Schutz der öffentlichen Sicherheit tätig (vgl. Gusy, Rn.11 f). Als Beispiele werden in der Regel hier „Streifenfahrten“ oder die „allgemeine Verkehrsüberwachung“ genannt, die aber nur bedingt brauchbar sind, da insoweit ganz allgemeine und eigentlich normale Handlungen der Polizei mit dem Etikett der Gefahrenabwehr versehen werden, obgleich dazu überhaupt kein Anlass besteht. Im Gegenteil, auf diesem Wege wird nur der Gefahrenbegriff ausgehöhlt bzw. so ausgeweitet, dass dann eigentlich jede Handlung darunter gezogen werden kann: z.B. auch jede Art vorsorgender Gefahrenabwehr und insbesondere **jede** „vorbeugende

Bekämpfung von Straftaten“ (s. zu § 1 Abs.3 ASOG; vgl. Götz, Rn.142; Knemeyer, Rn.66).

Vor allem betrifft diese „Auflösungstendenz“ (Mussmann, Rz.168) die sog. Vorfeldarbeit bei der Erhebung und Verarbeitung von Daten, die offensichtlich keinesfalls als Gefahrenabwehr zu werten ist, sondern gerade Handlungen - und zwar ohne erkennbar rechtliche Außenwirkung - ermöglichen soll, die sogar ausschließlich der Verfolgung künftiger Straftaten dienen, ohne allerdings schon Strafverfolgung iSd. StPO zu sein (OVG Berlin NJW 1986 S.2004; s. bei Mussmann, aaO FN 150; Merten NJW 1992 S.354).

Die Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1 bedeutet jedenfalls, dass sich das Tätigwerden auf Grund der für Eingriffe notwendigen Ermächtigungsgrundlagen innerhalb des so zugewiesenen „Rahmens“ der Gefahrenabwehr halten muss - als äußerster Rahmen rechtlich zulässiger Polizeiarbeit (vgl. Wagner, vor § 1 Rn.18 ff und insbes. Rn.33, insoweit kritisch gegenüber „neuen“ Gefahrenbegriffen).

#### **b) § 1 Abs. 2 ASOG (Besonderes POR)**

An sich ist der hier angeführte Hinweis selbstverständlich, dass Ordnungsbehörden und Polizei auch die **durch andere Rechtsvorschriften** übertragenen Aufgaben zu erfüllen haben; diese Vorschrift kann aber auch missverstanden werden. Wenn damit z.B. auf die kriminalpolizeiliche Aufgabe der Ermittlung und Verfolgung von (bereits begangenen) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten abgestellt wird, ist dieser Hinweis auf die Regelung in StPO und OwiG rein deklaratorisch, also nur klarstellend. § 1 Abs.2 ASOG ermöglicht in keinem Fall eine Strafverfolgung mit „anderen“ Mitteln, sprich dem ASOG, z.B. wenn die an sich einschlägigen strafprozessualen Vorschriften nicht anwendbar sind. StPO und OwiG enthalten eine für die Aufgabe der (repressiven) Strafverfolgung **abschließende Regelung** des Bundesgesetzgebers (hinsichtlich der „vorbeugenden Bekämpfung“ von Straftaten s. zu § 1 Abs.3 ASOG). § 1 Abs.2 hat nur Bedeutung für den Bereich der Gefahrenabwehr.

So legt der Wortlaut von § 17 Abs.2 ASOG (sogar unter ausdrücklichem Hinweis auf § 1 Abs.2 ASOG) allerdings nahe, die Bedeutung dieser Vorschrift für die **Subsidiarität des Allg.POR** im Bereich der Gefahrenabwehr hervorzuheben, nämlich dass insoweit die Ordnungsbehörden und die Polizei auch bei Erfüllung der besonderen Aufgaben nach dem Besonderen POR (s.u.II.3.a) die Befugnisse nach

dem ASOG haben, wenn die speziellen Gesetze oder Rechtsverordnungen keine abschließenden Regelungen sondern „Lücken“ aufweisen: **das ASOG als Auffangrecht zur Gefahrenabwehr.**

Das schließt allerdings nicht aus, dass die beiden Aufgaben der Verhütung sowie der Verfolgung von Straftaten **zugleich** eingreifen können: z.B. wenn die versuchte, aber noch nicht vollendete bzw. auch nicht beendete Straftat endgültig zu unterbinden ist; ebenso wenn die zunächst „nur“ vorbeugende Beobachtung die (strafrechtliche) Vollendung einer nur so strafbaren Handlung zulässt, statt sie zu verhindern, um dann die repressive Strafverfolgung durchführen zu können - um letztlich auch derart der Gefahr erneuten Versuches oder einer Wiederholung der Straftat vorzubeugen (letztlich eine Frage des GdV und von Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens; zur Doppelfunktion des Polizeibeamten s.1.Teil III.).

### **c) § 1 Abs. 3 ASOG (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)**

Missverständlich ist ebenfalls der Wortlaut von § 1 Abs.3, worin der Polizei sogar die **ausschließliche Aufgabe** eingeräumt wird, *„im Rahmen der Gefahrenabwehr auch Straftaten zu verhüten sowie für die Verfolgung künftiger Straftaten vorzusorgen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)“*.

### **(1) Klassische Gefahrenabwehr**

Was rechtfertigt diese Ausnahmeregelung? Zunächst gilt der Grundsatz, dass Ausnahmen eng auszulegen sind. Auch hier; zumal die Verhinderung von Straftaten bereits ganz allgemein zur Aufgabe der Gefahrenabwehr gehört, nämlich hinsichtlich der „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit (s.o.I.1.b). Ausnahmeanlass für Abs.3 kann und wird somit nicht jede drohende Straftat sein (sonst würde auch das reguläre Zuständigkeitssystem ausgehebelt werden können; s.u.IV.1.d). Betrachtet man die Ermächtigungsgrundlagen, welche das ASOG ausdrücklich der Polizei zur „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ zur Verfügung stellt, z.B. § 18 Abs. 1 S.3, §§ 25 ff., so fällt auf, dass alle Vorschriften die Bekämpfung einer „erheblichen“ Straftat voraussetzen (Ausnahme nur die ED-Behandlung, § 23 Abs.1 Nr. 2). Der Grund für die ausschließliche Aufgabe der Polizei nach § 1 Abs.3 ist also darin zu sehen, dass nur sie in dem **besonderen Fall** über die notwendigen Mittel verfügt, sowohl die Straftat ganz zu

verhindern als auch die notwendige Strafverfolgung zu garantieren und schnellstmöglich nachfolgen zu lassen. Dieser Gesichtspunkt kann auch dort eine Rolle spielen, wo sich einzelne Straftaten, die für sich genommen nicht erheblich sind, jedoch **in einer solchen Anzahl** ereignen, dass die Bürger besonders verunsichert sind und insoweit - „im Rahmen der Gefahrenabwehr“ - die Rechtsordnung als wichtige Stütze der öffentlichen Sicherheit unerträglich beeinträchtigt wird. Dabei handelt es sich regelmäßig um sog. **Kriminalitätsbrennpunkte**, bei deren „Bekämpfung“ nicht mehr die einzelne Tatverfolgung im Vordergrund steht, sondern die Häufung der Kriminalität als besondere Gefahr gesehen wird. Vorbeugung also nicht (nur) zur besseren Aufklärung (= Strafverfolgung), sondern zur Abwehr, d.h. Verhütung weiterer Straftaten. Der besondere Ausnahmefall in § 1 Abs.3 liegt dann in der bedrohlichen Zunahme an Kriminalität.

Die „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“ gehört als ausschließliche Aufgabe der Polizei also dann unzweifelhaft zur klassischen Gefahrenabwehr, wenn der entsprechende Anlass besteht:

- entweder als besonderer **Kriminalitätsbrennpunkt**, an dem die Häufung der Kriminalität als „erhebliche“ Gefahr für die öffentliche Sicherheit gesehen wird und deren Fortsetzung deshalb „vorbeugend“ bekämpft werden soll;
- oder als bevorstehende, **einzelne Tat**, die so erheblich ist, daß sie auf jeden Fall verhindert werden muss (vgl. §§ 25, 26 ASOG; regelmäßig wohl auch Fälle der konkreten Gefahr, s. unten).

Wohlgemerkt, davon unberührt und sorgfältig zu unterscheiden ist die zeitlich nachfolgende, u.U. auch gleichzeitige (s. zur Doppelfunktion) kriminalpolizeiliche Aufgabe, begangene Straftaten zu ermitteln und zu verfolgen, allerdings dann auf der Grundlage bundesrechtlicher Vorschriften, s. § 163 StPO (und § 53 OwiG bei Ordnungswidrigkeiten), nicht aber in Anwendung von § 1 Abs.3 ASOG.

## **(2) Gefahrenvorsorge**

Problematisch ist, welche Schranke einer vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten durch die „Aufgabenzuweisungsklausel“ gesetzt werden kann, wenn sie als reine Vorsorge, also **ohne jeden Anlass** daherkommt. Es geht um die Frage, inwieweit auch nur vorstellbar mögliche, also bloß „abstrakt“ gedachte Gefahrenlagen zur Grundlage von Befugnissen gemacht werden dürfen z.B. bei der ED-Behandlung und

Datenspeicherung und wie weit der Kreis solcher „abstrakt“ vorgestellter Gefahren zu ziehen ist, um noch der Erfüllung der gefahrenabwehrenden Aufgabe der Polizei zu entsprechen; die Frage stellt sich erst recht im Hinblick auf die beabsichtigte Einbeziehung nachrichtendienstlicher Mittel und Ergebnisse (s. dazu Kutscha, CILIP 59, Heft 1/98; S.57). Das vorstellbare „Optimum“ läge dann natürlich in der Erfassung aller möglichen Daten (vgl. Gusy, VerwArchiv 1994 S.441).

Dieser „**dritte**“ **Aufgabenbereich** - neben der klassischen Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung - ist von der Rechtsprechung inzwischen grundsätzlich gebilligt (vgl. BVerwG NJW 1990 S.2765; BVerwGE 26 S.169; andererseits BVerfGE 113 S.348/376 ff.), allerdings nur zur (vorbeugenden) Bekämpfung von besonders gewichtigen Straftaten, die es in jedem Fall zu verhindern gilt - nicht erst bei entsprechendem Tatverdacht oder dem Vorliegen einer konkreten Gefahr (s.u.V.1.a und zum 3.Teil: ER-StPO). Das Polizeirecht darf an neue oder veränderte Gefährdungslagen angepasst werden (BVerfGE 115 S. 320; s. M. Soiné, NVwZ 2012 S.1585). Als Ermächtigung dienen aber auch die Standardbefugnisse der §§ 25 ff, insbes. § 47 ASOG (s. unten III).

Darin liegt naturgemäß eine **große Versuchung**, über eine so verstandene Aufgabenzuweisung auch zu einer sehr weiten Befugniszuweisung zu gelangen (vgl. ganz besonders kritisch Wagner, vor § 1 Rn.17 ff; Merten NJW 1992 S.354 unter Besprechung von BGH NJW 1991 S.2651; vgl. Arzt, Die Polizei 2003 S.100/103). Die Frage ist umso kritischer, als die „vorbeugende“ Aufgabe ausschließlich der Polizei gestellt ist und auch ausdrücklich von der Eilzuständigkeit in § 4 ASOG ausgenommen ist (s.u.IV.1.d).

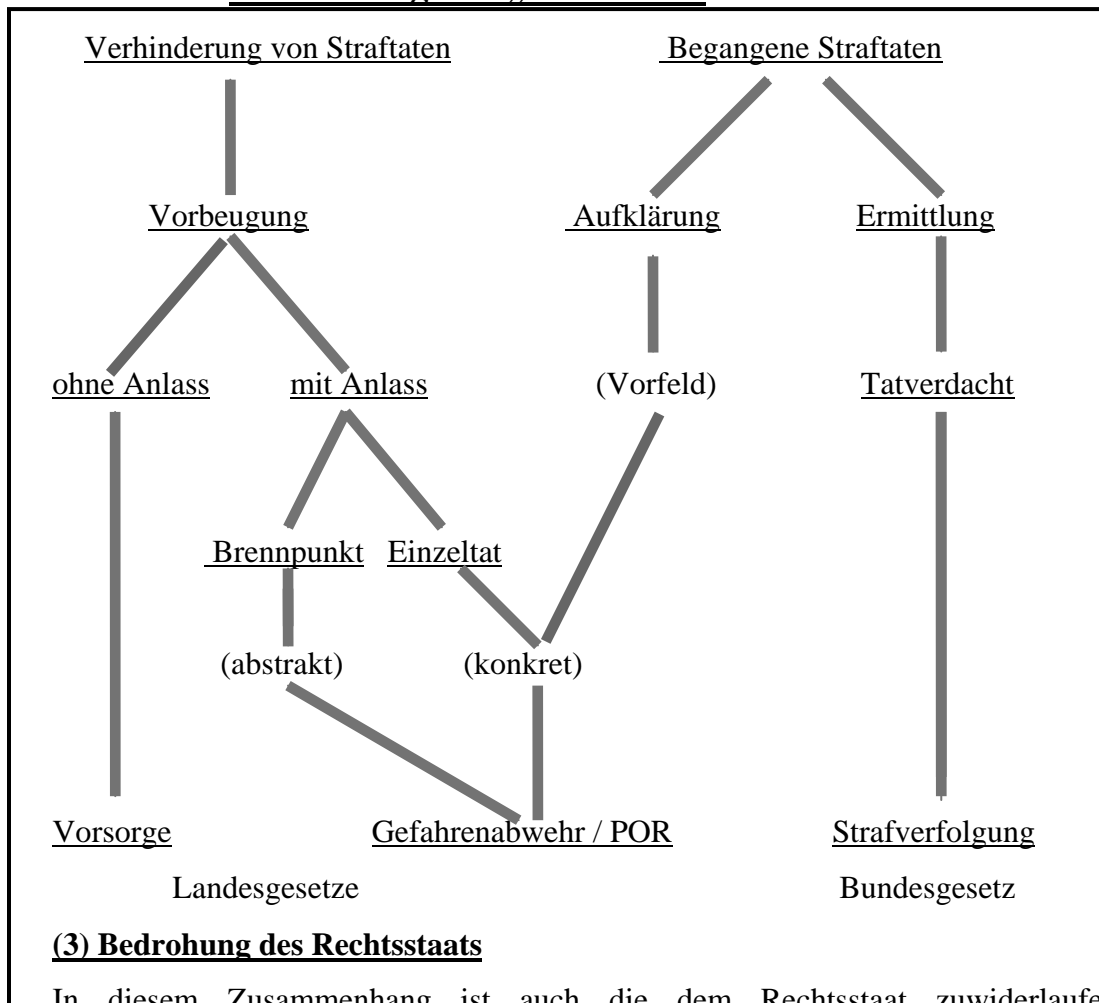
Festzustellen ist, dass mit der „Gefahrenvorsorge“ als vorbereitender Gefahrerforschung eine **dritte Säule** - neben der Abwehr konkreter Gefahren und der Verfolgung begangener Straftaten (s. auch DiFabio, JURA 1996 S.566 zum Umweltschutz) - geschaffen wurde,

- die sich nicht mehr unter den traditionellen Begriff der Gefahrenabwehr fassen lässt, wenn dieser Begriff noch eine „abgrenzungstaugliche Aussagekraft“ haben soll (s. insbesondere Volkmann S. 216/217: Bedrohungslagen als Daueraufgabe und Aktivitäten des Staates weit in das Vorfeld möglicher Gefahren; vgl. Möllers/Pflug in: Kloepfer (Hrsg.), Schutz kritischer Infrastrukturen, 2010 S. 47/48), und



- für die entsprechende Eingriffsvoraussetzungen (wie konkrete Gefahr, Straftat) fehlen; vielmehr treten an deren Stelle persönliche Einschätzungen von Sicherheitskräften, die zudem neuerdings mehr von modernistischen Begriffen wie Arbeitsökonomie und Ressourcenbeschränkung als durch rechtlich kontrollierbare Bedingungen geprägt wird (Paeffgen, NJ 1996 S.454/458 mwN in FN 56).

### Übersicht: Abwehraufgabe: „Straftaten“



In diesem Zusammenhang ist auch die dem Rechtsstaat zuwiderlaufende Entwicklung anzusprechen, das Polizeirecht als Teilelement **sozialer Steuerung** aufzufassen (s. Volkmann S. 216 ff):

- zur Gewährleistung nicht der objektiven Sicherheit sondern auch der „gefühlten“, also subjektiv empfundenen Sicherheit bzw.
- zur Bekämpfung von „Bedrohungslagen“, die nicht als Einzelfall oder deren Anhäufung, sondern als Gesamtphänomen wahrgenommen werden und entsprechende „Angst“ einflößen, z.B. die grenzüberschreitende Organisierte Kriminalität, der internationale Terrorismus (New York, London, Madrid), aber auch die Ausbrüche jugendlicher Gewalt, die Amokläufe.

„Sicherheit“ wird zunehmend als besonderes Schutzgut empfunden, welches der Staat zur Verfügung stellen müsse. Die Politik – national wie auch europäisch – reagiert „**technologisch**“, mit Sicherheitspaketen, die einen „ganzheitlichen“ Bekämpfungsansatz aufzeigen sollen. Das Polizeirecht wird insoweit verstanden als Teil eines umfassenden Sicherheitskonzepts und damit dessen Zielen untergeordnet: unter Verwendung von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen oder von fachlichen Lagebeurteilung in eigener Verantwortung, also unter **Aufgabe von juristischer Berechenbarkeit und Kontrolle**; das heißt: ein Problem unseres Rechtsstaates, wonach eine Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist als Begründung und Grenze für jedes Verwaltungshandeln. Polizeirecht *„als Baustein vorsorgender Sozialgestaltung unter anderen: an der demokratischen Idee einer umfassenden Behandelbarkeit aller gesellschaftlichen Probleme orientiert, aber mit den bekannten juristischen Kategorien nicht mehr recht in den Griff zu bekommen.“* (Volkman aaO, mit weiteren Nachweisen).

#### **d) § 1 Abs. 4 ASOG (Schutz privater Rechte)**

Diese Vorschrift erwähnt als besondere Aufgabe der Polizei den „Schutz privater Rechte“, also z.B. den Schutz vor Gefahren für Eigentum, Besitz, allgemeines Persönlichkeitsrecht (persönliche Ehre), Namensrecht usw. - für den Fall, dass diese Rechte nicht durch Eingriffe des Staates, sondern **durch Dritte**, andere Bürger gefährdet, verletzt oder beseitigt werden. Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung, Art. 20 Abs. 2 GG, sind dafür eigentlich die (ordentlichen) Gerichte zuständig. Der Schutz individueller Rechtsgüter unterliegt somit einer Einschränkung, deren Voraussetzungen in Abs.4 aufgezeigt werden. Da insoweit das Verhältnis zu den Gerichten geregelt wird, ist diese Aufgabe auch nicht als Ausnahme in § 4 ASOG erwähnt.

Siehe schon den Beispielsfall „Die unbekanntes Hausbesetzer“ (s.o.I.1.a), mit folgender Ergänzung: Die Mieter können nur mit der Räumungsklage und anschließender Vollstreckung aus den Räumen entfernt werden, was die Kenntnis des Adressaten voraussetzt (für die Zustellung der gerichtlichen Schriftstücke). Soweit der Eigentümer selbst nicht in der Lage ist, sich die Namen zu beschaffen, würde ohne Eingreifen der Polizei sein Eigentumsrecht vereitelt werden. In diesem Fall müsste die Polizei „helfen“ und die Identitätsfeststellung zur Abwehr der Gefahr

durchführen; die Ermächtigungsgrundlage ergibt sich dann aus § 21 Abs.2 Nr.2 in Verbindung mit § 1 Abs.4 ASOG. Zu mehr kann sie aber zunächst nicht verpflichtet werden. (Der Fall, dass die Hausbesetzung aus anderen, besonderen Gründen die öffentliche Sicherheit gefährdet und deshalb eine sofortige Räumung des besetzten Hauses erfordert, z.B. wegen Verstößen gegen Strafgesetze - „Hausfriedensbruch“ ist aber Antragsdelikt - soll hier nicht erörtert werden.)

Vorstellbar ist allerdings, dass auch der o.a. Sachverhalt schließlich zur Räumung des Hauses durch die Polizei führen kann - nämlich dann, wenn die Hausbesetzer dauernd wechseln und dadurch die Räumungsklage trotz Identitätsfeststellung immer wieder ins Leere laufen lassen. Unter solchen Umständen sind die Voraussetzungen für den Schutz des Eigentümers **ohne Einschränkung** gemäß § 1 Abs.1 ASOG gegeben. Die offensichtliche Aussichtslosigkeit eines gerichtlichen Schutzes begründet die uneingeschränkte Gefahrenabwehr durch die Polizei (vgl. auch § 38 Nr.2 ASOG: allgemeiner Schutz des Eigentums).

Der Schutz privater Rechte kann also nur eingeschränkt wahrgenommen werden („subsidiär“ gegenüber der Gerichtsbarkeit): Erst dann,

- wenn gerichtlicher Schutz **nicht rechtzeitig** zu erlangen ist (OVGE Münster 24 S.72),
- und das setzt voraus, dass ein **Anspruch auch glaubhaft** gemacht werden kann (mit entsprechende Gefahrenlage, d.h. einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit auf Vereitelung des Anspruchs, s. zum Gefahr-Begriff V.1.a),
- und wenn die Verwirklichung des Rechts **ohne die Hilfe der Polizei** vereitelt oder wesentlich erschwert würde, ist die Polizei zum Eingreifen berechtigt (s. auch Prümm/Thieß, 1.Fall: Schadenersatz für den zerdrückten Strohhut).

Es gibt deshalb **nur drei Maßnahmen** zum Schutz privater Rechte: Die wichtigste Maßnahme wird regelmäßig in der Identitätsfeststellung liegen, s. § 21 Abs.2 Nr.2 ASOG; zulässig ist aber auch jede vorangehende „Ermittlung“ (personenbezogene Datenerhebung) gemäß § 18 Abs.1 S.3; möglich ist schließlich ein Vorgehen gemäß § 30 Abs.1 Nr.4 ASOG (Gewahrsam, wenn außerdem die Voraussetzungen der §§ 229, 230 Abs.3 BGB für ein Festhalten durch „Jedermann“ gegeben sind).

Soweit allerdings neben der Privatrechtsgefährdung **weitere Schutzgüter** der öffentlichen Sicherheit in dem Einzelfall bedroht sind, gilt insoweit die

Aufgabenbeschränkung des § 1 Abs.4 ASOG dann nicht (Götz, Rn.77; OVGE Lüneburg 11 S.443; s. auch zur Zuständigkeit IV.1.d), es sei denn, der Rückgriff z.B. auf den Straftatbestand des Hausfriedensbruches und damit der Rechtsordnung im o.a. Fall führt zu einer Umgehung der Aufgabenbeschränkung (und damit der Gewaltenteilung).

#### **e) § 1 Abs.5 ASOG, Vollzugshilfe**

Nach der Definition in § 52 ASOG ist Vollzugshilfe die **Anwendung „unmittelbaren Zwangs“ gegen Personen**. Die Polizei hat also die ausdrückliche Aufgabe, auf entspr. Ersuchen anderer Hoheitsträger den Zwang als Vollzug der dort gefällten Ausgangsentscheidung gegenüber dritten Personen anzuwenden und mit dem UZwG durchzusetzen. Diese Vollzugshilfe ist verfahrensmäßig wie die Amtshilfe (vgl. Art. 35 Abs. 1 GG) gemäß den §§ 4 ff VwVfG ausgestaltet; von der Amtshilfe unterscheidet sie sich nur darin, dass die ersuchte Handlung eben schon zum Aufgabenkreis der Polizei als ersuchter Behörde gehört (vgl. § 4 Abs.2 Nr.2 VwVfG). Insofern ist die Vollzugshilfe eine Ausnahmeregelung (Gusy, Rn.139).

