

# **Polizei- und Ordnungsrecht**

**Polizei- und Ordnungsrecht  
Verwaltungsvollstreckungsrecht  
Versammlungsrecht**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**22. Auflage 2022**

Schmidt, Rolf: Polizei- und Ordnungsrecht

22. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2022

ISBN 978-3-86651-252-8; Preis 24,80 EUR

© Copyright 2022: Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten.

Autor: Prof. Dr. Rolf Schmidt c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH

Druck: QUBUS media GmbH, 30457 Hannover

Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg  
bei Bremen; Tel. (04208) 895299; Fax (04208) 895308;  
[www.verlag-rolf-schmidt.de](http://www.verlag-rolf-schmidt.de); E-Mail: [info@verlag-rolf-schmidt.de](mailto:info@verlag-rolf-schmidt.de)

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

## Vorwort

Gegenstand dieses Buches ist zunächst das **Polizei- und Ordnungsrecht** einschließlich des **Vollstreckungsrechts**. Wegen der damit verbundenen erhöhten Grundrechtsrelevanz gehören die beiden Materien zu Recht in allen Bundesländern zum Kernbereich des Curriculums. Fundierte Kenntnisse sind daher unabdingbar.

Von nicht weniger großer Bedeutung ist das **Versammlungsrecht**, weil es für den Bürger oft das einzige Mittel ist, sich im Kollektiv an der öffentlichen Meinungsbildung zu beteiligen und sich insbesondere für andere wahrnehmbar zu politischen Themen zu äußern. Sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln ist ein wesentliches Element einer demokratischen Gesellschaftsform. Die Bedeutung des Versammlungsrechts spiegelt sich folgerichtig in der Prüfungs- und Examensrelevanz wider, weswegen das Versammlungsrecht ebenfalls Gegenstand dieses Buches ist.

Mit der vorliegenden Neuauflage wurde das Buch wieder auf den aktuellen Stand gebracht. Einzupflegen waren v.a. einschlägige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und von unterinstanzlichen Gerichten wie bspw.:

- BVerfG NJW 2022, 139 (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie – „Bundesnotbremse“)
- BVerfG NJW 2021, 1086 (Recht auf Suizid, aber – vorerst – kein Recht auf Bereitstellung von Suizidmitteln)
- BVerfG NVwZ 2021, 226 (Antiterrordeutengesetz II)
- BGH NJW 2021, 1404 („Taschenrechner am Steuer verboten“)
- OLG Hamm NJOZ 2022, 189 (Anspruch auf Entschädigung nach dem InfSchG infolge Corona-Schließung eines Gewerbebetriebs)
- OLG Stuttgart 9.2.2022 – 4 U 28/21 (keine Entschädigung nach dem InfSchG wegen Corona-Schließung eines Friseursalons)
- OVG Hamburg 31.1.2022 – 4 Bf 10/21 („szenetypisches“ Verhalten rechtfertigt Identitätskontrolle)
- VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20 (kurzfristige Ingewahrsamnahme von unfriedlichen Demonstranten)
- OVG Münster 10.1.2022 – 15 A 3203/20 (zur Gefahrenabwehr durch die Bildung von Polizeiketten zwischen widerstreitenden Versammlungen)
- OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573 (Schutz- und Unterbindungsgewahrsam nach dem Niedersächsischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetz)
- OVG Hamburg NVwZ-RR 2021, 322 (zum Begriff der „Wohnung“ bei in einer Gemeinschaftsunterkunft zugewiesenen Räumen)
- OVG Bremen NVwZ 2021, 92 (versammlungsrechtliches Verbot des Zeigens der Reichskriegsflagge)
- OVG Berlin-Brandenburg 9.6.2021 – 11 B 20.16 (Störerauswahl hinsichtlich der Räumung eines Grundstücks)
- OLG Brandenburg 1.6.2021 – 2 U 13/21 (Schadensersatzanspruch wegen coronabedingter Gaststättenschließung gegen Staat)
- OVG Lüneburg 15.4.2021 – 11 ME 48/21 (Sicherstellung waffenrechtlicher Gegenstände)
- VG Frankfurt a.M. NVwZ 2022, 347 (Demonstration vor einer Schwangerschaftsberatungsstelle)
- VG Gießen 4.3.2022 – 4 K 2855/21.GI (Teilnehmer an „Abseilaktion“ von Autobahnbrücke muss Kosten des Polizeieinsatzes zahlen)

- VG Cottbus 4.2.2022 – VG 3 L 29/22 (Rechtswidrigkeit eines präventiven Versammlungsverbots)
- VG Dresden 18.1.2022 – 6 K 438/19 (Verfassungswidrigkeit der polizeilichen Kontrolle eines Bahnreisenden in Anknüpfung an seine Hautfarbe)
- VG Ansbach 27.10.2021 – AN 4 S 21.01807 (versammlungsrechtliche Zulässigkeit von „Klimacamps“)

Allen Kapiteln ist gemeinsam, dass zur Konkretisierung und Veranschaulichung zahlreiche Beispielfälle mit Lösungsvorschlägen aufgenommen wurden. Zudem werden durch Zusammenfassungen, Prüfungsschemata, hervorgehobene Lerndefinitionen und Klausurhinweise das Lernen und die Examensvorbereitung deutlich erleichtert.

Mein Mitarbeiter, Herr Marc Bieber, hat zuverlässig Korrektur gelesen. Dafür danke ich ihm sehr herzlich.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind weiterhin willkommen und werden unter [verlags@aol.com](mailto:verlags@aol.com) erbeten.

Hamburg, im März 2022

*Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt*

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel - Einführung in das Gefahrenabwehrrecht.....</b>	<b>1</b>
A. Gegenstand der Bearbeitung.....	1
B. Die geschichtliche Entwicklung des Polizeirechts .....	2
C. Einheits- und Trennungssystem.....	4
D. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen.....	6
E. Sonderordnungsbehörden, Ordnungsbehörden, Vollzugspolizei .....	14
F. Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes.....	16
G. Allgemeine Aufgaben der Polizei; Zuständigkeiten .....	18
H. Trennung von Aufgaben und Befugnissen .....	21
I. Subsidiarität polizeilichen Handelns/Privatrechtsklauseln.....	24
J. Vollzugshilfe .....	29
K. Übertragung von Aufgaben und Befugnissen durch andere Rechtsvorschriften .....	31
I. Aufgabe der Strafverfolgung .....	32
1. Doppelfunktionalität der Polizei.....	33
2. Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei .....	34
II. Aufgabe der Ordnungswidrigkeitenahndung .....	40
III. Aufgabe der Straßenverkehrsüberwachung .....	43
L. Hoheitliche Aufgabenerfüllung und private Sicherheitsdienste .....	44
<b>2. Kapitel - Prüfung einer Gefahrenabwehrmaßnahme.....</b>	<b>49</b>
A. Problemkreise/Ebenen der Prüfung.....	49
B. Prüfungsschema in Bezug auf eine Gefahrenabwehrmaßnahme .....	51
C. Rechtsschutz.....	52
<b>3. Kapitel - Polizeiliche Befugnisse nach den Polizeigesetzen .....</b>	<b>54</b>
A. Eingriff in Grundrechte/Erfordernis einer Rechtsgrundlage .....	54
I. Spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung .....	55
II. Präventivpolizeiliche Standardmaßnahmen.....	56
1. Anwendungsvorrang vor der Befugnisgeneralklausel .....	56
2. Rechtsnatur und Einteilung der Standardmaßnahmen.....	57
3. Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -verwertung.....	60
a. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	60
b. Allgemeine Regeln der Datenerhebung; Ausweispflicht von Bediensteten ...	69
c. Einzelne Befugnisse .....	70
aa. Offene Bild- und Tonaufzeichnung; Videoüberwachung.....	71
a.) Videoüberwachung öffentlicher Veranstaltungen und Ansammlungen	71
b.) Videoüberwachung öffentlicher Flächen .....	73
c.) Offene Bildaufzeichnung zur Eigensicherung .....	78

d.) Einsatz von Kennzeichenlesesystemen bei Verkehrskontrollen .....	80
e.) Rechtsschutz.....	87
bb. Befragung.....	88
a.) Formelle Rechtmäßigkeit .....	88
b.) Materielle Rechtmäßigkeit .....	89
aa.) Befragung i.e.S.....	89
bb.) Personenkontrollen im öffentlichen Verkehrsraum .....	92
cc.) Rechtsschutz .....	94
cc. Prüfung von Berechtigungsscheinen .....	95
dd. Identitätsfeststellung (IDF).....	97
ee. Erkennungsdienstliche Maßnahmen .....	108
ff. Verdeckte Datenerhebung durch besondere Mittel .....	116
a.) Längerfristige Observation.....	117
b.) Großer Lauschangriff .....	120
c.) Verdeckter Einsatz technischer Mittel zur Anfertigung von Bildaufnahmen und -aufzeichnungen .....	129
d.) Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) .....	131
e.) Online-Durchsuchung von Computern.....	144
f.) Quellen-Telekommunikationsüberwachung („Quellen-TKÜ“).....	152
g.) Abfrage von Telekommunikations- und Telemediendaten.....	155
h.) Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Leuten) .....	159
i.) Einsatz von verdeckten Ermittlern („VE“).....	159
j.) Polizeiliche Beobachtung („PB“) bzw. Ausschreibung .....	162
gg. Generalklausel zur Datenerhebung .....	164
d. Umgang mit Daten .....	166
aa. Speicherung, Übermittlung, Kennzeichnung .....	166
bb. Zweckbindung der erlangten Daten .....	168
cc. Datenabgleich, Rasterfahndung und Datenanalyse.....	171
dd. Übermittlung von Daten .....	184
ee. Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Daten .....	185
ff. Löschung, Berichtigung und Sperrung von Daten.....	186
gg. Benachrichtigungspflichten .....	186
4. Einschränkungen der räumlichen Bewegungsfreiheit.....	187
a. Vorladung.....	187
b. Kurzfristige Platzverweisung .....	192
c. Betretungs- und Aufenthaltsverbote .....	197
d. Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt .....	201
e. Ingewahrsamnahme (Festnahme) von Personen.....	207

f. Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot.....	224
g. Elektronische Aufenthaltsüberwachung.....	224
5. Durchsuchungen und Sicherstellungen .....	226
a. Durchsuchung von Personen .....	226
b. Durchsuchung von Sachen .....	234
c. Betreten und Durchsuchen von Wohnungen .....	239
d. Sicherstellung (bzw. Beschlagnahme) von Sachen .....	257
6. Gefährderansprachen/Gefährderanschreiben und Meldeaufgaben .....	276
7. Zusammenfassung und Abgrenzung zur Befugnisgeneralklausel .....	279
III. Befugnisgeneralklausel .....	281
1. Erfordernis einer generalklauselartigen Ermächtigung .....	281
2. Vereinbarkeit der Generalklausel mit dem Bestimmtheitsgrundsatz.....	282
B. Formelle Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme .....	284
I. Zuständigkeit der Gefahrenabwehrbehörde .....	284
II. Verfahren/Form/Begründung .....	287
1. Allgemeine Verfahrensvorschriften, insbesondere Anhörung .....	287
2. Besondere Verfahrensvorschriften.....	287
3. Form und Begründung.....	288
C. Materielle Rechtmäßigkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme.....	290
I. Voraussetzungen der Rechtsgrundlage .....	290
1. Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung).....	290
a. Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ .....	292
aa. Unverletzlichkeit der Rechtsordnung .....	292
bb. Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte u. Rechtsgüter des Einzelnen ....	294
cc. Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.....	295
b. Schutzgut „öffentliche Ordnung“ .....	296
c. Gefahr eines Schadenseintritts .....	304
aa. Gefahrenbegriffe .....	304
a.) „Einfache“ (konkrete und abstrakte) Gefahr .....	304
b.) Gegenwärtige Gefahr .....	307
c.) Erhebliche Gefahr .....	307
d.) Gefahr für Leib oder Leben.....	308
e.) Gemeine Gefahr .....	309
f.) Dringende Gefahr.....	309
g.) Drohende Gefahr.....	310
h.) Gefahr im Verzug .....	313
i.) Latente Gefahr.....	314
bb. Störung und Schaden .....	315

a.) Störung als realisierte Gefahr.....	315
b.) Schaden .....	315
cc. Gefahrenlagen .....	316
a.) Objektive Gefahrenlage.....	316
b.) Subjektive Gefahrenlage (Anscheinsgefahr; Scheingefahr).....	316
aa.) Anscheinsgefahr.....	316
bb.) Putativgefahr (Scheingefahr).....	320
c.) Gefahrenverdacht (Verdachtsgefahr) .....	320
2. Konsequenzen einer nicht vorliegenden Gefahrenlage für die Falllösung.....	325
II. Einhaltung des Ermessensspielraums .....	327
1. Rechtsnatur des Ermessens; Opportunitätsprinzip .....	327
2. Entschließungsermessen; Auswahlermessen .....	328
a. Entschließungsermessen (Einschreitermessen) .....	329
b. Auswahlermessen .....	330
3. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler .....	330
a. Ermessensmangel (-nichtgebrauch; -unterschreitung) .....	330
b. Ermessensüberschreitung .....	331
c. Ermessens Fehlgebrauch (Ermessensmissbrauch).....	333
d. Antizipiertes Ermessen auch im Gefahrenabwehrrecht? .....	333
4. Ermessensreduzierung auf Null .....	334
III. Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit .....	338
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	338
2. Komponenten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	338
a. Der legitime Zweck der Gefahrenabwehrmaßnahme.....	338
b. Geeignetheit der Gefahrenabwehrmaßnahme .....	339
c. Erforderlichkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme.....	340
d. Die Angemessenheit der Gefahrenabwehrmaßnahme .....	342
3. Zeitliche Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	343
IV. Polizeirechtlich Verantwortliche (Störer).....	344
1. Übersicht über die Polizeipflichtigkeit.....	344
2. Verhaltensverantwortlichkeit und Zustandsverantwortlichkeit .....	345
3. Als Störer in Betracht kommende Personen/Personengruppen .....	346
a. Verhaltensverantwortlichkeit .....	348
aa. Das Verhalten als Anknüpfungspunkt für die Inanspruchnahme .....	348
bb. Der polizeirechtliche Verursacherbegriff .....	349
cc. Mehrheit von Verantwortlichen .....	351
b. Objektiv nicht gegebene Verantwortlichkeit .....	352
aa. Anscheinstörer .....	352
bb. Scheinstörer (Putativstörer).....	354

cc. Verdachtsstörer .....	355
c. Minderjährige Verantwortliche .....	355
4. Zusatzverantwortlichkeit gegenüber Aufsichtsbedürftigen.....	356
5. Zusatzverantwortlichkeit gegenüber Verrichtungsgehilfen .....	356
6. Zustandsverantwortlichkeit .....	358
7. Begrenzungen der Verantwortlichkeit.....	365
8. Rechtsnachfolge in polizeiliche Pflichten .....	366
9. Mehrheit von Verantwortlichen (Störmehrheit) .....	366
10. Ende der Polizeipflichtigkeit/Rechtsnachfolge .....	372
V. Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher („polizeilicher Notstand“).....	372
1. Einführung in die Problematik .....	372
2. Voraussetzungen .....	373
a. Gegenwärtige erhebliche Gefahr .....	373
b. Vorrangigkeit der Heranziehung des Störers.....	374
c. Vorrangigkeit behördeneigener Mittel .....	375
d. Keine Inanspruchnahme des Nichtstörers bei dessen erheblicher eigener Gefährdung und bei Verletzung höherwertiger Pflichten .....	377
3. Folgen einer Inanspruchnahme des Nichtstörers .....	377
D. Gefahrenabwehr außerhalb der Rechtsform des Verwaltungsakts .....	378
I. Abgrenzung zum Verwaltungsakt .....	378
II. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	378
III. Öffentliche Warnungen.....	378
E. Rechtsverordnungen (Gefahrenabwehrverordnungen) .....	380
I. Rechtsnatur und Bedeutung .....	380
II. Ermächtigungsgrundlage .....	382
III. Formelle Rechtmäßigkeit .....	382
IV. Materielle Rechtmäßigkeit .....	382
V. Die Rechtswidrigkeit der Polizeiverordnung und ihre Folgen .....	384
VI. Rechtsschutz gegen rechtswidrige Polizeiverordnungen .....	384
F. Rechtsnachfolge in polizeirechtliche Pflichten .....	386
G. Verwaltungsvollstreckung .....	389
I. Form und Funktion der Verwaltungsvollstreckung.....	389
II. Rechtsgrundlagen für die Anwendung von Zwang .....	390
III. Allgemeine Voraussetzungen der Vollstreckung.....	391
IV. Zwangsmittel.....	393
1. Zwangsgeld und Zwangshaft .....	393
2. Ersatzvornahme .....	394
3. Unmittelbarer Zwang .....	395
V. Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwangs im gestreckten Verfahren .....	398

1. Allgemeine Voraussetzungen .....	398
2. Das Zwangsverfahren .....	404
a. Androhung des Zwangsmittels.....	404
b. Festsetzung des Zwangsmittels .....	405
c. Anwendung des Zwangsmittels.....	406
3. Abschlussfall .....	408
VI. Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwangs im gekürzten Verfahren .....	410
1. Sofortvollzug vs. unmittelbare Ausführung .....	410
2. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen .....	411
3. Schusswaffengebrauch durch den Polizeivollzugsdienst .....	412
4. Rechtsschutz gegen Zwangsmittel im Sofortvollzug .....	413
VII. Insbesondere: Unmittelbarer Zwang .....	416
1. Begriff und Bedeutung .....	416
2. Androhung.....	419
3. Anwendung des Zwangsmittels, insbesondere Schusswaffengebrauch.....	421
4. Abschlussfall .....	425
H. Kosten und Ersatzansprüche .....	426
I. Die Kostentragung der Gefahrenabwehr .....	426
II. Kostenersatzansprüche der Verwaltung .....	428
III. Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche des Adressaten .....	433
I. Abschleppen verbotswidrig abgestellter Kfz .....	440
<b>4. Kapitel – Versammlungsrecht .....</b>	<b>453</b>
A. Einführung .....	453
B. Begriff der Versammlung .....	459
C. Beschränkungen der Versammlungsfreiheit.....	477
D. Rechtfertigung von Beschränkungen auf der Grundlage des VersG.....	479
I. Öffentliche Versammlungen.....	481
1. Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel .....	482
a. Grundrechtsschutz unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG .....	482
aa. Das Versammlungsgesetz als spezialgesetzliche Regelungsmaterie .....	482
bb. Anmeldepflicht nach § 14 I VersG; Spontan- und Eilversammlungen .....	483
cc. Formelle Rechtmäßigkeit versammlungsrechtlicher Maßnahmen.....	486
dd. Materielle Rechtmäßigkeit versammlungsrechtlicher Maßnahmen.....	487
b. Bannmeilen und befriedete Bezirke.....	512
2. Öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen.....	513
II. Nichtöffentliche Versammlungen.....	518

# 1. Kapitel

## Einführung in das Gefahrenabwehrrecht

### A. Gegenstand der Bearbeitung

Das Gefahrenabwehrrecht stellt die wohl schärfste Form der Eingriffsverwaltung dar. Wegen der mit ihm verbundenen erhöhten Grundrechtsrelevanz gehört es in allen Bundesländern zum Kernbereich des Curriculums. Fundierte Kenntnisse sind daher unabdingbar. Die vorliegende Bearbeitung behandelt vornehmlich studien- und examensrelevante Inhalte. Sie orientiert sich dabei am Aufbau von Prüfungsarbeiten. Das Gefahrenabwehrrecht wird – nach einer kurzen Einführung – nach Möglichkeit also so dargestellt, wie es auch in der Fallbearbeitung anzuwenden ist. 1

**Beispiel:** Während einer Versammlung verhalten sich einige Versammlungsteilnehmer unfriedlich. Die Polizei stellt die Identität der betreffenden Personen fest und durchsucht sie nach Waffen bzw. gefährlichen Werkzeugen.

In derartigen Fällen dürfen die Maßnahmen *Identitätsfeststellung* und *Durchsuchung* nicht gleich am Maßstab des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (d.h. des Polizeigesetzes) geprüft werden. Vielmehr muss zunächst untersucht werden, ob sich die betreffenden Personen auf das Versammlungsgrundrecht stützen können und ob das Versammlungsgesetz spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen enthält, die die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts sperren.

Folgerichtig werden im vorliegenden Buch ab Rn 111 nach einer Einführung in das Polizei- und Ordnungsrecht (POR) zunächst die Rechtsgrundlagen dargestellt, und bei ihnen wiederum zunächst die speziellen vor den allgemeinen, wie das auch in der Fallbearbeitung zu tun ist. Lediglich das Verwaltungsvollstreckungsrecht und das Versammlungsrecht werden aus Gründen der Systematik und der Übersichtlichkeit im Anschluss an das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht behandelt.

Weiterhin erhebt das Buch den Anspruch, anschaulich und verständlich geschrieben zu sein, und dabei sowohl den Ansprüchen der universitären Ausbildung als auch denjenigen der Polizeihochschulen des Bundes und der Länder gerecht zu werden. Dass das Polizei- und Ordnungsrecht Landesrecht ist, ändert daran nichts. Denn die Innenministerkonferenz ist stets bestrebt, die einheitliche Prägung des Polizei- und Ordnungsrechts zu wahren. Folglich sind die Polizeigesetze des Bundes und der Länder jedenfalls in Bezug auf die materiell-rechtlichen Befugnisse weitestgehend vergleichbar, teilweise sogar identisch. Wenn dennoch Unterschiede im Detail vorliegen, wird diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass – trotz des erheblichen redaktionellen Aufwands – durchgängig (und nicht nur sporadisch) die wichtigsten Vorschriften des Polizei- und Ordnungsrechts des Bundes und aller 16 Bundesländer in den Fußnoten zitiert werden. 2

- 49 Heute sind – nicht zuletzt wegen höchst differenziert geregelter Datenerhebungsmaßnahmen – die Polizeigesetze der Länder so weit vom MEPolG entfernt, dass eine Heranziehung des MEPolG als Referenz für eine länderübergreifende Darstellung nicht empfehlenswert ist. Daher werden auch im Rahmen der vorliegenden Darstellung nach Möglichkeit alle polizeigesetzlichen Vorschriften in den Fußnoten zitiert.

## G. Allgemeine Aufgaben der Polizei; Zuständigkeiten

- 50 Die ersten Paragraphen fast aller Polizeigesetze<sup>46</sup> enthalten (generalklauselartige) **Aufgabenzuweisungen**; sie weisen der Polizei<sup>47</sup> die Aufgabe zu, Gefahren für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) abzuwehren, und stellt klar, dass zu dieser Aufgabe auch die Vorbereitung der Verhinderung künftiger Gefahren und die Verhütung von Straftaten zählen. Damit nehmen die Polizeigesetze in Übereinstimmung mit dem MEPolG eine strikte **Trennung von Aufgaben und Befugnissen** vor.
- 51 Primär zuständig für die Gefahrenabwehr sind die **(Sonder-)Ordnungsbehörden** (Ortspolizeibehörden), weil sie auf ihrem jeweiligen Sachgebiet über spezielle Kenntnisse und Ausrüstung verfügen, um effektive Gefahrenabwehr vornehmen zu können. Zu beachten ist jedoch die in den allgemeinen Gefahrenabwehrgesetzen (Polizeigesetzen) enthaltene Aufgabengrenzung, wonach die (Sonder-)Ordnungsbehörden Aufgaben der Gefahrenabwehr nur ausüben, soweit diese ihnen übertragen worden sind. Diese Aufgabengrenzung hat ihren Grund darin, dass das besondere Gefahrenabwehrrecht nicht nur spezielle Aufgabenzuweisungsnormen, sondern auch spezielle Rechtsgrundlagen enthält (vgl. z.B. § 35 GewO, § 29 LuftVG, § 2 LuftSIG) und die (Sonder-)Ordnungsbehörden in erster Linie die speziellen Aufgaben wahrnehmen und sich dabei auf diese speziellen Rechtsgrundlagen stützen sollen.

**Beispiel:** Lässt der Gastronom G in den Hinterräumen seiner Gaststätte illegale Prostitution<sup>48</sup> zu, ist klar, dass die Rechtsgemeinschaft diesen Zustand nicht dulden darf. Da von dem Betrieb einer Gaststätte stets Gefahren ausgehen können (eine Gaststätte also „abstrakt“ gefährlich ist, man denke auch an andere unhaltbare Zustände wie unhygienische Toiletten, verdorbene Speisen, den Ausschank von Alkohol an Minderjährige etc.), hat der (Bundes-)Gesetzgeber zur Abwehr „gaststättenspezifischer“ Gefahren ein spezielles Gefahrenabwehrgesetz erlassen, das Gaststättengesetz (GastG).<sup>49</sup> Dieses Gesetz sieht vor, dass dem Betreiber einer Gaststätte die Gaststättenerlaubnis (die Konzession) zu entziehen ist, wenn die Voraussetzungen des § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG vorliegen. Weiterhin kann die Gaststättenbehörde gem. § 31 GastG i.V.m. § 15 II S. 1 GewO die Fortsetzung des Betriebs verhindern (durch Schließungsanordnung). Da die Beurteilung der Frage, ob die Einschreitvoraussetzungen vorliegen, einen gewissen Sachverstand voraussetzt, haben die zum Erlass von Ausführungsgesetzen zum GastG berufenen Landesgesetzgeber zugleich die Gaststättenbehörden für zuständig erklärt. Rechtstechnisch ergibt sich für den vorliegenden Fall somit folgende Rechtslage:

- ⇒ Zuständig für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage und damit für die Ausführung des GastG ist die Gaststättenbehörde.
- ⇒ Auch nur diese ist es, die eine auf § 15 II i.V.m. § 4 I Nr. 1 GastG gestützte gaststättenrechtliche Ordnungsverfügung erlassen kann.
- ⇒ Der Polizeivollzugsdienst ist nicht zuständig für Maßnahmen auf der Grundlage des GastG.

<sup>46</sup> Lediglich in Bayern ist die Aufgabenzuweisung in Art. 2 PAG, Art. 6 LStVG geregelt. Auch Schleswig-Holstein regelt die polizeilichen Aufgaben in §§ 162 I, 163 I LVwG.