#### **Zusammenfassung: Aufgaben der Polizei zur Gefahrenabwehr; § 1 ASOG**

- **Abs. 1:** Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, generell neben den Ordnungsbehörden;
- **Abs. 2:**
  - (a) entspr. § 17 Abs. 2 ASOG: Vorrang von speziellen POR-Regelungen (BesPOR), nur subsidiäre Anwendung des ASOG,
  - (b) wenn Hinweis auf StPO und OwiG (Strafverfolgung), dann nur deklaratorisch!
- **Abs. 3:** Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten als Abwehr erhöhter Kriminalität, ausschließliche Aufgabe der Polizei, in Ergänzung zu Abs.1;
- **Abs. 4:** Schutz privater Rechte, ebenfalls als ausschließliche Aufgabe der Polizei, aber nur eingeschränkt (zur Ermöglichung gerichtlichen Schutzes);
- **Abs. 5:** Leistung von Vollzugshilfe gemäß §§ 52 - 54 ASOG.

## **II. Träger der Gefahrenabwehr**

Nach dem materiellen Polizeibegriff (s.1.Teil I.3.) werden in Berlin die Aufgaben der Gefahrenabwehr, also der Schutz von Gemeinschaftsgütern und individuellen Sicherheitsgütern der Bürger vor Schaden von **Ordnungsbehörden und der Polizei** (Vollzugspolizei) wahrgenommen, § 1 Abs.1 ASOG (Ordnungsbehördensystem; zum sog. Fachbehörden- bzw. Polizeibehördensystem vgl. Mussmann, Rn. 10). Die gesetzlichen Grundlagen (Ermächtigungen) zur Gefahrenabwehr können sich aus dem Besonderen POR oder dem Allgemeinen POR (ASOG) ergeben, was mit der Verteilung der **Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz** zwischen Bund und Ländern nach dem GG zusammenhängt.

In der Bundesrepublik (Bundesstaat) liegt der Schwerpunkt zur Gesetzgebung und Verwaltung grundsätzlich bei den Ländern (Art. 30, 70, 83 GG) und bei dem „Bund“ nur, soweit das GG diese Kompetenz ausdrücklich ausspricht (vgl. Katz aaO, Rn.462). Die Wirklichkeit der Gesetzgebung sieht allerdings wesentlich zentralistischer aus: Die Bundesgesetze überwiegen bei weitem.

### **1. Bundeseigene Verwaltung**

Im Gegensatz zur umfangreichen Gesetzgebung durch den Bundesgesetzgeber gibt es nur wenig bundeseigene Verwaltung zur Gefahrenabwehr (s. Art 87 GG), sie ist begrenzt auf **bestimmte Spezialbereiche**: wie z.B. das Kraftfahrtbundesamt, das Bundesgesundheitsamt, das Luftfahrtbundesamt, die Bundesanstalt für die Flugsicherung, die Wasser- und Schifffahrtsämter; hier insbesondere bedeutsam sind die drei Sicherheitsdienste des Bundes:

- das **Bundesamt für Verfassungsschutz** ist zuständig, Informationen über (inländische) verfassungsfeindliche Bestrebungen zu sammeln und auszuwerten sowie bei Sicherheitsüberprüfungen von Personen und technischen Einrichtungen mitzuwirken, § 3 BVerfSchG; ausgenommen
- der Bereich des Bundesministers für Verteidigung, für den der MAD, der **militärische Abschirmdienst** zuständig ist, § 2 MADG;
- der BND, **Bundesnachrichtendienst**, wiederum sammelt und verwertet die erforderlichen Informationen über das Ausland, welche von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik sind, § 1 BNDG.

Alle drei Sicherheitsdienste haben die gleichen Befugnisse zur Datenerhebung, Speicherung, Nutzung und Übermittlung gemäß den insoweit grundlegenden §§ 8 ff BVerfSchG.

- Eine weitere „Schöpfung“ ist das **Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik** (hervorgegangen aus der Abteilung „Chiffrierwesen“ des BND), welches neben der genannten Aufgabe auch die Verfassungsschutzbehörden zu unterstützen hat, § 3 BSIG vom 17.12.1990.

In diesem Zusammenhang bedeutsam ist neuerdings die gesetzlich fundierte Zusammenarbeit zwischen den Geheimdiensten und den Polizeibehörden. Grundlage ist das **Antiterrordateigesetz vom 4.12.2006**, worin neben der Verbunddatei zu Antiterrordaten die weitere (projektbezogene) Zusammenarbeit aller beteiligten Behörden geregelt wird. Natürlich ist diese Kooperation kritisch zu betrachten auf dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gebotes einer Trennung von Polizei und Geheimdienst. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 24.4.2013 nur eine grundsätzliche Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Verfassung festgestellt; für die gesetzliche Nachbesserung (unter Beachtung der engeren Vorgaben des BVerfG) besteht eine Frist bis Ende 2015 ([http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424\\_1bvr121507.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html)).

Neben den Sonderordnungsbehörden zur Gefahrenabwehr verfügt der Bund auch über eine eigene **Bundespolizei**, den früheren Bundesgrenzschutz. Weitere (Polizei-) Behörden des Bundes sind das BKA, der Zolldienst, die Bundeswehr.

## **2. Landesverwaltung**

Aufgabe der Landesverwaltung ist es nach Art. 30 und 83 GG, nicht nur die eigenen Landesvorschriften sondern auch die Vorschriften des Bundes mit der landeseigenen Verwaltung (als sog. Auftragsverwaltung, Art. 85 GG) zu vollziehen und auszuführen (Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 2; Götz, Rn.28). Im Bereich der Gefahrenabwehr kann es sich dann um besonderes Bundesrecht oder besonderes Landesrecht als sog. **Besonderes POR** handeln.

### **a) Besonderes Bundesrecht**

Von der durch die Art. 71 ff GG eingeräumten **Gesetzgebungskompetenz** hat der Bundesgesetzgeber reichlich Gebrauch gemacht, um auch die Gefahrenabwehr für bestimmte Bereiche zu regeln, z.B.

- das Ausländerrecht durch das Zuwanderungsgesetz (von 2004),
- die Verkehrsüberwachung durch StVG, StVO, StVZO,
- das Gewerberecht durch GewO,

- das Versammlungswesen durch VersG (soweit keine Landesgesetzgebung vorhanden ist), VereinsG;
- s. ferner BtMG, WaffG, SprengstoffG, BImSchG.

Als Besonderes POR regeln diese Gesetze u.a. (s. im Folgenden 3.a) die Abwehr von **fachspezifisch typischen** (sog. benannten) Gefahren bezogen auf den vom Gesetz angesprochenen „Ausschnitt“ als eigenständigen Gefahrentatbestand. Die Ausführung der Vorschriften obliegt dem Land nach Art. 83 GG, wobei allerdings auch noch verfahrensrechtliche Vorgaben des Bundes, z.B. hinsichtlich Zuständigkeit und Verwaltungsverfahren, entsprechend seiner Annex-Kompetenz (Sachzusammenhang) vorhanden sein können (s. das Zuwanderungsgesetz; Gegenbeispiele sind das BImSchG u. das AbfallG, die alle formellen Fragen offen lassen; vgl. Götz, Rn.42). Diese Gesetze gehen dann dem Landesordnungsrecht vor (Art. 31 GG; s.1.Teil, IV.2.).

### **b) Besonderes Landesrecht**

Neben den besonderen Bundesvorschriften haben die Länder ebenfalls spezielle Regelungen, also Spezialgesetze zur Abwehr von Gefahren in bestimmten Bereichen geschaffen, soweit sie dafür die Gesetzgebungskompetenz behalten haben gemäß Art. 70, 72 Abs. 1 GG, z.B. Meldegesetze, PresseG, HochschulG, BauO Bln. Auch diese fachspezifischen Regelungen beziehen sich auf bestimmte, für den Ausschnittsbereich typische Gefahrenlagen, sind also Bestandteil des Besonderen POR.

### **c) Allgemeines Landesrecht**

Wie oben schon aufgezeigt (1.Teil I.3.), unterliegt insbesondere die allgemeinpräventive Gefahrenabwehr nur der Regelungskompetenz der Länder. Mit dem ASOG werden grundsätzlich alle Gefahren erfasst, praktisch kommt das Gesetz aber wegen der Spezialvorschriften

- nur auf „unbenannte“, d.h. **nicht typisierbare** Gefahren zur Anwendung und
- als Auffangrecht (subsidiär), soweit die Spezialvorschriften des Besonderen POR **Lücken** aufweisen (s. § 17 Abs.2 ASOG).

Mit anderen Worten: Die Regelungen des ASOG sind anwendbar, soweit keine Spezialvorschriften vorhanden sind oder darin keine Regelung über Mittel und Wege der Gefahrenabwehr getroffen wurden (s. dazu auch I.3.b).

### **3. Handlungsformen zur Gefahrenabwehr**

#### **a) Besonderes POR**

In den Bereichen des Besonderen POR werden bereichstypische Gefahrenfälle zusammen erfasst und speziell geregelt. Im Besonderen POR verbindet die weitergehende, moderne Spezialgesetzgebung die gefahrenabwehrenden Ziele mit der **Planung, Vorsorge, Gestaltung und Leistung** für das Gemeinwohl; bestes Beispiel ist das Umweltschutzrecht (s. Götz, Rn.74; anders, d.h. dem alten „Gegensatz“ von Gefahrenabwehr und „Wohlfahrtspflege“ folgend, noch Teile der GewO, s. Götz, Rn.72). Der Verbindung von Gefahrenabwehr und Vorsorge, Planung usw. entsprechen die - im Gegensatz zum Allgemeinen POR - vielfacher ausgestalteten, unterschiedlichen Handlungsformen im Besonderen POR:

#### **(1) Rechts-Verordnungen**

Neben der grundsätzlichen Regelung in speziellen Gesetzen kann die weitere Reglementierung vor allem durch Verordnungen geschehen - das typische Mittel der Verwaltung zur **Regelung der abstrakten Gefahr** vgl. z.B. § 6 StVG und die darauf gestützte StVO (s. auch §§ 55 ff ASOG).

Weiteres Beispiel: Wenn ein Täter bewaffnet ist, stellt er eine konkrete, d.h. im Einzelfall bestehende Gefahr dar, die dann Anlass für abwehrende Maßnahmen (Verfügung) in diesem „konkreten“ Fall sein kann (s.u.V.1.a). Die vorgestellte mögliche Bewaffnung bestimmter Bevölkerungsteile begründet dagegen eine „abstrakt“ **verallgemeinerte, typische** Gefahr, deren Regelung entweder durch Gesetz oder Verordnung geschehen kann (welche dann als Grundlage für alle darunter fallenden Einzelfälle, also zur Regelung der konkreten, einzelnen Fälle, gilt; s. im Folgenden).

#### **(2) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**

Die praktische Umsetzung der besonderen Regelungen im Gesetz oder in der Verordnung geschieht üblicherweise durch „Verbote mit Erlaubnisvorbehalt“ in der Weise, dass eine bestimmte, in dem besonderen Bereich als gefährlich eingestufte Tätigkeit oder Verhaltensweise zunächst **grundsätzlich verboten** wird, die Aufnahme der Tätigkeit aber nicht ausgeschlossen ist, sondern von der ausdrücklichen Erlaubnis der (Ordnungs-) Verwaltung abhängig gemacht wird - zur präventiven Kontrolle und Feststellung, dass mit der Tätigkeit im Einzelfall



tatsächlich keine Gefahren verbunden sind (s. dazu Götz, Rn.454 ff). In besonders flexibler Anwendung kann die Erlaubnis von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht (z.B. die Fahrerlaubnis) oder mit Nebenbestimmungen, Auflagen und sonstigen Anordnungen verbunden werden, deren Fehlen oder Wegfall zur Aufhebung der Genehmigung und bei fortgesetzter, dann illegaler Tätigkeit zur Verhängung von Bußgeldern führen kann.

### **(3) Verfügung zur Gefahrenabwehr**

Existiert ein solcher Genehmigungsvorbehalt in dem fraglichen Spezialbereich nicht, können die gesetzlichen Verbote auch **durch VA**, also mit der „Verfügung zur Gefahrenabwehr“ umgesetzt und durchgesetzt werden, vgl. § 35 Abs.1 GewO, §§ 24, 25 BImSchG, sowie die BauOBl. für genehmigungsfreie Vorhaben (s. auch im Folgenden).

### **b) Allgemeines POR**

Die typische Handlungsform im Bereich des Allgemeinen POR, des ASOG, ist die „**Verfügung zur Gefahrenabwehr**“ (Eingriffsmaßnahme), in Anwendung durch die Polizei auch als **Polizei-Verfügung** bezeichnet, mit der im konkreten Einzelfall drohende Gefahren verhütet oder bereits eingetretene Störungen beendet werden. Soweit die abzuwehrende Gefahr atypisch ist und sich in jedem Einzelfall unterscheidet, bedarf es der „**Generalklausel**“ als Ermächtigung zum Erlass der Verfügungen: § 17 Abs.1 ASOG; soweit standardisierte Eingriffe möglich bzw. auch nach der Schrankensystematik des GG mit besonderen Voraussetzungen notwendig sind, sind die sog. „**Standardmaßnahmen**“ der §§ 18 ff ASOG als spezielle Regelungen heranzuziehen.

Die Polizeiverfügung kann allerdings nicht auf eine bestimmte **Handlungsform** festgelegt werden. Wenn sie z.B. als Verbot oder Gebot ergeht, entspricht sie der Definition des VA, § 35 VwVfG, wie bei der Platzverweisung (§ 29 Abs. 1 ASOG); andererseits sind der Gewahrsam, die Sicherstellung von Gegenständen oder die Durchsuchung von Wohnungen erkennbar reine Tathandlungen. Ganz schwierig wird die systematische Einordnung der informationsbezogenen Maßnahmen (vgl. Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2008, 2.Kap. Rn. 193 f), auch hinsichtlich der Beachtung von allen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen (s. dazu insbesondere 5.).

### **c) Schlicht hoheitliches Handeln**

Die ganz einfache Möglichkeit, Gefahren abzuwehren, besteht in einem sog. „schlicht“ hoheitlichen Handeln (s. grundsätzlich Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO, S.101). **Hoheitlich** ist jede Tätigkeit, wenn sie aus der Staatsgewalt abgeleitet ist und staatlichen Zwecken dient, d.h. bei der Polizei: der Erfüllung ihrer Aufgaben dient. Damit sind also keine Handlungen gemeint, deren Beiläufigkeit darin besteht, dass sie von jedermann vorgenommen werden können, wie z.B. Auskünfte über Straßenlagen, Hilfe für Behinderte, Abtransport von Unfallopfern, Beratung und Publikation zur Abwehr von Dieben und dergleichen mehr; auch nicht das „normale“ Beiseiteräumen von Baumhindernissen auf Landstraßen. Gefahrenabwehr ist die **Regelung von Konflikten**; ist sie mit Eingriffen verbunden, geschieht das durch die aufgezeigten Mittel der Verfügung, Verordnung oder Gesetz; ist die Abwehr nicht mit Eingriffen verbunden, z.B. weil es (noch) nicht um die verbindliche Begründung oder Durchsetzung der (eigenen) Verpflichtung des Bürgers zur Gefahrenvermeidung geht, dann handelt es sich um schlicht hoheitliches Verhalten, z.B. die Verkehrsbeobachtung aus Anlass des Ferienbeginns, auch ohne dass es schon zu konkreten Zwischenfällen mit entsprechenden Warnungen und Hinweisen gekommen ist, oder Funkstreifenfahrten unter besonderer Beobachtung bestimmter Zielgruppen, sog. „Vorfeldarbeit“, die noch keinen Eingriff darstellt (s. dazu Rasch DVBl. 1992 S.207; Schoch JuS 1995 S.215; Huppertz, Rn.125). Somit bedarf es auch keiner Ermächtigungsgrundlage; dennoch gibt es ausdrückliche „Befugnisnormen“ für einfaches Verwaltungshandeln, insbesondere in neueren Spezialgesetzen wie z.B. im Bereich des Umweltrechts (s. dazu Schoch aaO; vgl. auch § 18 Abs.1 S.1 ASOG für eine sachbezogene Datenerhebung); andererseits darf auch schlichtes Verwaltungshandeln nicht gegen Gesetze verstoßen (Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

### **d) Eigenhandlung**

Davon zu unterscheiden ist die „Eigenhandlung“ von Polizei und Ordnungsbehörden, die einen Eingriff darstellt und auch als „Selbstvornahme“ bezeichnet wird (vgl. § 12 VwVG und § 15 ASOG). Insoweit handelt es sich in Berlin um eine Form der Gefahrenabwehr für den Fall, dass niemand anderer als die Polizei - oder die Ordnungsbehörden - in der Lage ist, die Gefahr abzuwehren, und deshalb selbst

handeln muss: entweder zur Durchsetzung von Maßnahmen oder im mutmaßlichen Interesse des Ordnungspflichtigen.

Verwaltungsakte (Verfügungen mit Regelungscharakter) werden im Wege des **Verwaltungszwanges durchgesetzt**, nach dem VwVG mit den Zwangsmitteln der Ersatzvornahme (Beauftragung eines Dritten), des Zwangsgeldes oder des unmittelbaren Zwanges, §§ 9 ff VwVG; nach § 12 VwVG bedeutet „unmittelbarer Zwang“ entweder die Anwendung körperlicher Gewalt oder die **Selbstvornahme** durch die Polizei (in Verbindung mit dem UZwG). Gebietet die Gefahrenlage ein sofortiges Handeln und ist kein anderer als die Polizei dazu in der Lage, sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Sofortvollzug (Verwaltungszwang „ohne vorausgehenden Verwaltungsakt“) gemäß § 6 Abs.2 VwVG gegeben und die Polizei kann die gefahrenabwehrende Handlung gemäß der Ermächtigung aus § 12 VwVG selbst vornehmen; z.B. der Polizeibeamte erschießt den nicht angeleiteten Hund, der bereits eine Person verletzt hat und weitere bedroht: Insoweit bestand für den Erlass des vorausgehenden Grund-VA (etwa die Aufforderung an den Hundebesitzer, den Hund anzuleinen oder ihn wegzunehmen und die Gefahr dadurch zu beseitigen) keine Zeit, es bedurfte des „Sofort-Vollzuges“ zur Abwehr der drohenden Gefahr gemäß § 6 Abs.2 VwVG; die Ermächtigung zur Eigenhandlung des Polizeibeamten, zur Selbstvornahme ergibt sich dann aus §§ 9, 12 VwVG in Verbindung mit den Vorschriften des Schußwaffengebrauchs im UZwG.

Daneben enthält § 15 ASOG eine weitere Möglichkeit zur Eigenhandlung, die **„unmittelbare Ausführung“**, bzw. insoweit auch zur Ersatzvornahme, also zur Beauftragung Dritter. Diese Regelung setzt das mutmaßliche Einverständnis des Betroffenen mit dieser Ersatzhandlung voraus, dass also niemand gezwungen wird (umstritten, s. dazu V.3.f).

S. die folgende Übersicht!

## Übersicht: Verwaltung zur Gefahrenabwehr

### 1. Bundesverwaltung

- Bundeseigene Verwaltungsbehörden
- Bundespolizei

### 2. Landesverwaltung

- Ordnungsbehörden
- Polizei

#### Anwendung:

- a) **Besonderes POR:**  
Bundes- u. LandesG  
(Fachspezifische, sog.  
**benannte Gefahren)**

- b) **Allgemeines POR/ASOG**  
(atypische, **unbenannte**  
Gefahren)

#### Mittel:

- **Rechts-Verordnungen**  
(abstrakte Gefahrenregelung)
- **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (VA)**
- **Verfügung** = VA (Gebot, Verbot) oder VerwRealakt

#### Durchsetzung:

- Erlaubnis mit Auflagen und Nebenbestimmungen
- Aufhebung/Rücknahme
- Bußgeld

#### - **Verfügung**

- Standardmaßnahme
- Generalklausel

davon abzugrenzen:

- **schlicht hoheitliches Verhalten**

#### Durchsetzung:

VerwZwang (VwVG/UZwG)

- Zwangsmittel u.a. unmittelbarer Zwang als

**Eigenhandlung, § 12 VwVG**

### **III. Die Ermächtigungsgrundlagen**

Welche Ermächtigungsgrundlage kann die beabsichtigte oder bereits erlassene Maßnahme stützen?

#### **1. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung**

Das ist ein demokratisches Grunderfordernis: Belastende Eingriffe brauchen eine gesetzliche Ermächtigung entsprechend dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG und dem daraus abgeleiteten Prinzip vom „**Vorbehalt des Gesetzes**“: Kein Handeln ohne gesetzliche Grundlage! (BVerfGE 8 S.274, 33 S.1; 9 S.147; vgl. auch Wehr, Grundfälle zum Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997 S.231 und 419). Danach ist auch ein polizeilicher Eingriff zur Gefahrenabwehr nur rechtmäßig, wenn sich aus einer Vorschrift positiv ergibt, dass so gehandelt werden darf.

Praktisch ist deshalb zunächst zu prüfen, ob das polizeiliche Handeln einen Eingriff (VA) darstellt oder schlicht-hoheitliches Verhalten (s. oben I.2.c.). Wird in die Rechte (Grundrechte) des Adressaten eingegriffen, so bedarf es einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage für die vorgesehenen Maßnahmen als Rechtsfolge (zur Grundrechtsbindung s.1.Teil II.3.).

Eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage (ErmG) muss nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein, so dass die Eingriffe für den betroffenen Bürger messbar und vorhersehbar werden (BVerfGE 9 S.147); nach der **Wesentlichkeitstheorie** des BVerfG müssen ErmG somit regelmäßig

folgende Merkmale aufweisen (s. auch BVerfGE 40 S.237/249, 83 S.130/142=NJW 1991 S.1471):

- Das Wesentliche muss in der Norm enthalten sein; sie muss die Eingriffsvoraussetzungen, d.h. hier den Gefahrentatbestand regeln, z.B. wie in § 32 StVO im Gegensatz zur bloßen Kompetenznorm in § 44 Abs.1 StVO.
- Je wesentlicher etwas ist, desto höher sind die Anforderungen an die sog. Regelungsdichte der Vorschrift.
- Sie muss den Erlass einer Verfügung (VA, VerwRealakt) vorsehen, z.B. wie in § 44 Abs.2 S.2 StVO für die Polizeiverfügung im Gegensatz zu § 44 Abs. 1 StVO für Maßnahmen der Straßenverkehrsbehörde.
- Das BVerfG hat es aber auch ausreichen lassen, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß nicht unmittelbar selbst in der Norm bezeichnet werden, daß sich diese aus dem ganzen Gesetz ermitteln lassen (BVerfGE 28 S.28, 33 S.365); auch die Entstehungsgeschichte kann dabei eine Rolle spielen (BVerfGE 15 S.153). Allerdings sind entgegen früherer Auffassung Verbotsnormen keine ausreichende ErmG mehr. (Die bevorstehende oder fortdauernde Verletzung der Norm kann aber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne der Generalklausel darstellen.)

## **2. Vorrang spezieller Ermächtigungen**

Die Ermächtigungsgrundlagen für die **Polizeiverfügung** ergeben sich aus den Vorschriften des Besonderen POR sowie des ASOG (s.oben II.2.), so aus

- speziellen Bundesgesetzen wie z.B. VersG (soweit nicht bereits ersetzt), Zuwanderungsgesetz, BImSchG usw. oder speziellen Landesgesetzen wie z.B. BauO Bln., PresseG, StrRG usw. (zum Besonderen POR s. oben I.1.b);
- speziellen Befugnissen des ASOG zu bestimmten Standardmaßnahmen, §§ 18 ff ASOG, (allgemeine, aber in ihren Voraussetzungen standardisierte Eingriffe, die insbesondere auch der Schrankensystematik des GG gerecht werden sollen, s. § 66 ASOG; BVerfGE 20 S.150/158; 65 S.1/44);
- der „Generalklausel“ des § 17 Abs.1 ASOG.