<sup>47</sup> Zur Unterscheidung zwischen (Sonder-)Ordnungsbehörden und Vollzugspolizei vgl. Rn 28 ff.

<sup>48</sup> Auch nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes ist die Prostitution selbstverständlich illegal, wenn die Prostituierten minderjährig sind und/oder zur Prostitution gezwungen werden und/oder (bei Ausländerinnen) sich illegal in der Bundesrepublik aufhalten und der Prostitution nachgehen.

<sup>49</sup> Zur Föderalismusreform siehe Fußnoten 10 und 14 und i.Ü. R. Schmidt; Staatsorganisationsrecht, Rn 788 ff.

Dagegen ist der **Polizeivollzugsdienst** zuständig, wenn eine Gefahrenabwehr unter Dringlichkeits- und Effektivitätsgesichtspunkten unaufschiebbar erscheint, also in Situationen, in denen die primär zuständigen, jedoch mit bürokratischen Mitteln arbeitenden (Sonder-)Ordnungsbehörden nicht rechtzeitig einschreiten könnten. Um einen solchen sog. **Eilfall** festzustellen, ist eine Verlaufsprognose anzustellen: Gelangt ein objektiver Beobachter in der Rolle des handelnden Beamten zu dem Ergebnis, dass die mit bürokratischen Mitteln arbeitende (Sonder-)Ordnungsbehörde nicht ebenso wirksam und rechtzeitig einschreiten könnte wie die Vollzugspolizei, sind deren Eilfallkompetenz und damit deren sachliche Zuständigkeit zu bejahen.

52

**Beispiel:** G, Betreiber einer Gaststätte in Hamburg, lässt in den Hinterräumen seiner Gaststätte den Handel mit Drogen zu. Als die Vollzugspolizei am Abend einen entsprechenden Hinweis erhält, begibt sie sich sofort in die Gaststätte; sie stellt eine erhebliche Menge Kokain sicher. Zudem versagt sie G den Betrieb der Gaststätte zunächst bis zum nächsten Tag.

Hier liegen mehrere Maßnahmen vor: Das *Betreten und Durchsuchen*, die *Sicherstellung* und die vorläufige *Betriebsuntersagung*. Diese Maßnahmen könnten sich einerseits auf das Gaststättengesetz bzw. die Gewerbeordnung, andererseits aber auch auf das Polizeigesetz stützen lassen. Hinsichtlich der *Betriebsuntersagung* wäre an sich die Gaststättenbehörde als Sonderordnungsbehörde zuständig. Im „Normalfall“ müsste diese zunächst die Gaststättenerlaubnis widerrufen (§ 15 II GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG) und könnte den Widerrufsbescheid für sofort vollziehbar erklären (§ 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO). Sodann könnte sie gem. § 31 GastG i.V.m. § 15 II S. 1 GewO die Fortsetzung des Betriebs verhindern (durch Schließungsanordnung und diese ebenfalls für sofort vollziehbar erklären). Das Betreten und Durchsuchen (gewerberechtlich: Nachschau) könnte sie auf § 22 II S. 1 GastG stützen. Und nach § 14 I S. 1 lit. a) HmbSOG (der nicht nur für die Vollzugspolizei gilt) könnte sie auch das Kokain sicherstellen.

Da eine Benachrichtigung der Bediensteten der Gaststättenbehörde jedoch nur während der üblichen Dienstzeiten möglich ist und vorliegend aufgrund der Dringlichkeit sofort gehandelt werden muss, war gleichwohl die Vollzugspolizei aufgrund ihrer Eilfallkompetenz zuständig. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sie sich dabei nicht auf die Befugnisnormen der Sonderordnungsgesetze stützen (dafür wäre sie schon formal nicht zuständig), sondern kann allein auf der Grundlage des Polizeigesetzes handeln. Es greifen die polizeilichen Befugnisnormen „Betreten und Durchsuchen von Wohnungen“, zu denen auch Gewerberäume zählen (§ 16 I, II Nr. 2, V S. 1 HmbSOG), und Sicherstellung von Sachen (§ 14 I S. 1 lit. a) HmbSOG) – siehe dazu Rn 510 ff./560 ff. Die (kurzfristige) Betriebsschließung findet ihre Grundlage in der Befugnisgeneralklausel (§ 3 I HmbSOG). Denn der Vollzugspolizei wird es ausschließlich um die Beendigung eines Gefahrenzustands gegangen sein, nicht um gaststättenrechtliche Sanktionen.

Besteht ein sog. Eilfall, bedeutet das jedoch nicht, dass die Sonderordnungsbehörde automatisch ihre Zuständigkeit verliert. Vielmehr behält sie ihre Zuständigkeit und ist *neben* der Vollzugspolizei zuständig. Um in derartigen Fällen ein „Kompetenzgerangel vor Ort“ auszuschließen, gilt das „**Recht des ersten Zugriffs**“ (auch **Grundsatz der Erstbefassung** genannt). Es besagt, dass von mehreren zuständigen Behörden diejenige zur Gefahrenabwehr befugt ist, die zuerst vor Ort ist und aktiv wird. Das schließt freilich nicht aus, dass die andere Behörde gebeten wird, Amtshilfe zu leisten.

53

**Beispiel:** In den Beispielen von Rn 51/52 könnten die Beamten des Polizeivollzugsdienstes zur Amtshilfe gem. Art. 35 I GG bzw. (in Form der Vollzugshilfe) gemäß den Vorschriften des Landespolizeigesetzes verpflichtet werden (dazu Rn 76).

In der Regel ist der Polizeivollzugsdienst trotz Vorliegens eines Eilfalls **nicht zuständig**, Gefahrenabwehrmaßnahmen auf **spezielle Gefahrenabwehrgesetze** zu stüt-

54

zen. Denn diese Gesetze erklären meist nur die Sonderordnungsbehörden für zuständig. Das trifft jedenfalls auf die meisten Rechtsgrundlagen des GastG, der GewO, des ProdSG, des StVG und der StVO zu. Steht also eine Maßnahme des Polizeivollzugsdienstes in Frage, muss bzgl. der Rechtsgrundlage stets der Grundsatz beachtet werden, dass das Spezialgesetz die Anwendung eines allgemeinen Gesetzes ausschließt (*lex specialis derogat legi generali*). Ist allerdings der Polizeivollzugsdienst nicht zuständig, das Spezialgesetz anzuwenden, kann dieses für das Handeln des Beamten keine Sperrwirkung zulasten des allgemeinen Gesetzes entfalten.

**Beispiel:** Die Ausführungsgesetze zum GastG bzw. Gaststättenzuständigkeitsverordnungen der Länder erklären die Gaststättenbehörden als zuständige Sonderordnungsbehörden. Der Polizeivollzugsdienst ist daher nicht zuständig zur Ausführung des GastG. Er kann gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen nur im Rahmen der Eilfallkompetenz auf das Polizeigesetz stützen.

- 55 Wenn aber das Spezialgesetz (ausnahmsweise) auch die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes begründet, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Polizeivollzugsdienst seine Maßnahme auf das Spezialgesetz stützen muss. In diesem Fall gehen Anwendbarkeit des Spezialgesetzes und sachliche Zuständigkeit der Behörde einher.

**Beispiel:** An einem kalten Sonntagabend im Januar ereignet sich ein schwerer Verkehrsunfall in der Augsburgener Straße. Unmittelbar nach dem Ereignis erreichen die beiden Polizeivollzugsbeamten A und B den Unfallort, an dem sich bereits mehrere Kraftfahrzeuge gestaut haben und sich eine Menschenansammlung gebildet hat. Um zum Ort des Geschehens vordringen zu können, schalten die Beamten Martinshorn und Blaulicht ihres Dienstwagens kurz ein, sodass sich die Fahrzeuge und die Schaulustigen zur Seite bewegen. Ist diese Maßnahme formell rechtmäßig?

Der Einsatz des Martinshorns ist rechtstechnisch ein Platzverweis. Denn durch einen solchen wird eine Person vorübergehend eines Ortes verwiesen oder ihr wird vorübergehend das Betreten eines Ortes verboten. Die Platzverweisung greift in Art. 2 II S. 2 GG ein. Denn die Freiheit der Person schützt trotz ihres weiten Wortlauts („Freiheit“) die *körperliche Bewegungsfreiheit*. Damit ist das Recht gemeint, jeden beliebigen Ort aufzusuchen oder bei ihm zu verweilen.<sup>50</sup> Ein Platzverweis stellt daher einen Eingriff in Art. 2 II S. 2 GG dar, weil der Betroffene verpflichtet wird, den Ort zu verlassen.<sup>51</sup>

Daher ist eine *Rechtsgrundlage* erforderlich. Bevor jedoch auf die polizeigesetzliche Standardmaßnahme *Platzverweisung*<sup>52</sup> zurückgegriffen werden kann, ist zunächst zu untersuchen, ob eine Spezialvorschrift außerhalb des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts greift. In Betracht kommt § 38 I StVO. Danach ist das Einschalten des Martinshorns und des Blaulichts im Fall von höchster Eile gestattet, wenn Menschenleben zu retten, schwere gesundheitliche Schäden oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden sind. § 38 I StVO ist auch eine gefahrenabwehrrechtliche Vorschrift, sofern auf die genannten Schutzgüter abgestellt wird.

Die *Zuständigkeit* ergibt sich aus § 44 StVO i.V.m. der Aufgabenzuweisungsnorm des Landespolizeigesetzes, wonach die (Vollzugs-)Polizei auch für Aufgaben zuständig ist, die ihr durch andere Rechtsvorschriften übertragen worden sind. Eine solche andere Rechtsvorschrift ist gerade § 44 I StVO.

<sup>50</sup> BVerfGE 94, 166, 198; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 74.

<sup>51</sup> Vgl. bereits *R. Schmidt*, BesVerwR, 4. Aufl. 2000, S. 89. Später auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 16 Rn 4; a.A. VGH München NVwZ 2000, 454, 455 f. (Eingriff nur in Art. 2 I GG). Nach *Hetzer*, JR 2000, 1, liegt sogar ein Eingriff in Art. 11 GG vor.

<sup>52</sup> Vgl. zum vorübergehenden Platzverweis § 12 MEPolG; Bund: § 38 BPolG; Bay: Art. 16 PAG; BW: § 30 PolG; Berl: § 29 I ASOG; Brand: § 16 PolG; Brem: § 11 PolG; Hamb: § 12a SOG; Hess: § 31 SOG; MeckVor: § 52 SOG; Nds: § 17 I POG; NRW: § 34 PolG, § 24 OBG; RHlPfl: § 13 POG; Saar: § 12 PolG; Sachs: § 18 PVdG; SachsAnh: § 36 I SOG; SchlHolst: § 201 LVwG; Thür: § 18 PAG.

Als allgemeine *Verfahrensvorschrift* ist zwar an § 28 I VwVfG zu denken, doch ist eine Anhörung ohnehin wegen § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich. Denn wegen des ausschließlichen Einschreitens aufgrund der Eilfallkompetenz ist das „öffentliche Interesse“ zu bejahen. Zudem liegt „Gefahr im Verzug“ vor. Darüber hinaus ergibt sich die Entbehrlichkeit der vorherigen Anhörung aus § 28 II Nr. 4 VwVfG, da sich die mit dem Einschalten des Martinshorns verbundene Aufforderung, zur Seite zu treten, an jeden richtet, der sich im Gefahrenbereich aufhält.

Des Weiteren besteht die Zuständigkeit der Polizei nur für die Abwehr von Gefahren für die **öffentliche Sicherheit** (oder Ordnung). Unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit geschützt ist entsprechend der Legaldefinitionen einiger Polizeigesetze (vgl. dazu näher Rn 628 ff.) die Unverletzlichkeit 56

- (1) der *objektiven Rechtsordnung*,
- (2) der *subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen*
- (3) sowie der *Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt*.

Die Betroffenheit eines der genannten Schutzgüter hat eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zur Folge und befugt grds. zum Einschreiten. Allerdings ist zu beachten, dass der Schutz privater Rechte primär den ordentlichen Gerichten obliegt (dazu Rn 68 ff.). 57

Das anfänglich in allen Polizeigesetzen enthaltene alternative Schutzgut **öffentliche Ordnung** war aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken zwischenzeitlich aus den meisten Polizeigesetzen herausgenommen worden, ist in jüngerer Zeit jedoch wieder in die meisten Polizeigesetze eingefügt worden. Eine Betroffenheit dieses Schutzguts befugt daher in den betreffenden Ländern wieder zu gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen (näher Rn 637 ff.). 58

Schließlich muss eine **Gefahr** (für eines der geschützten Güter) bestehen. Die Polizeigesetze befugen zur Abwehr konkreter und abstrakter Gefahren. Auch eine **Störungsbeseitigung**, also die Beseitigung der Folgen einer bereits realisierten Gefahr, kann eine Maßnahme der Gefahrenabwehr sein, sofern die Störung Zukunftsbezug hat, von ihr also Gefahren (für die Zukunft) ausgehen. Vgl. dazu näher Rn 657 ff. 59

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ist also die Zuständigkeit der Polizei nur in Eilfällen (die Polizeigesetze sprechen von „Unaufschiebbarkeit“) gegeben und liegt ein Eilfall nur bei einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung)“ vor, dürfte man die Zuständigkeit der Polizei eigentlich nur dann bejahen, wenn eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** (oder Ordnung) durch eine entsprechende (inzidenten) Prüfung bejaht wurde. Das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) ist aber (trotz ihrer Nennung im Tatbestand der Zuständigkeitsnorm) eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit. Man vermeidet das Problem einer inzidenten Prüfung, indem man die Gefahr unter Hinweis auf die Möglichkeit ihres Vorliegens als gegeben unterstellt (sog. abstrakte Prüfung, vgl. *Muckel*, Fälle BesVerwR, S. 20). Diese Vorgehensweise sollte zu keiner Beanstandung durch den Korrektor führen.

## H. Trennung von Aufgaben und Befugnissen

Wie bereits bei Rn 14 ff. erwähnt, haben die Landesgesetzgeber seit Verabschiedung des Musterentwurfs eine strikte **Trennung von Aufgaben und Befugnissen** der Polizei vorgenommen. Damit haben sie der früher vorherrschenden traditionellen Vorstellung des Preußischen Polizeiverwaltungsrechts eine Absage erteilt. Diese Vorstel- 60

lung beruhte darauf, dass wenn der Staat eine Behörde einrichtet und ihr eine bestimmte Aufgabe zuweist, er sie zugleich (stillschweigend) ermächtigt, Grundrechtseingriffe vorzunehmen. Man hat erkannt, dass dieses preußische Gedankengut mit einem modernen Rechtsstaat nicht (mehr) zu vereinbaren ist. Polizei- und ordnungsrechtliche Maßnahmen greifen mitunter nämlich in erheblichem Maße in die Rechtssphäre (**Freiheitsgrundrechte**) des betroffenen Bürgers ein und stellen damit eine der schärfsten Formen der **Eingriffsverwaltung** dar. Aufgrund der damit verbundenen außerordentlichen Grundrechtsrelevanz gilt die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – d.h. **Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes** (Art. 20 III GG) – uneingeschränkt. Daraus folgt, dass die Verwaltung in der gewünschten oder für erforderlich gehaltenen Weise nur tätig werden darf, wenn sie dazu durch **hinreichend bestimmtes** Gesetz ermächtigt ist. Gerade dies vermögen Aufgabenzuweisungsnormen nicht zu leisten. Sie werden den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes nicht gerecht und berechtigen die Polizei- und Ordnungsbehörden daher *nicht* zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Individuums.

- 61 Folgerichtig gehen heute alle Polizeigesetze von einer strikten Trennung von Aufgaben und Befugnissen aus. Greift ein polizeiliches Mittel in die Rechtssphäre des Einzelnen ein, muss hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage (**Rechtsgrundlage**) in Form einer „Befugnis“ vorliegen. Nur diese wird dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gerecht. Dabei genügt für weniger grundrechtsbelastende Maßnahmen auch eine generalklauselartige Befugnisnorm.

**Beispiel:** Aufgrund von Beißvorfällen, die sich immer wieder im Zusammenhang mit sog. Listenhunden ergeben, erteilt Polizeiobermeister P dem Halter eines Rottweilers, der mit seinem Tier gerade auf dem Elbufer spazieren geht und es frei herumlaufen lässt, die Weisung, dass er den Hund an die Leine zu nehmen habe.

Eine Gefahr liegt vor; P ist auch zuständig, im Rahmen seiner sog. Eilfallkompetenz unaufschiebbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr vorzunehmen. Allerdings befugt ihn die entsprechende Zuständigkeitsnorm des Landespolizeigesetzes nicht zu grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen; hierfür bedarf es wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Ermächtigung. Sofern weder in dem Hundegesetz noch in dem Polizeigesetz des Landes entsprechende spezielle Befugnisnormen enthalten sind, kann P sich auf die polizeiliche Befugnisgeneralklausel stützen, die bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit zum Ergreifen der erforderlichen Maßnahmen befugt. Die öffentliche Sicherheit ist vorliegend unter dem Aspekt *Rechtsordnung* betroffen, sofern nach dem Hundegesetz ein Leinenzwang für einen Rottweiler besteht; in jedem Fall ist das Schutzgut *subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen* betroffen.<sup>53</sup>

- 62 Davon unbeschadet können die Aufgabenzuweisungsnormen der Polizeigesetze jedoch Rechtsgrundlage für gefahrenabwehrbehördliche und polizeiliche Tätigkeiten sein, die **nicht mit Eingriffen in die Rechtssphäre** der Bürger verbunden sind. Ob eine Handlung in Grundrechte eingreift oder nicht, sollte danach vorgenommen werden, ob die fragliche Maßnahme individualbezogen oder -beziehbar ist und dabei für den Betroffenen belastend auf Freiheits- oder Gleichheitsrechte wirkt.

**Beispiele:** Kontroll- und Streifengänge, Streifenfahrten, „Surfen“ von Polizeibeamten im Internet, aber auch die bloße Anwesenheit von Polizeibeamten bei Großveranstaltungen (Konzerten, Fußballspielen etc.) sind entweder nicht individualbezogen oder nicht grundrechtsbelastend. Zwar mag im Einzelfall die bloße Anwesenheit von Polizeibeamten als Belästigung und Einschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit

---

<sup>53</sup> Vgl. dazu auch BVerwGE 116, 347, 354.

empfundener Grundrechtseingriff durch sie anzunehmen, ginge aber zu weit.

Mit den Aufgabenzuweisungsnormen ist die Abwehr von Gefahren den Gefahrenabwehr- bzw. Polizeibehörden gesetzlich übertragen worden. Das schließt eine **Subdelegation** an andere Behörden, die nicht zur Gefahrenabwehr befugt sind, oder gar an Private, die nicht Beliehene sind und als solche Aufgaben der Gefahrenabwehr übertragen bekommen haben, **aus**. Daher dürfen z.B. ein Land oder eine Gemeinde (etwa um Kosten zu sparen) Streifengänge nicht vertraglich an einen privaten Sicherheitsdienst delegieren. 63

Hat sich die Aufgabenerfüllung **im Rahmen der geltenden Gesetze** (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, s.o.) zu halten, bedeutet das zunächst, dass die Polizeibehörden insbesondere die Schranken zu beachten haben, die durch die Verfassung zum Schutz des Einzelnen in Form von Grundrechten errichtet worden sind. Da umgekehrt einzelne Grundrechte sich nur im Rahmen der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (vgl. Art. 2 I GG) oder der „allgemeinen Gesetze“ (vgl. Art. 5 II GG), wozu auch die Polizeigesetze mit ihren Aufgaben- und Befugnisnormen gehören, ausgeübt werden dürfen, stellen die Polizeigesetze gerade in diesen Bereichen Eingriffsgrundlagen zur Verfügung. Demgegenüber dürfen z.B. Rundfunk, Presse und Fernsehen nicht unter Berufung auf die polizeigesetzlichen Befugnisnormen beschränkt werden. Die Landespressegesetze enthalten abschließende sondergesetzliche Regelungen, die Rundfunk, Presse und Fernsehen „polizeifest“ machen.<sup>54</sup> Gleiches gilt für Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 5 III GG). Auch bei einer Vielzahl anderer Rechtsgebiete ist der Rückgriff auf die Befugnisnormen der Polizeigesetze grds. ausgeschlossen, weil in diesen Rechtsgebieten die Materie durch spezielle Normen geregelt ist. Zumeist ist gleich auch die Zuständigkeit einer Sonder(ordnungs)behörde angeordnet. 64

Dies gilt etwa für das Bau-, Versammlungs-, Vereins-, Tiergesundheits- und Tierschutzrecht (vgl. etwa § 24 I WaStrG; § 29 I S. 2, III LuftVG; §§ 3 und 5 LuftSiG; §§ 17, 20, 24, 25 BImSchG; §§ 4 I, 5, 15-17, 19 GastG; § 3 VereinsG; §§ 24a, 25, 33a I S. 3, II, 33d I S. 2, III, IV, 33e, 51 GewO; § 16 InfSchG; § 4 StVG; §§ 38 I, 44 II, 45 I-III StVO; § 17 I, III StVZO; §§ 5, 6, 24 TierGesG; §§ 5, 12a, 19a, 13, 15 VersG).

Lediglich, wenn die Spezialregelungen die Materie nicht oder nicht abschließend regeln, wird der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht diskutiert. Das betrifft Teilgebiete des Versammlungsrechts, vgl. dazu eingehend Rn 1077 ff. 65

Da Gefahrenabwehr gerade auf Vermeidung und Verhütung von Beeinträchtigungen abzielt und damit eine Daueraufgabe der Verwaltung darstellt, verlangt sie schließlich auch die Sammlung von Erfahrungswissen über Gefahrenlagen und -verläufe. Sie darf, soll sie effektiv sein, nicht zu spät einsetzen. Daher befugen die Polizeigesetze die Polizei auch zum Treffen von „**Vorbereitungen**, um künftige Gefahren abwehren zu können“ (vgl. die ersten Vorschriften der meisten Polizeigesetze). Damit ist gemeint, dass sich die Polizeibehörden auf mögliche künftige Gefahrenquellen einzustellen und Vorsorge zu treffen haben (sog. **Gefahrenvorsorge**<sup>55</sup>). Hierbei wird die Polizei bereits im Vorfeld konkreter Gefahren tätig, d.h. bei einer Sachlage, bei der noch keine (konkrete) Gefahr besteht, aber später eintreten könnte.<sup>56</sup> Die Gefahrenvorsorge hat also eine vorbeugende Funktion; sie soll entweder das spätere Entstehen einer Gefahr verhin- 66

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa VGH Mannheim DVBl 2010, 1569 ff. – ausführlich Rn 580 ff.

<sup>55</sup> Die Gefahrenvorsorge als Aufgabe der Gefahrenabwehr darf nicht verwechselt werden mit der Strafverfolgungsvorsorge, die dem Bereich der Strafverfolgung zuzuordnen ist (vgl. dazu Rn 22a/22b und 93a).

<sup>56</sup> Das BVerfG drückt sich hier m.E. sehr unklar aus. Denn gibt es nach dem BVerfG „konkrete Gefahren“, die „zwar zum Zeitpunkt des Handelns noch nicht konkret drohen, aber später entstehen können“ (BVerfG NJW 2019, 827, 832), müsste es also auch „noch nicht konkret drohende konkrete Gefahren“ geben.

dem oder zumindest deren wirksame Bekämpfung ermöglichen.<sup>57</sup> Dies geschieht insbesondere durch das Treffen von organisatorischen Maßnahmen wie z.B. das Vorhalten von Schutzausrüstung oder Arbeitsgerät, um bei einer Gefahr bzw. Störung effektiv eingreifen zu können. Aber auch das Führen von Informations- oder Aufklärungsgesprächen, das Vornehmen von Belehrungen und das „Sammeln“ von personenbezogenen Daten wie Adressen von Frauenhäusern, Tierheimen und das Erstellen einer Liste mit Abschleppunternehmern, die für notwendig werdende Umsetzungen von falsch geparkten Fahrzeugen beauftragt werden können, unterfallen der Gefahrenvorsorge. Schließlich ist beispielhaft die Videoüberwachung öffentlicher Flächen zu nennen, die jedoch wegen des mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffs einer Rechtsgrundlage bedarf (dazu Rn 94 und Rn 153 ff.). Ebenfalls einen gesetzlich geregelten Fall der Gefahrenvorsorge stellt das „Sicherheitsgespräch“ gem. § 41b BerlASOG dar. Danach kann die Polizei „eine Person informieren, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, eine andere Person werde in einem absehbaren Zeitraum eine Straftat begehen oder an ihrer Begehung teilnehmen, sofern diese als Opfer der drohenden Straftat in Betracht kommt oder ihre Kenntnis von der drohenden Straftat unbedingt erforderlich ist, um ihr ein gefahrenangepasstes Verhalten zu ermöglichen“ (§ 41b S. 1 BerlASOG). Weil eine solche Information, wenn sie im Beisein Dritter erfolgt, eine Grundrechtsbeeinträchtigung nach sich ziehen kann, ordnet § 41b S. 2 BerlASOG an, dass das Sicherheitsgespräch – soweit der Zweck der Maßnahme nicht gefährdet wird – außerhalb der Hör- und Sichtweite Dritter erfolgen soll.

- 67 Schließlich gehört zur Abwehr der Gefahren für die öffentliche Sicherheit (und Ordnung) auch die **Verhütung von Straftaten** (vgl. ebenfalls die entsprechenden Vorschriften der Polizeigesetze). Dabei geht es nach Auffassung des BVerfG um Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, den „Eintritt der Gefahr einer Straftat bereits im Vorfeld“ zu verhüten.<sup>58</sup> Es geht also nicht um die Verhinderung einer bevorstehenden Straftat, sondern um die Verhinderung des Eintritts „der Gefahr einer Straftat“, weshalb man bei der Straftatenverhütung besser von **vorbeugender Verbrechensbekämpfung** im Vorfeld konkreter Delikte sprechen sollte. Die Polizei kann diese Aufgabe in vielfältiger Form erfüllen. Mögliche Maßnahmen sind z.B. die Beratung von Bürgern („Die Kriminalpolizei rät“), die Beobachtung von Drogenszenen, aber auch ganz allgemein Informationsbeschaffung und -verarbeitung. Wie bei der Gefahrenvorsorge gilt aber auch hier, dass bei Grundrechtseingriffen Befugnisnormen erforderlich sind.