**Umstritten** ist allerdings die Anwendung einer spezialgesetzlichen Befugnisnorm (des Bes.POR), wenn die Polizei gemäß § 4 ASOG (also im Eilfall) an Stelle der an sich zuständigen Spezialbehörde (Sonderordnungsbehörde) handelt: Soll die Polizei

die spezielle Ermächtigungsgrundlage tatsächlich ohne die eigentlich vorausgesetzten, mitunter umfangreichen Spezialkenntnisse anwenden? oder soll sie in solchen Fällen die Generalklausel des ASOG anwenden? (für letzteres: Mußmann, Rn.121; Habermehl, Rn.135; a.A. Götz, Rn.157 ff; Prümm/Sigrist, Rn.17). Die Auffassung, welche die Anwendung der Generalklausel befürwortet, widerspricht dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“ (s. dazu Prümm/Sigrist, aaO und FN 82) und lässt stattdessen die Zuständigkeit über die anzuwendende Ermächtigung entscheiden, statt jene daraus abzuleiten; außerdem setzt die Eilentscheidung als „vorläufige Maßnahme“ der Polizei schon begrifflich voraus, dass nicht alle Umstände berücksichtigt werden können bzw. diese von der zuständigen Behörde letztlich auch wieder aufgehoben werden kann - gerade wegen der besseren Kenntnis (s.V.1.a).

Die oben angeführte Reihenfolge entspricht also dem Vorrang spezieller Regelungen (s. schon zur Methodik, 1.Teil IV.2.) bzw. der **Subsidiarität des Allg.POR** (ASOG), welches nur dann herangezogen werden kann, wenn feststeht, dass keine besondere Regelung in einer speziellen Vorschrift eingreifen kann: das ASOG als Auffanggesetz und „Lückenfüller“ bzw. die Generalklausel als Auffang-ErmG für die Polizeiverfügung („Ergänzungslehre“, s.o.I.3.b; Götz, Rn.447).

**Beispiel StVO:** „Dereliktion des Fahrzeugs“

*A. will mit seinem „Schrott-Auto“ nichts mehr zu tun haben und hat es deshalb einfach auf der B-Straße stehen lassen und die Kennzeichen abmontiert. Die Polizei will nun das aufgegebene Fahrzeug entfernen lassen.*

Soweit die Verkehrssicherheit im Vordergrund steht, kommt die StVO als spezielle Regelung zur Anwendung; für die Polizei allerdings mit der Maßgabe, dass sie nicht mehr als Straßenverkehrsbehörde handelt (s. Nr. 22 b und Nr. 23 ZustKatOrd), sondern nur noch im Eilfall gemäß § 44 Abs. 2 Satz 2 StVO tätig werden kann: Dann folgt die Ermächtigung zum Handeln auch aus dieser speziellen Vorschrift (der Wortlaut entspricht der Generalklausel des § 17 Abs. 1 ASOG).

Wenn es sich aber nicht um einen Eilfall handelt (weil das Fahrzeug schon längere Zeit dort steht), dann muss das **Bezirksamt als zuständige Ordnungsbehörde** auf die Ermächtigungen des ASOG gemäß § 17 Abs. 2 zurückgreifen, da die StVO zum Verhalten im Straßenverkehr „nur“ allgemeine Gebote und Verbote mit

entsprechenden Bußgeldtatbeständen enthält, aber ansonsten nichts darüber aussagt, ob und wie eine durch die Verkehrsverletzung eingetretene Störung auch beseitigt werden kann. Diese „Lücke“ wird dann durch die Regelungen des ASOG ausgefüllt gemäß § 17 Abs.2 ASOG, allerdings mit der Maßgabe, dass der anwendbare Gefahrentatbestand auf die „Sicherheit im Straßenverkehr“ begrenzt bleibt (also genauso, als ob die ErmG in der StVO tatsächlich vorhanden wäre). Die ergänzend herangezogene ErmG des Allg.POR darf mithin nicht zu einer Erweiterung des mit dem Bes.POR geregelten Gegenstandes, hier der Verkehrssicherheit, führen (s.V.1.e). Insoweit wären dann die Voraussetzungen der **ErmG aus § 17 Abs.1 ASOG iVm. der StVO** für einen Eingriff zur Beseitigung der möglichen Gefahr zu prüfen.

**Beispiel Lebensmittel-und-BedarfsgegenständeGesetz:** Gesetzlich geregelt, d.h. verboten und unter Strafe gestellt werden bestimmte, schädliche Verhaltensweisen im Verkehr mit Lebensmitteln. Für die Möglichkeit zur gefahrenabwehrenden Verfügung im Einzelfall (konkrete Gefahr) fehlt aber die ausdrückliche Ermächtigung, was erneut vom ASOG und seinen ErmG über § 17 Abs.2 aufgefangen wird (BVerwGE 77 S.102).

**Beispiel Versammlungsg:** § 15 Abs. 3 VersG regelt die Auflösung einer Versammlung durch entsprechende Verfügung; dieses Mittel reicht aber oft nicht aus bzw. geht viel zu weit, z.B. wenn es um die Sicherstellung von zu beanstandenden Spruchbändern geht. Insoweit soll dann die Standardmaßnahme aus § 38 ASOG lückenfüllend herangezogen werden können, allerdings mit der Maßgabe, dass die festgestellte Gefahr dem (speziellen, versammlungsspezifischen) Gefahrentatbestand des § 15 Abs. 3 VersG entspricht und die Maßnahme auch nicht auf eine Beendigung der fraglichen Versammlung hinausläuft (BVerwGE 64 S.55/58; vgl. Drosdzol JuS 1983 S.409/412). Nach anderer (dogmatisch richtiger) Auffassung kann die Sicherstellung eines Spruchbandes direkt auf § 15 Abs. 3 VersG gestützt werden als die im Verhältnis geringere Maßnahme (Anwendung des GdV auf die sog. Minusmaßnahme!) und so dem **abschließenden** Charakter des VersG eher Rechnung getragen werden (mit der Folge, dass § 17 Abs.2 ASOG nicht zur Anwendung kommen soll; vgl. C.Trurnit, Vorfeldmaßnahmen bei Versammlungen, NVwZ 12 S.1079).



### 3. Die Bedeutung der Generalklausel

Nach § 17 Abs.1 ASOG können Ordnungsbehörden und die Polizei die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr einer „*im einzelnen Fall bestehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr)*“ treffen (zur Verfassungsmäßigkeit solcher „Generalklauseln“ s. BVerfGE 10 S.309/323; 84 S.206). Mit zunehmender Spezialisierung der Eingriffsermächtigungen hat die Bedeutung dieser Generalklausel abgenommen, entsprechenden Vorrang haben die Standardmaßnahmen des ASOG. Auch wenn die Generalklausel andererseits als Auffangtatbestand dient, so doch nicht in dem Sinn, dass § 17 ASOG immer dann noch anwendbar bleibt, wenn die Voraussetzungen für eine Standardmaßnahme zu verneinen sind: Bei den Spezialvorschriften ist vielmehr genau zu prüfen, welche Eingriffe abgedeckt werden sollen; deren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind dann abschließend; d.h., erfüllt eine in Betracht gezogene Standardmaßnahme nicht diese Voraussetzungen, so kann dann für diese Maßnahme auch nicht auf § 17 Abs.1 ASOG zurückgegriffen werden (vgl. Mußmann, Rn.105 und 175). Kommt z.B. die Sicherstellung einer gefährlichen Sache in Betracht, sind aber die Voraussetzungen nach § 38 ASOG nicht erfüllt, kann eine Wegnahme dann auch nicht „hilfsweise“ auf § 17 ASOG gestützt werden: die Wegnahme ist insoweit speziell geregelt!

Ist andererseits eine beabsichtigte Verfügung nicht als Standardmaßnahme geregelt, stellt sich immer noch die Frage, ob die Generalklausel als Rechtsgrundlage für den Eingriff ausreicht und nicht auf grundrechtlichen Schranken stößt, z.B. bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit (zur möglichen Gefahrenabwehr): Nach der Schrankensystematik des GG bedarf der Eingriff in Art.2 Abs.2 S.1 GG einer speziellen ErmG (s.S.3), welche den Eingriff in das Grundrecht ausdrücklich vorsieht und hierfür hinreichend bestimmt ist (Art. 19 GG). Dem wird die Generalklausel nicht in ausreichendem Maße gerecht (das ASOG enthält auch keine entsprechende Standardmaßnahme, vgl. § 66 ASOG). Die Generalklausel ist somit nur als ErmG für solche Verfügungen zur Gefahrenabwehr zu verstehen, die außerhalb der Standardmaßnahmen und anderen speziellen Regelungen liegen, sofern diese offene Lücken lassen, die geschlossen werden sollen. Dann ist sie aber ein unverzichtbares Instrument, um **aktuelle** Gefahren abzuwehren, z.B. Räumung

einer Versammlung bei Brandgefahr, Unterbindung des Drogenhandels oder der Lärmbelästigung in einer Gastwirtschaft.

#### **4. Praktische Hinweise:**

##### **a) Auswahl der Ermächtigung**

Die Auswahl der richtigen ErmG folgt dem Vorrang der speziellen Regelung:

- Zunächst ist zu fragen, ob der Bereich, für den die Gefahr abzuwehren ist, **speziell** durch Bundes- oder Landesvorschriften geregelt wird?
- Dann, ob die spezielle Regelung eine **ausreichende ErmG** zur Verfügung stellt? Wenn nicht, ist zu fragen, ob eine „Lücke“ vorhanden ist, die gemäß § 17 Abs.2 ASOG geschlossen werden kann durch eine ASOG-Maßnahme, §§ 17 ff (mit Übernahme nur des speziellen Ermächtigungs-Tatbestands)?
- Wenn keine spezielle Regelung des Gefahrenbereiches gegeben ist: Sind die **Standardmaßnahmen** des ASOG, §§ 18 ff, anwendbar? oder
- Kommt die **Generalklausel** des § 17 Abs.1 ASOG generell als ausreichende ErmG in Betracht?

##### **b) Prüfungsablauf:**

Bisher bezog sich die Darstellung auf die Grundfragen eines jeden Sachverhaltes (s. zu Konzept und Prüfungsschema unten VII.). Es wurde danach gefragt,

- welche polizeiliche Handlung als Eingriff in Grundrechte anzusehen ist,
- welche Aufgabe und Aufgabenzuweisung damit verbunden werden kann und
- welche ErmG für die Handlung in Betracht kommen kann.

Polizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr sind aber nur rechtmäßig, wenn der **zuständige Beamte** (unter Beachtung weiterer Verfahrensvorschriften) gehandelt hat. Seine Maßnahme/Verfügung muss also auch **„formell“ rechtmäßig** sein (s. auch zur Methodik, 1.Teil IV.2.): Zu den formellen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit gehören die Zuständigkeit, die Anhörung (rechtliches Gehör), aber auch andere verfahrensrechtlichen Anforderungen. Im Anschluss an die formelle ist dann die **materielle** Rechtmäßigkeit zu beurteilen, dazu zählen alle Anforderungen an die sachliche, inhaltliche Entscheidung wie das Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen der ErmG, der richtige Adressat, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (GdV) mit allen entsprechenden Rechtmäßigkeitsanforderungen sowie die zutreffende Ermessensausübung.

**Praktisch** heißt das für die Bearbeitung von Klausurfällen (Übersicht):

- Alle Klausuren beschäftigen sich mit einer oder mehreren staatlichen Maßnahmen, deren jeweilige Rechtmäßigkeit zu prüfen sein wird; die Bearbeitung ergibt dann für jede Maßnahme einen (**verfahrensrechtlichen**) Zulässigkeits- und einen (**sachlichen**) Begründetheitsteil = formelle und materielle Rechtmäßigkeit (s. auch zum endgültigen und vollständigen Schema, unten VI.).

**Formelle Rechtmäßigkeit**

1. Hat der Richtige gehandelt? = Zuständigkeit/Kompetenz
2. Hat dieser Richtige verfahrensrechtlich in der richtigen Weise gehandelt?

**Materielle Rechtmäßigkeit**

1. Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen der gewählten ErmG?
2. Entscheidungsermessen (Reduzierung)?
3. Ist der richtige Adressat angesprochen (Polizeipflicht)?
4. Dient die Maßnahme einem legitimen Zweck (GdV)?
5. Wurde der Ermessensspielraum richtig genutzt?

#### **IV. Formelle Rechtmäßigkeit**

Sie bezieht sich insbesondere auf die Zuständigkeit, aber auch auf alle anderen verfahrensmäßigen Anforderungen. Die Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen ist ein hochrangiges rechtsstaatliches Erfordernis (Denninger in Lisken/Denninger, E 46).

##### **1. Die Zuständigkeit der Polizei**

Im Vordergrund steht die **sachliche** Zuständigkeit der Polizei, die unterschiedlich geregelt sein kann, grundsätzlich als sog. Eilfall (§ 4 Abs. 1 ASOG), durch Übertragung von Sonderaufgaben (§ 2 Abs.4 ASOG mit Nr.23 ZustKatOrd als Anlage) oder durch spezielle (vorrangige) Regelung.

##### **a) Unaufschiebbare Maßnahmen („Eilfall“)**

Historisch gesehen wurde die polizeiliche Tätigkeit von der Allzuständigkeit mehr und mehr reduziert auf die Notwendigkeit, nur noch dann einschreiten zu müssen,

wenn die an sich zuständige, allgemeine oder besondere Ordnungs- oder Fachbehörde **nicht oder nicht rechtzeitig** zur Stelle sein kann (§ 4 Abs. 1 ASOG, auch als **Eilfall** bezeichnet). Werden bei der Aufgabenstellung in § 1 Abs.1 ASOG Ordnungsbehörden und Polizei noch einträchtig nebeneinander genannt, so lässt § 2 Abs.1 ASOG keinen Zweifel daran, dass nur die Ordnungsbehörden für die Gefahrenabwehr zuständig sein sollen, die Polizei hingegen nach § 4 Abs. 1 ASOG nur im Eilfall (für die weitere Hilfszuständigkeit der Feuerwehr s. § 3 Abs.1 ASOG). **Allgemeine Ordnungsbehörden** sind in erster Linie die Senatsverwaltungen, § 2 Abs.2 ASOG, und nachgeordnet die Bezirksämter (unterste Verwaltungsebene) und die Sonderbehörden mit Ordnungsaufgaben (z.B. Feuerwehr, Fischereiamt usw.), § 2 Abs.3 ASOG. Der **ZustKatOrd** als Anlage zum ASOG enthält einen Katalog von Ordnungsaufgaben und deren Verteilung; für nicht genannte Aufgaben sind danach die Bezirksämter **letztlich allgemein zuständig**, Nr. 37 Abs.2 ZustKatOrd. Im Verhältnis zu diesen Behörden kann die Polizei „in eigener Zuständigkeit“ also nur einschreiten, wenn das unaufschiebbar erscheint - wenn zur Abwehr der Gefahr insoweit eingegriffen werden muss, dass ein Abwarten bis zum Eingreifen der an sich zuständigen (Ordnungs-) Behörde den Erfolg der erforderlichen Maßnahme erschweren oder gar vereiteln würde (vgl. Wolff, § 125 III.b.5). Maßgeblich für die Unaufschiebbarkeit ist der objektive Eindruck im Zeitpunkt des Eingreifens (Götz, Rn.358; VGH Mannheim NJW 1990 S.1618).

Dieses Eilverhältnis gilt nicht, wenn eine Gefahr oder Störung von einer Behörde oder anderen Hoheitsträgern ausgeht, da insoweit jede Behörde für sich selbst verantwortlich ist, es sei denn, die „eigene“ Gefahrenabwehr kann tatsächlich nicht geleistet werden (zur „Polizeipflicht“ s.u.V.3.d). Die Behörde kann aber auch um Amtshilfe ersuchen.

### **Beispiel: Der Geräuschpegel**

*Durch die städtische Müllabfuhr besteht für die unmittelbar benachbarten Wohnhäuser schon tagsüber ein gewisser Geräuschpegel; bei bestimmten Anlässen können sich die Geräusche noch steigern, vor allem nach Fest- und Feiertagen, wenn Sonderschichten gefahren werden müssen. Als der Geräuschpegel eines Abends unerträglich wird, bittet ein Anwohner die Polizei, dagegen einzuschreiten.*

Grundsätzlich gilt für die staatliche Verwaltung, dass alle staatlichen Organe letztlich dieselbe hoheitliche Gewalt ausüben und dass jede Behörde für ihren Tätigkeitsbereich eigenverantwortlich ist; das trifft nicht nur für den ihr als besonderes Aufgabengebiet zugewiesenen Zuständigkeitsbereich zu, sondern gilt auch für den Fall, dass von ihr selbst Gefahren für die öffentliche Sicherheit ausgehen, wie z.B. die geschilderte Lärmbelästigung, oder für die Behörde solche Gefahren bestehen. Im Bereich ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit liegt die grundsätzliche Verantwortlichkeit (Polizeipflicht) und die **Abwehrkompetenz** beim störenden/bedrohten Hoheitsträger selbst und fehlt somit jeder anderen Verwaltungs- oder Ordnungsbehörde (BVerwGE 29 S.52, BVerwG NVwZ 1983 S.474; VGH München NJW 1990 S.2485). Im Ausnahmefall bleibt jedoch die „Eilzuständigkeit“ der Polizei gemäß § 4 ASOG - wenn der an sich zuständige Hoheitsträger erst später eingreifen kann (s. Wortlaut des § 4 Abs. 1: im Verhältnis zur „an sich zuständigen Behörde“ und nicht nur Ordnungsbehörde; vgl. OVG Münster DVBl.1986 S.784; Scholz DVBl.1968 S.733). Im vorliegenden Beispiel könnte somit die Zuständigkeit der Polizei nur dann bejaht werden, wenn kein Verantwortlicher zugegen ist (praktischer Hinweis: Für die Frage der Zuständigkeit ist das Vorhandensein einer Gefahr zunächst zu unterstellen); im Übrigen könnte sie nur „mahnen“.

Aus der Eilzuständigkeit der Polizei zum Handeln für eine andere Behörde folgt andererseits, dass die Polizei insoweit keine endgültigen, die an sich zuständige Behörde möglicherweise stärker bindende Abwehrmaßnahmen treffen darf, sondern grundsätzlich nur **vorläufige**, also solche Handlungen vornehmen darf, die eine Gefahr zwar zunächst abwehren, aber der eigentlich zuständigen Behörde die letzte Entscheidungskompetenz nicht entziehen. Das macht es verständlich, wenn die Polizei gemäß § 4 Abs. 1 S.2 ASOG verpflichtet ist, die zuständige Behörde „unverzüglich“ zu unterrichten, um ihr die noch erforderliche, endgültige Entscheidung zu ermöglichen (s. auch oben III.2.).

<p><b>Merke:</b> Die zuständige Behörde kann dann die von der Polizei zunächst angeordnete, vorläufige Maßnahme beibehalten, ändern oder aufheben.</p>
--

Das „Eilverhältnis“ kann auch in den Vorschriften des Besonderen POR zum Ausdruck kommen, z.B. § 44 Abs.2 S.2 StVO, § 13 VersG: Dann ist die

Unaufschiebbarkeit der Polizeiverfügung im Verhältnis zur an sich zuständigen Straßenverkehrsbehörde bzw. Versammlungsaufsichtsbehörde zu prüfen (als spezielle Regelungen gehen sie vor; s.u.c.).

### **b) Polizei als Sonderordnungsbehörde**

Unabhängig von dem grundsätzlichen Eilverhältnis ist die Polizei („Der Polizeipräsident“ gemäß § 5 Abs. 1 ASOG) ebenfalls mit **Sonderaufgaben** nach § 2 Abs. 4 ASOG betraut worden und somit als Sonderordnungsbehörde in den Kreis der nachgeordneten Behörden aufgenommen (in Berlin sind regelmäßig alle nachgeordneten Landesbehörden zugleich Sonderordnungsbehörden, s. Nr. 23 ff ZustKatOrd): **Nr. 23 ZustKatOrd** enthält die Liste der Ordnungsaufgaben, die der Polizei aus anderen Ordnungsbereichen zugewiesen wurden (in der Fassung des OÄErrG v. 24.06.2004, GVBl. S. 253); z.B.

- Inneres: Waffenrecht (Abs.1), Versammlungsaufsicht (Abs.3),
- Verkehr: (nur noch) Verkehrs- und technische Kontrollen (Abs. 5),
- Wirtschaft: Gewerbeüberwachung (Abs. 6).

Diese Zuständigkeitsregelung hat schon **speziellere Bedeutung** und deshalb Vorrang vor der Eilfall-Regelung.

### **c) Spezielle Regelungen der Zuständigkeit**

Jede spezielle Regelung geht der allgemeinen Regelung vor (**Spezialitätsgrundsatz**); das heißt praktisch, dass zuerst danach gefragt werden muss, ob in einem Fall eine noch speziellere Regelung der Zuständigkeit eingreift oder ob die grundsätzlichen Regelungen im ASOG, § 2 Abs.4 (Sonderordnungsbehörde) bzw. der Eilfall, § 4 Abs. 1, gelten sollen („Ergänzungslehre“).

#### **(1) im Besonderen POR**

Der Polizei kann in den Vorschriften des Besonderen POR die Zuständigkeit ausdrücklich zugesprochen sein, was regelmäßig mit der ErmG verbunden ist.

#### **Beispiel: Dereliktion des Fahrzeugs** (Ergänzung zu III.2.)

*A. hat sein „Schrott-Auto“ auf der B-Straße stehen lassen und die Kennzeichen abmontiert. Die B-Straße ist allerdings tagsüber eine stark befahrene Ausfahrtstraße und für diese Zeit ist an dem Ort, an dem er das Fahrzeug abgestellt hat, ein*

*Halteverbot ausgesprochen. Die Polizei will nun das aufgegebene Fahrzeug rechtzeitig entfernen lassen.*

In Betracht zu ziehen sind zwei Möglichkeiten der besonders geregelten Zuständigkeit, einmal für die Beseitigung von Fahrzeugen nach dem **Kreislaufwirtschaftsgesetz** und zum anderen als **Straßenverkehrsbehörde** in Anwendung der StVO. Die Beseitigung von Kraftfahrzeugen als „Abfall“ ist mit Nr.18 Abs. 4 ZustKatOrd eine Aufgabe der Bezirksämter; für diese, an sich zuständige Behörde könnte die Polizei also nur gemäß § 4 Abs. 1 ASOG tätig werden, wenn der Eilfall hinsichtlich der Fahrzeugbeseitigung (!) zu bejahen ist.

Die Anwendung der StVO ist Sache der Straßenverkehrsbehörde, § 44 Abs.1 StVO; in Abs. 2 S.2 wird jedoch **die Polizei** ausdrücklich und direkt als zuständig angesprochen, bei Gefahr im Verzug alle erforderlichen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit im Straßenverkehr (!) zu treffen. Im vorliegenden Fall wäre also die Polizei direkt auch nur dann zuständig, wenn Gefahr im Verzug, mithin wieder der Eilfall gegeben ist im Verhältnis zur an sich zuständigen Straßenverkehrsbehörde.

Die speziell geregelte, direkte Zuständigkeit der Polizei muss allerdings nicht immer nur als „Eilfall“ ausgestaltet sein wie hier in § 44 Abs.2 S.2 StVO, oder auch in § 13 VersG, sondern kann auch allgemein greifen wie in § 36 Abs.5 StVO (Durchführung von Kontrollen), § 44 Abs.2 S.1 StVO.

## **(2) Spezielle Zuständigkeit in Standardmaßnahmen**

Das Spezialitätsverhältnis ist nicht nur zwischen Allgemeinem und Besonderem POR vorhanden sondern auch „innerhalb“ des ASOG; mit anderen Worten: Bestimmte Standardmaßnahmen enthalten neben der Ermächtigung auch eine spezielle Regelung der Zuständigkeit. So soll nach § 30 ASOG allein die Polizei jemanden in Gewahrsam nehmen können - nur die Polizei wird in dieser Vorschrift angesprochen und ermächtigt: Auch hierin liegt eine **spezielle Zuständigkeitsregelung**, die jeder anderen Regelung vorgeht, also auch der Eilfall-Regelung des § 4 ASOG

Diese spezielle (direkte) Regelung der Zuständigkeit ist auf bestimmte Standardmaßnahmen des ASOG zugeschnitten und zum Teil sogar innerhalb einer

Vorschrift unterschiedlich ausgestaltet; so wird die Polizei ferner **direkt und ausschließlich** als zuständig angesprochen bei den folgenden **Maßnahmen**:

- § 18 Abs. 1 S. 3 Ermittlung, Beobachtung (Datenerhebung),
- § 21 Abs. 2 und Abs. 3 S. 3/4: Identitätsfeststellung unter best. Voraussetzungen,
- § 23: ED-Behandlung,
- § 24: Datenerfassung bei bestimmten Anlässen,
- § 25 Abs. 1: längerfristige Observation/Einsatz technischer Mittel,
- § 26 Abs. 1: Einsatz von V-Personen/verdeckten Ermittlern,
- § 27 Abs. 1: Beobachtung (Ausschreibung),
- § 28 Abs. 1 S.2: Fahndungsabgleich,
- § 30: Gewahrsam (s. oben),
- § 34 Abs. 2 u. 3: Durchsuchung von Personen unter bestimmten Voraussetzungen,
- § 35 Abs. 2: Durchsuchung von Sachen unter bestimmten Voraussetzungen,
- § 36 Abs. 2: Durchsuchung von Wohnungen unter bestimmten Voraussetzungen,
- § 43: Datenspeicherung zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung,
- § 47: besonderer Datenabgleich.

Diese Art der Zuständigkeitsregelung in den Standardmaßnahmen des ASOG wirft zwangsläufig die Frage auf, was mit den Standardmaßnahmen ist, in denen die Polizei ebenfalls direkt angesprochen ist, allerdings nur **zusammen mit den Ordnungsbehörden**, z.B. in § 18 Abs.1 und 3 (s. aber Abs.1 S.3!), oder in § 20, § 21 Abs.1 ASOG usw. Nach „herrschender“ Auslegung soll insoweit das Eilverhältnis maßgeblich sein, gemäß § 4 ASOG. Diese Auffassung führt zu manchen Ungereimtheiten, z.B. wenn einerseits die ausschließliche Zuständigkeit der Polizei zur ED-Behandlung nach § 23 ASOG gegeben ist, andererseits die entsprechende Vorladung gemäß § 20 Abs.1 Nr.2 ASOG vom Eilfall abhängig zu machen ist, weil am Anfang der Vorschrift Ordnungsbehörden und Polizei zusammen aufgeführt sind. Verwirrend ist insoweit auch § 28 Abs.1 S.1 ASOG, da die herrschende Auffassung der Polizei nur im Eilfall erlauben würde, die eigenen automatischen Dateien zu bearbeiten (bzw. sogar den Ordnungsbehörden die Einsichtnahme erlauben würde!). Es würde also der Logik entsprechen und zu einer größeren Klarheit führen, wenn der Polizei immer dort, wo sie ausdrücklich aufgeführt wird, auch eine direkte Zuständigkeit eingeräumt wird - zumindest im ASOG bei den Standardmaßnahmen.



Das Eilverhältnis wäre dann allerdings allein auf die Anwendung der Generalklausel, des § 17 ASOG zu beschränken (was insoweit eine Änderung des Wortlauts bzw. eine Klarstellung notwendig machen würde).

### **(3) Praktischer Hinweis:**

Nach dem Grundsatz der Spezialität ist also schon bei der Zuständigkeit für die Polizei zu fragen, ob eine **spezielle** Regelung eingreift, in der die Polizei direkt oder sogar ausschließlich zur Anwendung einer möglichen Rechtsgrundlage angesprochen wird; das kann sein

- in einer Vorschrift des Bundes oder Landes zum Besonderen POR,
- in einer Standardmaßnahme des ASOG.

Wenn das nicht der Fall ist, ist zu fragen, ob der Polizei als **Sonderordnungsbehörde** bestimmte originäre Zuständigkeiten durch Nr.23 ZustKatOrd übertragen wurden.

Als letzte Möglichkeit zur Begründung der Zuständigkeit bleibt dann die Anwendung von § 4 ASOG für unaufschiebbare Maßnahmen.

**Merke:** Für die Frage, ob und welche Zuständigkeit für eine gefahrenabwehrende Maßnahme gegeben ist, ist das **tatsächliche Vorhandensein der Gefahr** (noch) nicht zu prüfen, sondern insoweit zu unterstellen: Eine Zuständigkeit kann auch dann rechtmäßig in Anspruch genommen worden sein, wenn eine Gefahr tatsächlich nicht vorlag (s. zur Anscheinsgefahr) oder die - materiellen - Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben waren bzw, rechtsfehlerhaft angenommen wurden (trotz „rechtmäßiger“ Zuständigkeit wird die Verfügung allerdings dann insgesamt rechtswidrig). **Die Zuständigkeit ist jedenfalls nicht abhängig vom tatsächlichen Vorliegen der Gefahr.**

### **d) Besondere Regelungen der Zuständigkeit**

#### **(1) Schutz privatrechtlicher Ansprüche**

Schon bei der Aufgabenzuweisung wird in § 1 Abs.4 ASOG für die Polizei bestimmt, dass ihr der Schutz privater Rechte nur unter bestimmten (einschränkenden) Voraussetzungen obliegen soll (s. oben I.3.c). Zunächst ist jedoch festzustellen, dass alle drei insoweit zulässigen ErmG die Handlungsbefugnis nur der Polizei erteilen: Es handelt sich rechtstechnisch um

eine spezielle Regelung der Zuständigkeit zugunsten der Polizei (s. § 18 Abs.1 S.3, § 21 Abs.2 Nr.2 und § 30 Abs.1 Nr.4 ASOG). Andererseits ist es nur folgerichtig, wenn die in § 1 Abs.4 ASOG formulierte ausschließliche Aufgabe der Polizei dann auch zu ihrer alleinigen Zuständigkeit führt. Das bedeutet aber weiter, dass die dort genannten Einschränkungen auch für die Ermächtigung selbst gelten müssen; das heißt: Das Tatbestandsmerkmal der ErmG „zum Schutz privater Rechte“ ist dann im Sinn der „Voraussetzungen“ für die Inanspruchnahme der Hilfe der Polizei gemäß der Aufgabenzuweisung in § 1 Abs.4 ASOG **auszulegen**:

- Besteht ein glaubhaft gemachter Anspruch („privates Schutzrecht“),
- ist für den entspr. Rechtsstreit gerichtlicher Schutz vorgesehen und
- hängt die Geltendmachung von der polizeilichen Hilfe ab,
- dann ist die Polizei für diese Unterstützung auch zuständig.

**Andererseits:** Ist der gerichtlich mögliche Schutz im konkreten Fall nicht (oder nicht mehr) durch polizeiliche Hilfe realisierbar, dann entfällt die Einschränkung nach § 1 Abs.4 und der Schutz des individuellen Rechts richtet sich nach der allgemeinen Aufgabenzuweisung, § 1 Abs.1 oder 2 ASOG bzw. nach den dann zur Anwendung kommenden ErmG und ihrer Zuständigkeitsregelung.

## **(2) Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten**

Die Problematik der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten durch die Polizei wurde schon zu § 1 Abs. 3 ASOG, als Aufgabenzuweisung, angesprochen (s.o. I.3.b.). Auch hier ist zunächst festzustellen, dass schon die ausdrücklich „zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ erlassenen ErmG nur der Polizei die Handlungsbefugnis zusprechen, auch hier also eine spezielle (vorrangige) Regelung der polizeilichen Zuständigkeit, die der ausschließlichen Aufgabe in § 1 Abs.3 ASOG entspricht.

Diese Regelung schließt aber nicht aus, die besondere Aufgabe auch mit solchen ErmG durchzuführen, die der Polizei grundsätzlich nur im Eilfall zur Verfügung stehen sollen (s. das folgende Beispiel); insoweit erklärt dann § 4 ASOG selbst den **Ausnahmefall** für die Wahrnehmung des § 1 Abs.3 ASOG: Für diese Aufgabe soll die Polizei nicht an eine Eilregelung gebunden sein, was nur konsequent ist, da die Polizei für diese Aufgabe im Verhältnis zu den anderen Ordnungsbehörden besser geeignet erscheint.

### **Beispiel: Im Einkaufszentrum**

*In einem Einkaufszentrum häufen sich die Diebstähle; die Polizei versucht durch verstärkte Präsenz dem Einhalt zu gebieten. Die eingesetzte Doppelstreife der Polizeibeamten wird von einem dort tätigen Zeitschriftenhändler auf eine Person aufmerksam gemacht, die sich „in verdächtiger Weise“ im Einkaufszentrum herumtreiben soll. Kurze Zeit später sehen die Beamten, wie die beschriebene Person hinter einem Pfeiler steht und die vorbeigehenden Besucher des Einkaufszentrums sehr genau mustert. Die Polizeibeamten beobachten ihrerseits die Person eine gewisse Weile; da sich jedoch nichts ereignet, beschließen die Beamten, vorbeugend schon einmal die Identität der Person festzustellen.*

Zu beurteilen sind hier die beiden Maßnahmen der gezielten Beobachtung und der Identitätsfeststellung (**Eingriffe** in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, s. dazu BVerfGE 65, 1). Es ist keine Frage, dass ihr **Zweck** gefahrenabwehrend ist (eine Straftat der fraglichen Person ist nicht ersichtlich) und dass die Beamten zur vorbeugenden Bekämpfung von erheblichen Straftaten tätig werden wollen („verstärkte Präsenz“ = Schwerpunkteinsatz an einem Ort mit erhöhter Kriminalität). Für die Datenerhebung (Beobachtung) kann allerdings nicht § 18 Abs.1 S.3 ASOG als spezielle ErmG herangezogen werden, da es hier offensichtlich an erheblichen Straftaten im Sinn von § 17 Abs.3 ASOG fehlt, sondern in Betracht kommt „nur“ § **18 Abs.1 S.2 ASOG** und für die geplante Identitätsfeststellung § **21 Abs.1 ASOG**. Nach dem Wortlaut der beiden ErmG wäre die Zuständigkeit grundsätzlich als „Eilfall“ zu prüfen, hier jedoch nicht, da der in § 4 ASOG genannte Ausnahmefall der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten im Sinn von § 1 Abs.3 ASOG zutrifft: Die unmittelbare polizeiliche Zuständigkeit ist gemäß § 4 in Verbindung mit § 1 Abs.3 ASOG mit dem Einkaufszentrum als „Brennpunkt“ zu begründen (s. auch im Anhang das Schema zur „Verhinderung von Straftaten“).

Davon unabhängig ist allerdings die weitere Frage, ob die **Voraussetzungen** der jeweiligen Ermächtigung gegeben sind. Beide ErmG verlangen das Vorliegen einer „Gefahr“, die hier schwerlich zu bejahen sein wird; möglich bleibt in einem solchen Fall nur die weitere Aufklärung der Gefahrenlage als „Minusmaßnahme“ nach dem GdV (Stichwort: „Gefahrenverdacht“, s. dazu V.1.d).

Diese polizeiliche „Vorfeldarbeit“ gegenüber drohenden Straftaten darf nicht verwechselt werden mit der Verfolgung von begangenen Straftaten, wofür die Polizei eigene Ermittlungsaufgaben und Ermächtigungsgrundlagen aus der abschließend geregelten StPO entnehmen muss. Das ASOG ist jedenfalls kein „Mittel“ zur Strafverfolgung - weder in Anwendung von §1 Abs.3 noch von § 1Abs.2 ASOG (s. oben I.3.d.). Beide Bereiche sind sorgfältig auseinander zu halten, auch wenn sie in engem sachlichen Zusammenhang stehen können und als Doppelfunktion jedem Polizeibeamten obliegen.

### e) Amtshilfe

Die Verpflichtung zur gegenseitigen Amts- und Rechtshilfe unter Behörden ergibt sich schon aus Art 35 GG (zur speziell geregelten Vollzugshilfe s.o.I.3.e). Amtshilfe wird da notwendig, wo eine Behörde mit ihren eigenen gesetzlichen Mitteln und Möglichkeiten nicht weiterkommt und insoweit auf die Unterstützung einer anderen Behörde angewiesen ist. Die zulässige Amtshilfe ergänzt die Zuständigkeitsregelung: **Sie ersetzt den Eilfall!** dabei gelten für das Verfahren die Grundsätze der §§ 4 ff VwVfG. Was heißt hiernach Amtshilfe bzw. wann ist sie zulässig?

### Beispiel: Die Gerichtshilfe

*Das Amtsgericht Tiergarten führt einen politisch hochbrisanten Prozess, für den viele Sicherheitsvorkehrungen getroffen wurden, u.a. sind mehrere Polizeibeamte, bewaffnet mit Maschinenpistolen, im Sitzungssaal postiert. Hiergegen protestiert der Verteidiger eines Angeklagten, da er sich eingeschüchtert fühlen müsse. Er verlangt deshalb vom Vorsitzenden des Gerichts, die „Entwaffnung“ der Polizeibeamten zumindest im Sitzungssaal zu veranlassen. Dieser bittet den Einsatzführer um Stellungnahme.*

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass das Gericht nicht nur das Hausrecht, sondern auch eine „Polizeihoheit“ ausübt, nach § 176 GVG obliegt die sog. **Sitzungspolizei** dem Vorsitzenden des Gerichts, seine ausführenden Organe sind die Justizwachtmeister. Wenn also Polizeibeamte als Schutz von Gerichtssitzungen eingesetzt werden, dann nicht, weil sie dafür besonders zuständig sind, sondern weil sie darum gebeten werden; es könnte sich um Amtshilfe handeln. Die Annahme einer **rechtmäßigen Amtshilfe** wird durch folgende Merkmale begründet:

- Das Ersuchen um **ergänzende Hilfe**, § 4 Abs.1 VwVfG; das darf nicht die Abgabe des gesamten Verfahrens bedeuten, sondern die Verantwortung für das Grundverfahren muss bei der anfragenden Behörde bleiben (davon zu unterscheiden ist die Delegation von Aufgaben, welche die Kompetenz verlagert).
- Die Beteiligung von (voneinander) **unabhängigen Behörden**; es darf kein Weisungsverhältnis zwischen ihnen bestehen, vgl. § 4 Abs.2 Nr.1 VwVfG.
- Die der Hilfeleistung zugrunde liegende Aufgabe darf **nicht zum Aufgabenbereich** der ersuchten Behörde gehören, § 4 Abs.2 Nr.2 VwVfG.

Hier bittet das Gericht um ergänzende Hilfe zur Gefahrenabwehr, ohne dass auf diesem Wege das Verfahren aus der Hand gegeben wird; ein Weisungsverhältnis besteht ebenfalls nicht zwischen dem Gericht und der Polizei (anders im Bereich der StPO bei StA und Polizei im Ermittlungsverfahren, s. § 161 StPO); die Hilfeleistung liegt für die Polizei ferner außerhalb ihres regulären Aufgabenbereiches; im Bereich der Gefahrenabwehr sind für die Polizei insoweit maßgeblich die Aufgabenzuweisungen des § 1 ASOG sowie der Nr.23 ZustKatOrd, also die allgemeine Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und die übertragenen Aufgaben als Sonderordnungsbehörde. Zu diesem Aufgabenbereich der Polizei gehört der spezielle Schutz von Gerichtsverhandlungen nicht.

Handelt es sich nach diesen Merkmalen um Amtshilfe, so ist sie **im Einzelfall zulässig**,

- wenn sie notwendig ist zur rechtmäßigen Erfüllung einer Aufgabe der ersuchenden Behörde, insbesondere z.B. in den Fällen der § 5 Abs.1 Nr.3 und 4 VwVfG; und
- wenn die ersuchende Behörde selbst nicht in der Lage ist, die begehrte Handlung durchzuführen, so insbesondere
  - aus **rechtlichen** Gründen, § 5 Abs.1 Nr.1 VwVfG (z.B. im Hinblick auf die ausschließlichen Eingriffsmöglichkeiten der Polizei; s. aber § 4 Abs.2 Nr.2 VwVfG), oder
  - aus **tatsächlichen** Gründen, wenn z.B. Dienstkräfte oder Einrichtungen fehlen oder der Aufwand zu groß ist, § 5 Abs.1 Nr.2 und 5 VwVfG.

- Auf keinen Fall dürfen auf diesem Wege für die ersuchende Behörde mehr oder größere **Eingriffsmöglichkeiten** geschaffen werden, als nach den eigenen Aufgaben vorgesehen.

- wenn die ersuchte Behörde ihrerseits innerhalb der rechtlichen Befugnisse bleibt, § 5 Abs.2 Nr.1 VwVfG.

Im vorliegenden Fall ist die Hilfe der Polizei zwar notwendig, damit der Gerichtsvorsitzende einen ausreichenden Schutz der Gerichtsverhandlung garantieren kann (§ 176 GVG), er selbst ist dazu aber nicht in der Lage, weil ihm die entsprechenden Kräfte fehlen. Natürlich muss sich die Polizei dann mit der Hilfeleistung an ihre eigenen rechtlichen Befugnisse halten, d.h. die Voraussetzungen von fraglichen Ermächtigungen (aus speziellen Gesetzen oder dem ASOG) einhalten (materielle Rechtmäßigkeits-Prüfung). Hier geht es aber nicht um die Prüfung irgendwelcher Eingriffsbefugnisse der Polizei, sondern um die **Art und Weise der Durchführung der Amtshilfe**. Insoweit bestimmt § 7 Abs.2 VwVfG, dass hierfür allein die ersuchte Behörde verantwortlich ist (vgl. § 52 Abs.3 ASOG für die Vollzugshilfe). Mit anderen Worten: Für alles, was die Amtshilfe rechtlich für die ersuchende Behörde notwendig macht, trägt diese die Verantwortung, für die Amtshilfe-Handlung selbst und deren Durchführung dagegen allein die ersuchte Behörde. Hier gehört die Bewaffnung der Polizeibeamten zur Art und Weise der Amtshilfeleistung, also ist sie der Bestimmung durch den Gerichtsvorsitzenden entzogen. Dieser hat allerdings die Möglichkeit, unter den gegebenen Umständen das Ersuchen um Amtshilfe zurückzuziehen.

**Praktisch** ersetzt die Bitte um Amtshilfe eine Zuständigkeitsprüfung gemäß § 4 ASOG („Eilfall“) für die Polizei. Sind die Voraussetzungen der Amtshilfe gegeben und ist sie im Einzelfall zulässig, dann ist wie gewohnt zu prüfen, ob die Inanspruchnahme einer entsprechenden Eingriffsbefugnis rechtmäßig ist, also deren Voraussetzungen vorliegen und die Durchführung rechtmäßig ist (materielle Rechtmäßigkeit).

## **2. Funktionale Zuständigkeit**

Sie betrifft die Fälle, in denen nicht nur eine spezielle sachliche Zuständigkeit ausgewiesen ist, sondern **innerhalb der Polizei** (§ 5 ASOG) zusätzliche

Anforderungen an die Entscheidungsbefugnis zu erfüllen sind, so z.B. in Standardmaßnahmen des ASOG:

- zur Observation bzw. zum Einsatz technischer Mittel, § 25 Abs.3 u.6 (PolPräs. oder Höherer Dienst),
- zum Einsatz von V-Personen oder Verdeckten Ermittlern, § 26 Abs.4 (PolPräs. oder Höherer Dienst),
- zur polizeilichen Beobachtung, § 27 Abs.3 (PolPräs. oder Vertreter).

### **3. Anmerkung zur örtlichen Zuständigkeit**

In Berlin bedarf die örtliche Zuständigkeit keiner besonderen rechtlichen Prüfung, gemäß § 6 ASOG ist die Polizei für das gesamte Gebiet des Landes Berlin zuständig (s. dazu Art. 4 der VvB). Diese gesetzliche Regelung schließt nicht aus, dass es innerhalb der Polizei-Organisation eigene Regelungen für die „örtliche“ Zuständigkeit gibt - sie ist in aller Regel auf die Dienststelle beschränkt, der ein Polizeibeamter angehört. Das ist jedoch keine Frage der Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung (u.U. ist die Verletzung der innerbehördlichen Anordnung aber eine Amtspflichtverletzung, s. § 35 BeamtenstatusG in Verbindung mit § 1 LBG in der Fassung des DienstrechtsänderungsG vom 19.3.2009).

Die örtliche Zuständigkeit wird auch dann fälschlich herangezogen, wenn es darum geht, in **einem anderen Bundesland** und insbesondere in Brandenburg als Berliner Polizeibeamter tätig zu werden, s. § 7 in Verb. mit § 8 Abs.1 ASOG oder Art. 91 Abs. 2 GG. In diesen Fällen geht es aber um Amtshilfe, also um eine sachliche Regelung der Zuständigkeit, vgl. §§ 4 ff VwVfG. Dem entspricht auch die Ausgestaltung der Verwaltungsabkommen zwischen den Bundesländern ebenso wie das Verwaltungsabkommen zwischen Berlin und Brandenburg vom 1.5.1996 „über die gegenseitige Unterstützung durch Polizeikräfte“; maßgeblich ist die Verpflichtung zur gegenseitigen Amts- und Rechtshilfe des Art. 35 GG (s. PolPräs.Bln./LPS-Mediendienst, Schriften zur Fortbildung Nr.29; s. oben zur Amtshilfe).

### **4. Praktische Hinweise**

Wie man sehen konnte, kann es in ein und derselben Vorschrift unterschiedliche Regelungen der Zuständigkeit geben, z.B. im ASOG: § 21 Abs.1 (Eilfall), Abs.2 (ausschließlich Polizei), Abs.3 S.2 (Eilfall), S.3 (ausschließlich Polizei). Welche

Regelung im Einzelfall zum Zuge kommt, hängt allein davon ab, welche **Ermächtigungsgrundlage** herangezogen wird (s.o.III.4). Praktisch bedeutet das: Jede Vorab-Prüfung einer Zuständigkeit der Polizei am Anfang einer Bearbeitung z.B. nach § 4 ASOG muss dementsprechend leerlaufen; die Zuständigkeit ist vielmehr für jede Maßnahme festzustellen; sie richtet sich allein nach der ErmG, die zur Anwendung kommen soll. So ist z.B., wenn eine spezielle Ermächtigung zur Abwehr von Gefahren im Gewerbebereich vorhanden ist, dann zu fragen, ob dort entweder auch eine spezielle Zuständigkeitsregelung gegeben ist oder der Bereich zu den übertragenen Aufgaben in Nr.23 ZustKatOrd gehört, und wenn das alles nicht zutrifft, ob dann von einem Eilfall auszugehen ist.

Das bedeutet generell für die **Vorbereitung der Prüfung einer Maßnahme**: Wenn zum Thema Doppelfunktion bereits der Hinweis gebracht wurde, dass die Bearbeitung und notwendige Weichenstellung zur Gefahrenabwehr bzw. Strafverfolgung mit der folgenden Fragestellung begonnen werden konnte:

- Welche Maßnahmen kommen in Betracht? und
- Welcher Zweck wird oder kann mit jeder Maßnahme verfolgt worden sein?
- Welche ErmG ist für diese Maßnahme heranzuziehen?

dann muss jetzt weiter danach gefragt werden:

- Inwieweit ist die Zuständigkeit der Polizei für diese Ermächtigung gegeben?

**Merke (I.):**

Eine Vorschrift kann sowohl die Ermächtigung als auch die Zuständigkeit zum Handeln regeln!

Die Feststellung, welche Zuständigkeit der Polizei - für eine bestimmte ErmG - in Betracht kommt, ist dann **schematisch** wie folgt zu erarbeiten:

- Gibt es eine **spezielle** (direkte und unmittelbare) Begründung der Zuständigkeit?
  - sei es in einer speziellen Bundes- oder Landesvorschrift,
  - sei es in einer Standardmaßnahme des ASOG, z.B. § 30,
- Gibt es eine spezielle Zuständigkeit der Polizei als **Sonderordnungsbehörde** in Nr.23 ZustKatOrd?
- Ist das **Eilverhältnis** (zur an sich zuständigen Behörde) gemäß § 4 ASOG zu prüfen (Ausnahme in Verb. mit § 1 Abs. 3)?
- oder liegt **Amtshilfe** vor?



**Merke (2):**

Die Reihenfolge der Prüfung und ihr entsprechender Vorrang wird durch den Grundsatz der Spezialität begründet: die speziellere Regelung hat Vorrang vor der allgemeinen Regelung! Die unmittelbare und direkte Zuständigkeit hat Vorrang vor der übertragenen und diese vor dem Eilfall. Die Vielfalt dieser Möglichkeiten im einzelnen Fall macht es jedenfalls überflüssig, einer Bearbeitung nur Überlegungen zum grundsätzlichen Zuständigkeitsverhältnis von Ordnungsbehörden und Polizei voranzustellen!