Auch **erkennungsdienstliche Maßnahmen** können der Straftatenverhütung zuzuordnen sein, sofern sie präventivpolizeiliche Zwecke verfolgen (siehe bereits Rn 22). Sie setzen jedoch den Verdacht voraus, dass der Betroffene bereits eine Straftat begangen hat, derentwegen nun erkennungsdienstliche Maßnahmen getroffen werden<sup>59</sup> (um eine Wiederholung zu verhindern). Erforderlich ist also eine Wiederholungsgefahr.<sup>60</sup> Siehe dazu näher Rn 93 ff.

## I. Subsidiarität polizeilichen Handelns/Privatrechtsklauseln

- 68 In den sog. Privatrechtsklauseln<sup>61</sup> bestimmen die Polizeigesetze, dass der **Schutz privater Rechte** grundsätzlich **keine** Aufgabe der Polizei ist.
- 69 Mit dieser Regelung tragen die Polizeigesetze dem Umstand Rechnung, dass alle Staatsorgane nur im Rahmen der Kompetenzordnung vorgehen dürfen (Art. 20 III GG,

<sup>57</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 832 mit Verweis auf BVerwGE 141, 329, 335.

<sup>58</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 832. Siehe dazu bereits Rn 22b.

<sup>59</sup> VGH Mannheim GSZ 2020, 83, 84 mit Verweis auf BT-Drs. 12/7562, S. 54 (zu § 24 BPolG).

<sup>60</sup> BT-Drs. 12/7562, S. 54.

<sup>61</sup> Bund: § 1 IV BPolG; BW: § 2 II PolG; Bay: Art. 2 II PAG; Berl: § 1 IV ASOG; Brand: § 1 II PolG; Brem: § 1 II PolG; Hamb: § 3 III SOG; Hess: § 1 III SOG; MeckVor: § 1 III SOG; Nds: § 1 III POG; NRW: § 1 II PolG; RhLPf: § 1 III POG; Saar: § 1 III PolG; Sachs: § 2 II PVDG; SachsAnh: § 1 II SOG; SchlHolst: § 162 II LVwG; Thür: § 2 II PAG.

s.o.). Teil der Kompetenzordnung ist, dass der Schutz privater Rechte primär den ordentlichen Gerichten und den ihnen zugeteilten Vollstreckungsorganen obliegt. Die Polizei als ausführendes Organ des öffentlichen (Gefahrenabwehr-)Rechts hat sich daher auf das zum Schutz der öffentlichen Sicherheit unbedingt Erforderliche zu beschränken und sich grds. jedweden Einmischens in privatrechtliche Angelegenheiten zu enthalten. Von privatrechtlichen Streitigkeiten Betroffene müssen daher grundsätzlich zivilgerichtlich gegen die andere Privatperson vorgehen. Daran ändert auch das u.U. lange dauernde Hauptsacheverfahren nichts, denn in eiligen Angelegenheiten kann effektiver Rechtsschutz durch eine zivilgerichtliche einstweilige Verfügung, insb. den Arrest (vgl. §§ 935, 940, 916 ff. ZPO), gerichtet auf ein Unterlassen gem. §§ 823 I, 1004 BGB, erlangt werden. Eine derartige einstweilige Verfügung kann innerhalb kürzester Zeit erwirkt werden.

Das Subsidiaritätsprinzip gilt aber nicht, wenn gerichtlicher Schutz trotz der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung **nicht rechtzeitig** zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts **vereitelt** oder **wesentlich erschwert** würde. Dann obliegt auch der Schutz privater Rechte der Polizei. **70**

**Beispiel:** M ist seit 6 Monaten mit der Zahlung des Mietzinses im Rückstand. Um den angekündigten Konsequenzen aus dem Weg zu gehen, versucht er, nachts unter Mitnahme seiner Haushaltsgegenstände auszuziehen. Doch der Vermieter V wird von Nachbarn informiert; er ruft zum Schutz seines gesetzlichen Pfandrechts (§ 562 BGB) die Polizei. Diese verbringt die M gehörenden Gegenstände in einen leeren Raum innerhalb des Hauses des V und versiegelt den Raum.

In diesem Fall greift das Subsidiaritätsprinzip nicht, weil selbst gerichtlicher einstweiliger Rechtsschutz zu spät käme und das Vermieterpfandrecht vereitelt würde.

Für diesen Fall erforderlich ist aber ein **Antrag** des Rechtsinhabers auf Einschreiten der Polizei. Zwar ist dieses Erfordernis nur in einigen Polizeigesetzen normiert<sup>62</sup>, es versteht sich in den übrigen Polizeigesetzen aber als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Denn wenn ein gerichtlicher Rechtsschutz nicht ohne Antrag möglich wäre, kann für ein polizeiliches Einschreiten zugunsten privater Rechte nichts anderes gelten. **70a**

Das Subsidiaritätsprinzip greift auch nicht, wenn das Polizeigesetz eine **Ausnahme** davon statuiert. **70b**

**Beispiel:** Ein gesetzlich geregelter Fall, der eine Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip vorsieht, ist z.B. die Sicherstellung von Sachen zum Schutz vor Verlust oder Beschädigung.<sup>63</sup>

Weiterhin greift das Subsidiaritätsprinzip nicht, wenn überhaupt kein zivilgerichtlicher Schutz zur Verfügung steht. Das ist der Fall, wenn die Gefahr durch ein Naturereignis verursacht wird. **70c**

**Beispiel:** Nach einem Sturm droht eine alte Eiche auf das Haus des E zu stürzen. Die zuständige Polizeibehörde (Ordnungsbehörde) erteilt E die Weisung, den Baum sofort fällen zu lassen. E ist der Meinung, dass ausschließlich sein Haus betroffen sei und daher die Privatrechtsklausel greife.

Die Auffassung des E geht schon deshalb fehl, weil die Gefahr von einem Naturereignis ausgeht und gegen Naturereignisse der Zivilrechtsweg nicht offensteht. Unbeschadet

<sup>62</sup> Vgl. BW: § 2 II PolG; Sachs: § 2 II PVDG.

<sup>63</sup> Vgl. Bund: § 47 BPolG; BW: § 37 PolG; Bay: Art. 25 PAG; Berl: § 38 ASOG; Brand: § 25 PolG; Brem: § 21 PolG; Hamb: § 14 SOG; Hess: § 40 SOG; MeckVor: § 61 SOG; Nds: § 26 POG; NRW: § 43 PolG, § 24 OBG; RhLPf: § 22 POG; Saar: § 21 PolG; Sachs: § 31 PVDG; SachsAnh: § 45 SOG; SchlHolst: § 210 LVwG; Thür: § 27 PAG.

dieses Umstands besteht aber auch Öffentlichkeitsbezug, weil schwerwiegende Grundrechte betroffen sind (man denke an den Fall, dass der Baum auf das Haus stürzt und dadurch Personen zu Schaden kommen). Vgl. dazu Rn 71 und 73.

- 71 Das Subsidiaritätsprinzip gilt auch dann nicht, wenn neben dem Privatinteresse *auch* **Öffentlichkeitsbezug** besteht. Dies ist bereits im Tatbestand der Generalklausel durch die Betonung „öffentliche“ Sicherheit zum Ausdruck gebracht. Öffentlichkeitsbezug besteht etwa dann, wenn Normen der Strafgesetze, der StPO, des OWiG sowie pönalisierte Privatrechtsnormen verletzt werden, was insbesondere bei einer Verletzung/Gefährdung der Rechtsgüter **Leib, Leben, Freiheit, Ehre und Eigentum** der Fall ist. Hier ist ein präventivpolizeiliches Einschreiten ohne weiteres möglich.

**(Weitere) Beispiele des Nichteingreifens der Subsidiaritätsklausel:**

- (1) Die Verletzung der zivilrechtlichen **Unterhaltungspflicht** nach §§ 1360, 1360a, 1569 ff. BGB wird strafrechtlich durch § 170 StGB sanktioniert.
- (2) **Hausbesetzungen** werden privatrechtlich nach §§ 858 ff. BGB behandelt und strafrechtlich durch § 123 StGB sanktioniert.
- (3) Auch das **Zuparken eines Pkw** wird privatrechtlich nach §§ 858 ff. BGB behandelt und strafrechtlich durch § 240 StGB sanktioniert.<sup>64</sup>
- (4) Schließlich ist die **Unterbringung eines Obdachlosen** oder von **Flüchtlings** zu nennen (vgl. Rn 635).

In Fällen dieser Art kommen insbesondere eine Identitätsfeststellung, ein Platzverweis und eine Mitnahme zur Dienststelle (Gewahrsam) in Betracht. Dabei ist es unerheblich, ob ein Strafantrag oder eine Strafanzeige gestellt wurden. Ein fehlender, aber erforderlicher Strafantrag hindert zwar die Strafverfolgung, beseitigt jedoch nicht die Strafrechtswidrigkeit und damit nicht das öffentliche Interesse, gefahrenabwehrrechtlich einzuschreiten.

- 72 Öffentlichkeitsbezug bedeutet jedoch nicht, dass die Verletzung/Gefährdung des privaten Rechts im öffentlichen Raum (öffentliche Straßen, Wege, Plätze) stattfinden müsste, um den Öffentlichkeitsbezug herzustellen. Vielmehr kann Öffentlichkeitsbezug auch im sog. **semi-öffentlichen** Raum vorliegen. Zum semi-öffentlichen Raum gehören Einrichtungen oder Plätze, die zwar im Eigentum Privater stehen, jedoch dem Zutritt einer unbestimmten Zahl von Personen offenstehen.<sup>65</sup>

**Beispiele**<sup>66</sup>: Einkaufszentren (und deren Parkplätze); Sportstadien; Konzerträume; Bahnhöfe und Bahnhofsvorplätze, Messegelände etc. Vgl. auch das Beispiel bei Rn 212.

- 73 Öffentlichkeitsbezug (und damit eine Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip) besteht darüber hinaus auch dann, wenn eine **unbestimmte Zahl von Personen** betroffen ist. Denn in diesem Fall ist ein Belang der Allgemeinheit betroffen und es besteht ein öffentliches Interesse am Einschreiten.

**Beispiel:** A führt seinen Hund täglich im Bürgerpark aus und lässt ihn dabei dessen „Geschäfte“ auf dem nahe gelegenen öffentlichen Kinderspielplatz verrichten. Polizist P weist A an, den Hundekot zu beseitigen.

Zwar droht durch die Hundeexkremente nicht zwingend eine schwere Gesundheitsgefahr für die Kinder. Aufgrund des Einzugsgebiets des Spielplatzes sind aber eine unbestimmte Zahl von Kindern und damit die Öffentlichkeit betroffen. Das Subsidiaritätsprin-

<sup>64</sup> Da in derartigen Fällen zivilgerichtlicher Schutz trotz der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung zu spät käme, wäre auch schon aus diesem Grund ein Einschreiten möglich.

<sup>65</sup> Kingreen/Poscher, POR, § 5 Rn 44a unter Bezugnahme auf Gusy, VerwArch 2001, 344, 366.

<sup>66</sup> Vgl. Kingreen/Poscher, POR, § 5 Rn 44b.

zip steht daher der Verfügung des P nicht entgegen (diese wäre auch im Übrigen rechtmäßig).<sup>67</sup>

Schließlich greift das Subsidiaritätsprinzip nicht, wenn dem betroffenen privaten Recht in seiner Wertigkeit ein gesteigerter Rang zukommt und **schwere Schäden** drohen. So haben insbesondere die Grundrechte durch den ihnen innewohnenden **staatlichen Schutzauftrag** (was v.a. für Art. 2 II S. 1 GG zutrifft) maßgeblichen Einfluss.<sup>68</sup>

74

**Beispiel:** Während einer Streifenfahrt an einem Samstagabend entdeckt die Polizei den S, der gerade im Begriff ist, sich von einer Brücke zu stürzen. Als er sich weigert, Hilfe entgegenzunehmen, nimmt ihn die Polizei unter Widerstand mit auf die Dienststelle (polizeiliche Ingewahrsamnahme in Form des Schutz- bzw. Verhinderungsgewahrsams).

Mit Blick auf die *Ingewahrsamnahme* liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 II S. 2 GG) vor. In der *Suizidverhinderung* könnte zunächst ein Eingriff in Art. 2 II S. 1 Var. 1 GG vorliegen. Das würde aber voraussetzen, dass der Freitod durch das Grundrecht auf Leben geschützt ist. Nach insoweit zutreffender h.M. ist das nicht der Fall. Auf Basis der (bisherigen) h.M. liegt aber ein Eingriff in die von Art. 2 I GG geschützte allgemeine Verhaltensfreiheit vor. Auch das ist abzulehnen. Vielmehr ist von einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG auszugehen, da die Entscheidung über den Freitod (also die Entscheidung, wie und zu welchem Zeitpunkt das eigene Leben beendet werden soll) einen Kernaspekt des von Menschenwürde geprägten Selbstbestimmungsrechts ausmacht.<sup>69</sup>

Was die Frage nach der Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG betrifft, haben auch das BVerwG und der BGH – und nunmehr auch das BVerfG – anerkannt, dass sich der Staat nicht über das Selbstbestimmungsrecht hinwegsetzen darf, solange die betreffende Person zur freien Willensbildung in der Lage ist.<sup>70</sup> Unterstellt man also die Entscheidung, wie und zu welchem Zeitpunkt das eigene Leben beendet werden soll, dem Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG und ist die betreffende Person erkennbar (noch) in der Lage, einen freien Willen zu bilden, könnte eine Suizidverhinderung zur Folge haben, dass sie gegen das Selbstbestimmungsrecht verstößt und rechtswidrig ist.

Jedoch ist über den in Art. 2 I GG genannten Gesetzesvorbehalt (der auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht Anwendung findet) der staatliche Schutzauftrag aus Art. 2 II S. 1 GG<sup>71</sup> heranzuziehen und danach zu fragen, ob dieser den Staat und seine Organe verpflichtet, notfalls auch gegen den (natürlichen) Willen des Betroffenen einzuschreiten und dessen Leben und Gesundheit zu wahren. Nach der hier vertretenen Auffassung ist (unabhängig davon, ob man Art. 2 I i.V.m. 1 I GG oder „nur“ Art. 2 I GG heranzieht) danach zu fragen, ob die Entscheidung über den Freitod selbstbestimmt und eigenverantwortlich oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand getroffen wurde. Nur bei der Annahme von Letzterem ist eine Suizidverhinde-

<sup>67</sup> Würde P gegenüber A dagegen die Verpflichtung aussprechen, dass dieser in Zukunft den Hund vom Spielplatz fernhalten solle, wäre die Eilfallkompetenz des P nicht gegeben. Die Verfügung wäre dann formell rechtswidrig.

<sup>68</sup> Enger *Schoch*, Jura 2013, 469, 470.

<sup>69</sup> So auch BVerwG NJW 2017, 2215, 2217 sowie BGH MDR 2017, 947 f. Dem hat sich nun auch das BVerfG angeschlossen (BVerfG NJW 2020, 905, 906 ff. (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung); BVerfG NJW 2021, 1086, 1087 (Recht auf Suizid, aber – vorerst – kein Recht auf Bereitstellung von Suizidmitteln).

<sup>70</sup> BVerwG NJW 2017, 2215, 2216 f.; BGH MDR 2017, 947 f. Während sich das BVerwG mit der Frage nach dem Zugang zu einem Betäubungsmittel, das eine schmerzlose Selbsttötung ermöglicht, befasste und entschied, dass er in extremen Ausnahmesituationen nicht verwehrt werden dürfe, erging die BGH-Entscheidung in Bezug auf eine Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts im Betreuungsrecht (§ 1903 BGB). Jedoch hat auch der BGH diese Aussage allgemein formuliert, was die Übertragbarkeit impliziert. Eindeutig aber BVerfG NJW 2020, 905, 906 ff. (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung); BVerfG NJW 2021, 1086, 1087 (Recht auf Suizid, aber – vorerst – kein Recht auf Bereitstellung von Suizidmitteln).

<sup>71</sup> Dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 301 ff.

nung rechtmäßig, wobei man den Polizei- und Rettungskräften eine Einschätzungsprärogative zubilligen muss.<sup>72</sup>

Das gilt dann auch für die Frage nach der Rechtfertigung des Eingriffs in die Freiheit der Person.

Ergebnis: Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war die Ingewahrsamnahme des S zu seinem Schutz vor einer Gefahr für sein Leben gerechtfertigt.

- 74a** Kommt ein Einschreiten zugunsten privater Interessen in Betracht, steht die Entscheidung, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, im pflichtgemäßen **Ermessen** der Behörde. Um das Subsidiaritätsprinzip jedoch nicht zu unterlaufen, darf es sich grundsätzlich nur um vorläufige Maßnahmen handeln. Daher wird sich die Polizei i.d.R. auf die Identitätsfeststellung des Schädigers, die Ingewahrsamnahme bei zulässiger Festnahme und Vorführung einer Person oder die Ingewahrsamnahme entlaufener Minderjähriger, auf einen Platzverweis sowie auf die Sicherstellung zum Schutz des Eigentums beschränken. Selbstverständlich darf die Polizei diese Maßnahmen nur ergreifen, wenn auch die **Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Befugnisnorm** vorliegen. Insbesondere befragen die Aufgabenzuweisungsnormen nicht zu Maßnahmen, die mit (Grund-)Rechtseingriffen verbunden sind (Rn 60 ff.).
- 75** Im Übrigen gelten die aufgezeigten Grundsätze auch für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. So hat ein geschädigter Verkehrsteilnehmer keinen Anspruch auf polizeiliche Hilfe bei seiner zivilrechtlichen Beweissicherung. Zwar haben die Polizeibehörden im öffentlichen Interesse liegende Straftaten und ahndungsbedürftige Ordnungswidrigkeiten zu verfolgen, zu ihrem Aufgabenbereich gehören jedoch nicht die Erhebung oder Sicherung von Beweisen, die (ausschließlich) der zivilrechtlichen Anspruchssicherung dienen.

**Beispiel:** O kollidiert mit seinem Wagen mit dem des T, weil dieser die Vorfahrt missachtet hat. Er ruft die Polizei, die den Unfall jedoch nur unzureichend aufnimmt. Später vor Gericht unterliegt O jedoch, weil er nicht beweisen kann, dass T den Unfall verursacht hat. Daher erhebt er Amtshaftungsklage gegen den Träger der Polizeibehörde und rügt, die Polizei habe keine Fotoaufnahmen gefertigt, nicht genügend nach Zeugen geforscht bzw. nicht alle Zeugen vernommen, nicht alle Unfallspuren ausreichend gesichert und die Unfallstelle nicht maßstabsgerecht vermessen.

In diesem Fall ist auch die Amtshaftungsklage unbegründet, weil durch die gegenteilige Annahme die Stellung der Polizeibehörde insbesondere bei der Aufklärung von Verkehrsordnungswidrigkeiten verkannt würde. Insbesondere bei Ordnungswidrigkeiten sind die Polizeibehörden nicht verpflichtet, außer Verhältnis stehenden Verwaltungsaufwand zu betreiben (Opportunitätsprinzip, vgl. § 47 I OWiG<sup>73</sup>). Bei der Beantwortung der Frage, wann der Verwaltungsaufwand außer Verhältnis steht, kommt es nicht auf die Schadenshöhe an. Denn auch Fälle mit großem Sachschaden können durchaus auf geringfügigen Verkehrsverstößen beruhen. Daraus folgt: Der Umfang der polizeilichen Unfallaufnahme kann nicht durch die Schadenshöhe, sondern nur durch Schwere und Bedeutung des zugrunde liegenden Verkehrsverstößes bestimmt werden.

---

<sup>72</sup> Selbstverständlich muss die Polizei den Suizid stets verhindern, wenn anderenfalls das Leben Unbeteiligter gefährdet würde, etwa weil der Suizidwillinge möglicherweise „andere mit in den Tod reißen“ würde (Beispiele: Falschfahren auf der Autobahn; Sprung von einer Autobahnbrücke; vor einen Lkw springen etc.).

<sup>73</sup> Gemäß § 47 I OWiG liegt die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde. Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen. Etwas anderes gilt für den Bereich der *Strafverfolgung*. Hier besteht ein Opportunitätsprinzip nur hinsichtlich Bagatelldelikte (vgl. §§ 153 ff. StPO) und stehen dem Gericht und der Staatsanwaltschaft, nicht auch der Polizei zu (vgl. § 163 I StPO, wonach die Polizei Straftaten zumindest dann zu erforschen *hat*, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung haben könnte). Vgl. dazu ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafProzR, Rn 94 ff.

## J. Vollzugshilfe

Gemäß den Bestimmungen der Polizeigesetze leistet der Polizeivollzugsdienst anderen Behörden **Vollzugshilfe**.<sup>74</sup> Mit Vollzugshilfe ist eine besondere Form der Amtshilfe gemeint, die bereits wegen Art. 35 I GG besteht. Hinsichtlich Art, Umfang und Ausmaß der zu leistenden Vollzugshilfe enthalten die Polizeigesetze eine Konkretisierung. Sie verstehen (in Übereinstimmung mit den §§ 25 ff. MEPolG) unter Vollzugshilfe den durch die Polizei anzuwendenden unmittelbaren Zwang auf Ersuchen anderer Behörden zur Durchsetzung der von diesen getroffenen Maßnahmen. Daraus folgt zugleich der prinzipielle Anwendungsbereich der Vollzugshilfe: Diese kommt auf Ersuchen einer anderen Behörde i.d.R. dann zustande, wenn die ersuchende Behörde nicht in der Lage ist, unmittelbaren Zwang bzw. eine Vollzugshandlung vorzunehmen, und die angeforderte Vollzugspolizei um Durchführung bittet.

76

**Beispiel:** Die Gewerbeaufsichtsbehörde (hier: Gaststättenbehörde) sieht sich wegen wiederholten Verstoßes des Gastronomen G gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften gehalten, die Gaststätte zu schließen. Sie erlässt (nach vorherigem, für sofort vollziehbar erklärtem Widerruf der Gaststättenerlaubnis gem. § 15 II GastG i.V.m. § 4 I S. 1 Nr. 1 GastG i.V.m. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO) gem. § 31 GastG i.V.m. § 15 II S. 1 GewO eine entsprechende Schließungsverfügung. Weil G die Schließungsverfügung jedoch nicht beachtet, bittet die Gaststättenbehörde die Vollzugspolizei, die Eingänge der Gaststätte zu versiegeln.

Hier liegt ein Fall von Vollzugshilfe vor, sofern man davon ausgeht, dass das Versiegeln einer Eingangstür unmittelbaren Zwang (und keine Ersatzvornahme) darstellt. Siehe auch das Beispiel bei Rn 84.

Die **Rechtsnatur** der Vollzugshilfe ist unklar. Zwar mag die Vollzugshilfe leistende Vollzugspolizei eigenständige Aufgaben übernehmen, damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass sie *eigene* Aufgaben erfüllt. Geht man vom Wortlaut der polizeigesetzlichen Bestimmungen über die Vollzugshilfe aus, wonach die Vollzugspolizei nur für die Art und Weise der Durchführung der Vollzugshilfe verantwortlich ist, wird klar, dass sie letztlich *fremde* Aufgaben erfüllt. Wichtig ist diese Erkenntnis für die (staatshaftungsrechtliche) Verantwortlichkeit. Denn nach der (herrschenden) Anvertrauens- (auch Amtsübertragungstheorie genannt)<sup>75</sup> haftet die Behörde, die dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung begangen wurde, „anvertraut“ bzw. „übertragen“ hat.

77

**Beispiel:** Polizeibeamte sind Landesbeamte, da das Gefahrenabwehrrecht Landesrecht ist. Erleidet also jemand in der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH) durch ein rechtswidriges Handeln der Polizei einen Schaden, ist Gegner eines Amtshaftungsprozesses die FHH, da die Polizeibeamten im Dienst des Landes stehen (insoweit lediglich klarstellend §§ 106 ff. HmbBG). Leistet die FHH dagegen dem Land Niedersachsen dadurch Amts- bzw. Vollzugshilfe, dass sie Polizeibeamte nach Niedersachsen schickt, um die dort eingesetzte Polizei bei einer „Klima-Demonstration“ zu unterstützen, ist bei einem Fehlverhalten von Polizisten der FHH (z.B. unverhältnismäßiger Zwangseinsatz) Klagegegner das Land Niedersachsen, auch wenn die rechtswidrigen Handlungen durch Polizisten der FHH begangen wurden.

<sup>74</sup> Vgl. §§ 25-27 MEPolG; Bund: § 63 BPolG; Bay: Art. 2 III, 67-69 PAG; BW: § 105 V PolG; Berl: §§ 1 V, 52-54 ASOG; Brand: §§ 1 III, 50-52 PolG; Brem: §§ 1 III, 97-99 PolG; Hamb: §§ 30, 30a u. b SOG; Hess: §§ 1 V, 44-46 SOG; Meck-Vor: §§ 7 II, 82a ff. SOG; Nds: §§ 1 IV, 51-53 POG; NW: §§ 1 III, 47-49 PolG, § 2 OBG; RhLPf: §§ 1 IV, 111-113 POG; Saar: §§ 1 IV, 41-43 PolG; Sachs: §§ 37-38 PVDG; SachsAnh: §§ 2 III, 50-52 SOG; SchlHolst: § 168 II Nr. 1 LVwG; Thür: §§ 2 III, 48-50 PAG, § 3 II OBG.

<sup>75</sup> Vgl. R. Schmidt, AllgVerwR, Rn 1112; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1065, 1067; BGHZ 53, 217, 218 f.; 99, 326, 330; BGH NVwZ 1994, 823; Bull/Mehde, AllgVerwR, § 21 Rn 1066; Schlick, NJW 2011, 3341, 3342.