**5. Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)**

Das VwVfG des Bundes ist in Berlin anwendbar auf die öffentlich-rechtliche Tätigkeit der Behörden des Landes Berlin gemäß § 1 VwVfGBln.; das dort geregelte Verfahren betrifft u.a. den Erlass von VA, § 9 Abs. 1 VwVfG.

**a) Begriffsmerkmale des VA**

Nach § 35 VwVfG handelt es sich um einen VA, wenn folgende Merkmale gegeben sind:

- Maßnahme (Entscheidung, Verfügung) einer **Behörde**, d.h. jeder Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, vgl. § 1 Abs.4 VwVfG,
- auf dem **Gebiet des öffentlichen Rechts**, d.h. die Maßnahme richtet sich nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften;
- eine **Regelung**; sie liegt vor, wenn die Maßnahme der Behörde ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen und Rechte des Betroffenen zu begründen, zu ändern, aufzuheben, mit bindender Wirkung festzustellen oder zu verneinen (BverwGE 111 S.246 = NVwZ 2001 S.436);
- mit **Außenwirkung**; sie ist dann gegeben, wenn sich die Rechtsfolge an eine außerhalb der Verwaltung stehende Person richtet, also nicht bloß verwaltungsintern ist;
- **im Einzelfall**; darum handelt es sich, wenn die Regelung nicht nur einen gedachten Sachverhalt betrifft, sondern sich an bestimmte oder bestimmbare Personen richtet (vgl. die Allgemeinverfügung).

Es gibt befehlende (Verbot, Gebot), rechtsgestaltende (Erlaubnis) und feststellende VA (Widmung einer Straße).

### **b) POR-Maßnahmen**

Rechtliche Probleme ergeben sich für sog. Realakte der Polizei: für schlichte Tathandlungen und solche mit **Regelungs-, also Eingriffscharakter** (auch als **Verwaltungsrealakte** bezeichnet; Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2008, 2.Kap. Rn.265 ff; Remmert in Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2010, § 17 Anm.2).

- Realakte sind als **schlichtes Verwaltungshandeln**, zu betrachten, wenn damit keine rechtliche Wirkung verbunden sein soll (s. schon oben II.3.c) z.B. die Aushändigung von Formularen, Errichtung von Gebäuden, Beseitigung von Hindernissen;
- Anders sind Handlungen zu beurteilen, die darauf abzielen, rechtsverbindliche Rechtsfolgen herbeizuführen oder einen Rechtszustand herbeizuführen (BVerwGE 111 S. 246); in allen Fällen geht jeder Tathandlung eine **zielgerichtete Entscheidung** voraus, deren **tatsächliche Ausführung** dann mit der beabsichtigten Rechtsfolge verbunden ist, dem Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen; z.B. Fest- oder Gewahrsamnahme, Sicherstellung von Sachen, entsprechend schlüssiges und erkennbares Verhalten wie die Auflösung einer Versammlung durch Wasserwerfer, vorläufige Wegnahme eines Führerscheins; vgl. den schlüssigen Erlass von VA in § 37 Abs.2 VwVfG; es ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, warum in diesen Fällen nur auf die tatsächliche Handlung abgestellt werden soll, schließlich geht auch dem befehlenden VA die Entscheidung voraus, sich genau so zu äußern.
- Noch anders sind die **faktischen Grundrechtseingriffe**, die auch darauf gerichtet sind, aber als rechtliche Regelung nach außen nicht erkennbar sind (z.B. Beobachtung, insbesondere jede verdeckte Maßnahme, jede behördliche Informationsverarbeitung).

Nur im letzten Fall erscheint es gerechtfertigt, auf die Einhaltung der entsprechenden Verfahrensregelungen zu verzichten (s. im Folgenden).

### **c) Maßgebliche Verfahrensvorschriften**

Die Polizeiverfügung wird in aller Regel mündlich ausgesprochen; ein VA kann aber auch schriftlich oder in anderer (schlüssiger) Weise **erlassen** werden, § 37 Abs.2 VwVfG. Wird er schriftlich erlassen, muss er regelmäßig auch begründet werden, § 39 Abs.1 VwVfG. Das trifft auch auf Verwaltungsrealakte (Realakte mit Eingriffscharakter) zu.

Jeder VA ist **bekannt zu geben**, § 41 VwVfG, was für die mündlich ausgesprochene Verfügung ohne weiteres, aber auch für Verwaltungsrealakte zutrifft, und damit wird die Maßnahme **wirksam**, § 43 VwVfG. Es sei denn, der VA ist nichtig, weil er an einem offensichtlich besonders schwerwiegenden Fehler leidet, § 44 Abs.1 VwVfG, oder die Voraussetzungen von Abs.2 vorliegen.

Wie jeder andere VA muss auch die mündliche Polizeiverfügung gemäß § 37 Abs.1 VwVfG so (**hinreichend**) **klar bestimmt sein**, dass der Adressat genau erkennen kann, welches Verhalten oder Unterlassen von ihm zur Abwehr einer Gefahr verlangt wird (BVerwGE 41 S.305). So kann es an der Klarheit fehlen, wenn die Polizei solche - auch rechtliche - Begriffe verwendet, die erst mühsam ausgelegt und interpretiert werden müssen; wie z.B. die Aufforderung, ein Fahrzeug gemäß der StVO in einen „ordnungsgemäßen“ Zustand zu versetzen, ohne genau zu sagen, woran es fehlt oder wie dieser Zustand erreicht werden kann; oder z.B. die „Auflage“ nach dem VersG, bei einer Versammlung keine Straftaten zuzulassen oder zu begehen (Vgl. BVerwGE 31 S.15; OVG Münster NVwZ 1988 S.659). Nicht erforderlich ist allerdings, das genaue Mittel zur Gefahrenabwehr zu nennen oder zu bezeichnen (vgl. OVG Münster NVwZ 1993 S.1000; BVerwGE 31 S.15, E 38 S.209 und GewArchiv 1983 S.339).

**Merke:**

**Unbestimmte Begriffe** haben in einer Verfügung nichts verloren (im Gegensatz zum Wortlaut von ErmG, die solche auslegungsbedürftigen Begriffe verwenden können)!

Es gibt keine allgemeine Verpflichtung, der Verfügung eine Belehrung über Rechtsbehelfe oder Rechtsmittel beizufügen (mit Ausnahme bestimmter Verfahren: § 69 Abs.2 S.3 und § 74 Abs.4 S.2 VwVfG); für die Polizeiverfügung als **unaufschiebbare** Maßnahme (s. auch zu § 4 ASOG) gilt sowieso § 80 Abs.2 Nr.2 VwGO, wonach Rechtsbehelfen keine aufschiebende Wirkung zukommen kann, die Wirksamkeit der polizeilichen Maßnahme also nicht beeinträchtigt wird. Der

Rechtsbehelf führt dann nur zur entsprechenden Überprüfung (durch Verwaltung und Gericht; s. auch im Anhang zum Rechtsschutz).

Praktischer Hinweis:

Es erscheint ausreichend, wenn diese verfahrensrechtlichen Anforderungen nur bei entsprechendem Anlass im Einzelfall überprüft werden, wenn also ihr Vorliegen für die Falllösung problematisch erscheint.

**d) Anhörung des Betroffenen**

§ 28 VwVfG verlangt eine Anhörung des Beteiligten, in dessen Rechte mit dem Erlass einer Verfügung eingegriffen wird; das entspricht dem in Art.103 GG verankerten **Grundrecht auf rechtliches Gehör**. Bedauerlicherweise gehen die meisten Lehrbücher zum Polizeirecht auf dieses verfahrensmäßige Erfordernis beim polizeilichen Handeln nicht ein. Sicherlich deshalb, weil § 28 Abs.2 VwVfG auch Ausnahmen von dem Grundsatz der Anhörung enthält, so insbesondere wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint, Abs.2 Nr.1. Nun ist es keine Frage, dass die vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs bei der notwendigen Gefahrenabwehr oft nicht möglich ist, aber das trifft eben nicht immer und auf alle polizeilichen Verfügungen zu, auch nicht auf die sog. unaufschiebbaren Maßnahmen gemäß § 4 ASOG. Es erscheint deshalb angebracht, darauf hinzuweisen, dass bei jedem Erlass einer Polizeiverfügung zu prüfen ist, inwieweit im einzelnen Fall der Betroffene **vorher** angehört werden kann - mit der Folge der Rechtswidrigkeit polizeilichen Handelns, wenn eine Anhörung unterblieb, obgleich sie möglich war und keine Ausnahmeregelung des § 28 Abs.2 VwVG zu berücksichtigen ist. Eine Anhörung erscheint somit dann als „**nicht geboten**“ **im Sinne von § 28 Abs. 2 VwVfG**, wenn die eigentliche Maßnahme gar nicht abgewendet werden kann.

Der Verweis auf die Möglichkeit gemäß § 45 Abs.1 Nr.3 VwVfG, den Verfahrensfehler durch späteres Nachholen zu „heilen“, erscheint mehr als abwegig gerade im Hinblick auf den Charakter der Maßnahme als unaufschiebbar und wirksam in der Rechtsfolge (eine Heilung geht dagegen vom Gegenteil aus).

**6. Besondere Durchführungsvorschriften**

Bestimmte ErmG, insbesondere der Standardmaßnahmen erfordern die regelmäßige Beachtung weiterer **verfahrensrechtlicher** Anforderungen bei ihrer Durchführung, z.B.

- § 18 Abs.2 ASOG: grundsätzlich offene Ermittlungen,
- § 21 Abs.2 Nr.4 ASOG: Einrichtung einer Kontrollstelle nur mit Zustimmung der Senats-Innenverwaltung (funktionelle Zuständigkeit),
- § 25 Abs.5 u.6 ASOG: Richtervorbehalt beim Einsatz technischer Mittel,
- § 31 ASOG: unverzügliche richterliche Bestätigung der Freiheitsentziehung,
- § 32 ASOG: Behandlung festgehaltener Personen (Begründung, Rechtsbehelfsbelehrung, Benachrichtigung),
- § 37 ASOG: Richtervorbehalt bei Durchsuchung der Wohnung,
- §§ 39 - 41 ASOG: Verwahrungsvorschriften (bei Sicherstellung),
- § 47 Abs.4 ASOG: Richtervorbehalt bei „Rasterfahndung“.

## **V. Materielle Rechtmäßigkeit**

Voraussetzungen der ErmG sind sowohl als Merkmale des **Tatbestandes** wie auch der **Rechtsfolge** zu prüfen. So enthält die Generalklausel des § 17 Abs.1 ASOG drei Tatbestands-Merkmale (Gefahr für die öffentliche Sicherheit/Ordnung im Einzelfall) und drei Rechtsfolge-Voraussetzungen (Adressat, GdV, Ermessen).

### **1. Tatbestandsmerkmale der ErmG**

Regelmäßige Voraussetzung für das Eingreifen der Polizei ist das Vorliegen einer „**Gefahr**“.

#### **a) Grundsätzliche Definition**

§ 17 Abs.1 ASOG formuliert „*eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr)*“; die Klammer zeigt dabei an, dass diese „Definition“ auch maßgeblich ist für die folgenden Standardmaßnahmen. Was eine „Gefahr“ aber ist, folgt daraus nicht. Sie wird allgemein beschrieben als - nach allgemeiner Lebenserfahrung - **hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines (nicht bloß geringfügigen) Schadens** für die (schon zur „Gefahrenabwehr“ beschriebenen) Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit (falls der Geschehensablauf

nicht unterbrochen wird; s. BVerfGE 115 S.320 = NJW 2006 S.1939/1947; BVerwGE 45 S.51/57; vgl. auch den Wortlaut von § 2 Nr.3a BremPolG und § 2 Nr.1a NdsGefAbwehrG).

**Konkret** ist die Gefahr, wenn die Wahrscheinlichkeit des Schadens im **einzelnen** (bestimmten) Fall gegeben ist. In einem einzelnen, konkreten Sachverhalt müssen also Tatsachen vorliegen, aus denen hervorgeht, dass es in absehbarer Zeit - bei ungehindertem Ablauf des Geschehens - zu einem Schaden an einem Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit kommt, wenn das konkrete gefährliche Verhalten bzw. der gefährliche Zustand nicht mit einer entsprechenden Maßnahme (Polizei-Verfügung) abgewehrt wird.

**Abstrakt** ist dagegen eine nur **gedachte, verallgemeinerte Gefahrenlage** (losgelöst vom tatsächlichen Einzelfall), deren Gefahr man sich nur vorstellt, indem typische Geschehensabläufe, bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen - gedanklich - zusammengefasst werden, weil hierbei (mit entsprechender Wahrscheinlichkeit) ein Schaden einzutreten pflegt; diese allgemeine Gefahrenlage gibt also Anlass zur abstrakt-generellen Bekämpfung, in der Regel durch den Erlass von Verordnungen (die wiederum eine Rechtsgrundlage für die Abwehr der tatsächlich dann eintretenden, konkreten Gefahr enthalten können; vgl. BVerwG NJW 1970 S.1890). Die abstrakte Gefahr ist also nicht eine tatsächlich mögliche Gefahrenlage mit geringerer Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes, sondern eine **Prognose** ohne Bezug zu einem (konkreten) Einzelfall; sie führt damit eigentlich „nur“ zu einer Kompetenzverschiebung bei der Gefahrendiagnose, sie geschieht nicht vor Ort, in Einschätzung der tatsächlichen Lage, sondern „am grünen Tisch“: Insoweit legt der **Gesetzgeber** bzw. die Verwaltung die Merkmale fest, bei deren Vorliegen abstrakt-generell vom Bestehen einer Gefahr ausgegangen werden soll. Bei der konkreten Gefahr muss der Polizeibeamte selbst als Normanwender die Voraussetzungen für die hinreichende Wahrscheinlichkeit drohender Schädigung feststellen (Paeffgen NJ 1996 S. 454/458).

**Beispiel: Schlagender Protest**

*Die Fans eines bekannten Boxers haben anlässlich des anstehenden Meisterschafts-Boxkampfes „Proteste“ angekündigt für den Fall, dass ihr Favorit erneut von den Kampfrichtern benachteiligt würde. Gerüchteweise wurde darüber hinaus bekannt, daß man dabei richtig zur Sache gehen wolle und u.U. auch der Boxing gestürmt werden solle. Die Polizei überlegt entsprechende Sicherheitsmaßnahmen wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.*

Bei der Feststellung einer diesbezüglichen „Gefahr“ empfiehlt es sich, mit der Prüfung der **möglicherweise betroffenen Schutzgüter** zu beginnen, weil die im Einzelfall drohende Gefahr nicht allgemein, sondern nur hinsichtlich der betroffenen Schutzgüter festgestellt werden kann. Dabei ist die im Einzelfall bestehende Gefahr immer auf alle möglicherweise betroffene Schutzgüter zu beziehen, also für jedes einzelne betroffene Schutzgut - nebeneinander - festzustellen.

Als betroffene Schutzgüter kommen hier in Betracht: die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit des Boxers sowie anderer Teilnehmer der Veranstaltung, aber auch das Eigentum an entsprechend durch Sachbeschädigung bedrohten Sachen (als individuelle Schutzgüter); gleichzeitig kommt auch wegen der drohenden Körperverletzungen und Sachbeschädigungen ein möglicher Verstoß gegen die Rechtsordnung in Betracht (als allgemeines Schutzgut der öffentlichen Sicherheit). Die Gefahrenlage ist hier **konkret** und nicht bloß gedanklich gegeben, sie besteht im Einzelfall. Fraglich ist nur, wie hinreichend die Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt ist.

Die Feststellung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bedeutet:

- Es müssen **Tatsachen** vorliegen und keine vagen Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen (BVerfGE 44 S.353; 115 S.320; eine Ausnahme besteht wohl für die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus, BVerfGE 120 S.274 = NJW 2008 S.822/831; vgl. § 20 k Abs. 1 S.2 BKAG für online-Durchsuchungen);
- dann muss die Wahrscheinlichkeit **objektiv** bestehen, d.h. der Schaden muss vom Standpunkt eines neutralen Beobachters (was nichts anderes heißt als die Heranziehung von Lebenserfahrung und Erfahrungssätzen) bei entsprechend ungehindertem Ablauf des Geschehens in überschaubarer Zeit eintreten (BVerwG DÖV 1970 S.713);

- zum anderen ist es aber **nicht** erforderlich, dass der Schaden **unmittelbar** bevorstehen muss (in einzelnen Vorschriften kann aber die „Unmittelbarkeit“ - auch als Gegenwärtigkeit - als zusätzliche Voraussetzung verlangt sein; s. unten). Der Schadenseintritt braucht unter bestimmten Umständen noch nicht einmal gewiss zu sein:
- Je bedeutsamer das bedrohte Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist (z.B. das Leben) und je größer der insoweit möglicherweise eintretende Schaden ist, umso **geringere Anforderungen** sind an die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens zu stellen (BVerwG NJW 1970 S.1892 = DÖV 1970 S.715, BVerwGE 47 S.40; 45 S.51; OVG Münster NVwZ 1985 S.355; vgl. Schoch JuS 1994 S.667).
- Allerdings kann diese „Erleichterung“ im Ergebnis wiederum durch folgende Überlegung **zum GdV relativiert** werden: Je höher die Bedeutung und der Schutz ist, den das beim „Ordnungspflichtigen“ (Störer, s.u.) **betroffene Grundrecht** nach der Verfassung genießt, umso strengere Anforderungen sind an die Schadensnähe zu stellen (BVerwG NJW 1974 S.807, BVerfG DÖV 1985 S.778 hins. der Art. 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GG).

Im vorliegenden Beispiel beruht die Annahme einer Gefahr insbesondere auf einem Gerücht, welches die Möglichkeit eines beträchtlichen Schadens nicht völlig ausschließt. Es kommt auf die Prognose im Zeitpunkt des polizeilichen Eingriffs an (selbst dann, wenn der Schaden später ausbleibt). Da hier **bedeutsame** Rechtsgüter wie die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit (vgl. BVerfGE 56 S.54) aller Teilnehmer bedroht ist und die gerüchteweise angekündigten Ausschreitungen zu unübersehbar schweren Folgen führen können, muss insoweit die Gefahr bejaht werden; die mögliche Gefährdung der Rechtsordnung tritt demgegenüber zurück (Körperverletzung und Sachbeschädigung sind im Grundtatbestand allerdings auch Antragsdelikte). Wegen der Gefahr für die körperliche Unversehrtheit aller Teilnehmer könnten somit entsprechende (GdV!) Sicherungsmaßnahmen getroffen werden.

Der Schadenseintritt muss regelmäßig in einer Beeinträchtigung der Schutzgüter bestehen. Ausgeschlossen bleiben bloße „**Belästigungen**“, deren Intensität so gering ist, dass sie unter die (allgemein verträgliche) Toleranzgrenze fällt, z.B. das gelegentliche Bellen eines Hundes im Gegensatz zum dauernden Gebell als Gefahr



für die Gesundheit; eine Ausnahme besteht für § 36 Abs.1 Nr.2 (Emissionen); weitere Ausnahmen sind auch in speziellen Regelungen im Besonderen POR zu finden, z.B. knüpfen bestimmte Vorschriften des Gewerberechts schon an eine derartige Belästigung für Abwehrmaßnahmen an, vgl. §§ 33 a Abs. 1 S.2 GewO, § 5 Abs. 1 Nr.3 GaststG, § 3 BImSchG; s. auch BVerwG DVBl 1969 S. 586).

### **b) Qualifizierte Gefahrenlagen**

Eine **Störung** ist gegeben, wenn die Gefahr eingetreten ist (sie wird regelmäßig nur noch repressives Tätigwerden auslösen: Strafverfolgung, Bußgeld); dauert die Störung jedoch weiter an, gilt auch für sie der Gefahrenbegriff, sofern also eine weitere Verletzung der öffentlichen Sicherheit wahrscheinlich ist (Gefahr weiteren Schadens).

Einige Vorschriften erfordern zu ihrer Anwendung das Vorliegen einer **qualifizierten** Gefahrenlage, sei es dass sie unmittelbar bevorstehen, gegenwärtig, erheblich oder dringend sein muss (zu den Begriffen BVerwGE 45 S.51/58 = NJW 1974 S.807; Berg/Knape/Kiworr, § 30 II B 2.b).

Die Gefahrenlage ist **gegenwärtig** (vgl. §§ 30, 34, 36, 38 ASOG), wenn sie

- entweder bereits eingetreten ist und als Störung weiter **andauert**
- oder das schädigende Ereignis **unmittelbar bevorsteht**, also jederzeit so eintreten kann, dass Maßnahmen zu seiner Beseitigung unaufschiebbar sind (vgl. Benfer Rn.57; Denninger in Lisken/Denninger, E 48; OVG Münster NVwZ 1989 S.886).

**Zeitlich** lässt sich der Augenblick nicht exakt festlegen, er hängt immer wieder allein von den Umständen des Einzelfalles ab sowie davon, welche Abwehrmöglichkeiten objektiv (noch) bestehen bis zum absehbaren Eintritt des schädigenden Ereignisses (vgl. auch den Begriff der „drohenden“ Gefahr im Sinne des Sofortvollzuges, § 6 Abs. 2 VwVG).

Für die Frage der **Erheblichkeit** einer Gefahr (als zusätzliche Tatbestands-Voraussetzung), soweit sie drohende Straftaten, also die Verletzung der Rechtsordnung betrifft, enthält § 17 Abs.3 ASOG für „Vergehen“ nunmehr u.a. eine Bindung an den Katalog von Straftaten in § 100a StPO. Weitere erhebliche Straftaten sind in § 17 Abs.4 ASOG aufgeführt, insbesondere die Schädigung der Umwelt.

Eine **dringende** Gefahr ist gegeben, wenn ein Schaden für besonders wichtige Rechtsgüter unmittelbar bevorsteht, also die Gefahr sowohl erheblich als auch gegenwärtig ist - z.B. als Voraussetzung in § 36 Abs. 4 ASOG zum Betreten von

bestimmten Wohnungen (vgl. Götz, Rn.391; a.A. Mussmann, Rz. 233; Denninger in Lisken/Denninger, E 51).

### **c) Anscheinsgefahr**

Was aber ist, wenn die Gefahr gar nicht eintreten kann, weil sie **tatsächlich nicht** gegeben ist, d.h. wenn sich der Polizeibeamte in der Beurteilung der Gefahr geirrt hat? Richtig ist, dass die Beurteilung einer Gefahr nur nach dem Sach- und Erkenntnisstand vorgenommen werden kann, wie er im **Zeitpunkt des Eingriffs** vorhanden ist (BVerwGE 49 S.36).

### **Beispiel: Die Bombendrohung**

*Die Polizei erhält den anonymen Hinweis, dass eine Bombe in einem bestimmten Kaufhaus befestigt worden sei (aus welchen Gründen auch immer). Die Polizei lässt das Kaufhaus räumen; bei der anschließenden Überprüfung kann der bezeichnete Sprengkörper nicht gefunden werden. Ist die Räumung rechtmäßig?*

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Entscheidung für den Eingriff. Stellt sich später heraus, dass die Gefahr tatsächlich gar nicht bestanden hat, wird gleichwohl die auf dem Anschein der Gefahr beruhende Abwehrmaßnahme nicht rechtswidrig, sondern der Fall wird **rechtlich** wie eine „echte“ Gefahr beurteilt (vgl. OVG Münster DVBl.1979 S.733 u. 1983 S.1050; BVerwGE 47 S.31; VGH Mannheim DVBl.1990 S.1047).

Eine solche für die Gefahrenabwehr ausreichende Anscheinsgefahr ist aber nur gegeben, wenn ein Vorgang abläuft, der auch bei dem objektiven (unvoreingenommenen) Beobachter den - **irrtümlichen** - Eindruck erweckt hätte, dass der erwartete Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich ist. Diese Gefahrenlage, die nur dem Anschein nach besteht, aber gar nicht vorhanden ist, wird dennoch vom Gefahrenbegriff gedeckt und dem Fall der tatsächlichen Gefahr gleichgestellt: als ausreichende Grundlage für (eigentlich nicht) notwendige Abwehrmaßnahmen. Die Figur der „Anscheinsgefahr“ ist also die rechtliche Konstruktion, um **im Nachhinein** das Verhalten der Polizei zu rechtfertigen (im Zeitpunkt der Entscheidung selbst kann also nie vom bloßen „Anschein“ einer Gefahr ausgegangen werden, sondern immer nur in der nachträglich erfolgenden Beurteilung der Situation). Unter diesen Umständen kann die von der Polizei

veranlasste Räumung als rechtmäßig beurteilt werden, da im Zeitpunkt der Entscheidung jeder objektive Beobachter zur selben Beurteilung der Situation gelangt wäre.

Davon zu unterscheiden ist die sog. **Scheingefahr** (auch: Putativgefahr), bei der die Annahme einer Gefahr auf dem (**vorwerfbaren**) Irrtum des handelnden Beamten beruht, also subjektive Vorstellungen enthält, die nicht auf entsprechenden Tatumständen beruhen können und insoweit auch nicht von einem objektiven Beobachter gemacht werden (z.B. wenn die falsche Beurteilung auf Übermüdung, Ängstlichkeit oder auch Trunkenheit zurückzuführen ist): Diese Scheingefahr wird auch in der nachträglichen Würdigung nicht gerechtfertigt: Sie berechtigt nicht zum Eingreifen; jede auf einer derartig falschen Beurteilung aufbauende Maßnahme ist rechtswidrig (s. Wagner, § 1 Rn.107).

**Merke:** Um eine echte und keine Anscheinsgefahr handelt es sich, wenn ein Haus geräumt wird, weil das Nachbarhaus brennt und die Flammen übergreifen können, was schließlich aber nicht eintritt. In diesem Fall hat sich die tatsächlich vorhandene Gefahr nur nicht in dem vorstellbaren Maße realisiert.

#### **d) Gefahrenverdacht**

Wie ist jedoch die Lage zu beurteilen, wenn das Vorliegen einer Gefahr weder voll bejaht, noch eindeutig abgelehnt werden kann, wenn also im Zeitpunkt der Entscheidung **Zweifel am Bestehen einer Gefahr** vorhanden sind (und mit dem „objektiven Beobachter“ auch gerechtfertigt sind)? Im Unterschied zur Anscheinsgefahr ist dem Handelnden hier die Unsicherheit bei der Feststellung der Gefahr (unter Würdigung aller bekannten Umstände und des Kausalverlaufs) **bewusst** und die Annahme der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts deshalb nicht möglich (vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Rn.48; Arzt, Gefahrenverdacht und Gefahrenforschungseingriff im allgemeinen Polizeirecht, Die Polizei 2003 S.100; die dort genannten Beispiele des „stillen Alarms“ bei Banküberfällen, der Bombendrohung oder des technisch bedingten Fehlalarms einer Alarmanlage erscheinen allerdings nicht so eindeutig im Hinblick auf noch vorhandene Zweifel oder das Fehlen der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts).

### **Beispiel: Der Treffpunkt**

*Die Polizei erhält einen Hinweis, daß sich ein bekannter Drogendealer mit einer anderen Person an einem bestimmten Ort zum Zwecke eines Drogengeschäftes treffen will. Polizeibeamte fahren zu dem angegebenen Platz und beobachten richtig, wie zwei Personen dort zusammentreffen, die aber beide unbekannt sind: Keiner von ihnen ist der bekannte Dealer und das angekündigte Drogengeschäft scheint auch nicht getätigt zu werden. Die Beamten haben Zweifel, was sie machen können.*

Hier erscheint der Schaden zwar immer noch als möglich, an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit seines Eintritts bestehen aber ernstzunehmende Zweifel, die sich sofort bei Eintreffen der Polizei am bezeichneten Ort ergeben: Zwar entspricht es dem anonymen Hinweis, dass sich dort zwei Personen treffen; keiner von ihnen ist aber der „bekannte“ Drogendealer. Andererseits ist ebenso wenig sofort klar, dass es sich um einen eindeutigen „Fehlalarm“ handelt (so aber in den Beispielen bei Arzt, s.o.). Es bestehen somit berechnete Zweifel am tatsächlichen Vorhandensein einer Gefahr, d.h. es ist zunächst zu klären, ob die vermutete Gefahr auch tatsächlich vorliegt oder nicht. Trifft die Polizei jetzt Maßnahmen, also Eingriffe im Sinne von § 35 VwVfG (VA, VerwRealakt), so können diese nur dem Zweck dienen, die **Ungewissheit** über das Vorhandensein einer Gefahrenlage zu beseitigen (Gefahrenforschungseingriff, vgl. BGHZ 117 S.303, NJW 1952 S.586; OVG Münster DVBl.1982 S.654; VGH Mannheim DÖV 1985 S.687; Götz, DVBl. 1992 S.1158; Weiß NVwZ 1997 S.737; Petri DÖV 1996 S.433). Die Sachverhalts-Aufklärung ist gemäß § 24 VwVfG sogar ausdrücklich vorgeschrieben.

Selbstverständlich braucht die Polizei auch für diese Art der Aufklärung eine polizeirechtlichen **Ermächtigungsgrundlage**, wenn damit ein Eingriff (in Grundrechte) verbunden ist, was bei jeder personenbezogenen Datenerhebung zu bejahen ist (vgl. § 4 BlnDSchG; bei einer bloß sachbezogenen Datenerhebung fragt sich demgegenüber schon, wo der Eingriff liegen soll). Problematisch ist, dass schon die einfachste Aufklärung durch „Beobachtung“ der Szenerie, also regelmäßig durch personenbezogene Datenerhebung geschieht und § 18 Abs.1 S.2 ASOG als entsprechende ErmG wiederum das Vorliegen einer (konkreten) Gefahr verlangt - die aber nicht bejaht werden kann! Das gilt auch für die „Befragung“ zur Aufklärung des Sachverhaltes gemäß § 18 Abs.3 ASOG, da diese Befugnis keine „erleichterte“

Möglichkeit zur Datenerfassung ist, sondern nur im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Datenerhebung nach Abs.1 gesehen werden kann, wie auch die dortige ausdrückliche Erwähnung der Befragung als Ermittlungshandlung zeigt. Das heißt, das ASOG kennt keine ausdrückliche ErmG für den Gefahrenereforchungs-Eingriff unterhalb der Gefahr als Eingriffsschwelle. Die Polizei braucht aber eine Befugnis zum Einschreiten für eine effektive Gefahrenabwehr (Lisken/Denninger, E 48).

Unbestreitbar notwendig bleibt die Aufklärung der Situation, da die Gefahr nicht vollständig ausgeschlossen werden kann (vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Rn.47, wonach die „wohl h.M.“ den Gefahrenverdacht deshalb als Gefahr einstuft). Rechtlich zulässig erscheint allerdings dann die strenge **Bindung der Gefahrenereforchung an den Aufklärungszweck** (vgl. Arzt, Die Polizei 2003 S.100/103), die Aufklärung des Sachverhaltes darf also nicht mit der Abwehr der (nach wie vor bezweifelten) Gefahr einhergehen oder gleichgesetzt werden.

Im vorliegenden Beispielsfall würde mit der letztlich bezweckten IdF der beiden Personen zugleich eine Abwehr der Gefahr erfolgen (Beseitigung der Anonymität); der notwendigen Aufklärung dient dagegen die weitere **Ermittlung/Beobachtung**, inwieweit die beiden Personen nicht doch Gegenstände übergeben, austauschen und dann insoweit auch den anonymen Hinweis „erfüllen“, d.h. die Gefahr jetzt hinreichend wahrscheinlich werden lassen. Grundsätzlich ausgeschlossen bleibt somit jeder weitergehende Eingriff.

### **e) Spezielle Regelungen**

Der Begriff der „Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ ist § 17 Abs.1 ASOG entnommen: einer Ermächtigungs-Generalklausel, die auch als „Auffangtatbestand“ für alle denkbaren, nicht speziell geregelten Einzelfälle gelten soll. Neben dem ASOG gibt es also besondere Vorschriften, die den Gefahren der öffentlichen Sicherheit in bestimmten Bereichen begegnen sollen. Diese Vorschriften des BesPOR (s.o. II.3.) sind speziell auf bestimmte, für den jeweiligen Bereich typische Gefahren bezogen; d.h. ihre tatbestandliche Regelung bezieht sich regelmäßig nur auf bestimmte Ausschnitte aus dem Bereich der öffentlichen Sicherheit: So wird die Leichtigkeit des Verkehrs als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit von den Vorschriften der StVO, StVZO und des StVG erfasst und insoweit auch im Tatbestand ausschließlich geregelt - als *lex specialis* geht diese

Regelung der Anwendung der Generalklausel dann zwar vor, „beschränkt“ aber auch den anwendbaren Gefahrentatbestand auf die „verkehrsspezifische“ Gefahr (d.h. den Regelungstatbestand der genannten Verkehrsgesetze); ebenso gelten die Tatbestandsregelungen im Versammlungsgesetz nur für „versammlungsspezifische“ Gefahren, usw. hinsichtlich der anderen Spezialgesetze des Besonderen POR (s.o. III.2.).

#### **f) weitere Tatbestandsmerkmale**

Schon das Merkmal der „Gefahr“ ist ein sog. **unbestimmter** Rechtsbegriff, der in Kenntnis des einschlägigen Schrifttums, insbesondere aber der Rechtsprechung auszulegen ist (s. zur Methodik im 1.Teil IV.2.). Hierbei hat der Polizeibeamte allerdings keinen **Beurteilungsspielraum**, d.h. die Beurteilung der Gefahrenlage kann nur richtig oder (vorwerfbar) falsch sein, was von den Gerichten vollständig überprüft werden, also akzeptiert oder verworfen werden kann (Ausnahme nur bei Prüfungswertungen). Das gilt natürlich nicht nur für das Merkmal der „Gefahr“ sondern für alle weiteren Tatbestandsmerkmale einer ErmG. Deren Feststellung bzw. Auslegung liegt nicht im Ermessen des Polizeibeamten (s. dazu im Folgenden), sondern ist anhand der bekannten und von der Rechtsprechung entwickelten Auslegungskriterien durchzuführen und kann nur zu einem Ergebnis führen: Die Voraussetzungen einer ErmG liegen entweder vor oder nicht!

#### **Zusammenfassung der Gefahrenbegriffe:**

- **Gefahr:** Hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines nicht bloß geringfügigen) Schadens an Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit;
- **Konkrete Gefahr:** Tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen der Gefahr aus einem Einzelfall;
- **Abstrakte Gefahr:** Eine nur gedachte, verallgemeinerte Gefahrenlage hinsichtlich bestimmter, typischer Fallgruppen als Grundlage für Abwehrmaßnahmen;
- **Unmittelbar bevorstehende Gefahr:** Der Schaden kann jederzeit, also auch sogleich eintreten;

- **Anscheinsgefahr:** Die Lage stellt sich dem objektiven Beobachter als Gefahr dar, ohne es tatsächlich zu sein;
- **Gefahrenverdacht:** Es gibt begründete Zweifel am Vorliegen einer Gefahr.

(s. auch im Anhang das Schema zu den „Gefahrenlagen)

## 2. Entschließungsermessen (Rechtsfolge)

Wenn alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, dann ist die **Handlungsbefugnis** gegeben für die in der ErmG vorgesehene **Rechtsfolge** (die Maßnahme); dann ist danach zu fragen, ob

- gehandelt werden kann oder sogar muss (Entscheidungsermessen),
- der richtige Adressat angesprochen wird (s.u. 3.),
- die Maßnahme das verhältnismäßig richtige Mittel ist (s.u. 4.), und
- insgesamt das eingeräumte Ermessen „pflichtgemäß“ ausgeübt wird (s.u.5.).

### a) Definition des Ermessens

Die Polizei trifft ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen, § 12 Abs.1 ASOG (vgl. auch § 47 OwiG). Was heißt Ermessen bzw. Ermessensspielraum?

Ermessen besteht, wenn die Rechtsfolge, also der Erlass der Verfügung nicht zwingend vorgeschrieben ist, sondern nach dem **Opportunitätsprinzip** entschieden werden kann (s. auch im 1.Teil III.2.). Ein solcher Ermessensspielraum (Auswahlmöglichkeit) kann bestehen

- beim **Entschließungsermessen**, also bei der Frage, ob die Polizei überhaupt einschreiten will oder eine Verfügung auch unterbleiben kann, bzw. auch bei der Frage, wann sie zeitlich ergehen kann;
- beim **Auswahlermessen**, also bei der Frage, wie, mit welchem Mittel (mit welcher Maßnahme) und gegen wen (Adressat) sie vorgehen soll.

In den gesetzlichen Vorschriften kommt der Ermessensspielraum durch die Kann-Formulierung zum Ausdruck z.B. in der Generalklausel des § 17 Abs.1 ASOG: Ordnungsbehörden und Polizei „können“ die notwendigen Maßnahmen treffen (s. dagegen die Verpflichtung zum Handeln in § 23 Abs.2, § 31 Abs.1 S.1, § 29a Abs.2, § 34 Abs.4 ASOG oder die Verpflichtung zur Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO wegen Unzuverlässigkeit).

Das Ermessen verschafft der Polizei also den notwendigen Spielraum für eine **zweckmäßige und möglichst optimale** Erfüllung der Aufgabe zur Gefahrenabwehr (vgl. Ossenbühl, Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, DÖV 1976, 463; Mussmann, Rz.324; Hausrand/Vahle NVwZ 2003 S.513; vgl. VG Berlin NJW 1981 S.1748). Das ist kein Widerspruch, sondern begründet sich aus der Verschiedenartigkeit von denkmöglichen oder auch nicht vorstellbaren Gefahrenlagen, die von einer starren Eingriffsnorm nicht erfasst würden. Zum Beispiel im Straßenverkehr: Alle falsch parkenden Fahrzeuge sind insofern eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit schon dadurch, dass sie gegen entsprechende Bestimmungen der StVO verstoßen; wenn diese Fahrzeuge nicht abgeschleppt werden, dann kommt darin grundsätzlich auch der Ermessensspielraum der Behörde zum Ausdruck, weil ein solches Vorgehen für unzulässig gehalten werden kann (abgesehen von der Anwendung des GdV).

Das Ermessen und der entsprechende Entscheidungsspielraum bestehen (wie schon zur ErmG aufgezeigt) nur auf der **Rechtsfolgenseite**, also nicht bei der Frage, inwieweit sämtliche Voraussetzungen für den Eingriff (die Tatbestandsmerkmale der EG) gegeben sind, sondern bei der sich anschließenden Frage, **ob - wie - und gegen wen** - nunmehr gefahrenabwehrend eingegriffen werden soll.

Naturgemäß ist ein solcher Ermessensspielraum nicht grenzenlos, „**pflichtgemäß**“ wird er nur wahrgenommen,

- wenn dabei die Gesetze, allgemeinen Vorschriften und dienstlichen Weisungen beachtet und jegliche Willkür, sachfremden Erwägungen und persönlichen Auffassungen ausgeschlossen bleiben (s. unten 5. zu den Ermessensfehlern).

Gibt es mehrere Handlungsmöglichkeiten, dann muss jede von ihnen alle geforderten, rechtmäßigen Anforderungen erfüllen; erst dann kann sich der Polizeibeamte „frei“ d.h. nach Zweckmäßigkeit entscheiden. Mit anderen Worten: Die Entscheidung, die vorgesehene Maßnahme zu treffen, muss genauso rechtmäßig sein wie die Entscheidung, die an sich gegebene Handlungsbefugnis nicht wahrzunehmen.

## **b) Ermessens-Reduzierung**



Besonders für unaufschiebbare Maßnahmen der Polizei ist weiter zu prüfen, ob sich das Ermessen nicht verdichtet hat: auf die Verpflichtung zum Einschreiten (oder auf eine einzige Abwehrmaßnahme). **Im Einzelfall** kann es sein, dass von einem an sich vorgesehenen Ermessensspielraum nach den tatsächlichen Umständen nicht viel übrig bleibt, also nicht mehrere Entscheidungen (rechtmäßig) möglich sind, sondern nur noch eine einzige: Man spricht von der **Reduzierung des Ermessens** (vgl. VGH München BayVwBl 1974,433).

- Überwiegend wird eine solche Ermessensreduzierung dann angenommen, wenn eine **hohe Gefahrenintensität** für bedeutsame Schutzgüter (also eine gegenwärtige, erhebliche Gefahr) gegeben ist und ein ausreichender Schutz nicht anders gewährleistet werden kann (vgl. BVerwGE 11 S.95, 37 S.112; BGHZ 45 S.143; OVG Berlin NJW 1980 S.2484, NJW 1983 S.777; Götz, Rn.270; Schenke, Rn.43). Bei den höchsten Rechtsgütern **Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit**, wird stets eine Ermessensreduzierung angenommen und die Verpflichtung der Polizei zum umfassenden Schutz dieser Güter bejaht (BVerfGE 49 S.24, NJW 1981 S.1655; VGH Kassel NJW 1984 S.2305).
- Eine andere Meinung will daneben auch den **Schaden** in die Abwägung einbezogen sehen, der beim Verantwortlichen und in der Öffentlichkeit durch das Eingreifen entstehen kann. Auch eine solche Überlegung ist nicht völlig auszuschließen, z.B. wenn bestimmte, allgemein-gefährliche Situationen vor Augen geführt werden wie die Geiselnahme durch Bankräuber, Eskalationsgefahren, Erscheinungsbild der Polizei, polizeitaktische Erwägungen (s. OLG Celle DÖV 1972 S.244: Keine zwingenden, starren Grenzen unter Ausschluss jeden Ermessens für das Einschreiten der Polizei: „Es darf vielmehr der Polizei auch in Zukunft ein elastisches und geschmeidiges Reagieren nicht unmöglich gemacht werden“; vgl. Mussmann, Rz.326).

### **3. Verantwortlichkeit des Adressaten (Polizeipflicht)**

Der Eingriff, die Maßnahme der Polizei, hat sich an den richtigen, d.h. für die Gefahrenlage verantwortlichen (oder polizeipflichtigen) Adressaten zu richten (zu den Begriffen s. auch Götz, Rn. 185 ff; Prümm/Sigrist, Rn.91 ff). Nach AllgPOR (ASOG) beruht die Verantwortlichkeit

- entweder auf dem **Verhalten** einer Person, § 13 ASOG,
- oder auf dem **Zustand** von Sachen bzw. Tieren, § 14 ASOG,

- oder auf der Notwendigkeit, zur Gefahrenabwehr **dritte** Personen heranzuziehen, die weder „verdächtig“ noch sonst verantwortlich sind, § 16 ASOG (sog. Nichtstörer im Notstandsfall).

Zunächst gilt:

**Die Polizeipflicht ist verschuldensunabhängig!**

Dieser Grundsatz erklärt sich aus dem Gebot der Allgemeinverträglichkeit, welches die Handlungsfreiheit jedes einzelnen in der Gemeinschaft begrenzt: Geht ein Verhalten oder ein Zustand über den Rahmen dieser Gemeinverträglichkeit hinaus, besteht ein Anspruch der Gemeinschaft an den einzelnen, dafür Verantwortlichen, die Gefahrenlage zu beseitigen, unabhängig davon, ob ihn auch ein Verschulden trifft (BVerwGE 45 S.51/61; OVGE Münster 5 S.185; VG Freiburg NJW 1980 S.901; Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.2). Jeder hat sein Verhalten und seine Sachen so einzurichten, dass Gefahren gar nicht erst entstehen können; **Aufgabe der Polizei** ist es dann, diesen Anspruch für die Gemeinschaft geltend zu machen und gegebenenfalls durchzusetzen.

Spezielle Regelungen der Polizeipflicht in anderen Vorschriften haben allerdings auch hier Vorrang, s. § 13 Abs.4 und § 14 Abs.5 ASOG; ebenso gilt auch insoweit das Prinzip der Subsidiarität: Enthalten die Vorschriften des Besonderen POR zur Polizeipflicht eine **Lücke**, ist auf die Regelungen des ASOG, §§ 13, 14, 16, zurückzugreifen, z.B. sind hinsichtlich des Adressaten für die Auflösungsverfügung nach § 15 Abs.3 VersG die Anforderungen des ASOG heranzuziehen, da die notwendigen Voraussetzungen im VersG nicht erwähnt sind (vgl. aber § 32 Abs.1 S.2 StVO, der einen Rückgriff auf § 16 ASOG ausschließt).

**a) Verantwortlichkeit für Verhalten, § 13 ASOG**

Die Verantwortlichkeit gemäß § 13 ASOG entsteht, wenn eine natürliche oder juristische Person (s. Musmann, Rz.272) - insoweit auch als **Verhaltensstörer** bezeichnet - die Gefahr **verursacht**. Das ist der Fall:

- in erster Linie **nach Abs.1** für eigenes Tun, also die **eigene Verursachung**, oder für ein entsprechendes **Unterlassen**, welches dem aktiven Handeln gleichgestellt ist, wenn eine bestimmte öffentlich-rechtliche Garanten- oder Handlungspflicht besteht (OVG Münster DVBl 1979 S.735 und NVwZ-RR 1988 S.20: sog. „passiver Störer“; Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.9; a.A. Prumm/Sigrist, Rn.

- 103), z.B. die Pflicht zur Wegereinigung oder zu Schutzvorkehrungen bei Betrieben und Veranstaltungen; s. auch §§ 3, 4 Kreislaufwirtschafts- und AbfallG;
- aber auch **nach Abs. 2** für das **Verhalten anderer Personen**, wenn der Verantwortliche für das fremde Verhalten einstehen muss, z.B. als Aufsichtspflichtiger von Kindern (s. dazu Prümm/Sigrist, Rn. 104) oder als Betreuer bei Kindern unter 14 Jahren, bei entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen (nach dem am 1.1.1992 in Kraft getretenen BetreuungsgG); in dem Fall sind dann sowohl das Kind (nach Abs. 1) als auch der Aufsichtspflichtige/Betreuer verantwortlich;
  - **nach Abs. 3** erneut für **fremdes Verhalten**, welches in Ausübung eines sog. Verrichtungsgeschäftes erfolgt, vgl. § 831 BGB (vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.17); das ist anzunehmen, wenn der „Gehilfe“ die Anweisungen des „Geschäftsherrn“ zur Ausführung genauestens befolgen muss und keinen Spielraum für eigene Überlegungen oder Ausführungen hat, im Gegensatz zum „Erfüllungsgehilfen“ oder dem sonst üblichen Auftrags- und Vertretungsverhältnis, vgl. § 278 BGB; z.B.: Der Fahrer eines Tanklastzuges verursacht einen Unfall, so dass Heizöl in das Erdreich eindringt. Hinsichtlich seines Fahrstils mag der Fahrer einen Handlungsspielraum haben, nicht jedoch, was den Transport des Heizöls betrifft (vgl. OVG Münster DVBl.1964 S.683; DVBl.1973 S.924); die gewisse Selbständigkeit schließt also die Annahme eines Verrichtungsgehilfen für eine konkrete Tätigkeit nicht aus (vgl. VGH BW NJW 1993 S.1543; OVG Münster NJW 1979 S.2266). **Merke:** In diesem Fall sind beide Personen verantwortlich gemäß § 13 ASOG: der Verrichtungsgehilfe nach Abs.1 und der Geschäftsherr nach Abs.3.

#### **b) Verantwortlichkeit für Zustand, § 14 ASOG**

Die Polizeipflicht für den Zustand von Sachen bzw. Tieren (§ 14 Abs. 2; s. dazu § 90 a BGB und § 1 TierschutzG: „Mitgeschöpf“ des Menschen) trifft nach § 14 ASOG

- in erster Linie den **Inhaber der tatsächlichen Verfügungsmacht** über die Sache oder das Tier, Abs. 1 und 2;
- aber auch den **Eigentümer oder anderen Berechtigten**, Abs. 3; die Polizeipflicht besteht also nicht, wenn von dem Besitzer oder Eigentümer eine Handlung verlangt wird, die über ihre Verfügungsmacht hinausgeht, z.B. im Fall der gesamthänderischen (rechtlichen) Bindung einer Miterbengemeinschaft (OVG

Lüneburg NJW 1979 S.735); konsequent ist auch die in Abs. 3 vorgesehene Ausnahme: Im Fall der **sog. Besitzstörung** kann der Eigentümer nicht herangezogen werden, also dann, wenn der tatsächliche Besitz (gemäß Abs. 1) gegen seinen Willen und damit unberechtigt ausgeübt wird (s. dazu Prümm/Sigrist, Rn. 111 f);

- sowie den früheren Eigentümer einer **sog. herrenlosen Sache**, Abs. 4, bei der also das Eigentum in der Zwischenzeit aufgegeben wurde („Dereliktion“; §§ 928, 959 BGB); u.U. kann insoweit aber auch die Verhaltenshaftung begründet sein gemäß § 13 ASOG.