- 78 Soweit sich der Betroffene also gegen die zu vollziehende bzw. vollzogene Maßnahme wendet, hat er gegen den Träger der ersuchenden Behörde vorzugehen; beanstandet er dagegen (lediglich) die Art und Weise der Durchführung der Maßnahme, haben sich seine Rechtsbehelfe gegen den Träger der Polizei zu richten, dessen Beamte das Unrecht begangen haben.

**Beispiel:** Unterstellt, dass der im obigen Beispiel durchgeführte Zwang als solcher rechtmäßig wäre, die Beamten der FHH jedoch bei der Anwendung gegen zwingende Verfahrensvorschriften verstießen, wäre Klagegegner die FHH. Hingegen könnten gegen die FHH gerichtete Rechtsbehelfe nicht darauf gestützt werden, dass der Polizeieinsatz als solcher rechtswidrig gewesen sei. Eine solche Klage wäre an das Land Niedersachsen zu richten.

- 79 Die Vollzugshilfe weist Parallelen zu der in §§ 4 ff. VwVfG geregelten **Amtshilfe** auf. Beiden gemeinsam ist, dass sie ausscheiden, wenn ohnehin schon Weisungsbefugnisse der ersuchenden Behörde gegenüber der sonst für die Vollzugs- oder Amtshilfe kompetenten Polizei bestehen (§ 4 II Nr. 1 VwVfG). Das ist z.B. beim Weisungsrecht des Innenministers gegenüber den Polizeidienststellen der Fall. Weiterhin liegen Vollzugs- und Amtshilfe nicht vor, wenn die Hilfeleistung in Handlungen besteht, die der ersuchten Behörde als eigene Aufgaben obliegen (§ 4 II Nr. 2 VwVfG). Das ist z.B. der Fall, wenn die polizeiliche Ermittlungstätigkeit auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Strafverfolgung nach § 161 StPO erfolgt.
- 80 Im Übrigen sind die Vorschriften der §§ 4 ff. VwVfG subsidiär. Sie greifen bei der Vollzugshilfe, soweit die Vorschriften des Polizeigesetzes keine Regelung enthalten. Danach haben alle Verwaltungsbehörden die Pflicht, allgemeine Amtshilfe zu leisten. Diese kann in verwaltungsinternen Maßnahmen, aber auch in Handlungen mit Außenwirkung bestehen.
- 81 Im Rahmen der von den Polizeibehörden zu leistenden **Justizhilfe** werden die allgemeinen Vorschriften der Polizeigesetze von folgenden speziellen Vorschriften verdrängt: § 51 I S. 3, § 134, § 161a II S. 1, § 163a III S. 1 StPO, § 372a II S. 2, § 380 II, § 758 III, § 759 ZPO, § 128 IV FamFG. Justizhilfe ist zu leisten, soweit nicht Bedienstete der Gerichte und Staats-(Amts-)anwaltschaften tätig werden.

**Beispiel:** T ist wegen Vergewaltigung junger Frauen in 20 Fällen angeklagt und sitzt in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt (JVA). Am Tag der Hauptverhandlung hat sich eine große Zahl von Personen vor dem Gerichtsgebäude versammelt. Die Teilnehmer demonstrieren für die Einführung der Todesstrafe. Einige haben sogar Selbstjustiz angekündigt. Um T unbeschadet aus dem Gerichtsgebäude zurück in die JVA zu verbringen, bittet die Justizverwaltung daher um Vollzugs- bzw. Amtshilfe und fordert Beamte des Polizeivollzugsdienstes an. Diese sichern und begleiten den Transport.

Hier richtet sich die Vollzugs- bzw. Amtshilfe nach den Vorschriften des Polizeigesetzes, ggf. i.V.m. §§ 4 ff. VwVfG. Spezielle Vorschriften (aus der StPO) sind nicht ersichtlich.

- 82 Zu unterscheiden ist die Vollzugshilfe auch von polizeilichen Schutzgewährleistungen für Vollstreckungshandlungen anderer Behörden (Beispiel: Schutz des Gerichtsvollziehers bei der Vornahme einer Vollstreckungshandlung) und polizeilichen Maßnahmen des ersten Zugriffs, bei denen die Polizei im Eilfall für andere – eigentlich zuständige – Behörden handelt (dazu auch sogleich Rn 84).
- 83 Kein Fall der Vollzugshilfe liegt auch vor, wenn die Polizei reine Hilfstätigkeiten für andere Behörden vornimmt, z.B. Botendienste oder den Einzug von Gebühren.

## K. Übertragung von Aufgaben und Befugnissen durch andere Rechtsvorschriften

84

Schließlich erklären die Brückenvorschriften bzw. Aufgabenzuweisungsnormen der Polizeigesetze<sup>76</sup> die Polizei auch hinsichtlich Aufgaben außerhalb des Polizeigesetzes für zuständig. Sie beziehen sich sogar auf die Übernahme von Aufgaben außerhalb des Gefahrenabwehrrechts, denn der staatliche Schutzauftrag kann sich nicht auf Gefahrenabwehr beschränken, sondern muss sich auch auf Strafverfolgung und Ordnungswidrigkeitenahndung erstrecken. Maßgeblich ist allein, dass eine **Rechtsvorschrift** besteht, die der Polizei eine bestimmte Aufgabe bzw. Befugnis überträgt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine Bundes- oder Landesvorschrift, um ein formelles Gesetz, eine Rechtsverordnung oder eine Satzung handelt.

Rechtsvorschriften des Bundes, die der Polizei bestimmte Aufgaben bzw. Befugnisse übertragen, sind z.B. §§ 12, 13, 18, 19 VersG; § 131 II, § 158 I S. 1, § 159 I, §§ 161, 163 StPO; § 53 I S. 1 OWiG; § 167 GVG; § 152 GVG i.V.m. §§ 161 StPO und 53 II OWiG; § 758 II, § 759 ZPO; § 33 II, § 379 I FamFG; § 60a II S. 2 GewO, §§ 60c I, § 60d GewO i.V.m. den Zuständigkeitsbestimmungen des jeweiligen Landes; § 36, § 44 II StVO; §§ 38 ff. LFGB (i.V.m. den Ausführungsgesetzen der Länder), § 19 I, § 19 II i.V.m. § 16 sowie § 59 III Nr. 1 AsylG, §§ 16, 17 InfSchG (sofern die Polizei „zuständige Behörde“ ist, anderenfalls leistet sie der zuständigen Behörde Vollzugs- bzw. Amtshilfe – dazu Rn 76 ff.).

**Beispiel:** Die in der Stadt S geplante Frühjahrsbörse der „Terraristika“ wurde aufgrund des sich ausbreitenden Coronavirus vom Veranstalter abgesagt. Hintergrund ist die Empfehlung der WHO (Weltgesundheitsorganisation), größere Menschenansammlungen zu meiden und gute Hygienestandards zu beachten. So wurden bereits auch andere Großveranstaltungen abgesagt. Da sich jedoch etliche Halter von Schlangen, Echsen und anderen Reptilien auf den Verkauf ihrer Tiere eingestellt hatten, befürchtet die Gesundheitsbehörde des Landes – auch aufgrund entsprechender Hinweise, die sie aus Internetforen gewonnen hat –, dass Aussteller und Besucher, die beabsichtigt hatten, zur „Terraristika“ zu reisen, um dort Tiere zu übergeben oder zu übernehmen, dennoch an dem betreffenden Tag nach S reisen, um dort Tiere auf bzw. in Parkplätzen, Autobahnabfahrten, Restaurants, Cafés und ähnlichen ungeeigneten Orten zu übergeben bzw. zu übernehmen.

Um diesen Aktivitäten zu begegnen, haben die Eigentümer/Mieter des Messegeländes sämtliche Parkplätze auf dem Gelände geschlossen und Einfahrtkontrollen angekündigt. Zudem hat die Stadt S angekündigt, dass im gesamten Stadtgebiet und insgesamt im Umfeld des Messegeländes Mitarbeiter unterwegs seien, um – auch in Polizeibegleitung – Kontrollen durchzuführen.

In diesem Fall stützen sich Kontrollmaßnahmen der Gesundheitsbehörde auf §§ 16, 17 InfSchG. Die Polizei leistet Vollzugs- bzw. Amtshilfe nach Maßgabe des Polizeigesetzes. Zudem kann die Polizei auch originär im Rahmen ihrer Eilfallkompetenz Gefahrenabwehrmaßnahmen nach Maßgabe des Polizeigesetzes durchführen wie etwa Personenkontrollen, Durchsuchungen (von Ladeflächen und Kofferräumen) und Platzverweise. Anlasstatbestände für derartige polizeiliche Maßnahmen sind Gefahren für die öffentliche Sicherheit (hier: Leben und Gesundheit von Menschen)<sup>77</sup>, die mit der Ausbreitung des Virus und der damit einhergehenden Infektionsgefahr begründet sind. Sollten (aufgrund unsachgemäßer Vorgehensweise bei der Haltung und Übergabe der Tiere) auch

<sup>76</sup> Siehe etwa die Brückenvorschriften in Art. 2 IV BayPAG, § 1 II HessSOG und § 1 V NPOG. Sollte es in einem Bundesland eine solche Brückenvorschrift bzw. Aufgabenzuweisungsnorm im Polizeigesetz nicht geben, wird die Aufgabenzuweisung in dem entsprechenden Ausführungsgesetz, das das Land hinsichtlich der Ausführung des Fachgesetzes erlassen hat, normiert sein. Sollte auch dies nicht der Fall sein, greifen allgemeine Rechtsgrundsätze.

<sup>77</sup> Zur Gefahr und zur öffentlichen Sicherheit, die einer polizeilichen Gefahrenabwehrmaßnahme zugrunde liegen müssen, siehe Rn 626 ff.

Verstöße gegen das Tierschutzgesetz im Raum stehen, würden polizeiliche Maßnahmen auch daran anknüpfen. Denn Rechtsverstöße betreffen die öffentliche Sicherheit.

## I. Aufgabe der Strafverfolgung

- 85 Gemäß Art. 74 I Nr. 1 GG sind das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz zugeordnet. Der Bund hat von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und das StGB und die StPO erlassen. Die **Strafverfolgung**<sup>78</sup> ist demnach also Bundesrecht. Der Bundesgesetzgeber hat mit **§ 163 I S. 1 StPO** angeordnet, dass die Behörden und Beamten des Polizeidienstes Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen haben, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Damit hat die Polizei also ihren zweiten großen Aufgabenbereich zugeordnet bekommen: die Strafverfolgung.
- 86 § 163 I S. 1 StPO stellt allerdings keine Eingriffsgrundlage für die Polizei, sondern ausschließlich eine **Aufgabenzuweisungsnorm** dar und statuiert den sog. Strafverfolgungszwang (Legalitätsprinzip – dazu Rn 87/708). Möchte die Polizei in Grundrechte eingreifen, bedarf sie dazu separater Rechtsgrundlagen. Nur diese werden dem Gesetzesvorbehalt (Art. 20 III GG) gerecht. Beamte des Polizeidienstes, insbesondere diejenigen, die zu Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft bestellt sind (§ 152 GVG – dazu sogleich Rn 86a), können nur nach den für sie geltenden Rechtsgrundlagen der StPO Beschlagnahmungen, Durchsuchungen, Untersuchungen und sonstige Maßnahmen treffen. Dabei ist – ähnlich den Polizeigesetzen – zwischen der (subsidiären) Befugnisgeneralklausel und den Standardmaßnahmen (im Strafprozessrecht spricht man allerdings von „Zwangsmaßnahmen“) zu unterscheiden. Die (subsidiäre) **Generalklausel** bildet § 163 I S. 2 StPO, wonach die Behörden und Beamten des Polizeidienstes im Rahmen des ihnen nach § 163 I S. 1 StPO eingeräumten Aufgabenbereichs befugt sind, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch die Auskunft zu verlangen, sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen, soweit nicht andere (also spezielle) gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln.

Solche anderen (und speziellen) besonderen Vorschriften sind die in der StPO geregelten (Zwangs-)Maßnahmen wie z.B. die körperliche Untersuchung nach § 81a, die DNA-Analyse nach § 81e, die akustische Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“) nach § 100c, die Überwachung der Telekommunikation nach §§ 100a I S. 1, die Online-Durchsuchung von Computern nach § 100b I, die Quellen-Telekommunikationsüberwachung nach § 100a I S. 2<sup>79</sup>, die Identitätsfeststellung nach § 163b, die vorläufige Festnahme nach § 127, die Durchsuchung von Personen oder Sachen nach § 102, die Sicherstellung von Sachen nach § 94 etc.

- 86a Ob die genannten strafprozessualen Befugnisse allen Polizeibeamten zustehen oder nur denjenigen, die zu Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft bestimmt worden sind, lässt sich nicht generell sagen, sondern hängt von der konkreten Maßnahme ab: So stehen etwa die §§ 81b, 127 II StPO sämtlichen Polizeibeamten zur Verfügung, wohingegen bestimmte Maßnahmen nach §§ 81a I<sup>80</sup>, 81c V, 98 I S. 1 und 105 I S. 1 StPO mitunter nur von Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft getroffen werden

<sup>78</sup> Hinsichtlich **Ordnungswidrigkeiten** vgl. Rn 97 ff.

<sup>79</sup> Die Online-Durchsuchung und die Quellen-TKÜ sind durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017 (siehe BGBl I 2017, S. 3202) in die StPO aufgenommen worden, vgl. dazu im Einzelnen Rn 308 ff. und Rn 308t ff.

<sup>80</sup> Zwar besteht hinsichtlich § 81a StPO mit Inkrafttreten des soeben genannten Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens unter den in § 81a II S. 2 StPO genannten Voraussetzungen kein Richtervorbehalt mehr (und damit nicht die Begrenzung auf Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, wenn es um Maßnahmen bei Gefahr im Verzug geht), das betrifft aber lediglich die Blutprobenentnahme, nicht (generell) die körperlichen Eingriffe und auch nicht die körperliche Untersuchung.

dürfen. Wer Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft ist, wird gem. § 152 II S. 1 GVG durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen bestimmt.

## 1. Doppelfunktionalität der Polizei

Da die Polizei sowohl für die Gefahrenabwehr als auch für die Strafverfolgung, sozusagen „doppelfunktional“, zuständig ist, spricht man folgerichtig von „Doppelfunktionalität der Polizei“. Das kann im Einzelfall, in dem nicht klar ist, ob die Polizei Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung betreibt, eine **Abgrenzung** erforderlich machen, zumal sich Strafverfolgung und Gefahrenabwehr in vielfacher Hinsicht unterscheiden:

87

- Unterschiede bestehen zunächst aus rechtsdogmatischer und **kompetenzieller** Sicht: Während die Gefahrenabwehr gem. Art. 30, 70 I GG eine Aufgabe der Bundesländer darstellt, sind die Strafverfolgung und die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten gem. Art. 72, 73 Nr. 10, 74 I Nr. 1 GG der Bundeskompetenz zugeordnet. Der Bundesgesetzgeber hat hiervon (abschließend) Gebrauch gemacht und neben dem StGB und der StPO das OWiG erlassen. Eine Ergänzung der Befugnisse zur Strafverfolgung/Ordnungswidrigkeitenahndung durch den Landesgesetzgeber scheidet also grds. aus.
- Des Weiteren bestehen Unterschiede bei den **Eingriffsvoraussetzungen**, die den einzelnen **Befugnisnormen** zu entnehmen sind, sowie bei der **Rechtswegzuweisung**: Während sich der Rechtsschutz gegen Gefahrenabwehrmaßnahmen der Polizei nach den §§ 40 ff. VwGO richtet, sind gegen Maßnahmen der Strafverfolgung und der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten grds. die §§ 23 ff. EGGVG bzw. § 98 II S. 2 StPO (analog) bzw. § 101 VII StPO maßgeblich; in diesem Fall ist der Verwaltungsrechtsweg gesperrt und es sind die ordentlichen Gerichte (vgl. § 12 GVG: Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und Bundesgerichtshof) zuständig (§ 40 I S. 1 Halbs. 2 VwGO: anderweitige Rechtswegzuweisung). Bei der mit den Aufgaben der Strafverfolgung und der Ordnungswidrigkeitenahndung betrauten Polizei (vgl. in Bezug auf Straftaten: Kriminalpolizei) handelt es sich nämlich – obwohl sie organisatorisch den Innenministerien zugeordnet ist – um eine Justizbehörde i.S.d. § 23 EGGVG, da sie funktionell Justizaufgaben (Strafrechtspflege) wahrnimmt und der Begriff der Justizbehörde funktionell zu verstehen ist.<sup>81</sup>
- Zu beachten ist auch, dass sich das **Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft** nur auf strafprozessuale Maßnahmen bezieht (vgl. § 161 I S. 2 StPO, § 152 GVG). Gäbe also z.B. ein Staatsanwalt im Rahmen einer Geiselnahme dem Sonderkommando der Polizei die Weisung, zur Befreiung der Geisel einen tödlichen Rettungsschuss abzugeben, wäre diese Weisung rechtswidrig, weil sich das Weisungsrecht nicht auf die Gefahrenabwehr erstreckt.
- Schließlich ist zu beachten, dass im Gefahrenabwehrrecht (aber auch im Ordnungswidrigkeitenrecht) das **Opportunitätsprinzip** gilt (vgl. etwa § 47 I OWiG: „Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten liegt im pflichtgemäßen Ermessen“ und „Solange das Verfahren bei ihr anhängig ist, kann sie es einstellen“ oder § 3 I HmbSOG: Gefahrenabwehr nach pflichtgemäßem Ermessen), wohingegen im Strafprozessrecht grundsätzlich das **Legalitätsprinzip** (vgl. §§ 152 II, 160, 161, 163 I StPO) Anwendung findet, also ein Strafverfolgungszwang besteht.<sup>82</sup>

Die Notwendigkeit einer Abgrenzung stellt sich immer dann, wenn ein Sachverhalt zugleich eine Gefahrenlage *und* den Verdacht einer Straftat enthält. Denn dann ist unklar, ob die Maßnahme der Polizei, die auf diesen Sachverhalt reagiert, der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung dient; sie (d.h. die Maßnahme) kann „doppelfunktional“ sein (allgemeine Auffassung).

<sup>81</sup> Schenke, POR, Rn 29 ff./476; ders, NJW 2011, 2838, 2839 ff.

<sup>82</sup> Zu den Begriffen vgl. Rn 706 ff.

## 2. Kapitel

### Prüfung einer Gefahrenabwehrmaßnahme

Das Polizei- und Ordnungsrecht kann in Übungs- und Examensklausuren auf verschiedenen Ebenen zu prüfen sein:

#### A. Problemkreise/Ebenen der Prüfung

Zunächst kann es um die Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme gehen. Erfüllt die Maßnahme die Merkmale des § 35 VwVfG, handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Man spricht von einer **Gefahrenabwehrverfügung**. 103

**Beispiel:** Wegen lautstarker Partymusik aus der Nachbarwohnung ist die Polizei bereits dreimal in dieser Nacht herbeigerufen worden. Als sich Gastgeber und Gäste auch diesmal uneinsichtig zeigen und bei ihrer Auffassung bleiben, es sei ihr gutes Recht, „mal so richtig durchzufeiern“, betreten die Beamten die Wohnung und stellen die Stereoanlage sicher. Dem Gastgeber teilen sie mit, dieser könne seine Anlage am nächsten Morgen bei der Polizeiwache wieder abholen.

Bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen (im vorliegenden Beispiel der Wohnungsbetretung und der Sicherstellung der Stereoanlage) steht regelmäßig die Frage nach dem Primärrechtsschutz (= Abwehr) des Bürgers im Vordergrund. Es ist also eine **Rechtsgrundlage** erforderlich, die zudem rechtsfehlerfrei angewendet werden muss, d.h. die Polizei muss die **Tatbestandsvoraussetzungen** einhalten, **ermessensfehlerfrei** handeln und den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** beachten (vgl. Rn 729 ff.).

In **prozessualer** Hinsicht kommt eine Anfechtungsklage (§ 42 I VwGO) in Betracht. Da die Rechtswirkungen der Maßnahme zum Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsbehelfs in aller Regel jedoch bereits eingetreten sind, die Maßnahme sich also erledigt haben wird, bietet Primärrechtsschutz die **erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 I S. 4 VwGO analog), wenn das Klägerbegehren auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Verfügung rechtswidrig gewesen sei, etwa weil ein Rehabilitationsinteresse (ideelles Interesse), ein rechtliches Interesse (zur Vermeidung einer Wiederholung) oder ein wirtschaftliches Interesse (zur Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schadensersatzprozesses) besteht (vgl. Rn 108 ff. sowie *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 415, 501).

Ferner kann auch eine **Gefahrenabwehrverordnung** (sog. Polizeiverordnung = Rechtsverordnung) zu prüfen sein. Prozessual ist zumeist die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle (§ 47 VwGO) einschlägig (vgl. Rn 873 sowie *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 512 ff.).

Auf einer zweiten Ebene können Maßnahmen in der **Verwaltungsvollstreckung** Gegenstand der Untersuchung sein. 104

**Beispiel:** Würde im obigen Beispiel sich der Gastgeber weigern, die Stereoanlage herauszugeben, könnte die Polizei Zwang anwenden und die Stereoanlage unter Überwindung von Widerstand an sich nehmen. Eine solche Maßnahme stellt sich rechtstechnisch als unmittelbarer Zwang dar, der aber – wegen der besonderen Grundrechtsrelevanz – zusätzlicher Rechtsgrundlagen bedarf (vgl. Rn 962 ff.).

Schließlich kann sich die Beantwortung der Frage nach der **Kostentragung** als problematisch erweisen. Geht es um einen Erstattungsanspruch der Behörde gegen den betroffenen Bürger, wird zumeist die Kostenerstattung nach einer rechtmäßigen Ersatzvornahme im Mittelpunkt stehen. Aber auch das umgekehrte Verhältnis, wenn der Bürger bspw. die Kosten einer (rechtmäßigen oder rechtswidrigen) Ersatzvornahme 105

zunächst begleicht, später aber aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit erstattet verlangt, kann klausurrelevant werden.<sup>146</sup> Auch sind Klausurkonstellationen denkbar, in denen es um Ersatzansprüche des Bürgers gegen den Staat geht, wenn also auf der Primärebene (Gefahrenabwehr) eine Abhilfe nicht oder nicht mehr möglich ist. Die Polizeigesetze der meisten Bundesländer enthalten eine spezialgesetzliche Regelung über Ersatzansprüche, sei es, dass die Gefahrenabwehrmaßnahmen *rechtmäßig* waren (gegenüber einem Nichtverantwortlichen), oder sei es, dass jemand durch eine *rechtswidrige* Maßnahme der Polizei einen Schaden erleidet.<sup>147</sup> Bei der letzteren Variante handelt es sich somit um einen spezialgesetzlich geregelten Fall des enteignungsgleichen Eingriffs.<sup>148</sup> Für diese Art der Ersatzleistungen ist regelmäßig trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters der ordentliche Rechtsweg gegeben (z.B. Art. 90 I BayPAG, § 86 NPOG). Im Folgenden werden diese Problemkreise ausführlich erläutert.

106

<b>Problemkreise des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts</b>
<p><b>(1) Rechtmäßigkeit einer <u>Gefahrenabwehrmaßnahme</u> – Erste Ebene polizeilichen Handelns</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Eingriffsermächtigung</b> (Rechtsgrundlage) für jede einzelne polizeiliche Maßnahme</li> <li>• <b>Formelle Rechtmäßigkeit</b> jeder einzelnen polizeilichen Maßnahme: Aufgabe und Zuständigkeit der Polizei; Einhaltung von Verfahrens- und Formvorschriften, ggf. Anhörung und Schriftform der Verfügung</li> <li>• <b>Materielle Rechtmäßigkeit</b> jeder einzelnen polizeilichen Maßnahme: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage (nur zu prüfen, wenn Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit bestehen)</li> <li>• <i>Voraussetzungen der Rechtsgrundlage</i> (insbesondere Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit)</li> <li>• Fehlerfreie <i>Ermessensbetätigung</i> (Einschreitermessen, Auswahlermessen, d.h. Ermessen bzgl. der Frage, ob eingeschritten werden soll bzw. muss, und Ermessen bzgl. der Festlegung des Mittels und – bei mehreren Verantwortlichen – der Auswahl des Verantwortlichen)</li> <li>• Verhältnismäßigkeit der Maßnahme</li> </ul> </li> </ul> <p><b>(2) Rechtmäßigkeit des <u>Verwaltungszwangs</u> (Verwaltungsvollstreckung) – Zweite Ebene polizeilichen Handelns</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Generelle Zulässigkeit des Verwaltungszwangs</li> <li>• Richtige Auswahl des konkreten Zwangsmittels</li> <li>• Im gestreckten Verfahren Androhung und ggf. Festsetzung des Zwangsmittels</li> <li>• Rechtsfehlerfreie Anwendung des Zwangsmittels</li> </ul> <p><b>(3) Fragen der <u>Kostentragung</u> – Dritte Ebene polizeilichen Handelns</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erstattung, Entschädigung, Ersatz</li> </ul>

<sup>146</sup> Vgl. dazu BVerwGE 102, 316 ff. sowie *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 13.

<sup>147</sup> Vgl. §§ 45 ff. MPEoLG; BW: §§ 100 ff. PolG; Brand: § 70 PolG; Bay: Art. 87 ff. PAG; Berl: §§ 59 ff. ASOG; Brem: §§ 117 ff. PolG; Hamb: § 10 III-V SOG; Hess: §§ 64 ff. SOG; MeckVor: §§ 72 ff. SOG; Nds: §§ 80 ff. SOG; NRW: § 67 PolG i.V.m. §§ 39 ff. OBG; RhIPfl: §§ 87 ff. POG; SchlHolst: §§ 221 ff. LVwG; Saar: §§ 68 ff. PolG; Sachs: §§ 47 ff. PVDG; SachsAnh: §§ 69 ff. SOG; Thür: §§ 68 ff. PAG.

<sup>148</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 1204 ff.

## B. Prüfungsschema in Bezug auf eine Gefahrenabwehrmaßnahme

Ist nach der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme gefragt, empfiehlt sich folgendes dreigliedriges<sup>149</sup> Prüfungsschema:

107

### Prüfung einer Gefahrenabwehrmaßnahme

Möglicher Obersatz:

Die Maßnahme der Polizei war rechtmäßig, wenn sie in formeller und materieller Hinsicht in rechtsfehlerfreier Anwendung einer Rechtsgrundlage erfolgte.