### **c) Unmittelbare Verursachung**

Bei der Ermittlung des im Einzelfall richtigen Adressaten ist die Theorie der **unmittelbaren** Verursachung heranzuziehen, wonach derjenige verantwortlich sein soll, der mit seinem Verhalten (§ 13) oder durch eine ihm zuzurechnende Sache (§ 14) die letzte wesentliche Ursache für den Gefahren Eintritt setzt und damit die Gefahrengrenze endgültig überschreitet (OVG Münster NJW 1993 S.2698; h.M., s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.10; Prümm/Sigrist, Rn.100).

In den meisten Fällen wird die Kausalität, also der Zusammenhang zwischen Ursache und (gefährlicher) Wirkung, ohne weiteres festgestellt und so der oder die Verursacher bezeichnet werden können. Problematisch wird es jedoch, wenn **mehrere Faktoren** ursächlich zusammen wirken, dann ist stets nur die (zeitlich) letzte Ursache zu berücksichtigen, vgl. das Beispiel des Autofahrers, der einer anderen Unfallursache ausweichen will und dadurch selbst einen Schaden herbeiführt. Der in der Literatur gemachte Vorschlag, insoweit auf die Pflichtwidrigkeit oder die Rechtmäßigkeit des betreffenden Verhaltens abzustellen (s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.11), würde allerdings den o.a. Grundsatz, die Abwehr von Gefahren „verschuldensunabhängig“ durchzusetzen, unnötig infrage stellen, zumal andere Lösungsmöglichkeiten gegeben sind (z.B. zivilrechtlicher Schadensausgleich; s.u. zum Auswahlermessen). Derjenige ist als Verantwortlicher heranzuziehen, dessen Ursache den eigentlichen Gefahrenherd in sich trägt (was regelmäßig bei jedem Fahrzeug zu bejahen ist).

Das ist auch der Fall, wenn diese Ursache zunächst ohne Auswirkung bleibt und die Gefahr erst durch eine weitere, spätere Handlung oder Umweltveränderung (als zweite Ursache) herbeigeführt wird, d.h. dass jetzt die auf dem früheren Verhalten

oder Zustand beruhende Verantwortlichkeit realisiert wird (Stichwort: latente Gefahr). Auch hier liegt der eigentliche Gefahrenherd in der ersten Ursache. Erst recht ist natürlich dann der **sog. Zweckveranlasser** heranzuziehen, also die Person, die den kausalen Ablauf genauso geplant oder den Eintritt der gefährlichen Situation billigend in Kauf genommen hat, wie im bekannten „Schaufensterpuppen-Fall“ des Preußischen OVG (PrOVGE 40 S.216; s. dazu Prümm/Sigrist, Rn.101). Oder wenn ein „Demonstrant“ eine bestimmte Personengruppe bis zur tätlichen Auseinandersetzung „reizt“; hier kommt die Verantwortlichkeit des Demonstranten als Zweckveranlasser in Betracht, soweit er mit seinem Verhalten den eigentlichen Gefahrenherd darstellt (s.die Fallbesprechung in „apf“ Nr.12/1995 Landesbeilage Berlin S.91; weitere Beispiele zur Rechtsprechung bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Rn.12).

**Zweckveranlasser** ist, wer gefahren erhöhende, typische Risiken schafft, wer die störende Folge objektiv „bezweckt“ (Götz, Rn.196; Schenke, Rn.91; vgl. auch die geänderte Auffassung zu dem alten Borkumliedfall - PrOVGE 80 S.177 - bei Mussmann, Rz.293; vgl. VG Schleswig NVwZ 2000 S.464).

Es liegt auf der Hand, dass im Falle der (nachträglichen) Beurteilung einer **Anscheinsgefahr** die Person, welche den Anschein der Gefahr setzt – oder bei tatsächlicher Gefahr den Anschein der (Mit-) Verantwortung (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 2011 S.231), auch als Anscheins-Verantwortlicher (Anscheinstörer) dem echten Verantwortlichen gleichzusetzen ist, also als (vermeintlich) richtiger Adressat in Betracht kommt (BVerwGE 49 S.36; VGH Mannheim NVwZ-RR 1991 S.24; OVG Hamburg DVBl 1992 S.41).

#### **d) Auswahlermessen**

Die Feststellung des richtigen Adressaten hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu geschehen (s. schon zur ErmG unter V.2.). Daraus ergibt sich

- die Verpflichtung **alle möglichen Verantwortlichen zu ermitteln**: Es liegt ein klassischer Ermessensfehler vor, wenn bestehende Wahlmöglichkeiten nicht gesehen werden, also hier die mögliche Inanspruchnahme von Adressaten nicht berücksichtigt wird (s.u.5.; VG Berlin NJW 2001 S.2489; Prümm/Sigrist, Rn.122).

- die Auswahl nur zwischen den Adressaten erfolgen kann, deren Inanspruchnahme **in gleicher Weise verhältnismäßig** ist (vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 12 Rn.4).

### **(1) Ermittlungspflicht**

Die Polizeipflicht wird dabei, wie bereits festgestellt, aus **objektiven Gesichtspunkten** abgeleitet und lässt grundsätzlich außer Acht, warum jemand zum Verantwortlichen wurde (s.o. zur „Verschuldensunabhängigkeit“).

Der Wortlaut von Abs.1 sowohl von § 13 wie auch von § 14 ASOG lässt allerdings eine gewisse Bindung („sind .. zu richten“). Hieraus aber eine Verpflichtung (ohne Ermessensspielraum) herzuleiten, macht keinen Sinn im Hinblick auf die weiteren Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Verantwortlichen gemäß den jeweils folgenden Absatzregelungen. Denkbar erscheint, dass der Gesetzgeber nur grundsätzlich eine gewisse Reihenfolge vorgeben wollte, wenn die Auswahl nur zwischen Verhaltensverantwortlichen bzw. nur zwischen Zustandsverantwortlichen zu treffen ist.

Eine Festlegung gibt es jedenfalls nicht für die Inanspruchnahme von Adressaten entweder nach § 13 oder 14 ASOG. Ebenso wenig gibt es eine „Faustregel“, wonach der Verhaltensverantwortliche vor dem Zustandsverantwortlichen haften soll; sie widerspricht der notwendigen, objektiven Gleichwertigkeit zur Abwehr der Gefahr (BVerwG NJW 1998 S.3582: Inanspruchnahme des Zustandsstörers bei Mittellosigkeit des Verhaltensstörers; VGH Mannheim NVwZ RR 1991 S.27; Steiner/Schenke, Rn.100; a.A. HessVGH NVwZ RR 1989 S.137; Ossenbühl DÖV 1976 S.471; Prümm/Sigrist, Rn. 120).

### **(2) Effektivität und Verhältnismäßigkeit**

#### **Beispiel: Der Flugzeugabsturz**

*Ein Flugzeug stürzt ab, auf das Feld des vermögenslosen Landwirtes L. mit der Folge, dass einige Tausend Liter Kerosin in den Boden geflossen sind und das Grundwasser gefährden. Die zuständige Behörde überlegt, wen sie am besten zur Beseitigung der Gefahr zu den notwendigen Erdarbeiten heranziehen kann.*

In diesem Fall können **mehrere Verantwortliche** festgestellt werden: Der L. ist verantwortlich als Besitzer/Eigentümer der verseuchten Erde gemäß § 14 ASOG (Zustandsstörer), die Fluggesellschaft dagegen für ihr Verhalten gemäß § 13 ASOG (unter Umständen ist der Pilot auch Verrichtungsgehilfe). Die Auswahl zwischen den

möglichen Adressaten ist eine Frage des Ermessens, wobei in jedem Fall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist (s.u. zu den Ermessensfehlern): Für wen ist die Ausführung nach Abwägung aller Umstände die geringstmögliche Belastung (s. zum GdV)? Lässt sich eine entsprechende Feststellung nicht treffen, stellt sich die Frage der Effektivität: Wer kann am schnellsten und besten die Gefahr beseitigen? (vgl. OVG Münster DVBl. 1973 S.924; OVG Koblenz VerwRspr 19 S.849; VGH Kassel DÖV 1984 S.521)

Der Gedanke der **Effektivität** gebietet hier die Inanspruchnahme desjenigen, der sofort handeln kann: Heranzuziehen ist also die Fluggesellschaft, da der L aus finanziellen Gründen zu einer schnellen Gefahrenabwehr nicht in der Lage ist. Bleibt hiernach nur eine verantwortliche Person übrig, reduziert sich allerdings das Auswahlermessen auf diese Entscheidung - und jede andere wäre fehlerhaft (s. zu den Ermessensfehlern).

Im Fall der **Beteiligung eines Hoheitsträgers** ist festzustellen, dass dieser zwar auch polizeipflichtig ist, aber von der Polizei (oder jeder anderen Ordnungsbehörde) nicht hoheitlich in Anspruch genommen werden kann (Prinzip der einheitlichen Verwaltung). Handelte es sich in dem Beispielsfall also um ein Flugzeug der Bundeswehr, so ist diese bei der Feststellung der Ordnungspflicht mit einzubeziehen und das Ermessen wird sich dann genauso „effektiv“ auf den Hoheitsträger reduzieren; d.h. der L. kann nicht herangezogen werden, aber ansonsten muß dem Hoheitsträger nur der Vorfall und seine Verantwortlichkeit mitgeteilt werden (zum Problem der Zuständigkeit s. oben IV.1.a. und Prümm/Sigrist, Rn. 95).

Zur **Verhältnismäßigkeit** gehört es regelmäßig, denjenigen heranzuziehen, der die wesentliche Ursache gesetzt hat (OVG Münster NVwZ 1985 S.356) und letztlich auf Schadensersatz - nach zivilrechtlichen Vorschriften - haften wird (BayVGH BayVBl. 1986 S.593). Effektiv und verhältnismäßig ist also die Berücksichtigung dessen, wer der Gefahrenquelle näher steht, bessere Möglichkeiten für die Beseitigung der Gefahr besitzt und dazu finanziell besser in der Lage ist oder dessen Haftung unzweifelhaft ist (vgl. BayVGH BayVBl. 1986 S.625; VGH Mannheim NVwZ RR 1991 S.27).

#### **e) Inanspruchnahme von anderen Personen, § 16 ASOG**

Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme unbeteiligter Dritter („nicht verantwortlicher und nicht verdächtiger Personen“) gemäß § 16 Abs.1 ASOG durch die Polizei sind eng: Es muss feststehen, dass die Gefahr erheblich ist und das sofortige Einschreiten erfordert und dass praktisch sonst niemand anders als die dritte Person helfen kann.

### **Beispiel: Die Unfallhilfe**

*Der Polizeibeamte P. fährt immer mit seinem Motorrad in den Dienst. Eines Tages kommt er hierbei zu einem Verkehrsunfall, bei dem zwei Personen sehr schwer verletzt wurden. P. befürchtet, dass die Alarmierung des Unfallwagens oder der Feuerwehr zu viel Zeit kosten würde; deshalb hält er das nächste Fahrzeug an und fordert den Fahrer auf, die beiden Schwerstverletzten in das nächste Krankenhaus zu fahren.*

Hier kommt nur eine Inanspruchnahme des Fahrers als **nicht-verantwortlicher** Dritter gemäß § 16 Abs.1 ASOG in Betracht. Im einzelnen sind folgende Voraussetzungen – kumulativ - zu prüfen:

- Vorliegen einer **gegenwärtigen, erheblichen Gefahr**, § 16 Abs. 1 Nr.1 (s. dazu auch oben V.1.b), die einfache Gefahr reicht also nicht aus (Wolff/Bachof, § 125 Rn.29),
- Beseitigung der Gefahr durch **einen anderen Verantwortlichen** ist nicht möglich, Abs. 1 Nr. 2:
  - entweder weil es niemanden gibt,
  - oder ein Verantwortlicher nicht rechtzeitig bzw. nur unzureichend (ohne Erfolg) herangezogen werden kann, z.B. der Verantwortliche ist - wie hier - verletzt,
  - aber auch (nach dem GdV) weil dieser einen unverhältnismäßig höheren Schaden erleiden würde (im Vergleich zum Schaden aus der Notstandspflicht; vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Rn.4),
- die **Polizei** ist weder selbst im Wege der Vollstreckung, noch im Wege der Beauftragung anderer Personen in der Lage, die Gefahr rechtzeitig abzuwehren, Abs. 1 Nr. 3 (s. oben II.3.d),
- keine Gefährdung von höherrangigen Rechtsgütern auf der Seite des Nicht-Verantwortlichen: Die eine Gefahr darf nicht durch eine neue Gefahr „ersetzt“



werden, Abs.1 Nr.4; problematisch ist hier insbesondere die Zumutbarkeit von Einweisungen Obdachloser (OVG Bln. NJW 1980 S.2484; Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Rn.7).

Alle Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen; würde nur eine nicht gegeben sein, könnte die Vorschrift nicht zur Anwendung kommen. Im vorliegenden Fall werden diese Voraussetzungen offensichtlich alle erfüllt und der fremde Fahrer wird zu Recht herangezogen (Entschädigung ist dann möglich gemäß § 59 Abs.1 Nr.1 ASOG; s. auch Prümm/Sigrist, Rn.130 ff).

Es ist selbstverständlich, dass die Inanspruchnahme des Dritten auch nur solange aufrecht erhalten wird als unbedingt notwendig und keine andere Abwehrmöglichkeit auftaucht, § 16 Abs.2 ASOG (s. Götz, Rn.247; OVG Bln. aaO). In der Praxis kann es Fälle geben, in denen die Inanspruchnahme des Dritten sowohl als Nicht-Verantwortlicher wie auch als Beauftragter gemäß Abs.1 Nr.3 möglich ist, so auch in dem aufgezeigten Beispiel; der Unterschied kann dann in der Entschädigungsfrage liegen, wenn der Auftrag anders entgolten werden muss (s. dazu Baller/Eiffler/Tschisch, § 59 Rn.4 ff).

Eine **besondere Adressatenregelung** enthält **§ 16 Abs.3 ASOG** für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten (vgl. § 18 Abs.1 S.3; Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Rn.10), sie darf **grundsätzlich** nur gegen Personen gerichtet werden, bei denen **Tatsachen die Annahme** einer bevorstehenden Begehung von Straftaten rechtfertigen. Also muss eigentlich die tatsächliche Gefahr vorliegen, obgleich z.B. der Tatbestand des § 18 Abs.1 S.3 das gerade nicht erfordert! Ausdrücklich berücksichtigt werden dürfen dabei aus dem Bereich der Strafverfolgung ein bestehender Tatverdacht (§ 152 Abs.2 StPO) sowie die Art und Begehungsweise diesbezüglicher Straftaten.

#### **f) Unmittelbare Ausführung, § 15 ASOG**

Eine Adressatenregelung ganz anderer Art ist in § 15 ASOG enthalten, wonach die Polizei entweder einen Dritten zur Gefahrenabwehr beauftragen kann (auch als „Ersatzvornahme“ bezeichnet) oder selbst gefahrenabwehrend handeln kann ( auch als „Selbstvornahme“ bezeichnet) - wenn der Polizeipflichtige / Verantwortliche aus anderen tatsächlichen Gründen nicht herangezogen werden kann, sog. „Unmittelbare

Ausführung“, z.B. die Beseitigung eines Unfallautos, nachdem der verletzte Fahrer (als eigentlich Polizeipflichtiger) in das Krankenhaus gefahren wurde (s. auch zur „Eigenhandlung“, II.3.d).

Die rechtliche Beurteilung und Abgrenzung der Unmittelbaren Ausführung zum **Sofort-Vollzug** des Verwaltungszwanges ist **umstritten** (s. Prümm/Sigrist, Rn.123 ff; Baller/Eiffler/Tschisch, § 15 Rn.2 ff). Ersatzvornahme und Selbstvornahme sind eigentlich Bestandteile des Verwaltungszwanges, also Zwangsmittel zur Durchsetzung der Maßnahmen zur Gefahrenabwehr, s. §§ 9 ff VwVG: Gebietet die Gefahrenlage ein sofortiges Handeln, so sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des „Sofort-Vollzuges“ gemäß § 6 Abs.2 VwVG gegeben (Verwaltungszwang „ohne vorausgehenden Verwaltungsakt“) und die Polizei kann entweder die Ersatzvornahme anordnen, § 10 VwVG, oder im Wege des unmittelbaren Zwanges vorgehen, wozu auch die Selbstvornahme durch die Polizei gehört, § 12 VwVG. Wie unterscheidet sich hiervon nun die Unmittelbare Ausführung des § 15 ASOG?

Übereinstimmung besteht noch insoweit, als beide Möglichkeiten **dieselbe Funktion** erfüllen, nämlich den erforderlichen Zwangseinsatz durchzuführen, ohne an den Verantwortlichen einen Grund-VA zu richten (s. Wortlaut des § 6 Abs.2 VwVG; für die Unmittelbare Ausführung s. BVerwG NJW 1981 S.1571; Götz, Rn.299 ff). Strittig ist nur, wann die eine oder die andere Möglichkeit zum Zuge kommen soll (insbesondere im Hinblick auf die Umsetzung von falsch parkenden oder den Verkehrsfluss behindernden Fahrzeugen; vgl. Prümm/Thieß, S.76; Gornig/Jahn, S.232 Fn.19; s. auch Huppertz, Rn.209):

- Nach der einen Auffassung sollen sich Sofort-Vollzug und unmittelbare Ausführung gegenseitig ausschließen, wenn die Landesgesetze beide Institute nebeneinander zulassen, wie in Berlin also durch ASOG und VwVG (s. bei Prümm/Thieß aaO): Da der Verwaltungszwang bzw. seine Zwangsmittel begrifflich einen Adressaten voraussetzen, der entsprechend gezwungen werden kann, soll die unmittelbare Ausführung nach § 15 ASOG dann greifen, wenn mit der Handlung dem („**mutmaßlichen**“) **Interesse** des Polizeipflichtigen entsprochen, sein Wille somit nicht gebeugt werden muss (im Sinne der zivilrechtlichen „Geschäftsführung ohne Auftrag“; vgl. VG Bremen NVwZ-RR 1996 S.29).

- Nach anderer Auffassung (s. bei Götz, Rn. 299; Huppertz, Rn. 209) sind beide Möglichkeiten letztlich auch in ihren Voraussetzungen gleichzusetzen, was faktisch bedeutet, daß die Zulässigkeit des Sofort-Vollzuges (Verwaltungszwang) durch die Möglichkeit der unmittelbaren Ausführung **erweitert** wird: Die Polizei kann auch dann, wenn der Grund-VA eigentlich erlassen werden könnte, aber deshalb unterbleiben muss, weil der Verantwortliche nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann, im Wege des Sofort-Vollzuges gemäß § 6 Abs.2 VwVG iVm. § 15 ASOG vollstrecken und gegebenenfalls selbst die gefahrenabwehrende Handlung vornehmen (Götz, Rn.301).

Für die **letzte Auffassung** sprechen mehrere Gründe:

- Das Abgrenzungsmerkmal der „Willensbeugung“ lässt nur wenig Raum für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 15 ASOG z.B. bei falsch parkenden Fahrzeugen: Die Anwendung von § 15 ASOG wäre von vornherein auf das Umsetzen solcher Fahrzeuge begrenzt (so auch die polizeiliche GA LSA Nr.3/1996 über das Umsetzen von Fahrzeugen; s. dazu unten). In aller Regel wird nämlich das vollständige Abschleppen und die Inverwahrungnahme des Fahrzeuges nicht dem Interesse des Ordnungspflichtigen entsprechen, also ein Vorgehen im Wege des Verwaltungszwanges erfordern;
- andererseits ist das Beugungs-Argument auch für den Verwaltungszwang nicht ganz schlüssig, so wenn im Abschleppen des Fahrzeugs eine Sicherstellung zur Eigentumssicherung gemäß § 38 Nr. 2 ASOG gesehen wird, deren Durchsetzung wiederum zwangsweise zu erfolgen hat (vgl. VGH München NJW 1984 S.2962; OVG Münster NVwZ-RR 1996 S.59): Geschieht die Eigentumssicherung gegen den Willen des Betroffenen? Und was ist in dem - wohl regelmäßigen - Fall, daß der Adressat bei der Sicherstellung abwesend ist? Ist dann wieder § 15 ASOG heranzuziehen (vgl. die polizeiliche GA LSA Nr.8/1995 über die Eigentumssicherung nach Straftaten und Unglücksfällen)?
- Gegen die Auffassung, dass in § 15 ASOG eine eigene Vollstreckungsmaßnahme enthalten ist, spricht ferner **das Befugnissystem des ASOG** selbst, welches ausdrücklich erst mit den §§ 17 ff beginnen soll (das ist auch den beiden eben schon erwähnten polizeilichen GA zum Umsetzen von Fahrzeugen und zur Sicherung des Eigentums entgegenzuhalten; vgl. im Übrigen Prümm/Sigrist, R.126, die nun beides kombinieren wollen: § 15 in Verbindung mit § 17 Abs.1 ASOG als ErmG; vgl. auch Baller/Eiffler/Tschisch, § 15 Rn.7).

- Zum weiteren erscheint die geforderte Abgrenzung auch aus dem folgenden Grund abwegig: Wenn keine Zeit zur Ermittlung eines möglichen Adressaten gegeben ist und dann im Wege des Sofort-Vollzuges gehandelt werden kann, warum dann nicht auch in dem Fall, dass der Adressat eigentlich ermittelt werden könnte, aber doch nicht mehr rechtzeitig für einen Erlass des Grund-VA herangezogen werden kann, gemäß der ergänzenden Regelung des § 15 ASOG?
- Schließlich ist auch die unterschiedliche Kostenregelung nicht ausschlaggebend, da einerseits von der Polizei die ihr entstehenden Kosten sowohl nach § 15 Abs. 2 ASOG als auch gemäß § 19 VwVG eingefordert werden können und andererseits von der Kostenregulierung des § 15 Abs. 2 ASOG auch ausführende Dritte (wenn es zur Ersatzvornahme kommt) profitieren - eben als Spezialregelung zu § 19 Abs. 1 VwVG (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 1996 S.149).

Neben der Erweiterung der Möglichkeiten eines Sofort-Vollzuges liegt der Zweck des § 15 ASOG in der Funktion für die Anwendung der folgenden Bestimmung, § 16 ASOG: Dritte dürfen hiernach zur Gefahrenabwehr erst dann herangezogen werden, wenn weder Ersatzvornahme noch Selbstvornahme möglich sind, Abs.1 Nr.3. Erst wenn diese Möglichkeiten ausscheiden, kann an die Inanspruchnahme eines Nicht-Verantwortlichen gedacht werden; unter diesen Umständen erscheint diese „Adressaten“-Regelung der unmittelbaren Ausführung auch **systemgerecht** bei den Bestimmungen zur Polizeipflicht, §§ 13 ff ASOG.

#### **Zusammenfassung** der Polizeipflicht:

1. **Handlungshaftung**, § 13 ASOG (Verhaltensstörer), wenn die Gefahr verursacht wird durch
  - eigenes Verhalten (aktiv, passiv), Abs. 1,
  - durch fremdes Verhalten, das einer Person zugerechnet werden kann nach Abs. 2 (Aufsichtsverhältnis) und Abs. 3 (Verrichtungsgehilfe);
2. **Zustandshaftung**, § 14 ASOG (Zustandsstörer) für den
  - Inhaber der tatsächlichen Verfügungsmacht über eine Sache, Abs. 1, oder ein Tier, Abs. 2,
  - Eigentümer oder einen anderen Berechtigten nach Abs. 3, es sei denn eine Besitzstörung ist gegeben,
  - den früheren Eigentümer einer herrenlosen Sache, Abs. 4,

3. Polizeipflicht für **Nicht-verantwortliche Personen**, § 16 ASOG,

- nur subsidiär, Abs. 1 und 2, wenn keine andere Ordnungspflicht gegeben ist und die Polizei selbst nicht handeln kann (vgl. § 15 ASOG),
- zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, Abs. 3.