#### I. Rechtsgrundlage

1. Spezialbefugnis im Besonderen Gefahrenabwehrrecht (Rn 84 ff./114) oder
2. Spezialbefugnis im Polizei- und Ordnungsrecht (Rn 115 ff.) oder
3. polizei- und ordnungsrechtliche Befugnisgeneralklausel (Rn 600 ff.) und
4. keine Subsidiarität des Gefahrenabwehrrechts (Rn 68 ff.)

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. **Zuständigkeit** der handelnden Behörde (Rn 608 ff.) und
2. Ordnungsgemäßes **Verfahren** (Rn 618 ff.) und
3. Einhaltung der **Formvorschriften** (Rn 621 ff.)

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

##### 1. Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

- a. Schutzgut der öffentlichen Sicherheit
- b. subsidiär Schutzgut der öffentlichen Ordnung (nicht in allen Bundesländern)
- c. Gefahr für das Schutzgut (je nach Tatbestand konkrete oder abstrakte oder sogar qualifizierte Gefahr)
- d. Pflichtigkeit des in Anspruch Genommenen (Störer, Nichtstörer oder Jedermann)

##### 2. Rechtsfolge

- a. Einhaltung der **Ermessensgrenzen** (mögliche Fehler: Ermessensunterschreitung, Ermessens Fehlgebrauch, Ermessensüberschreitung):
  - Einschreitermessen (Frage, *ob* eingeschritten werden durfte oder musste)
  - Auswahlermessen (Frage, ob *Auswahl* des Adressaten und des Mittels ermessensfehlerfrei war)
- b. Keine Verstöße gegen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (soweit dieser nicht schon abschließend im Rahmen der Ermessensüberschreitung geprüft wurde) und (bei Verwaltungsakten) den **Bestimmtheitsgrundsatz**

Siehe im Übrigen das Schema bei Rn 627.

<sup>149</sup> Gelegentlich ist auch ein zweigliedriges Aufbauschema anzutreffen, das – traditionell begründet – lediglich die formelle und materielle Rechtmäßigkeit untergliedert. Die Rechtsgrundlage wird dabei lediglich bei der materiellen Rechtmäßigkeit genannt. Das zweigliedrige Schema leidet aber einer Schwäche: Oft kommen bestimmte formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (insbesondere einschlägige Verfahrensvorschriften) erst dann in den Blick, wenn die Rechtsgrundlage, d.h. das Gesetz, auf das die Maßnahme gestützt wird, feststeht. Für die Fallbearbeitung ist daher anzuraten, zunächst die Rechtsgrundlage zu benennen, um in einem zweiten Schritt die formellen (rechtsgrundlagenbezogenen) Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und in einem dritten Schritt die materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zu prüfen (vgl. dazu auch Rn 113 ff.).

## C. Rechtsschutz

- 108 Wie bei Rn 103 erwähnt, handelt es sich bei einer Gefahrenabwehrmaßnahme, die die Definitionsmerkmale des § 35 VwVfG erfüllt, um einen **Verwaltungsakt**, der für die Polizei- und Ordnungsbehörden das wichtigste Handlungsinstrument darstellt. Im Mittelpunkt steht der *befehlende* Verwaltungsakt (Rechtsbefehl zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen). Es kommt damit zur (kumulativen) Anwendbarkeit des allgemeinen Verwaltungsverfahrens, wodurch sich die Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme nicht nur nach dem Polizei- und Ordnungsrecht, sondern auch nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht richtet. Auch die Art des Rechtsschutzes (Anfechtungsklage, Fortsetzungsfeststellungsklage, Eilverfahren) wird durch das Vorliegen eines Verwaltungsakts bestimmt. Da sich der gefahrenabwehrrechtliche Verwaltungsakt aber in der Regel bereits vor Klageerhebung **erledigt** haben wird<sup>150</sup>, ist verwaltungsprozessual nicht die Anfechtungsklage, sondern die **Fortsetzungsfeststellungsklage** statthaft. Der Prüfungsaufbau orientiert sich dabei grds. an dem allgemein anerkannten Schema:

109

### Erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage in Bezug auf eine Gefahrenabwehrverfügung

#### A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

**I. Verwaltungsrechtsweg, §§ 40 I S. 1, 173 VwGO i.V.m. §§ 17a, b GVG<sup>151</sup>**

**II. Zuständigkeit des Gerichts, §§ 45 ff., 52, 83 VwGO/§§ 17a, b GVG**

**III. Statthafte Klageart: erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage**

⇒ „Vorherige“ Erledigung des Verwaltungsakts, d.h. Erledigung ist i.d.R. bereits vor Klageerhebung eingetreten

**IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog**

**V. Widerspruchsverfahren, §§ 68 ff. VwGO**

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die vorherige Durchführung eines Widerspruchsverfahrens nicht erforderlich (und auch nicht statthaft).

**VI. Frist**

Wenn man die erweiterte (nicht die „normale“!) Fortsetzungsfeststellungsklage dem Bereich der Feststellungsklagen zuordnet, ist das Erfordernis der Einhaltung einer Klagfrist analog den Vorschriften über die Anfechtungsklage weder terminologisch noch dogmatisch überzeugend. Daher lässt sich sagen: Die für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Widerspruchs- bzw. Klagfristen laufen zwar bis zum Zeitpunkt der Erledigung und sind insoweit vom Rechtsschutzsuchenden zu beachten. *Diese* Fristen dürfen im Erledigungszeitpunkt noch nicht – mit der Folge der Bestandskraft – abgelaufen sein. Die erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO unterliegt dagegen, bis auf den Verwirkungsgedanken, keiner Klagfrist.

**VII. Klagegegner**

Gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO (und ggf. ergänzend den Ausführungsgesetzen) ist regelmäßig der Staat (das Land) Träger der Polizei. Die Klage ist daher gegen das betreffende Land zu richten.

**VIII. Besonderes Feststellungsinteresse, § 113 I S. 4 VwGO analog**

1. Schutzwürdiges Interesse rechtlicher Art (Wiederholungsgefahr)
2. Schutzwürdiges Interesse ideeller Art (Rehabilitationsinteresse)
3. Schutzwürdiges Interesse wirtschaftlicher Art (Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses)

<sup>150</sup> Vgl. bereits die 9. Aufl. 2005; vgl. auch *Durner*, JA 2010, 398; *Ogorek*, JuS 2013, 639, 641.

<sup>151</sup> Aufgrund der Regelung des § 173 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 u. III GVG sollte entweder der Verwaltungsrechtsweg vor der Zulässigkeit der Klage geprüft werden oder man spricht nicht von Zulässigkeits-, sondern von Sachentscheidungs Voraussetzungen, denn hierzu gehört der Verwaltungsrechtsweg in jedem Fall (vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff.).

### **IX. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen**

Des Weiteren sind insbesondere Beteiligungsfähigkeit, Prozessfähigkeit, ordnungsgemäße Klageerhebung und allgemeines Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen.

### **B. Begründetheit**

#### **I. Ermächtigungsnorm (Rechtsgrundlage)**

⇒ **Spezialgesetz, Standardmaßnahme** oder **Befugnisgeneralklausel**

#### **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

1. Zuständigkeit: sachlich, örtlich, instanziell
2. Verfahren, insb. **Anhörung** und ggf. deren Entbehrlichkeit
3. Form (ggf. **Schriftform**, bei Polizeivollzugsdienst i.d.R. jedoch **formlos**)

#### **III. Materielle Rechtmäßigkeit**

1. *Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm* (insbesondere **Gefahr für die öffentliche Sicherheit**)
2. Auf Rechtsfolgeseite fehlerfreie **Ermessensbetätigung** (Einschreitermessen, Auswahlermessen) und **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme. Hinsichtlich der **Störer-auswahl** gilt, dass wenn nur eine Person existiert, die als Adressat einer Polizeiverfügung in Betracht kommt, die Störereigenschaft dieser Person i.d.R. bereits auf der Tatbestandsebene zu prüfen ist. Bei mehreren Verantwortlichen ist die Auswahl zwischen ihnen hingegen eine Frage des Auswahlermessens, mithin eine Problematik der Rechtsfolgeseite.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In Abweichung zur allgemeinen verwaltungsrechtlichen Klausur kann es im Rahmen des allgemeinen POR durchaus vorkommen, dass vom Bearbeiter verlangt wird, zunächst die materielle Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme (Gefahrenabwehrverfügung) zu prüfen. Erst in einem zweiten Schritt ist dann, je nach Fallfrage, zum prozessualen Rechtsschutz Stellung zu nehmen. Im Übrigen muss wie bei allen Aufbauschemata vor einer unreflektierten Einhaltung der vorgeschlagenen Prüfungsreihenfolge gewarnt werden. Denn die Probleme des Einzelfalls müssen insbesondere im Polizeirecht i.d.R. aufbauschemaübergreifend behandelt werden. So ist beispielsweise die Störerauswahl rechtsdogmatisch ein Bestandteil des Auswahlermessens, gleichzeitig kann sie aber auch bei der Feststellung der Störereigenschaft des Adressaten auf der Tatbestandsseite geprüft werden. Aus diesem Grund bietet es sich bei komplexen Sachlagen an, lediglich die Voraussetzungen i.e.S. der Rechtsgrundlage auf der Tatbestandsseite und die übrigen Prüfungspunkte einschließlich der Störerauswahl auf der Rechtsfolgeseite zu prüfen.

Des Weiteren wird im Folgenden nicht auf die verwaltungsprozessualen Voraussetzungen der Überprüfung polizeilichen Handelns im präventiven Bereich eingegangen, da diese im Rahmen der Anfechtungsklage und der erweiterten Fortsetzungsfeststellungsklage bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 111 ff./445 ff. erläutert werden.

110

### 3. Kapitel

## Polizeiliche Befugnisse nach den Polizeigesetzen

### A. Eingriff in Grundrechte/Erfordernis einer Rechtsgrundlage

- 111** Polizei- und ordnungsrechtliche Maßnahmen greifen teilweise erheblich in die Rechtssphäre (**Freiheitsgrundrechte**) des betroffenen Bürgers ein und stellen damit die wohl schärfste Form der **Eingriffsverwaltung** dar. Aufgrund der damit verbundenen außerordentlichen Grundrechtsrelevanz gilt für diesen Bereich des administrativen Handelns die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – d.h. **Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes** (Art. 20 III GG) – **uneingeschränkt**. Die Polizeibehörden dürfen nur in einer Weise tätig werden, zu der sie der Gesetzgeber ermächtigt hat. Dabei ist zu beachten, dass die polizeilichen Vorschriften zur Gefahrenabwehraufgabe<sup>152</sup> keine Ermächtigungsgrundlagen (d.h. Rechtsgrundlagen) i.S.d. Vorbehalts des Gesetzes darstellen, da sie den Polizeibehörden lediglich die Aufgabe der Gefahrenabwehr zuschreiben. Daher spricht man auch insoweit von Aufgabenzuweisungsnormen. Möchten die Polizei- und Ordnungsbehörden Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Individuums vornehmen, sind dafür sog. **Befugnisnormen**, d.h. Eingriffsermächtigungen erforderlich. Nur diese genügen den Vorgaben des Gesetzesvorbehalts.

**Beispiel:** Landwirt L ist u.a. Halter mehrerer Gänse. Als bei einem Tier Vogelgrippe festgestellt wird, ordnet die zuständige Veterinärbehörde durch Verfügung die Tötung aller Tiere an. Aufgrund des vermehrten Auftretens der Vogelgrippe könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch andere Tiere des Hofes infiziert seien. Ebenso wenig könne eine Übertragung des Virus auf den Menschen ausgeschlossen werden.

Da vorliegend durch die Tötungsanordnung in das durch Art. 14 GG geschützte Rechtsgut *Eigentum* des L eingegriffen wird, bedarf es nach dem oben Gesagten einer Eingriffsermächtigung (Rechtsgrundlage) ⇒ Rn 114.

Vor allem im Gefahrenabwehrrecht leitet sich die Zuständigkeit der handelnden Behörde aus (dem Normengefüge) der einschlägigen Rechtsgrundlage ab. Darüber hinaus sind an die spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen i.d.R. **besondere Eingriffsvoraussetzungen** geknüpft. Daher entfalten Spezialermächtigungen oftmals eine **Sperrwirkung** gegenüber allgemeinen Rechtsgrundlagen. Bevor also Fragen der (formellen und materiellen) Rechtmäßigkeit der zu untersuchenden Maßnahme behandelt werden können, muss zunächst die **Rechtsgrundlage** (Eingriffsermächtigung) ermittelt und in der Falllösung benannt werden.

- 112** In der Regel findet im Gefahrenabwehrrecht eine Dreiteilung der Eingriffsermächtigung statt:
1. **Spezialgesetzliche** Eingriffsermächtigung, d.h. eine besondere Befugnis, die sich aus einem Spezialgesetz außerhalb des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ergibt (etwa nach dem Versammlungsgesetz – vgl. dazu Rn 114, 1034 ff.)
  2. Polizeigesetzliche **Standardmaßnahme** (etwa Ingewahrsamnahme oder Platzverweis) – vgl. dazu Rn 115 ff.
  3. Polizeigesetzliche **Befugnisgeneralklausel** (Ermächtigung für eine von der Polizei festzulegende Maßnahme, um eine im einzelnen Fall bestehende konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren) – vgl. dazu Rn 600 ff.

<sup>152</sup> Vgl. § 1 MEPolG; Bund: § 1 BPolG; BW: § 1 PolG; Bay: Art. 2 PAG, Art. 6 LStVG; Berl: § 1 ASOG; Brand: § 1 PolG; Brem: § 1 PolG; Hamb: § 3 I SOG; Hess: § 1 SOG; MeckVor: §§ 2, 1 SOG; Nds: § 1 POG; NRW: § 1 PolG; RhIPf: § 1 POG; Saar: § 1 PolG; Sachs: § 2 I PVDG; SachsAnh: § 1 SOG; SchlHolst: §§ 162, 163 LVwG; Thür: § 2 PAG.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Dreiteilung übt Einfluss auf das Konkurrenzverhältnis aus. Spezialgesetzliche Eingriffsermächtigungen haben gegenüber den Standardmaßnahmen Anwendungsvorrang. Standardmaßnahmen haben wiederum Anwendungsvorrang gegenüber der (insoweit also doppelt subsidiären) Generalklausel. Bei der Frage nach der einschlägigen Rechtsgrundlage ist also auch im Gefahrenabwehrrecht der (allgemeine) Grundsatz zu beachten, dass die speziellen Rechtsgrundlagen den allgemeinen vorgehen (*lex specialis derogat legi generali*). Daher kann bei der Bestimmung der einschlägigen Rechtsgrundlage mithin ein Klausurschwerpunkt auch darin liegen, von mehreren in Frage kommenden Normen die speziellen zunächst exakt zu subsumieren, um dann im Ergebnis – entweder weil das **Spezialgesetz** in **sachlicher Hinsicht nicht anwendbar** ist oder weil der handelnde **Polizeibeamte nicht zuständig** ist, das Spezialgesetz anzuwenden (dazu bereits Rn 54) – die betreffende Maßnahme entweder als Standardmaßnahme zu qualifizieren oder sie auf die allgemeine **Befugniserklärung** zu stützen. Da zudem nicht selten bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften erst dann in den Blick geraten, wenn die Rechtsgrundlage feststeht, empfiehlt es sich, auch in der Fallbearbeitung

- zunächst die **Rechtsgrundlage** zu benennen,
- dann im Rahmen der **formellen Rechtmäßigkeit** der Maßnahme die Zuständigkeit der handelnden Behörde sowie die Einhaltung von Verfahrens- und Formvorschriften zu prüfen,
- um schließlich der Frage nach der **materiellen Rechtmäßigkeit** der Maßnahme nachzugehen.<sup>153</sup>

## I. Spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung

Die einschlägige Rechtsgrundlage kann sich aus einem förmlichen Gesetz, aber auch aus einer Rechtsverordnung (des Bundes oder eines Landes) ergeben. Sie ist nach dem **betroffenen Personenkreis** und/oder dem **betroffenen Sachgebiet** zu bestimmen.

Im **Beispiel** von Rn 111 stützt sich die Tötungsanordnung auf § 6 I Nr. 20 TierGesG i.V.m. der VO. Das TierGesG ist anwendbar, da Gänse vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst sind, §§ 1 i.V.m. 2 Nr. 4f TierGesG. Ob die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen, ist eine Frage der (materiellen) Rechtmäßigkeitsprüfung (dazu später). Ein Rückgriff auf das allgemeine POR ist grds. ausgeschlossen.

Weitere Beispiele spezialgesetzlicher Rechtsgrundlagen sind: § 24 I **WaStrG**; § 29 I S. 2, III **LuftVG**; §§ 3, 5 **LuftStG**; §§ 17, 20, 24, 25 **BImSchG**; §§ 4 I, 5, 15-17, 19 **GastG**; § 3 **VereinsG**; §§ 33a I S. 3, II, 33d I S. 2, III, IV, 33e, 35, 51 **GewO**; §§ 16, 17 **InfSchG**; § 4 **StVG**; §§ 38 I, 44 II, 45 I-III **StVO**; § 17 I, III **StVZO**; §§ 5, 12a, 19a, 13, 15, 18 III, 19 I **VersG**

Zu beachten ist allerdings, dass sich der **Polizeivollzugsdienst** in den meisten Fällen (vgl. aber Rn 55!) nicht auf eine Spezialregelung stützen kann. Für den Polizeivollzugsbeamten ist dann die entsprechende Vorschrift des allgemeinen POR anwendbar, weil die Spezialregelung nur dann eine Sperrwirkung entfaltet, wenn sie der Amtswalter auch anwenden darf. Vgl. dazu ausführlich Rn 615 f. Freilich kann die Polizei bei Maßnahmen der zuständigen (Sonder-)Ordnungsbehörde aber zur Vollzugs- bzw. Amtshilfe herangezogen werden (siehe dazu nebst Beispiel Rn 84).

Die in der Praxis und im Studium wohl wichtigste spezialgesetzliche Materie des Gefahrenabwehrrechts stellt das **Versammlungsrecht** dar. Aufgrund seiner Komplexität ist dieses Teilgebiet jedoch in einem separaten Kapitel dargestellt. Vgl. Rn 1034 ff.

<sup>153</sup> Dieser sog. dreigliedrige Aufbau wird vom Verfasser seit der 1. Aufl. 1997 vertreten; vgl. nun auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 27 Rn 2. Zum alternativen zweigliedrigen Aufbau vgl. bereits Rn 107.

## II. Präventivpolizeiliche Standardmaßnahmen

### 1. Anwendungsvorrang vor der Befugnisgeneralklausel

- 115** Geht es um Eingriffe in grundrechtssensible Bereiche wie das Durchsuchen von Personen, Wohnungen oder Sachen, die Ingewahrsamnahme, die Platzverweisung, die Sicherstellung, die Identitätsfeststellung oder erkennungsdienstliche Maßnahmen, insbesondere aber auch um (heimliche) Maßnahmen der Datenerhebung (Lauschangriffe, Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung etc.), der Datenspeicherung und -verwertung, stellen der im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verankerte Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes sowie die Wesentlichkeitstheorie strenge Anforderungen an das zu Grundrechtseingriffen ermächtigende Gesetz. Eingriffe in diesen Bereichen können daher nicht über eine Befugnisgeneralklausel legitimiert werden, sondern bedürfen spezieller, inhaltlich sowohl auf Tatbestandsseite als auch auf Rechtsfolgeseite differenzierter Befugnisnormen, die ihren Anwendungsbereich abschließend regeln und folgerichtig der Anwendung der Generalklausel als Eingriffsermächtigung vorgehen. Soweit die Polizeigesetze also bestimmte typisierte polizeiliche Maßnahmen spezialgesetzlich normiert haben, sind die hierzu getroffenen Regelungen (sog. „Standardmaßnahmen“) abschließend. Das hat zur Folge, dass insoweit **nicht auf die Befugnisgeneralklausel zurückgegriffen werden darf**. Die Standardmaßnahmen stehen nach dem einschlägigen Landesrecht der (*Vollzugs-*)*Polizei* zur Verfügung. Die *Ordnungsbehörden* dürfen nur in einigen Bundesländern von ihnen Gebrauch machen, und auch nur dann, wenn die Rechtsgrundlage es ihnen gestattet.
- 116** **Standardmaßnahmen** sind gesetzlich geregelte Gefahrenabwehrmaßnahmen, die in bestimmten Erscheinungsformen immer wiederkehren, die sich also typologisch erfassen lassen (*typische* Polizeimaßnahmen).<sup>154</sup>
- 117** Im Vergleich zur Befugnisgeneralklausel ist dabei der Befugnisrahmen für die Behörde auf einen speziellen polizeirechtlich relevanten Sachverhalt zugeschnitten, wohingegen der Befugnisrahmen der Generalklausel „offen“ ist und lediglich an das Bestehen einer Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut anknüpft. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Standardmaßnahmen sind folglich enger als die der Befugnisgeneralklausel und zugleich strenger, weil sie nur an bestimmte und zudem **grundrechtssensible** Sachverhalte anknüpfen und folglich **höhere Einschreitvoraussetzungen** normieren. So ist in den Polizeigesetzen oft von „**gegenwärtiger**“, „**drohender**“ oder „**erheblicher**“ **Gefahr** (für ein besonderes Schutzgut der öffentlichen Sicherheit) die Rede. In der Sache geht es um einen qualifizierten Rechtsgüterschutz.

**Beispiel:** Möchte die Polizei personenbezogene Daten in oder aus einer Wohnung durch den verdeckten Einsatz akustischer Mittel erheben (sog. Lauschangriff), darf sie dies nicht auf der Grundlage der Datenerhebungsgeneralklausel und erst recht nicht auf der Grundlage der allgemeinen polizeilichen Befugnisgeneralklausel. Der mit einer solchen Maßnahme verbundene Grundrechtseingriff in Art. 13 I GG wiegt zu schwer, als dass er sich auf die Generalklausel stützen ließe. Zudem stellen Art. 13 III GG und die hierzu ergangene Rechtsprechung des BVerfG sehr strenge Anforderungen an die Rechtsgrundlage und die Rechtmäßigkeit des Eingriffs (strenge Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, richterliche Entscheidung, verfahrensrechtliche Sicherungen etc.). Daher bedarf es entsprechender Befugnisnormen. Die Gesetzgeber haben diese in ihre Polizeigesetze aufgenommen und lassen den großen Lauschangriff u.a. nur dann zu, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person erforderlich ist und diese Gefahr auf andere Weise nicht abgewendet werden kann. Zudem normieren sie das Erfordernis der vorherigen richterlichen Entscheidung

<sup>154</sup> Götz/Geis, POR, § 8 Rn 11.

und enthalten verfahrensrechtliche Vorschriften (vgl. etwa §§ 18, 22 ff. NRWPolG sowie unten Rn 127 ff.). Entsprechende Überlegungen greifen bei der Telekommunikationsüberwachung, der Quellen-Telekommunikationsüberwachung und der Online-Durchsuchung.<sup>155</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Sollten die Vorschriften der Polizeigesetze, die die Standardmaßnahmen betreffen, ihrem Wortlaut nach nicht durchgängig das Vorliegen einer Gefahr (für die öffentliche Sicherheit) voraussetzen, muss in den meisten Fällen das Erfordernis einer Gefahr aufgrund des Charakters der Standardmaßnahmen als Gefahrenabwehrmaßnahmen doch stets angenommen werden. Zu den verschiedenen Gefahrenbegriffen vgl. ausführlich Rn 657 ff.

Hinsichtlich der Darstellung der Standardmaßnahmen in diesem Buch sei vorweggenommen, dass durchweg eine **prüfungorientierte Darstellung** zugrunde gelegt wird. Dabei wird bereits in der Gliederung zwischen **formeller** und **materieller Rechtmäßigkeit** unterschieden, sowie ein Prüfungsschema eingebunden, um eine „prüfungsnah“ Darstellung zu gewährleisten. Dennoch ist es zwingend geboten, hinsichtlich des allgemeinen Prüfungsaufbaus und der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (rechtsfehlerfreie Auslegung von Tatbestandsmerkmalen, Einhaltung der Ermessensgrenzen, Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) zusätzlich die Ausführungen bei Rn 607 ff. und 625 ff. heranzuziehen. 118

## 2. Rechtsnatur und Einteilung der Standardmaßnahmen

Hinsichtlich der **Rechtsnatur** kommt den meisten Standardmaßnahmen nach richtiger Auffassung<sup>156</sup> ein **Doppelcharakter** zu: 119

Zum einen sind sie in fast allen Fällen<sup>157</sup> **Verwaltungsakte**, die – nicht anders als die auf die Befugnisklausel gestützten Maßnahmen – auf ein Gebot (z.B. Vorladung), ein Verbot (z.B. Platzverweis) oder auf eine Duldung (z.B. Gewahrsam) gerichtet sind. Das für die Annahme eines Verwaltungsakts konstitutive Element der Regelung liegt in der **Anordnung** derartiger Maßnahmen gegenüber dem Betroffenen, der hierdurch zu einem **Handeln oder Dulden verpflichtet** wird. 120

Zum anderen liegt in den meisten Standardmaßnahmen ein tatsächliches Element (ein **schlichtes Verwaltungshandeln**), nämlich die **tatsächliche Durchführung (Vollziehung)** der Maßnahme.<sup>158</sup> Diese tatsächliche Durchführung (Vollziehung) der Maßnahme darf nicht mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung (etwa mit dem unmittelbaren Zwang) verwechselt werden. Durchführung der Standardmaßnahme und Verwaltungsvollstreckung sind verschiedene Maßnahmen! Diese Erkenntnis ist wichtig für den Rechtsschutz und unabdingbar für den richtigen Klausuraufbau. 121

**Beispiel:** Bei der *Anordnung* der **Durchsuchung**, mit welcher der Betroffene zur Duldung der Durchsuchungshandlung verpflichtet wird, handelt es sich um einen Verwaltungsakt. Davon zu unterscheiden ist die tatsächliche Vornahme der *Durchsuchungshandlung*. Diese stellt das tatsächliche Element der Standardmaßnahme dar, die im Übrigen nicht mit einer Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung gleichgesetzt werden

<sup>155</sup> Vgl. in der genannten Reihenfolge Rn 293 ff., Rn 308t ff. und Rn 308 ff.

<sup>156</sup> So auch OVG Bremen Nord ÖR 2003, 457, 458; *Schenke*, POR, Rn 128; *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 35; *Frenz*, JA 2011, 433, 435; *Ronellenfitsch/Glemser*, JuS 2008, 888, 889 (Sicherstellung). Dem sich anschließend *Kugelmann*, POR, 9. Kap. Rn 10; *Poscher/Rusteberg*, JuS 2012, 26, 27.

<sup>157</sup> Außer im Fall der Videoüberwachung und selbstverständlich der heimlichen Überwachungsmaßnahmen, weil bei diesen keine Rechtsfolgeanordnung stattfinden. Zudem soll die heimliche Überwachung dem Betroffenen gerade verborgen bleiben. Würde man bei ihr einen Verwaltungsakt annehmen, wäre dieser unwirksam, weil ein Verwaltungsakt zu seiner Wirksamkeit zumindest bekannt gegeben werden muss (vgl. §§ 41, 43 VwVfG).

<sup>158</sup> Etwas anderes gilt für die Vorladung. Diese besteht nur aus der Anordnung, dass der Betroffene auf der Dienststelle zu erscheinen habe.

darf. Für den Rechtsschutz gilt daher Folgendes: Obwohl dogmatisch zwischen der *Anordnung* der Durchsuchung und deren *Durchführung* zu unterscheiden ist, handelt es sich bei der Durchsuchung um einen einheitlichen Vorgang (die Durchführung der Maßnahme ist nur Mittel zum Zweck). Bei der Frage des Rechtsschutzes ist auf das regelnde Element abzustellen. Daher sind eine **Anfechtungsklage** bzw., da sich die Durchsuchung bereits vor Klageerhebung erledigt haben wird, eine **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft.

**Gegenbeispiel:** Werden bei einer Durchsuchung Sachen gefunden, von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht, muss die Polizei die Möglichkeit haben, diese Sachen sicherzustellen und zu verwahren. Die Standardmaßnahme **Sicherstellung** erfolgt durch *Anordnung* (regelndes Element) und deren Vollzug durch *Ansichnahme* der Sache (reales Element). Musste die Polizei dagegen die Sache dem Betroffenen (gewaltsam) wegnehmen, um sie sicherstellen zu können, ist das nicht als Ausführungshandlung der Anordnung zu werten, sondern als Zwangsmaßnahme (**unmittelbarer Zwang**). Das hat den Grund, dass die Standardmaßnahme Sicherstellung zwar das Ansichnehmen der Sache umfasst, nicht aber das gewaltsame Besitzergreifen.

- 122 Da der Verwaltungszwang jedoch keinen Selbstzweck darstellt, sondern der Durchsetzung von Anordnungen und Verfügungen dient, ist klar, dass nur Verwaltungsakte, nicht lediglich schlichtes Verwaltungshandeln, mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden können. Die Qualifikation der Standardmaßnahmen als Verwaltungsakte hat also den Vorteil, dass sie als Grundverfügungen für spätere Vollstreckungsmaßnahmen fungieren können. Würde man bei Standardmaßnahmen ausschließlich von schlichtem Verwaltungshandeln ausgehen, müsste die Polizei für den Fall, dass der Betroffene sich weigerte, der Aufforderung nachzukommen bzw. die Maßnahme zu dulden, zur Vollstreckung systemwidrig eine unausgesprochene „Begleitverfügung“ konstruieren<sup>159</sup> und dabei auf die Befugnisgeneralklausel mit ihren viel zu unbestimmten Tatbestandsvoraussetzungen zurückgreifen, auf deren Grundlage dann eine vollstreckbare Grundverfügung erginge. Dieser Konstruktion steht aber schon das vom BVerfG postulierte Gebot entgegen, dass eine Verfügung **eindeutig und unmissverständlich** formuliert sein und für den Betroffenen erkennbar zum Ausdruck bringen müsse, welche Rechtsfolge gelte.<sup>160</sup> Das systemwidrige Zurückgreifen auf die Befugnisgeneralklausel wird diesen Anforderungen nicht gerecht und ist abzulehnen. Man vermeidet das Problem, indem man mit der hier vertretenen Auffassung in einer Standardmaßnahme nicht nur ein schlichtes Verwaltungshandeln, sondern gleichzeitig **auch einen Verwaltungsakt, gerichtet auf Duldung der Maßnahme**, sieht. Freilich gilt das nur hinsichtlich solcher Standardmaßnahmen, denen man eine Regelungswirkung entnehmen kann und die dem Betroffenen gegenüber auch bekannt gegeben werden. Denn ein Verwaltungsakt setzt zu seiner Wirksamkeit ja zumindest die Bekanntgabe voraus (§§ 41, 43 I VwVfG). Heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Telekommunikationsüberwachung, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung, Überwachung außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung (etwa die elektronische Aufenthaltsüberwachung), Rasterfahndung etc. entfalten weder eine Regelungswirkung (und sind daher auch schon gar nicht vollstreckbar) noch werden sie dem Betroffenen gegenüber (vorher) bekannt gegeben. Sie können daher von vornherein lediglich schlichtes Verwaltungshandeln darstellen.
- 123 Dagegen ist auch nach h.M. die Anwendung unmittelbaren Zwangs im **gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren** schlichtes Verwaltungshandeln, weil sie le-

<sup>159</sup> Davon gehen offenbar *Kingreen/Poscher*, POR, § 12 Rn 10 aus, indem sie von „begleitendem anordnendem Verwaltungsakt“ sprechen.

<sup>160</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2005, 80 zur Auflösung einer Versammlung.

diglich ein tatsächliches Moment aufweise.<sup>161</sup> Nach regelmäßig erfolgtem Vollzug („Erdedigung“) wäre insofern ein in einer **allgemeinen Leistungsklage** eingebetteter Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen. Geht man dagegen davon aus, dass mit der Anwendung des Zwangsmittels zugleich die konkludente Verfügung, das Zwangsmittel zu dulden, einhergeht<sup>162</sup>, sind die **Anfechtungsklage** bzw. die **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage** statthaft. Vgl. dazu ausführlich Rn 928 ff.

Schwierig ist auch die Beurteilung der Rechtsnatur von Zwangsmitteln im **Sofortvollzug**. Während sie bisher überwiegend als **Verwaltungsakte** angesehen wurden, stellen sie nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung (wie die Zwangsmittel im gestreckten Verfahren) **schlichtes Verwaltungshandeln** dar. Vgl. dazu Rn 958 ff. 124

Schließlich gewinnen Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen bei den Standardmaßnahmen besondere Bedeutung, wenn bspw. in Abwesenheit des Rechtsinhabers eine Sache durchsucht oder sichergestellt wird. Hier liegt, weil der Verwaltungsakt mangels Bekanntgabe an den Betroffenen nicht wirksam werden kann (§§ 41, 43 VwVfG), im Zeitpunkt des Vollzugs noch kein Verwaltungsakt vor. Gleichwohl ist der Vollzug möglich. Es handelt sich dann um eine unmittelbare Ausführung bzw. um einen Sofortvollzug.<sup>163</sup> 125

Nach ihrem **Regelungsbereich** lassen sich die Standardmaßnahmen in drei Kategorien gliedern: 126

- **Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -verwertung:** Hierzu zählen die Maßnahmen der Datenbeschaffung (Befragung, Identitätsfeststellung, heimliche Datenerhebung wie Lauschangriff, Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung, Quellen-TKÜ etc.), Datenspeicherung, Datenübermittlung sowie die Rasterfahndung. Vgl. dazu sogleich Rn 127 ff.
- **Einschränkungen der räumlichen Bewegungsfreiheit:** Hierzu zählen z.B. die Platzverweisung, das Aufenthaltsverbot, die Wohnungsverweisung und die Ingewahrsamnahme. Vgl. dazu Rn 401 ff.
- **Durchsuchung von Personen und Sachen** einschließlich der **Sicherstellung**. Vgl. dazu Rn 486 ff.

---

<sup>161</sup> Kopp/Schenke, VwGO, Anh § 42 Rn 33; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn 67; Schenke, POR, Rn 634; Erichsen/Rauschenberg, Jura 1998, 31, 40; Schoch, JuS 1995, 307, 311; Ronellenfitsch/Glemser, JuS 2008, 888, 889.

<sup>162</sup> So BVerwGE 26, 161, 164 (Schwabinger Krawalle); Hufen, VerwProzR, § 14 Rn 23.

<sup>163</sup> Götz/Geis, POR, § 12 Rn 13 ff. Zum Sofortvollzug vgl. Rn 952 ff.

### 3. Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -verwertung

#### a. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

- 127 **Begriff und Notwendigkeit der Datenerhebung:** Es steht außer Frage, dass die Informationsbeschaffung maßgeblich für die Polizeiarbeit ist. Nur wenn die Polizei über die erforderlichen Informationen verfügt, kann sie ein Lagebild erstellen und entsprechende Gefahrenabwehrmaßnahmen ergreifen. Die Gefahrenabwehrbehörden sind daher regelmäßig darauf angewiesen, für ihre Arbeit personenbezogene Daten zu erheben, zu speichern und zu verarbeiten. Informationsbeschaffung ist mithin ein integraler Bestandteil der polizeilichen Arbeit. Alle Polizeigesetze enthalten demgemäß Bestimmungen über die Informationsbeschaffung, die zumeist unter der Überschrift „**Datenerhebung und -verarbeitung**“ zusammengefasst sind.<sup>164</sup> Diese Bestimmungen beziehen sich ihrem Wortlaut nach auf **personenbezogene Daten**. Zwar enthalten die Polizeigesetze i.d.R. keine Erläuterung, was unter „personenbezogenen Daten“ zu verstehen ist, zur Begriffsbestimmung kann aber auf die Definition des Art. 3 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680 des europäischen Parlaments und des Rates („Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz“) abgestellt werden. Danach sind personenbezogene Daten „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem Merkmal oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.<sup>165</sup>

**Beispiele:** Nach allgemeiner Auffassung gehören zu den personenbezogenen Daten insbesondere Name, Vorname, Geburtsort, Geburtsdatum, Anschrift, Telefonnummer, E-Mail-Adresse, Beruf, Familienstand, persönliche Eigenschaften, körperliche Merkmale, gesundheitliche und wirtschaftliche Verhältnisse, Drogenkonsum, Zugehörigkeit zu einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe, Vorstrafen etc.

Aber auch dynamische IP-Adressen, d.h. IP-Adressen, die ein Access-Provider den Geräten der Nutzer bei der Einwahl ins Internet bis zur Trennung zuteilt, stellen (wie die Cookie-Kennung) personenbezogene Daten (i.S.d. Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung) dar, da sie eine Person identifizierbar machen.<sup>166</sup> Bedeutung erlangt diese Zuordnung, wenn eine Behörde (Verfassungsschutz, BND, Strafverfolgungsbehörde, Gefahrenabwehrbehörde) einen Telekommunikationsdiensteanbieter (hier: einen Access-Provider) verpflichtet, den Anschlussinhaber, dessen Gerät während der Online-Sitzung die dynamische IP-Adresse zugeordnet wurde, zu benennen.

- 128 Die Datenerhebung erfasst alle Arten des Beschaffens. Daten können **offen oder verdeckt, unmittelbar oder mittelbar** erhoben werden. Dabei beziehen sich Offenheit und Verdecktheit des Beschaffens auf das Verhältnis sowohl zum Betroffenen als auch zum Dritten. Im Einzelnen gilt: **Adressat** der Datenerhebung ist sowohl derjenige, über den die Daten erhoben werden, als auch derjenige, bei dem die Daten (eines Dritten) erhoben werden. **Offen** ist die Datenerhebung, wenn die Polizei keiner-

<sup>164</sup> Vgl. Bund: §§ 21 ff. BPolG; BW: §§ 13 ff. PolG; Bay: Art. 30 ff. PAG; Berl: §§ 18 ff. ASOG; Brand: §§ 29 ff. PolG; Brem: §§ 25 f. PolG; Hamb: §§ 10 ff. PolDVG; Hess: §§ 11 ff. SOG; MeckVor: §§ 25 ff. SOG; Nds: §§ 30 ff. POG; NRW: §§ 9 ff. PolG; RhPfl: §§ 28 ff. POG; Saar: §§ 3, 17 ff. PolDVG; Sachs: §§ 53 ff. PVVG; SachsAnh: §§ 14 ff. SOG; Schl-Holst: §§ 178 ff. LVwG; Thür: §§ 31 ff. PAG.

<sup>165</sup> Damit ist diese Definition identisch mit der in Art. 4 Nr. 1 der VO 2016/679/EU („Datenschutz-Grundverordnung“ – DSGVO). Die DSGVO ist jedoch nicht anwendbar für die Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz „zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafverfolgung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ (Art. 2 II lit. d) DSGVO).“ Diesen Bereich deckt die RL 2016/680 ab, die damit die Datenverarbeitung der Polizeien von Bund und Ländern zu repressiven und präventiven Zwecken regelt.

<sup>166</sup> Siehe BVerfGE 130, 151, 181; EuGH NJW 2016, 3579 ff.; BGH NJW 2017, 2416 ff.

lei Anstalten macht, ihr Vorgehen zu verbergen. **Verdeckt** ist die Datenerhebung, wenn sie sowohl für den Betroffenen als auch für den Dritten nicht als polizeiliche Maßnahme erkennbar ist. Das kann etwa dadurch geschehen, dass die Maßnahme unter einem Vorwand erfolgt, der Betroffene oder Dritte also getäuscht wird, oder dass die Polizei mittels technischer Mittel heimlich das nichtöffentlich gesprochene oder geschriebene Wort mithört, mitliest und aufzeichnet. **Unmittelbarkeit** und **Mittelbarkeit** beziehen sich allein auf das Verhältnis zum Betroffenen.<sup>167</sup>

**Beispiele:** Zur Datenerhebung gehören bspw. die Befragung des Betroffenen oder eines Dritten, der Einsatz Verdeckter Ermittler, also von getarnten Polizeibeamten, die unter einer falschen Identität (einer sog. Legende) Kontakt zur kriminellen Szene aufnehmen, um personenbezogene Daten zu erheben, und die Telekommunikationsüberwachung, also das heimliche Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen (oder getexteten) Wortes. Zugeordnet in die jeweilige Kategorie ergibt sich:

- ⇒ Die durch die Befragung des Betroffenen erlangten Daten sind offen und unmittelbar, die durch das Abhören des Betroffenen erhobenen Daten sind verdeckt und unmittelbar erhoben.
- ⇒ Die durch Befragung eines Dritten erhobenen Daten sind mittelbar und offen, die durch sein Abhören erhobenen Daten mittelbar und verdeckt erhoben. Zu beachten ist, dass die durch Befragung eines Dritten erhobenen Daten auch dann offen erhoben sind, wenn die Datenerhebung dem Betroffenen verborgen bleibt.
- ⇒ Beim Einsatz eines Verdeckten Ermittlers und bei der Telekommunikationsüberwachung erfolgt die Datenerhebung unter Verschleierung der wahren Identität bzw. heimlich und damit verdeckt.

Um dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht zu werden, bestimmen die Polizeigesetze, dass die Datenerhebung vorrangig beim **Betroffenen** (also unmittelbar) sowie mit seiner **Kenntnis** (also offen) erfolgt. Möchte die Polizei Daten bei **Dritten** erheben, muss sie zusätzliche Voraussetzungen beachten. Das Gleiche gilt, wenn die Daten heimlich bzw. **verdeckt** erhoben werden sollen, gleichgültig, ob beim Betroffenen oder bei Dritten.

129

Da dem Beschaffen der Daten der Zweck ihrer Verarbeitung (d.h. Auswertung und Verwertung) immanent ist, liegt für den Fall, dass der Polizei unaufgefordert Daten zugehen (sog. **aufgedrängte Daten**), eine Datenerhebung immer nur dann vor, wenn die Polizei zur Kenntnisnahme verpflichtet ist, wenn die Daten also ein polizeiliches Tätigwerden erforderlich machen oder machen könnten.<sup>168</sup>

130

**Beispiel:** Keine Datenerhebung im Sinne des Polizeirechts liegt vor, wenn eine Frau via Mobiltelefon bei der Polizeidienststelle anruft und sich über das unpflegliche Verhalten eines Fahrgastes in der U-Bahn beklagt. ⇨ Solange derartige Informationen für die Polizei irrelevant sind (etwa, weil eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit noch nicht gegeben ist), liegt eine Datenerhebung nicht vor (aufgedrängte Daten). Würde die Frau aber berichten, dass Fahrgäste bedrängt oder gar angegriffen werden, läge in der Entgegennahme der Information durch die Polizei eine Datenerhebung. Denn in diesem Fall wäre die Polizei zur Kenntnisnahme verpflichtet, da die Daten ein polizeiliches Tätigwerden erforderlich machen oder machen könnten.

<sup>167</sup> Vgl. § 6 MEPOlG; Bund: § 20 BPOlG; Bay: Art. 31 II PAG; Berl: § 16 ASOG; BW: § 9 POlG; Brand: § 7 POlG, § 18 OBG; Brem: § 7 POlG; Hamb: § 10 SOG; Hess: § 13 VI SOG; MeckVor: § 71 SOG; Nds: § 8 POG; NRW: § 6 POlG, § 19 OBG; RhLPf: § 7 POG; Saar: § 6 POlG; Sachs: § 55 II PVDG; SachsAnh: § 10 SOG; SchlHolst: § 220 LVwG; Thür: § 10 PAG, § 13 OBG.

<sup>168</sup> Kingreen/Poscher, POR, § 13 Rn 3 mit Verweis auf Koch, Datenerhebung und -verarbeitung in den Polizeigesetzen der Länder, 1999, S. 41.

Eine Datenerhebung besteht auch in dem Ablesen und dem Merken bzw. Notieren des Kennzeichens eines verdächtig erscheinenden Kfz, um eine (spätere) Überprüfung vorzunehmen. Denn hierdurch wird es ermöglicht, den Halter des Kraftfahrzeugs zu identifizieren. Eine Datenerhebung liegt auch bei der Aufzeichnung eingehender Telefonanrufe vor (siehe etwa § 27c BPolG)<sup>169</sup> und beim Einsatz sog. Bodycams (dazu Rn 168 ff.).

- 131** Angaben zu und Beschreibungen über **Sachen** haben grundsätzlich keinen Personenbezug. Etwas anderes gilt aber, wenn sich aus ihnen persönliche Informationen gewinnen lassen. Dann gelten sie als personenbezogene Daten.

**Beispiele:** Die Fertigung von Bildmaterial über einen Gefahrenort betrifft jedenfalls sachbezogene Daten. Sind auf dem Bildmaterial aber Personen erkennbar, die z.B. über eine Bilderkennungssoftware identifiziert werden könnten, liegen personenbezogene Daten vor.

- 132 Wege der Datenerhebung:** Daten können mit Hilfe von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen (EDV), aber auch auf jede andere Art wie bspw. mit Hilfe von Bild- und Tonträgern, aber auch schlichten Notizblöcken erhoben, verwertet und gespeichert werden. Daher kommt es letztlich auf die Art des Datenträgers nicht an. Erfolgt Datenerhebung, Datenspeicherung und Datenverarbeitung aber elektronisch, ist dies – wie noch aufzuzeigen sein wird – von besonderer Grundrechtsrelevanz.

- 133 Gesetzliche Rechtsgrundlage:** Soweit die Informationsbeschaffung nicht schon auf „klassischen“ Standardbefugnissen wie Befragung, Identitätsfeststellung, erkennungsdienstlichen Maßnahmen oder Vorladung beruht, wurde lange Zeit hierfür die Befugnisgeneralklausel als ausreichende Ermächtigung angesehen. Zum Teil wurden die Informationsbeschaffung und -verwertung noch nicht einmal als Grundrechtseingriff angesehen, sodass es auch nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nicht geboten schien, sie gesetzlich zu regeln. Gestützt wurden sie deshalb häufig nur auf interne Dienstvorschriften. Mit dem **Volkszählungsurteil** des BVerfG v. 15.12.1983<sup>170</sup> hat sich jedoch die Rechtsauffassung durchgesetzt, dass jede Erhebung von personenbezogenen Daten grundsätzlich einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) in seiner Ausprägung als Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** darstellt.<sup>171</sup> Der Schutz der Persönlichkeit verlangt nämlich gerade unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung eine Reglementierung der Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe der persönlichen Daten. Zwar muss der Bürger Einschränkungen seines Grundrechtsschutzes hinnehmen, wenn dies zur Erfüllung eines höherrangigen Ziels erforderlich ist, diese Beschränkungen bedürfen aber einer **gesetzlichen Grundlage**, aus der sich die **Voraussetzungen** und der **Umfang** der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der **Normklarheit** und **Bestimmtheit** entspricht. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber bei der Normierung der Eingriffsvoraussetzungen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten und er muss den Schutz des unantastbaren **Kernbereichs** privater Lebensgestaltung gewährleisten. Schließlich hat er angesichts der Gefährdung der informationellen Selbstbestimmung im digitalen Zeitalter auch **organisatorische** und **verfahrensrechtliche** Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.<sup>172</sup>

- 134** Vor diesem Hintergrund haben die Landesparlamente den gesetzlichen Katalog der materiell-rechtlichen und verfahrenstechnischen Regelungen zur Informationsbeschaf-

<sup>169</sup> Vgl. zu den Notrufen Rn 305.

<sup>170</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>171</sup> Zur Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zu den (vorrangigen) Art. 7 und 8 EU-GRC siehe Rn 136a ff.

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 44.

fung und -verwertung erheblich erweitert und nicht mehr die Befugnisgeneralklausel als ausreichend angesehen. Daher beinhalten die novellierten Gefahrenabwehrgesetze nunmehr Rechtsgrundlagen, die mitunter sehr einschneidend in die Persönlichkeitsphäre des Betroffenen eingreifende Maßnahmen gestatten, die auf der Basis einer Datenerhebungsgeneralklausel niemals möglich wären. Dazu zählen bspw.

- der Einsatz **automatisierter Kennzeichenlesesysteme** sowie die sog. **Section Control** (Rn 174 ff.),
- die Verwendung von Körper- bzw. Schulterkameras (sog. „**Bodycams**“ – Rn 168 ff.),
- der verdeckte Einsatz technischer Mittel zum gezielten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in und aus einer durch Art. 13 I GG geschützten Räumlichkeit („Wohnung“) bspw. mit Hilfe von Tonbandgeräten, Richtmikrofonen oder „Wanzen“ (großer „**Lauschangriff**“ – Rn 268 ff.),
- die **Telekommunikationsüberwachung** (TKÜ – Rn 293 ff.),
- die **Online-Durchsuchung** von Computern (Rn 308 ff.),
- die „**Quellen-TKÜ**“ (Rn 308t ff.)
- und die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ – Rn 486).

Damit diesbezügliche Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sein können, hat das BVerfG dem Gesetzgeber strenge Vorgaben gemacht, die im Einzelnen bei Rn 256 ff. erläutert werden. In Bezug auf die Online-Durchsuchung von Computern hat es zudem dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG einen weiteren Schutzgegenstand entnommen, die **Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**.<sup>173</sup>

134a

Zu beachten ist jedoch, dass die Regelungen der einzelnen Polizeigesetze in ihrer Komplexität und mit ihren zahlreichen Verweisungen nicht immer überschaubar sind. Inhaltlich und strukturell stimmen sie aber im Wesentlichen überein, sodass sich die nachfolgenden Ausführungen durchaus auf alle Polizeigesetze übertragen lassen.

134b

Auch ist zu beachten, dass es eine Reihe **bereichsspezifischer Fachgesetze** gibt, die für ihren Bereich die Voraussetzungen für die Datenerhebung normieren. Denn es leuchtet ein, dass die Erhebung personenbezogener Daten etwa im Gewerberecht anders zu beurteilen ist als im Ausländerrecht. Daher ist stets das Zusammenspiel verschiedener Gesetze zu beachten, was die Rechtsanwendung nicht unbedingt einfacher macht. Hinzu kommt, dass sowohl der Bund als auch die Länder **Datenschutzgesetze** für ihre Behörden erlassen haben. Das BDSG und das jeweilige LDSG sind notwendigerweise allgemeine Gesetze. Sie regeln nicht bereichsspezifisch Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten durch die öffentliche Hand. Sie enthalten lediglich Begriffsbestimmungen sowie Schutznormen für den Fall, dass es nach anderen Gesetzen zu Eingriffen in die informationelle Selbstbestimmung kommt. Die Abgrenzung, ob im konkreten Fall das BDSG oder das LDSG zur Anwendung kommt, hängt – vergleichbar dem Anwendungsbereich des VwVfG – allein davon ab, welche Behörde gehandelt hat: Für Bundesbehörden gilt das BDSG, für Landesbehörden das LDSG.<sup>174</sup> Befugnisnormen, die zu Eingriffen in das „Datenschutzgrundrecht“ aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ermächtigen, sind aber den bereichsspezifischen Gesetzen zu entnehmen. Zu diesen zählen insbesondere Datenerhebungsspezialbefugnisse und Datenerhebungsgeneralklauseln nach den Polizeigesetzen. In diesen finden sich Bestimmungen über die allgemeine und besondere Datenerhebung ebenso wie über die weitere Datenverarbei-

135

<sup>173</sup> BVerfGE 120, 274, 302 ff. Vgl. dazu näher Rn 308 ff. und allgemein R. Schmidt, Grundrechte, Rn 266 ff. (Rn 270a).

<sup>174</sup> Die Datenschutz-Grundverordnung der EU, die an sich (im Kollisionsfall) Anwendungsvorrang genießt, enthält für das Gefahrenabwehrrecht eine Bereichsausnahme. Gemäß Art. 2 II lit. d) DSGVO findet sie keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit. Diesen Bereich deckt die Richtlinie (EU) 2016/680 ab (Rn 127).

tung. Sofern diese Befugnisnormen auch zugleich besondere Aussagen über Begriffe und Schutzansprüche ausweisen, gehen sie sogar diesbezüglich dem LDSG vor.