**4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (GdV)**

Auf die **verfassungsmäßige** Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (GdV) wurde bereits hingewiesen (s.1.Teil III.4.d). Dass die Polizei sich von Zielsetzungen leiten lässt, die dem Gesetzeszweck entsprechen, kann allein die getroffene Maßnahme nicht rechtfertigen. Aus rechtstaatlichen Gründen darf die Maßnahme nicht schematisch oder sogar ausnahmslos verfügt werden:

- Es müssen vielmehr **alle wesentlichen Umstände** eines Einzelfalles Berücksichtigung finden!
- **Grenzen** werden der Maßnahme insbesondere durch den aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden GdV und durch die Grundrechte gesetzt (vgl. BVerwGE 60 S.75 mit weiteren Nachweisen; 78 S.285; 92 S.277).

Der GdV ist jedenfalls der dritte Pfeiler (neben ErmG und Zuständigkeit), auf dem die Rechtmäßigkeit jeder Polizeiverfügung ruht. Im Kern geht es darum, die **Geeignetheit, Angemessenheit und Erforderlichkeit** jeder einzelnen **möglichen** Maßnahme festzustellen, § 11 ASOG (zur Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte s. bei Ossenbühl JURA 1997 S.617). Die Verhältnismäßigkeit ist stets und für jede einzelne Maßnahme genauestens zu prüfen (wie auch zur Strafverfolgung), um so ausführlicher natürlich, je problematischer die Erfüllung dieser Anforderungen erscheint.

**a) Eignung der Maßnahme**

Die Polizeiverfügung muss das zur Abwehr der Gefahr geeignete Mittel sein, § 11 Abs.1 ASOG; d.h. der Eingriff muss überhaupt **objektiv tauglich** sein, die Gefahr ganz oder - wenigstens - teilweise zu beseitigen (Prümm/Sigrist, Rn.66); u.U. also auch in Verbindung mit weiteren Abwehrmaßnahmen, so z.B. im „Demonstranten“-Fall (Fallbearbeitung in „apf“ Nr.12/1995, Landesbeilage Bln.S.91), wenn die Gefahr von dem demonstrierenden Plakatträger ausgeht, sind sowohl der Platzverweis (nach § 29 Abs.1 ASOG) als auch die Sicherstellung des Plakates (nach § 38 Nr.1 ASOG) nur zusammen geeignet, die Gefahr abzuwehren (vgl. BVerfG NJW 1985 S.121).

Zur Teileignung gelangt man regelmäßig auch nur bei Datenerhebungen, insbesondere wenn diese verdeckt erfolgen.

### **b) Erforderlichkeit**

Die Maßnahme der Polizei muss erforderlich sein, § 11 Abs.1 ASOG; das ist nur dann der Fall, wenn sie den einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt, also dem Prinzip des **geringstmöglichen Eingriffs** folgt. Nur insoweit ist sie dann auch „notwendig“. So ist das Abschleppen eines Fahrzeugs dann nicht erforderlich, wenn der Halter ohne weiteres erreicht werden kann (BVerwG NJW 1990 S.931; vgl. auch BVerwG NJW 1976 S.986 zu § 15 Abs.2 GastStG). Die Erforderlichkeit ist auch im Verhältnis verschiedener (möglicher) Abwehrmaßnahmen festzustellen, d.h. im o.a. „Demonstrantenfall“ wäre zu prüfen, ob in einer der beiden Maßnahmen die geringere Belastung zu sehen ist (sofern sie zur Abwehr dann ausreicht). Das **zeitliche „Übermaßverbot“**, § 11 Abs. 3 ASOG, ist ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit zu beurteilen.

Die „Erforderlichkeit“ ist auch in folgenden Fällen zu prüfen:

- wenn die Maßnahme lediglich deshalb erlassen wird, um die Arbeit der Polizei, die Durchführung der polizeilichen **Aufgaben zu erleichtern**; z.B. wenn ein Verhalten oder eine bestimmte Handlung, woraus sich möglicherweise Gefahren entwickeln können, nur deshalb untersagt wird, weil die Vorgänge schlecht überwacht werden können.
- Dem von einer Maßnahme betroffenen Verantwortlichen muss es dagegen erlaubt sein, seinerseits eine Erleichterung, ein sog. **Austauschmittel** vorzuschlagen („Antrag“), d.h. die Gefahr ebenso wirksam, nur mit einem anderen Mittel abwehren zu wollen, § 12 Abs.2 S.2 ASOG. Die Notwendigkeit, hierauf einzugehen, entspricht der „Erforderlichkeit“ als dem geringstmöglichen Eingriff (vgl. BVerwGE 2 S.192; Musmann, Rz.320).

Eine Besonderheit betrifft ferner die Maßnahmen, für welche die Polizei nur gemäß § 4 ASOG **im Eilfall zuständig** ist: Sie sind nur verhältnismäßig also erforderlich, wenn sie **vorläufig** sind und so der an sich zuständigen Behörde noch die Möglichkeit zur eigenen Entscheidung lassen, § 11 Abs.3, z.B. die nur vorläufige Sperrung eines baufällig erscheinenden Baugerüsts (s.o.IV.1.a).

### c) Angemessenheit

Die Maßnahme ist nur dann angemessen, wenn sie zu der mit ihr verbundenen Beeinträchtigung **nicht außer Verhältnis** steht, also nicht zu einem Nachteil führt, der zu dem erstrebten Zweck erkennbar außer Verhältnis steht, § 11 Abs. 2 ASOG. In der Regel lässt sich das Verhältnis am einfachsten durch eine Betrachtung und **Abwägung der jeweils betroffenen Rechts- und Schutzgüter** feststellen unter gleichzeitiger Beachtung der Schrankensystematik des GG (s. schon ausführlich zum GdV im 1. Teil IV.3.): Auf der einen Seite das oder die Grundrechte, die vom Eingriff „getroffen“ werden (also auch solche, die lediglich tangiert, faktisch berührt werden), auf der anderen Seite die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit (s.o.I.1.), deren Schutz mit der Maßnahme beabsichtigt ist. Hiernach ist der Eingriff in Grundrechte nur dann angemessen, wenn das zum Schutz von im jeweiligen Einzelfall höher zu bewertenden Grundrechten oder den anderen Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit erfolgt. Das ist keineswegs als zwangsläufig oder regelmäßig anzusehen, sondern hängt von den tatsächlichen Umständen eines jeden Einzelfalles ab (vgl. zum Abschleppen von Kfz: BVerwG NJW 1990 S.931 und NJW 1993 S.870; VGH Kassel NVwZ-RR 1991 S.28; OVG Münster NJW 1990 S.2835). Bei der Bearbeitung von Klausuren ist jedenfalls eine besonders sorgfältige Erfassung des jeweiligen Sachverhaltes zur entsprechenden Güterabwägung gefordert und jeder bloß formelhafte Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit zu vermeiden.

### d) Möglichkeit einer Maßnahme

Dem Adressaten/Verantwortlichen muss es allerdings überhaupt möglich sein, die angeordnete Maßnahme ausführen zu können. Vorstellbar sind insoweit **rechtliche wie auch tatsächliche Hindernisse** (Mussmann, Rz.317 f; Prümm/Sigrist, Rn.65.).

- Befindet sich z.B. der Verantwortliche an einem anderen Ort oder fehlt ihm die tatsächliche Verfügung über die gefährliche Sache, so wird ihm die Befolgung der Maßnahme tatsächlich nicht möglich (vgl. auch § 44 Abs.2 Nr.4 VwVfG).
- Eine **rechtliche** Unmöglichkeit liegt vor, wenn z.B. dem Tätigwerden des Eigentümers eines Grundstücks, von dem die Gefahr ausgeht, vertragliche Verpflichtungen entgegenstehen, weil das Betretungsrecht durch den Pächter/Mieter ausgeschlossen ist. Allerdings führt diese rechtliche Unmöglichkeit nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme (im

Gegensatz zur tatsächlichen Unmöglichkeit), sondern verhindert nur eine Vollstreckung (BVerwGE 40 S.101). Sollte in der Zwischenzeit das rechtliche Hindernis ausgeräumt werden, muss der Adressat nunmehr die Verfügung befolgen bzw. wird es bei einer weiteren Weigerung des betroffenen Verantwortlichen dann zur Vollstreckung und zwangsweisen Durchführung kommen. Kann das rechtliche Hindernis von einem Dritten ausgeräumt werden, z.B. durch seine Genehmigung, so kommt auch der zusätzliche Erlass einer gegen ihn gerichteten Duldungsverfügung in Betracht - wenn er ebenfalls polizeipflichtig, also verantwortlich ist: im Fall der notwendigen Genehmigung des Pächters gemäß § 14 Abs.1 ASOG.

#### **e) Spezielle Regelungen**

Kommt eine spezialgesetzliche Vorschrift (des Bes.POR) zur Anwendung, welche auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zum GdV eine abschließende Regelung enthält, genießt das Spezialgesetz natürlich Vorrang, z.B. in der Verwaltungsvollstreckung § 9 Abs.2 VwVG, oder im UZwG § 4 bzw. speziell zum Schußwaffengebrauch § 9 UZwG. Beim Fehlen aller oder einiger Anforderungen im Spezialgesetz sind die Vorschriften des Allg.POR, §§ 11, 12 ASOG, erneut zur „Lückenfüllung“ heranzuziehen (Ergänzungslehre).

#### **5. Ermessensausübung/Ermessensfehler**

Ermessen besteht, wenn die Rechtsfolge nach dem Opportunitätsprinzip entschieden werden kann (zur genauen Definition s. schon oben V.2.a); **pflichtgemäß** wird der Ermessensspielraum wahrgenommen (§ 12 Abs. 1 ASOG), wenn eine Behörde handelt

- unter Berücksichtigung der Gesetze, allgemeiner Vorschriften und dienstlicher Weisungen, und
- unter Ausschluss jeglicher Willkür, sachfremder Erwägungen und persönlicher Auffassungen.

Pflichtgemäß wird das Ermessen also nur ausgeübt, wenn bestimmte Gesichtspunkte berücksichtigt werden, deren **Nichtbeachtung wiederum als Ermessensfehler** zur Rechtswidrigkeit einer Maßnahme führen (Wolff/Bachof I, § 31 II c). Das heißt im Klartext, dass die Ermessensausübung wegen der grundsätzlichen Auswahl-



möglichkeit zwar **nur begrenzt** nachprüfbar ist, aber immerhin doch insoweit, als der Zweck der Ermächtigung und **die gesetzlichen Grenzen des Ermessens** eingehalten werden, § 40 VwVfG (vgl. § 114 VwGO als Grundlage für die gerichtliche Überprüfung). Das Rechtsstaatsprinzip des GG (Gewaltenteilung) verlangt nicht, dass die Gerichte die Verwaltung als vollziehende Gewalt in jeder Hinsicht überprüfen, vgl. Art. 19 Abs.4 GG; die Eigenständigkeit der Verwaltung wird insofern respektiert, jedoch auch nicht von jeder gerichtlichen Kontrolle freigestellt. Am bekanntesten sind die beiden grundsätzlichen **Kategorien von Ermessensfehlern** - die Überschreitung und der Fehlgebrauch (auch - Missbrauch) des Ermessens. Daneben gibt es weitere Ermessensfehler, deren systematische Einordnung aber schwerer fällt.

#### **a) Ermessensüberschreitung**

Die Überschreitung des Ermessens ist anzunehmen, wenn die Behörde mit ihrer Anordnung den gesetzlich vorgeschriebenen Rahmen verlässt, d.h. eine **Rechtsfolge** (Verhalten, Unterlassen) anordnet, die **vom Gesetz nicht zugelassen** wird. Das kann der Fall sein,

- wenn die Maßnahme als Rechtsfolge in der herangezogenen Ermächtigungsgrundlage **gar nicht vorgesehen** ist, z.B. Anordnung eines „Gewahrsams“ zur Durchführung der ED-Behandlung, der weder in den §§ 20, 23 noch in § 30 ASOG so enthalten ist; oder
- wenn andere **Rechtsvorschriften entgegenstehen**, so wenn Grundrechte oder das Rechtsstaatsprinzip den Eingriff nicht zulassen, z.B. weil die Anwendung der Generalklausel des § 17 Abs.1 ASOG nicht der Schrankensystematik des GG entspricht (s. 1.Teil III.4.); oder
- wenn der **GdV nicht beachtet** wird; d.h. wenn die Maßnahme/Polizeiverfügung nicht den Anforderungen zum GdV entspricht, liegt zugleich und „automatisch“ ein Ermessensfehler durch Überschreitung der Ermessensgrenzen vor.

#### **b) Ermessensfehlgebrauch**

Dieser auch „Ermessensmissbrauch“ genannte Fehler betrifft die **Nicht-Beachtung des (vorgeschriebenen) Zweckes einer Ermächtigung**, d.h. die Überlegungen und die Begründung, mit deren Hilfe die Behörde (Polizei) zur konkreten Entscheidung gelangt, sind fehlerhaft. Man kann zwei Fallgruppen unterscheiden:

- Die Entscheidung beruht auf **sachfremden Erwägungen**, wenn unsachgemäße und dem Normzweck zuwiderlaufende Gründe verwendet werden. Im POR ist das der Fall, wenn Überlegungen angestellt werden, die außerhalb des Bereiches der Gefahrenabwehr liegen, z.B. die Begründung einer gefahrenabwehrenden Maßnahme mit Erwägungen zur repressiven Strafverfolgung.
- Die Entscheidung enthält **strukturelle Mängel** in der Begründung, wenn wesentliche Gesichtspunkte außer acht gelassen werden, z.B. wenn Vorwände als Scheinbegründung gebracht werden oder die Begründung in sich widersprüchlich ist; vgl. generell zur wesentlichen Begründung eines VA § 39 VwVfG (vgl. VG Hamburg NVwZ-RR 2012 S.274).

### c) Weitere Ermessensfehler

Neben den beiden hauptsächlich genannten Kategorien existieren weitere Ermessensfehler, bei denen es zweifelhaft ist, in welche Kategorie sie einzuordnen sind; möglich erscheint eine Zuordnung zum Ermessensfehlgebrauch (Missbrauch), wenn man berücksichtigt, dass auch hier der **gedankliche Weg** zum Ermessensfehler angesprochen ist. Letztlich kann diese Frage offen bleiben, weil von der Zuordnung nichts abhängt.

- Verletzung des aus Art. 3 GG folgenden **Gebotes zur Gleichbehandlung**; z.B. wenn die Behörde (Polizei) ohne zwingenden Grund von Verwaltungsrichtlinien oder einer tatsächlichen Verwaltungsübung (Selbstbindung der Verwaltung!) abweicht oder entsprechende Verfassungsprinzipien (Sozialstaat) bzw. auch völkerrechtliche Abkommen (EMRK) außer acht lässt. (Zur Selbstbindung der Verwaltung s. BVerwG NVwZ-RR 1992 S.360; Mussmann, Rz.94a).
- **Verwendung unzutreffender Tatsachen**: Der Fall dürfte häufiger vorkommen, dass die Behörde (Polizei) bei ihrer Entscheidung von falschen Fakten ausgeht, z.B. weil sie den Sachverhalt unvollständig ermittelt hat (vgl. BVerwGE 4 S.300). Das ist allerdings von dem Fall zu unterscheiden, in dem die Polizei von richtigen Fakten ausgeht, aber sachfremde Erwägungen einfließen lässt (s.o.).
- **Nichtgebrauch des Ermessens**: Dieser Fehler, auch bezeichnet als „Ermessensausfall“ (VG München NVwZ 1998 S.1325), kommt ebenfalls häufiger vor, z.B. wenn die Polizei meint, sie sei in der Entscheidung gebunden, obgleich ihr Ermessen eingeräumt ist; oder wenn sie überhaupt keine Erwägungen in dieser Richtung anstellt und den Ermessensspielraum übersieht; ein Fehler, der

ebenso zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führt (vgl. BVerwGE 3 S.302; 19 S.101; 48 S.84; BayObLG NJW 1998 S.3287).

**Merke:** Der Prüfungsumfang einer Entscheidung auf Ermessensfehler wird regelmäßig davon abhängen, ob sich die Prüfung/Stellungnahme auf eine erlassene Verfügung (VA) bezieht oder auf den künftigen Erlass der Verfügung. Im ersten Fall wird die Entscheidung auf alle möglichen Ermessensfehler und eine etwaige Reduzierung des Ermessens hin (s.dazu V.2.b) abzuklopfen sein; im zweiten Fall wird regelmäßig die Feststellung genügen, ob eine Ermessensreduzierung tatsächlich vorhanden und zu beachten sein wird.

**Zusammenfassung** (Ermessensfehler einer Maßnahme), § 114 VwGO

**1. Ermessensüberschreitung**

- Rechtsfolge ist in der EG nicht vorgesehen,
- andere Rechtsvorschriften stehen entgegen (z.B. Schrankensystematik des GG),
- der GdV wird nicht beachtet;

**2. Ermessens Fehlgebrauch (Mißbrauch)**

- Verwendung sachfremder Erwägungen,
- strukturelle Begründungsfehler (widersprüchlich);
- Nichtbeachtung des Gleichheitsgrundsatzes, Art. 3 GG,
- Verwendung falscher Fakten,
- Nichtgebrauch des Ermessens.

**VI. Aufbau- und Prüfungsschema (Polizeiverfügung)**

**Konzeptionelle Vorbereitung**

Es ist mehr als sinnvoll, auch in Klausurfällen jede schriftliche Bearbeitung **konzeptionell** vorzubereiten, d.h. durch schnelle Erfassung von Inhalt und Umfang der gefragten Bearbeitung - am besten durch kurze, stichwortartige Beantwortung der wichtigsten Fragen, die der Sachverhalt zur Prüfung von beabsichtigten oder bereits erlassenen Maßnahmen aufwerfen kann. Dieser Vorbereitung der eigentlichen schriftlichen Bearbeitung dient das folgende Konzept:

## **Konzept für die Fallbearbeitung**

- Welche einzelnen Handlungen/Anordnungen sind **Eingriffe** (Maßnahmen)? Welche **Grundrechte** sind davon betroffen (mit welcher Eingriffsschranke)?
- Welcher **Zweck** wird mit jeder Maßnahme verfolgt: Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, u.U. “doppelfunktional”?  
Im Fall der Gefahrenabwehr: Welche **Aufgabenzuweisung** liegt nach § 1 ASOG vor?
- Welche **Ermächtigung** kann die jeweilige Maßnahme stützen: Spezialgesetz (BesPOR, u.U. § 17 Abs.2 ASOG), Standardmaßnahme (§§ 18 -47 ASOG) oder § 17 Abs.1 ASOG („Generalklausel“)?  
Welche Probleme ergeben sich in Anwendung der gewählten ErmG?
- Welche **sachliche Zuständigkeit** kann die Polizei für die ausgewählte ErmG in Anspruch nehmen? aus spezieller Regelung, aus Nr.23 ASOG-ZustKatOrd, aus § 4 ASOG („Eilfall“) oder gemäß den Grundsätzen der Amtshilfe (§ 4 VwVfG)?

## **Prüfungsschema (Polizeiverfügung)**

### **I. Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung:**

Welche Handlung/Anordnung ist ein Eingriff? Welche Grundrechte sind betroffen (mögliche Grundrechts-Schranke)?

#### **2. Aufgabenzuweisung:**

Welchen (auch: doppelfunktionalen) Zweck verfolgt die Maßnahme?

Bei Gefahrenabwehr: Anwendung von § 1 ASOG?

- Abs.1: allgemeine Gefahrenabwehr,

- **Abs.2 iVm. BesPOR (Bundes- oder Landesrecht) oder**
- **Ausnahmen nach Abs.3 (vorbeugende Straftaten-Bekämpfung), Abs.4 (Schutz privater Rechte), Abs.5 (Vollzugshilfe, § 52 ASOG)?**

**1. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage:**

**Welche (mögliche) ErmG kann die Maßnahme stützen?**

- **Spezialgesetz (BesPOR),**
- **Standardmaßnahme oder**
- **Generalklausel § 17 I ASOG?**

**II. Formelle Rechtmäßigkeit**

**1. Welche Zuständigkeit ergibt sich für die gewählte ErmG?**

- **sachlich: spezielle Regelung, aus übertragener Aufgabe (Nr.23 ZustKatOrd), § 4 ASOG oder aus Amtshilfe (§ 4 VwVfG)?**
- **funktional: z.B. §§ 26 IV, 47 IV ASOG**

**1. Anwendung von Verfahrensvorschriften nach VwVfG**

- **allgemeine Vorschriften: §§ 37, 41, 43 (Wirksamkeit), § 44 (Nichtigkeit), § 28 (Anhörung, evtl. Ausnahme nach Abs.2),**
- **Besondere (Durchführungs-) Vorschriften: z.B. § 18 II, §§ 31, 37 oder § 32 ASOG?**

**III. Materielle Rechtmäßigkeit**

**1. Tatbestandsmäßigkeit der ErmG (Handlungsbefugnis):**

**Anwendung der gewählten ErmG (s.o. I.3.) mit ihren Tatbestandsmerkmalen,**

**2. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge:**

- **Entschließungs-Ermessen (mögliche Reduzierung),**
- **Adressat („Polizeipflicht“): spezielle Regelung oder §§ 13, 14, 16 ASOG,**

- **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (GdV):** geeignetes, erforderliches und angemessenes Handeln der Polizei,
- **Ermessensausübung:** mögliche Ermessensfehler.

## VII. Anhang

- Verhinderung von „Straftaten“

(als rechtswidrige Verletzung der Rechtsordnung/öff. Sicherheit)

= Abgrenzung der Aufgabe aus § 1 Abs. 1 und 3 ASOG

	<u>Aufgabe</u>	<u>Befugnis</u>	<u>Zuständigkeit</u>
<u>Einfache Taten</u>	§ 1 Abs. 1 ASOG allg. Aufgabe	Alle Befugnisse <u>außer</u> den speziellen (für erhebliche Taten)	§ 4 ASOG (Eilfall), oder direkt (Polizei)
<u>Erhebliche Taten</u> , § 17 Abs. 3, 4 ASOG	§ 1 Abs. 3 ASOG = vorbeugende Bek.	Alle Befugnisse <u>und</u> die speziellen	direkt oder § 4 iVm. § 1 Abs. 3 ASOG
<u>Kriminalitätsbrenn- punkt</u> mit erheblichen Taten	§ 1 Abs. 3 ASOG	Alle <u>und</u> spezielle Befug- nisse	Direkt oder § 4 iVm. § 1 Abs.3
mit einfachen Taten	§ 1 Abs. 3 ASOG	Alle Befugnis <u>außer</u> den speziellen	Direkt oder § 4 iVm. § 1 Abs.3

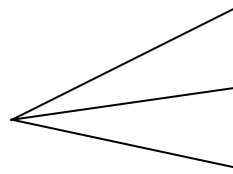
- Gefahrenlagen (schematisch)

Andauernde Störung

## Eintritt des Schadens

---

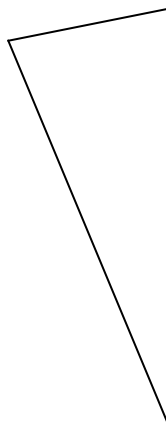
Unmittelbar bevorstehend  
(gegenwärtig)



Hinreichende Wahrscheinlichkeit  
(einer Gefahr)

---

Gefahrenverdacht (bestehende  
Zweifel)



Konkret (im Einzelfall)

tatsächlich möglich

---

Abstrakt (nur vorgestellt)  
- Anscheinsgefahr (Irrtum)  
- Scheingefahr

Absolut keine Gefahr

## Impressum

Herausgeber  
Dekan Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

ISBN  
978-3-943579-59-8

Auflage  
300

Druck  
HWR Berlin

Berlin Mai 2014