136

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Für die Falllösung folgt aus dem Grundsatz der Spezialität als Prüfungsfolge:

- Bei der Frage nach der Rechtsgrundlage ist stets das bereichsspezifische Gesetz heranzuziehen. Im Gefahrenabwehrrecht bedeutet dies auch die Berücksichtigung von Sonderordnungsgesetzen vor den Vorschriften über die Datenerhebung und Datenverarbeitung in den allgemeinen Polizei- bzw. Gefahrenabwehrgesetzen der Länder. Das bereichsspezifische Gesetz muss die Befugnis aufweisen, damit ein Eingriff überhaupt vorgenommen werden kann. Es kann darüber hinaus auch die Schutzansprüche regeln mit der Folge, dass ein Rückgriff auf allgemeine Gesetze (z.B. LDSG) dann überhaupt nicht in Betracht kommt.
- Denkbar ist auch, dass das bereichsspezifische Gesetz zwar den Eingriff, nicht aber den Schutzanspruch im Fall eines unzulässigen Eingriffs regelt. In einem solchen Fall ist ein Rückgriff auf das „nächstallgemeinere“ Gesetz zulässig, damit die Lücke gefüllt werden kann. Rechtstechnisch muss so vorgegangen werden, dass der Schutzanspruch aus einem allgemeinen Gesetz abgeleitet wird, während der Tatbestand – die Eingriffsrechtfertigung – sich nach dem bereichsspezifischen Gesetz richtet. Für die Ermittlung, welches das jeweils „nächstallgemeinere“ Gesetz ist, gilt bei Landesbehörden im Gefahrenabwehrrecht die Reihenfolge: Sonderordnungsgesetz, allgemeines Polizei- und/oder Ordnungsbehörden-gesetz, LDSG<sup>175</sup>.

**Beispiel:** Die §§ 12a, 19a VersG<sup>176</sup> regeln die Datenerhebung bei öffentlichen Versammlungen. Ist danach eine Datenerhebung rechtswidrig erfolgt, richtet sich der Anspruch auf Löschung nach dem allgemeinen Gefahrenabwehrgesetz des Landes, weil das VersG insoweit eine Lücke aufweist. Sofern der Anspruch auf Löschung rechtswidrig erlangter Daten im allgemeinen Gefahrenabwehrgesetz (Polizeigesetz) geregelt ist, ist ein Rückgriff auf das LDSG nicht zulässig.

136a Ob der bisher aufgezeigte **Prüfungsmaßstab** des **Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG** angesichts der aktuellen EU-Gesetzgebung, der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG für sich noch Geltung beanspruchen kann, bedarf der Erörterung. Ausgangspunkt ist der **Anwendungsvorrang des EU-Rechts**.<sup>177</sup>

136b **Anwendungsvorrang** bedeutet, dass das höherrangige Recht das entgegenstehende niederrangige lediglich suspendiert, d.h. in der Anwendung sperrt, nicht aber – wie das beim **Geltungsvorrang** der Fall wäre – derogiert, also nicht dessen Ungültigkeit (Nichtigkeit) herbeiführt.<sup>178</sup> Zwar greift bei einer Normkollision an sich der Geltungsvorrang, da eine gegen eine ranghöhere Norm verstoßende niederrangige Norm nach allgemeiner juristischer Methodenlehre keine Geltung beanspruchen kann. Jedoch fehlt dem Unionsrecht die Kompetenz, für sich einen Geltungsvorrang zu beanspruchen. Die Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs wäre auch schon gar nicht übertragbar. Aus Sicht des Grundgesetzes ergibt sich der Ausschluss der Übertragbarkeit aus Art. 23 I S. 3 GG, der auf die Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG verweist, wonach u.a. die in Art. 20 GG niedergelegten

<sup>175</sup> Wobei – soweit ersichtlich – keines der Landesdatenschutzgesetze Befugnisnormen i.S.d. Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) enthält, also auch nicht zu grundrechtseingreifenden Maßnahmen befugt. Kann sich die Behörde demnach nicht auf das Landespolizeigesetz stützen (etwa, weil sie keine Polizeibehörde ist), ist die Datenerhebung (z.B. Videoüberwachung) rechtswidrig. Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2007, 688, 691 f.

<sup>176</sup> Zur Föderalismusreform vgl. Fußnoten 10 und 14.

<sup>177</sup> Zur Herleitung vgl. ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 327 ff.

<sup>178</sup> Einen Geltungsvorrang ordnet aber Art. 31 GG an im Falle einer Kollision von Landesrecht mit Bundesrecht. Danach gilt nur das Bundesrecht, das entgegenstehende Landesrecht wird derogiert, d.h. es ist nichtig (dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 70/233 f.). Zur Abweichungsgesetzgebungskompetenz (Art. 72 III S. 1 GG) vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 70/842 ff. Zu Art. 72 III S. 3 GG, der wiederum von einem Anwendungsvorrang (des später erlassenen Gesetzes gleich welchen Rangs) ausgeht, vgl. *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 819 f.

Grundsätze nicht „berührt“ werden dürfen (sog. Ewigkeitsgarantie). Ein in Art. 20 GG niedergelegter Grundsatz ist die Staatlichkeit, die beeinträchtigt werden würde, wenn man die Übertragung der Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs zuließe. Auch stünde der Übertragung der Kompetenz zur Anordnung eines Geltungsvorrangs das in Art. 20 GG genannte Demokratieprinzip entgegen. Daher bedient man sich der Figur des Anwendungsvorrangs, um der Bedeutung der auf die Union übertragenen Kompetenzen gerecht zu werden. Der Anwendungsvorrang greift (daher) auch dann, wenn dem Unionsrecht nicht nationales einfaches Recht, sondern Verfassungsrecht entgegensteht. Das betrifft im Kern die Kollision des EU-Rechts mit den Grundrechten des Grundgesetzes, aber auch mit anderen grundlegenden Verfassungsgütern.<sup>179</sup> Das BVerfG betont diesbezüglich, dass der Integrationsgesetzgeber nicht nur Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen der Union, soweit sie in Deutschland öffentliche Gewalt ausüben, von einer umfassenden Bindung an die Gewährleistungen des Grundgesetzes freistellen könne, sondern auch deutsche Stellen, die Unionsrecht durchführten.<sup>180</sup> Allerdings stellt das BVerfG auch klar, dass der Anwendungsvorrang des EU-Rechts seine Grenzen in den durch Art. 23 I S. 3 i.V.m. Art. 79 III GG für integrationsfest erklärten Grundsätzen der Verfassung findet, namentlich in den in Art. 1 GG und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen.<sup>181</sup> Sollte durch eine Maßnahme der EU ein durch Art. 79 III GG für unantastbar erklärter Grundsatz aus Art. 1 GG oder Art. 20 GG berührt werden, muss umgekehrt das EU-Recht für unanwendbar erklärt werden.<sup>182</sup>

Auch die **Grundrechte der GRC** sind integraler Bestandteil des primären Unionsrechts (siehe Art. 6 I EUV). Daraus folgt zunächst, dass sekundäres Unionsrecht nicht nur am Maßstab der Grundfreiheiten, sondern auch stets im Lichte der GRC auszulegen ist.<sup>183</sup> Auch ist die GRC im Rahmen ihres Anwendungsbereichs (siehe Art. 51 I GRC<sup>184</sup>) verbindliche und mit einem **Anwendungsvorrang** gegenüber nationalem Recht (einschließlich der Grundrechte) versehene Rechtsquelle für Unionsbürger.

136c

Das ist konsequent. Überträgt die Bundesrepublik Deutschland Hoheitsrechte auf die EU (siehe Art. 23 I S. 2 GG) und macht diese von den ihr übertragenen Hoheitsbefugnissen Gebrauch, ist der Staat daran gebunden, solange die EU den ihr gesteckten Rahmen nicht verlässt. Das hat dann die genannte Folge, dass der Anwendungsvorrang des EU-Rechts unabhängig davon greift, ob das nationale Recht einschließlich des Verfassungsrechts dem Unionsrecht entgegensteht. Regelt also die EU in Ausübung der ihr übertragenen Rechtsetzungskompetenz eine Materie wie z.B. Aspekte des **Datenschutzes einheitlich und abschließend** für die gesamte Union<sup>185</sup>, muss das auf diese Weise geschaffene Rechtsregime jedenfalls dann vorgehen, wenn es eine Materie **vollständig determiniert** und den Mitgliedstaaten insoweit keine Gestaltungsspielräume lässt. Ob das niederrangige Recht dem entgegensteht, spielt dabei keine Rolle.

136d

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Der Anwendungsvorrang der GRC übt Einfluss unmittelbar auf die **Grundrechtsprüfung** aus: Denn regelt das **Unionsrecht** einen Sachverhalt **abschließend** (i.S.v. **vollständig determinierend**, wie das in

<sup>179</sup> EuGH Slg. 1964, 1251 ff. (Costa/Enel); vgl. auch EuGH Slg. 1970, 1125 ff. (Internationale Handelsgesellschaft), aufgegriffen in EuGH NJW 2013, 1215 ff. (Melloni); BVerfGE 89, 155 ff. (Maastricht); bestätigt in BVerfGE 102, 147 ff. (Banananmarktordnung) und in BVerfGE 126, 286, 302 (Honeywell bzw. Mangold).

<sup>180</sup> BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff.

<sup>181</sup> BVerfG NJW 2016, 1149, 1150 ff. Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff.

<sup>182</sup> BVerfG NJW 2016, 1149, 1151. Vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff. Vgl. dazu insgesamt ausführlich R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 357b und 365 ff.

<sup>183</sup> EuGH NVwZ 2013, 1139 f.

<sup>184</sup> Zu beachten ist, dass der EuGH den Anwendungsbereich der GRC über den Wortlaut des Art. 51 I GRC hinaus auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts erstreckt (EuGH NJW 2013, 1415, 1416 – Åkerberg Fransson). Danach reicht also der Anwendungsbereich der GRC so weit wie der des Unionsrechts, siehe dazu R. Schmidt, Grundrechte, Rn 9c.

<sup>185</sup> BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“).

weiten Teilen des Datenschutzrechts der Fall ist<sup>186</sup>), führt das – wie aufgezeigt – nach der Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass Akte der deutschen öffentlichen Gewalt grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen sind, sondern am Maßstab der dann vorrangigen Unionsgrundrechte. Die thematisch einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes sind insoweit nicht anwendbar; sie bleiben hinter den Unionsgrundrechten (aber) „ruhend in Kraft“<sup>187</sup>. Voraussetzung für den Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte ist aber, dass diese einen den Grundrechten des Grundgesetzes ebenbürtigen Schutz bieten.<sup>188</sup> So betont das BVerfG, der durch die Unionsgrundrechte jeweils gewährleistete Schutz müsse dem vom Grundgesetz als unabdingbar geforderten Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten sein und insbesondere den Wesensgehalt der Grundrechte verbürgen, um Anwendungsvorrang zu entfalten.<sup>189</sup> Nach gegenwärtigem Stand sei das aber der Fall.<sup>190</sup>

Bei der Bearbeitung auch von Polizeirechtsfällen muss daher zunächst geprüft werden, ob die Unionsgrundrechte oder die nationalen Grundrechte Prüfungsmaßstab sind. Dazu bietet sich folgende Vorgehensweise an:

- Damit die GRC Anwendungsvorrang gegenüber den nationalen Grundrechten entfalten kann, muss sie zunächst selbst anwendbar sein. Dazu ist die Rechtsnatur der GRC als Teil des europäischen Primärrechts (Art. 6 I EUV) festzustellen.
- Sodann ist der Anwendungsbereich der GRC gem. Art. 51 I S. 1 GRC zu erörtern, der nach der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG so weit reicht wie der des Unionsrechts.
- Folgerichtig ist dann zu untersuchen, ob der zu prüfende Sachverhalt in die Gesetzgebungskompetenz der Union fällt, was anhand eines Abgleiches mit den Politiken der Union festzustellen ist, die sich aus den übertragenen Einzelermächtigungen ergeben. Zu den Politiken gehören gem. Art. 3 und 4 AEUV (konkretisiert in Art. 26-197 AEUV) insbesondere der Binnenmarkt<sup>191</sup>, der freie Warenverkehr, die Landwirtschaft und die Fischerei, die Freizügigkeit, der freie Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit), Grenzkontrollen, die Asyl- und Einwanderungspolitik, die justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen und die polizeiliche Zusammenarbeit, die Verkehrspolitik, der unternehmerische Wettbewerb, steuerliche Vorschriften sowie die Wirtschafts- und Währungspolitik.
- Fällt danach der zu untersuchende Sachverhalt in die Gesetzgebungskompetenz der Union und steht somit fest, dass die GRC anwendbar ist, ist sodann zu prüfen, ob das Unionsrecht den zu untersuchenden Sachverhalt vollständig und abschließend determiniert oder den Mitgliedstaaten einen Spielraum lässt, was durch Auslegung des Unionsrechts zu ermitteln ist.

<sup>186</sup> Auf EU-Ebene ist neben der primärrechtlichen Bestimmung des Art. 8 GRC auch das sekundärrechtliche Regelwerk der **DSGVO** zu beachten. Dieses mit Anwendungsvorrang versehene und gemäß seiner Rechtsnatur als EU-Verordnung i.S.d. Art. 288 II AEUV unmittelbar geltende Regelwerk normiert die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten innerhalb der EU. Die DSGVO möchte sowohl den Datenschutz als auch den freien Datenverkehr innerhalb des Europäischen Binnenmarktes gewährleisten (Art. 1 DSGVO). Gemäß S. 2 ihres Erwägungsgrunds 10 soll dies (bis auf einige Ausnahmen, in denen die DSGVO den Mitgliedstaaten Spielräume lässt, wie das gem. Art. 85 II DSGVO der Fall ist) **unionsweit gleichmäßig und einheitlich** geschehen.

<sup>187</sup> BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Bestätigt in BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II) und in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Siehe auch BVerfG 1.12.2020 – 2 BvR 916/11 Rn 187 (elektronische Aufenthaltüberwachung) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 348 ff.; BVerfG NJW 2021, 1518, 1519 (Europäischer Haftbefehl); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 f. (Zulassung für ein Tierarzneimittel). Zur Problematik siehe Rn 113 ff.

<sup>188</sup> BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II); BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II); BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) – mit Verweis auf BVerfGE 73, 339, 387; 102, 147, 162 f.; 118, 79, 95; 125, 260, 306; 129, 186, 199; 152, 216, 235 f.

<sup>189</sup> BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel) mit Verweis auf BVerfGE 73, 339, 376 u. 387; 102, 147, 162 ff.; 118, 79, 95; 129, 186, 199.

<sup>190</sup> BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1213 (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

<sup>191</sup> Wichtige Gegenstände des Binnenmarkts sind in Art. 114 III AEUV genannt: Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz.

- Regelt das Unionsrecht den Sachverhalt abschließend (i.S.v. vollständig determinierend), führt das nach der Rechtsprechung des BVerfG dazu, dass die thematisch einschlägigen Grundrechte des Grundgesetzes insoweit nicht anwendbar sind; sie bleiben hinter den Unionsgrundrechten (aber) „ruhend in Kraft“<sup>192</sup>. Der Sachverhalt (d.h. der zu prüfende nationale Rechtsakt) ist am Maßstab der Unionsgrundrechte zu prüfen.
- Ist aber der zu prüfende nationale Rechtsakt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert, ist er am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu messen<sup>193</sup>, freilich in unionsrechtskonformer Auslegung, siehe dazu Rn 136g-i.

Es bleibt mithin abzuwarten, welche Folgewirkungen der genannte Anwendungsvorrang der Grundrechtecharta und die Rechtsprechung des BVerfG haben werden. Man wird aber sagen müssen, dass **unionsrechtlich vollständig vereinheitlichte Regelungen** und damit auch **vollharmonisierende Regelungen des sekundären Unionsrechts** dazu führen, als **alleinigen Prüfungsmaßstab** für Akte nationaler Stellen das **Unionsrecht** anzunehmen. Die Grundrechte des Grundgesetzes werden insoweit erheblich an Bedeutung verlieren. Auch im juristischen Studium wird man daher nicht umhinkommen, sich neben den Grundrechten des Grundgesetzes ausführlich mit den Grundrechten der Grundrechtecharta (Gleiches gilt hinsichtlich der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention) auseinanderzusetzen sowie mit deren Verhältnis zueinander. In der künftigen **Rechtsanwendung** wird man auf der Basis der soeben dargestellten Entscheidung des BVerfG hinsichtlich des anwendbaren Prüfungsmaßstabs exakt differenzieren müssen:

136e

- Akte deutscher Stellen, die unionsrechtlich vollständig determinierte Regelungen des Unionsrechts anwenden, werden am Maßstab der Unionsgrundrechte geprüft, soweit die Grundrechte des Grundgesetzes durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verdrängt werden. Zu den unionsrechtlich vollständig determinierten Regelungen wird man etwa die betreffenden Regelungen der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO) zählen müssen, aber auch vollharmonisierende Regelungen des zivilistischen Verbraucherschutzrechts, etwa die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, die – im Übrigen nicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt – eine Vollharmonisierung auf EU-Ebene insbesondere im Fernabsatzrecht erreichen möchte (siehe Erwägungsgründe 2, 4, 5, 7 und 9 sowie Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU).
- Geht es um unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht, ist dieses primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen, auch wenn das innerstaatliche Recht der Durchführung des Unionsrechts dient. Als Anwendungsfeld seien diejenigen Vorschriften der DSGVO genannt, die den Mitgliedstaaten Spielräume lassen, wie z.B. Art. 85 DSGVO („Medienprivileg“) oder Art. 88 DSGVO in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz. Auch auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts ist unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht anzutreffen, etwa in Bezug auf die einen Mindestschutz gewährende (d.h. eine Mindestharmonisierung bewirkende) Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG, die allerdings am 1.1.2022 aufgehoben und durch die einen höheren Harmonisierungsgrad aufweisende Richtlinie 2019/771/EU ersetzt wird (während z.B. Art. 8 II Richtlinie 1999/44/EG den Mitgliedstaaten gestattet, strengere Bestimmungen zur Gewährleistung eines höheren Schutzniveaus für den Verbraucher im Vergleich zur Richtlinie zu erlassen oder aufrechtzuerhalten, steht diese Möglichkeit laut Art. 21 II Richtlinie 2019/771/EU nicht mehr den Mitgliedstaaten, sondern nur noch den Verkäufern offen).

<sup>192</sup> BVerfG NVwZ 2020, 63, 66 („Recht auf Vergessenwerden II“). Bestätigt in BVerfG NJW 2020, 2699, 2703 (Bestandsdatenauskunft II) und in BVerfG NVwZ 2021, 226, 228 (Antiterrordateigesetz II). Siehe auch BVerfG 1.12.2020 – 2 BvR 916/11 Rn 187 (elektronische Aufenthaltsüberwachung) – insoweit nicht abgedruckt in NSTZ 2021, 348 ff.; BVerfG NVwZ 2021, 1211, 1212 (Zulassung für ein Tierarzneimittel). Zur Problematik siehe Rn 113 ff.

<sup>193</sup> So im Fall BVerfG NVwZ 2021, 1211 ff. (Zulassung für ein Tierarzneimittel).

- Rein nationale Akte sind von der vorstehenden Problematik nicht berührt. Für diese gelten von vornherein ausschließlich die Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab.

**136f** Betrachtet man die beiden zuerst genannten Konstellationen, ist – von der dogmatischen Problematik abgesehen – die Überlegung auf die Frage zu fokussieren, ob das betreffende Unionsrecht das nationale Recht nun vollständig determiniert oder diesem Spielräume oder Abweichungsbefugnisse lässt, was – bei unklarem Wortlaut – letztlich durch Auslegung (freilich durch den EuGH am Maßstab des EU-Primärrechts) zu ermitteln ist. Im Extremfall kann es sogar sein, dass ein Teil einer Vorschrift des Sekundärrechts das nationale Recht vollständig determiniert und ein anderer Teil derselben Vorschrift dem Mitgliedstaat Spielräume bzw. Abweichungsbefugnisse lässt. Die daraus resultierende Rechtsfolge ist so vorhersehbar wie ambivalent: Der eine Teil der Vorschrift muss sich an Unionsgrundrechten messen lassen, der andere Teil an den nationalen Grundrechten.

**136g** Da für den Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und **der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit**, die Datenschutz-Grundverordnung nicht anwendbar ist (siehe Art. 2 II lit. d) DSGVO), stellt sich die Frage, ob die vom europäischen Parlament und dem Rat erlassene Richtlinie (EU) 2016/680 („**Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz**“) eine unionsrechtlich vollständig determinierende Regelung darstellt. Wäre dies der Fall, dürften nationale Maßnahmen, die in Umsetzung dieser Richtlinie erlassen wurden, am Maßstab der Richtlinie und letztlich am Maßstab der Art. 7 und 8 GRC, nicht am Maßstab des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG zu messen sein. Der Maßstab des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG wäre nur dann eröffnet, wenn die Richtlinie unionsrechtlich nicht vollständig determinierte, sie also Spielräume ließe und die nationalen Maßnahmen lediglich diese Spielräume ausfüllten. Ob die Richtlinie Spielräume lässt, ist anhand ihres Zwecks und Regelungsinhalts zu ermitteln. Hilfestellung geben die Erwägungsgründe.

**136h** Der Zweck der Richtlinie besteht in „der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ (siehe Art. 1 I und die Erwägungsgründe 7 und 11). Da die Richtlinie insbesondere gemäß ihrem Erwägungsgrund 33 lediglich Mindeststandards im Datenschutz vorsieht, dürfen nationale Bestimmungen ein noch höheres Schutzniveau aufweisen. Im Rahmen der Gegenstände des Art. 38 der Richtlinie dürfen nationale Regelungen auch abweichen. Aus alledem folgt, dass die Richtlinie (EU) 2016/680 kein vollständig determiniertes Unionsrecht darstellt. Prüfungsmaßstab für nationale Akte ist damit folgerichtig Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, freilich in richtlinienkonformer Auslegung.

**136i** Fazit: **Sämtliche polizeilichen Maßnahmen der Informationsbeschaffung** mit Bezug zu **personenbezogenen Daten** sind am Maßstab des **Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG** (oder speziell an dem des Art. 10 I GG) zu prüfen und **im Lichte der „Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz“ (Richtlinie (EU) 2016/680) vorzunehmen.**

## b. Allgemeine Regeln der Datenerhebung; Ausweispflicht von Bediensteten

Alle Polizeigesetze enthalten – im Lichte der „Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz“ (Richtlinie (EU) 2016/680) – allgemeine **Verfahrensregelungen** der Datenerhebung (in einigen Polizeigesetzen auch als „Grundsätze der Datenerhebung“ genannt). Diese Bestimmungen enthalten bestimmte **Vorrangregeln**, wonach eine Datenerhebung zunächst grundsätzlich **offen** zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass die Datenerhebung für denjenigen, bei dem und über den sie erfolgt, erkennbar durchzuführen ist, damit der Betroffene weiß, über welche Daten die Behörde verfügt.<sup>194</sup> Denn nur so wird er in die Lage versetzt, eventuelle rechtswidrige Eingriffe in sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit Rechtsschritten abzuwehren. Zur offenen Datenerhebung gehört daher die grundsätzliche **Information des Betroffenen** über deren Rechtsgrundlage und das Ausmaß der Auskunftspflicht oder deren Freiwilligkeit, soweit dies nicht unangemessen ist oder der Zweck der Erhebung dadurch erheblich erschwert oder gefährdet würde.<sup>195</sup> Eine **Ausweispflicht** (Legitimationspflicht) von Polizeibeamten ist nur in einigen Polizeigesetzen ausdrücklich vorgesehen. 137

Die **verdeckte** Datenerhebung, also die Datenerhebung unter Verschleierung der Zugehörigkeit des handelnden Bediensteten zur Polizei oder Ordnungsbehörde bis zum Abschluss der Maßnahme („Verdeckter Ermittler“), oder heimliche Datenerhebung unter Einsatz technischer Mittel ist demgegenüber nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Denn hier ist der Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung besonders deutlich und die rechtliche Abwehr des Eingriffs für den Betroffenen erheblich erschwert, i.d.R. sogar unmöglich. Vielmehr ist dieser auf nachträglichen Rechtsschutz (Fortsetzungsfeststellungsklage) angewiesen. Daher versteht es sich von selbst, dass die gesetzlichen Bestimmungen, die zur verdeckten Datenerhebung ermächtigen, die Eingriffsvoraussetzungen enger umschreiben müssen, um nicht mit Art. 1 I i.V.m. 2 I GG zu kollidieren. 138

Besonders problematisch ist die Erhebung personenbezogener Daten „**auf Vorrat**“, insbesondere, wenn die Zwecke der späteren Verwendung noch nicht feststehen. Denn hier ist nur schwerlich ein Allgemeininteresse ersichtlich, das den Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen könnte.<sup>196</sup> 139

Personenbezogene Daten sind grundsätzlich **unmittelbar**, d.h. **beim Betroffenen zu erheben**. Nachrangig können sie nach den einschlägigen Bestimmungen der Polizeigesetze auch **mittelbar**, d.h. bei Behörden, öffentlichen Stellen oder bei Dritten („anderen“) erhoben werden, wenn die Datenerhebung beim Betroffenen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist oder wenn die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben gefährdet würde<sup>197</sup>, siehe bereits Rn 128 nebst Beispiel. 140

<sup>194</sup> Vgl. BW: § 14 II S. 1 PolG; Bay: Art. 31 III PAG; Berl: § 18 II S. 1 ASOG; Brand: § 29 III PolG; Brem: § 25 II S. 1 PolG; Hamb: § 10 III PolDVVG; Hess: § 13 VII SOG; MeckVor: § 25a IV S. 1 SOG; Nds: § 30 POG; NRW: § 24 OBG i.V.m. § 9 IV PolG; RhIPfI: § 28 II S. 1 POG; Saar: § 3 IV S. 1 PolDVVG; Sachs: § 55 III S. 1 PVDG; SachsAnh: § 15 VI SOG; SchlHolst: § 178 II LVwG; Thür: § 32 IV PAG.

<sup>195</sup> Vgl. BW: § 14 II S. 2 PolG; Bay: Art. 31 IV PAG; Berl: § 18 V ASOG; Brand: § 29 IV S. 1 PolG; Brem: § 25 II S. 2 PolG; Hamb: § 10 IV PolDVVG; Hess: § 13 VIII SOG; MeckVor: § 25a IV S. 2 SOG; Nds: § 30 I POG; NRW: § 24 OBG i.V.m. § 9 VI PolG; RhIPfI: § 28 III POG; Saar: § 3 IV S. 2 PolDVVG; Sachs: § 55 III S. 2, S. 3 PVDG; SachsAnh: § 15 VII SOG; SchlHolst: § 178 III LVwG; Thür: § 32 IV S. 1 PAG.

<sup>196</sup> BVerfGE 109, 279, 308 ff. Zur Verkehrsdatenspeicherung vgl. unten Rn 309 ff.

<sup>197</sup> Vgl. § 6 MEPolG; Bund: § 20 BPolG; Bay: Art. 31 PAG; Berl: § 16 ASOG; BW: § 14 PolG; Brand: § 7 PolG, § 18 OBG; Brem: § 25 PolG; Hamb: § 10 SOG; Hess: § 13 VI SOG; MeckVor: § 25a SOG; Nds: § 8 POG; NRW: § 6 PolG, § 19 OBG; RhIPfI: § 28 POG; Saar: § 3 PolDVVG; Sachs: § 55 II PVDG; SachsAnh: § 10 SOG; SchlHolst: § 220 LVwG; Thür: § 10 PAG, § 13 OBG.

- 141 Schließlich sollen Betroffene und Dritte auf die Rechtsgrundlage sowie (jedenfalls nach einigen Polizeigesetzen) auf die beabsichtigte Verwendung der erhobenen Daten hingewiesen werden.

142

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Sofern die genannten allgemeinen Regeln der Datenerhebung keine Eingriffsvoraussetzungen normieren, stellen sie entweder eine Präzision des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** dar oder sie sind (lediglich) **Verfahrensvorschriften**, nicht jedoch Rechtsgrundlagen für den Grundrechtseingriff in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (bzw. Art. 7 und 8 GRCh). Das bedeutet, dass es zur Datenerhebung einer separaten Befugnisnorm bedarf, freilich unter Beachtung der „Grundsätze der Datenerhebung“. In der Falllösung könnte wie folgt formuliert werden: „Die Befragung des X greift in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (bzw. die Gewährleistungen der Art. 7 und 8 GRCh) ein. Daher ist eine gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich. Eine solche könnte § ... darstellen, freilich unter Beachtung der Verfahrensnorm des § ... .“ Vgl. dazu (und zum Prüfungsaufbau) auch die Ausführungen zur Datenerhebungsgeneralklausel bei Rn 334 ff.

### c. Einzelne Befugnisse

- 143 Zu den speziellen Befugnissen hinsichtlich der Datenerhebung und -verarbeitung mit besonderer Grundrechtsrelevanz gehören v.a. die **Videoüberwachung** öffentlicher Plätze, die **Observation**, der **verdeckte Einsatz technischer Mittel** wie die **Telekommunikationsüberwachung** (TKÜ), der verdeckte Einsatz technischer Mittel zum gezielten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in und aus einer durch Art. 13 I GG geschützten Räumlichkeit bspw. mit Hilfe von Tonbandgeräten, Richtmikrofonen oder „Wanzen“ („großer **Lauschangriff**“), die **Online-Durchsuchung** von Computern, die **„Quellen-TKÜ“**, die Verwendung von Körper- bzw. Schulterkameras (sog. **„Bodycams“**) und der Einsatz **verdeckt ermittelnder Personen**.<sup>198</sup>

Die Beantwortung der Frage nach dem **Rechtsschutz** gegen Maßnahmen, die der Datenerhebung dienen, richtet sich nach deren Rechtsnatur. Würden durch solche Maßnahmen Rechte und Pflichten für den Betroffenen begründet, enthielten sie rechtsverbindliche Regelungen und wären daher als Verwaltungsakte zu qualifizieren. Rechtsschutz böten die Anfechtungsklage bzw. bei Erledigung die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO. Jedoch fehlt regelmäßig die Rechtsfolgenanordnung, weil Datenerhebungsmaßnahmen lediglich der Informationsgewinnung dienen und keine verbindliche Rechtsfolge setzen; jedenfalls fehlt regelmäßig die für die Bejahung eines Verwaltungsakts erforderliche Bekanntgabe, weshalb schon deshalb ein Nicht-Verwaltungsakt in Form einer schlicht-hoheitlichen Maßnahme vorliegt. Daher sind z.B. Datenerhebungsmaßnahmen, die zunächst ohne Kenntnis des Betroffenen durchgeführt werden (etwa heimliche Überwachungsmaßnahmen, insb. Observation und Lauschangriff<sup>199</sup>, Online-Durchsuchung<sup>200</sup>, TKÜ<sup>201</sup> und Quellen-TKÜ<sup>202</sup>), später, nachdem der Betroffene darüber in Kenntnis gesetzt wurde oder anderweitig davon erfahren hat, mit der allgemeinen Leistungsklage bzw. Feststellungsklage anzugreifen. Auch wenn in diesen Fällen der Betroffene nachträglich informiert wird, wird aus der Maßnahme nicht im Nachhinein ein Verwaltungsakt.

<sup>198</sup> Einzelheiten sind den zitierten Befugnisnormen zu entnehmen. Diese sind (aus rechtsstaatlichen) Gründen derart detailliert formuliert, dass sich nähere Erläuterungen lediglich auf die Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken würden. Darauf ist vorliegend verzichtet worden.

<sup>199</sup> Zum (großen) Lauschangriff vgl. Rn 268 ff.

<sup>200</sup> Zur Online-Durchsuchung vgl. Rn 308 ff.

<sup>201</sup> Zur TKÜ (Telekommunikationsüberwachung) vgl. Rn 293 ff.

<sup>202</sup> Zur Quellen-TKÜ vgl. ausführlich Rn 308t ff.

## aa. Offene Bild- und Tonaufzeichnung; Videoüberwachung

### a.) Videoüberwachung öffentlicher Veranstaltungen und Ansammlungen

Gemäß den Bestimmungen der Polizeigesetze<sup>203</sup> darf der Polizeivollzugsdienst bei öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen offene Bildaufnahmen sowie Bild- und Tonaufzeichnungen über solche Personen anfertigen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten begehen werden, und zu erwarten ist, dass ohne diese Maßnahme die Erfüllung polizeilicher Aufgaben nicht möglich wäre oder wesentlich erschwert würde.

144

**Straftat** ist eine Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht (vgl. § 11 I Nr. 5 StGB). Sofern in einigen Polizeigesetzen die Ordnungswidrigkeit nicht nur **geringfügig** sein muss, sollten nur solche Ordnungswidrigkeiten als relevant angesehen werden, bei denen der Betroffene lediglich verwarnt (vgl. § 56 I S. 1, 2 OWiG) bzw. bei denen lediglich ein Verwarnungsgeld (5,- bis 55,- €) erhoben werden kann (vgl. § 56 I S. 1 OWiG).

Die genannten **öffentlichen Veranstaltungen** und **Ansammlungen** unterscheiden sich von einer **Versammlung** i.S.v. Art. 8 I GG dadurch, dass die Teilnehmer zwar denselben, nicht aber einen gemeinsamen Zweck verfolgen und damit **weder dem Schutz des Art. 8 I GG noch dem vorrangigen und abschließenden Versammlungsgesetz** unterliegen.

145

**Beispiele:** Bei den öffentlichen Veranstaltungen im dargelegten Sinn handelt es sich bspw. um Volksfeste, Jahrmärkte, Schützenfeste, Sportveranstaltungen Messen usw. Eine öffentliche Ansammlung ist hingegen das eher zufällige Zusammentreffen von Personen, die z.B. als Neugierige einen Unfall oder eine Schlägerei umlagern. Auch das mehr oder weniger spontane Zusammenkommen einer Gruppe von Skinheads vor einem Asylbewerberwohnheim ist eine Ansammlung, solange nicht die Voraussetzungen einer Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG vorliegen.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichen Veranstaltungen bzw. Ansammlungen einerseits und Versammlungen i.S.v. Art. 8 I GG andererseits ist deshalb wichtig, weil zum einen die Polizeigesetze der Länder gesetzssystematisch nur bei sehr weiter Grundrechtsinterpretation Gesetze i.S.v. Art. 8 II GG sind und zum anderen die meisten Länder Art. 8 I GG auch nicht in ihren Polizeigesetzen als einschränkbares Grundrecht zitieren<sup>204</sup>. Jedenfalls ist die Befugnis zur Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen bei öffentlichen Versammlungen abschließend in §§ 12a, 19a VersG geregelt, sodass ein Rückgriff auf das Polizeirecht systematisch auch insoweit ausgeschlossen ist.<sup>205</sup> Im Übrigen wird zur Abgrenzung zwischen Ansammlung und Versammlung auf die Ausführungen bei Rn 1041 ff. verwiesen.

146

Läge also eine Versammlung i.S.v. Art. 8 I GG statt einer (bloßen) Ansammlung vor und stellte die Bild- und Tonaufzeichnung auf der Grundlage der Polizeigesetze einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts dar, wäre sie verfassungswidrig. Ob jedoch Bild- und Tonaufzeichnungen von Versammlungsteilnehmern einen Eingriff in Art.

147

<sup>203</sup> Vgl. Bund: § 21 BPolG; BW: § 44 PolG; Bay: Art. 33 PAG; Berl: §§ 24, 24b, 24b ASOG; Brand: § 31 PolG; Brem: § 32 PolG; Hamb: § 18 PolDVG; Hess: § 14 SOG; MeckVor: § 32 SOG; Nds: § 32 POG; NRW: §§ 15, 15a, 15b PolG; RhLPfI: § 30 POG; Saar: § 32 PolDVG; Sachs: § 57 PVDG; SachsAnh: § 16 SOG; SchlHolst: § 184 LVwG; Thür: § 33 PAG.

<sup>204</sup> Art. 8 I GG wird aber als einschränkbares Grundrecht zitiert in Art. 91 BayPAG, § 8 Nr. 3 BrandPolG, § 10 NPOG, § 7 NRWPolG, § 8 Nr. 3 RhLPfIPOG, § 10 SächsPVDG und § 11 Nr. 7 SachsAnhSOG, sodass sich die Problematik in Bezug auf Art. 19 I S. 2 GG dort nicht stellt.

<sup>205</sup> Zwar haben die Länder seit 2006 die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht. Bei Ländern, die noch keine eigenen Regelungen erlassen haben, bleibt es jedoch bei der Anwendung des VersG (vgl. Art. 125a I GG).

8 I GG darstellen, lässt sich nicht zweifelsfrei beantworten. Das BVerfG hat entschieden, dass das Grundrecht aus Art. 8 I GG auch durch faktische Maßnahmen beeinträchtigt werden könne, wenn sie in ihrer Intensität imperativen Maßnahmen gleichstünden. So könnten staatliche Überwachungsmaßnahmen (etwa Dokumentation oder Videoüberwachung) dazu führen, dass die innere Entschlussfreiheit, an einer Versammlung teilzunehmen, beeinträchtigt werde. Führe eine Überwachungsmaßnahme dazu, dass der Betroffene lieber auf die Grundrechtsausübung verzichte, sei von einem Eingriff auszugehen.<sup>206</sup> Das Gleiche gelte, wenn exzessive Observierungen und Registrierungen vorgenommen würden.<sup>207</sup>

- 148** Nach heutiger Grundrechtsinterpretation wird man aufgrund der weitreichenden Möglichkeiten, die die moderne Datenverarbeitung mit sich gebracht hat, bei jeglicher (und nicht nur bei exzessiver) Observation von einem Eingriff in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (hier: Recht auf informationelle Selbstbestimmung) und – bei Vorliegen einer Versammlung i.S.v. Art. 8 I GG – auch in dieses Grundrecht ausgehen müssen. Würden somit auf der Grundlage der polizeigesetzlichen Bestimmungen Bild- und Tonaufnahmen jeglicher Art angefertigt und handelte es sich bei der Veranstaltung um eine von Art. 8 I GG geschützte (öffentliche) Versammlung, wäre die Datenerhebung verfassungswidrig. Anders als z.B. § 14 II HessSOG, der die Erhebung personenbezogener Daten bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen und damit auch Videoaufnahmen bei Versammlungen i.S.v. Art. 8 I GG zulässt und damit verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist, sind andere Polizeigesetze diesem schmalen Grat nicht gefolgt und haben von vornherein Bild- und Tonaufnahmen nur bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen zugelassen, die zweifelsfrei *nicht* dem Schutzbereich des Art. 8 I GG unterfallen. Auf der Grundlage dieses überzeugenden Konzepts sind in diesen Ländern Bild- und Tonaufzeichnungen von Personen, die sich auf Art. 8 I GG berufen können, daher nicht nach den Bestimmungen des Polizeigesetzes, sondern – wegen des nicht auszuschließenden Eingriffs in Art. 8 I GG – ausschließlich nach §§ 12a, 19a VersG durchzuführen (vgl. Rn 136).
- 149** Ist die polizeigesetzliche offene Bild- und Tonaufzeichnung zwar grundsätzlich zulässig, darf sie nur **bei oder unmittelbar im Zusammenhang** mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen durchgeführt werden. Sie kann daher sowohl *während* der öffentlichen Veranstaltung oder Ansammlung als auch *vorher oder nachher* erfolgen (insbesondere bei der An- und Abreise teilnehmender Personen). Erforderlich ist jedoch stets ein zeitlicher und räumlicher sowie innerer Zusammenhang mit der Veranstaltung oder Ansammlung.
- 150** Die Formulierung „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass...“ (siehe etwa § 18 I S. 1 HmbPolDVG; § 32 I S. 1 NPOG) bedeutet, dass zwar keine konkrete Gefahr<sup>208</sup> vorliegen muss, aber auch keine abstrakte Gefahr<sup>209</sup> oder ein Gefahrenverdacht<sup>210</sup> genügt. Vielmehr ist eine „**tatsachenbasierte Gefahr**“ gemeint, die nach der Rechtsprechung des BVerfG vorliegt, wenn sich zwar noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lasse, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt, aber be-

<sup>206</sup> BVerfGE 65, 1, 43 (Volkszählung).

<sup>207</sup> BVerfGE 69, 315, 359 (Brokdorf).

<sup>208</sup> Also eine Sachlage, „die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung von Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt“ (so die Legaldefinition in Art. 11 I S. 2 BayPAG; ähnlich – d.h. textlich, aber nicht inhaltlich abweichend – § 2 Nr. 3a BremPolG, § 2 Nr. 1 NPOG, § 3 Nr. 3a SachsAnhSOG und § 54 Nr. 3a ThürOBG). Vgl. zuvor bereits BVerwGE 28, 310, 315 f.; 45, 51, 57; BVerwG NJW 1970, 1890, 1892. Aus der Lit. bspw. *Denninger*, in: Lisken/Denninger, D Nr 47; *Schenke*, POR, Rn 74; *Holzner*, in: BeckOK BayPAG, Art. 11 Rn 20 – dazu Rn 658 f.

<sup>209</sup> Also „eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Fall ihres Eintritts eine Gefahr darstellt“ (so z.B. § 2 Nr. 6 NPOG – dazu Rn 660).

<sup>210</sup> Also ein Zustand, in dem zwar Anhaltspunkte für eine Gefahr gegeben sind, bei dem aber unklar ist, ob wirklich eine Gefahr vorliegt, und der lediglich zu „Gefahrerforschungsmaßnahmen“ befugt (siehe dazu Rn 689 ff.).

stimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinwies.<sup>211</sup> Die Tatsachen müssten zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.<sup>212</sup>

Wie man deutlich erkennt, liegt die „tatsachenbasierte Gefahr“ damit zwischen der konkreten und der abstrakten Gefahr bzw. dem Gefahrenverdacht (dazu näher Rn 662 ff.). Voraussetzung für die Bild- und Tonaufzeichnung ist also eine auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Prognose, dass Straftaten oder nicht geringfügige Ordnungswidrigkeiten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind und dass ohne die Bild- und Tonaufzeichnung die Erfüllung polizeilicher Aufgaben nicht möglich wäre oder wesentlich erschwert würde.

Die Daten dürfen grundsätzlich nur über **diejenigen Personen** erhoben werden, gegen die sich der soeben genannte (Gefahren-)Verdacht **richtet**, ohne dass die Voraussetzungen der Vorschriften über die polizeirechtlich Verantwortlichen vorliegen müssten. Die Datenerhebung bei Dritten oder zulasten von Dritten ist aber nicht generell ausgeschlossen. Die polizeigesetzlichen Vorschriften umschreiben dies mit Formulierungen wie „...“, wenn die Datenerhebung beim Betroffenen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist oder die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben gefährden würde“ (vgl. z.B. Art. 31 II S. 2 BayPAG) oder „Die Datenerhebung darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen sind“ (vgl. z.B. § 30 V S. 1 RhIPfPOG).

151

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Datenerhebung im Zusammenhang mit öffentlichen Veranstaltungen oder Ansammlungen besteht darin, dass von Veranstaltungen und Ansammlungen unter Umständen ein großes Gefahrenpotential ausgeht, weil größere Menschenmengen aufgrund der ihnen innewohnenden Eigendynamik relativ leicht aufgewiegelt werden und Straftäter sich leicht in solchen Menschenmengen verstecken können.

152

## b.) Videoüberwachung öffentlicher Flächen

Seit einiger Zeit ermöglichen die Polizeigesetze<sup>213</sup> der Polizei, öffentlich zugängliche Orte, an denen vermehrt Straftaten begangen werden oder bei denen aufgrund der örtlichen Verhältnisse die Begehung von Straftaten besonders zu erwarten ist (etwa Bahnhofsvorplätze, U-Bahnhöfe, Parks, Fußgängerunterführungen etc.), mittels Bildübertragung und -aufzeichnung offen und erkennbar zu beobachten. In Bayern bspw. ist dazu auch der Einsatz unbemannter Luftfahrtsysteme (sog. **Videodrohnen**) zulässig (Art. 47 I Nr. 1 BayPAG).

153

Die Befugnis zur Videoüberwachung öffentlicher Flächen ist problematisch, weil sie nicht notwendigerweise an eine Gefahr anknüpft, sondern (wegen des Verweises in den Befugnisnormen auf die Aufgabenzuweisungsnormen, die vorbereitende Maßnahmen und sogar die Verhütung von Straftaten zulassen) auch lediglich der allge-

154

<sup>211</sup> BVerfGE 141, 220, 272 mit Verweis auf BVerfGE 120, 274, 328 f.; 125, 260, 330 f.

<sup>212</sup> BVerfGE 141, 220, 272 mit Verweis auf BVerfGE 120, 274, 328 f.; 125, 260, 330 f.

<sup>213</sup> Bund: § 27 I BPolG; BW: § 44 II, III PolG; Bay: Art. 33 II PAG; Berl: § 24a ASOG; Brand: § 31 III PolG; Brem: § 32 III PolG; Hamb: § 18 III PolDVG; Hess: § 14 III, IV SOG; MeckVor: § 32 III SOG; Nds: § 32 III POG; NRW: § 15a I PolG; RhIPf: § 30 III POG; Saar: § 32 II PolDVG; Sachs: § 57 III PVDG; SachsAnh: § 16 II, III SOG; SchlHolst: § 184 III LVwG; Thür: § 33 II PAG. Dagegen enthält – soweit ersichtlich – keines der Landesdatenschutzgesetze Befugnisnormen i.S.d. Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG), sie befugen also auch nicht zu grundrechtseingreifenden Maßnahmen. Kann sich die Behörde demnach nicht auf das Landespolizeigesetz stützen (etwa weil sie keine Polizeibehörde ist), ist die Videoüberwachung, sofern sie einen Grundrechtseingriff darstellt, rechtswidrig (dazu so- gleich).

meinen (Gefahren-)Vorsorge dienen kann. Zwar wird mit dem Argument, dass derjenige, der sich der Öffentlichkeit aussetze und andere beobachte, auch mit der Beobachtung durch andere rechnen müsse – teilweise die Grundrechtsrelevanz derartiger Maßnahmen in Frage gestellt.<sup>214</sup> Dagegen spricht aber schon der Umstand, dass man als Privatperson allenfalls mit der Beobachtung durch private Dritte rechnen muss, nicht aber mit der (ständigen) Beobachtung durch die Obrigkeit, die sich noch dazu technischer und elektronischer Mittel bedient, mit deren Hilfe Informationen erlangt werden können, deren Verarbeitung für den Bürger nicht ersichtlich ist. Darüber hinaus besteht die latente Gefahr der Aushöhlung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) der Bürger, sofern eine flächendeckende Überwachung stattfindet.<sup>215</sup> Daher ist ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung selbst bei bloßer Beobachtung mittels Bildübertragung ohne Bildaufzeichnung (sog. Kamera-Monitor-Prinzip) zu bejahen.<sup>216</sup> Es besteht also die Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch ein verfassungsmäßiges Gesetz, das in verfassungskonformer Weise angewendet wird. Der Zweck einer offenen Videoüberwachung kann jedenfalls in der **Erhöhung des Sicherheitsgefühls** und der **Abschreckung** gesehen werden; Kriminalität kann verhindert werden. Ob aber die Zwecktauglichkeit einer offen durchgeführten Videoüberwachung zur **Terrorismusbekämpfung** gegeben ist, kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Denn der betreffende Personenkreis wird nach Möglichkeit vermeiden, sich in den Kamerabereich zu begeben bzw. sich dort auffällig zu verhalten.

- 155** Problematisch ist auch die **Zuständigkeit der Länder** für derartige Maßnahmen. Zwar sind die Länder in Ermangelung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das allgemeine Gefahrenabwehrrecht zuständig. Problematisch wird das Ganze aber dann, wenn die Videoüberwachung an keine konkrete Gefahr anknüpft und die erlangten Informationen *aufgezeichnet* und später mehr oder weniger zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden. Denn für die Aufklärung von Straftaten ist der Bund zuständig (Art. 74 I Nr. 1 GG), der in Bezug auf die Bildaufzeichnung mit § 100h I Nr. 1 StPO auch von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht hat.<sup>217</sup> Eine Verwendung auf präventiv-polizeilicher Basis gewonnener Erkenntnisse für ein Strafverfahren ist aufgrund der erwähnten Bundesgesetzgebungskompetenz nur auf der Grundlage des § 484 IV StPO zulässig. Überträgt man die Rechtsprechung des BVerfG zur präventiven Telekommunikationsüberwachung<sup>218</sup>, wo das Gericht entschieden hat, dass die Aufnahme der verdachtsunabhängigen vorbeugenden Telefonüberwachung zum Zweck der Strafverfolgungsvorsorge in das niedersächsische SOG (jetzt: POG) u.a. gegen die Gesetzgebungskompetenzvorschriften des Grundgesetzes verstoßen habe, weil die Strafverfolgungsvorsorge dem Strafprozessrecht und damit der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfalle, von der der Bund dem Erlass der StPO abschließend Gebrauch gemacht habe, auf die (verdachtsunabhängige) Videoüberwachung, dürfte die Zuständigkeit der Länder für die Videoüberwachung jedenfalls unter dem Aspekt *Aufzeichnung der Beobachtung* zu verneinen sein.<sup>219</sup> Demgegenüber kann man die reine *Beobachtung* (also die Datenerhebung ohne Aufzeich-

<sup>214</sup> VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117.

<sup>215</sup> Vgl. zur Kritik *Zöller*, NVwZ 2005, 1235 ff.; *Göddeke*, NVwZ 2002, 181, 182; *Roggan*, NVwZ 2001, 134 ff.; *Vahle*, NVwZ 2001, 165 f.; *Dolderer*, NVwZ 2001, 130 ff.; *Maske*, NVwZ 2001, 1248 ff. Das VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117, 118 (aufgehoben von VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 ff.) erhebt keine Bedenken gegenüber der Verfassungsmäßigkeit des § 21 III BWPoIG a.F. (jetzt § 44 III BWPoIG).

<sup>216</sup> Erfreulicherweise auch VGH Mannheim NVwZ 2004, 498, 499 ff. Das BVerfG hat hingegen offengelassen, ob die bloße (offene) Beobachtung (per Videokamera) einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung darstellt, im betreffenden Fall den Grundrechtseingriff aber darauf gestützt, dass die Daten auch aufgezeichnet wurden (vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688, 690).

<sup>217</sup> Vgl. bereits die 12. Aufl. 2009; später auch *Zöller*, NJW-Aktuell Heft 32/2010, 11, 12.

<sup>218</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2606.

<sup>219</sup> A.A. OVG Hamburg MMR 2011, 128 ff., das der Ansicht ist, der Bund habe die Thematik nicht abschließend geregelt mit der Konsequenz, dass eine Landesgesetzgebungskompetenz für Videoüberwachung bestehe.

nung – sog. Kamera-Monitor-Prinzip) als Teil der sog. **Gefahrenvorsorge**<sup>220</sup> der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterstellen.

Die Videoüberwachung muss „**offen und erkennbar**“ erfolgen. Das ist der Fall, wenn Hinweisschilder existieren, die auf die Überwachung hinweisen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch ein Kamerasymbol auf dem Schild angebracht sein muss, damit der Zweck nicht dadurch unterlaufen wird, dass der Adressat die Schrift nicht lesen kann. Des Weiteren muss die Videoüberwachungsmaßnahme i.d.R. durch die Behördenleitung **angeordnet** werden.<sup>221</sup> 156

In **materieller** Hinsicht ist die Befugnis mit Blick auf den permanenten Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht ganz unproblematisch. So ist zunächst nicht ausgeschlossen, dass die Videoüberwachung hintergründig nicht der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten bzw. der Gefahrenabwehr dient, sondern lediglich zu einer Verdrängung der Kriminalität in bislang nicht oder nur gering betroffenen Bereichen führen könnte. In jedem Fall steht die Videoüberwachung unter dem Vorbehalt einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wollte man sie nicht für verfassungswidrig erklären. 157

Zunächst müsste die Befugnisnorm des Landespolizeigesetzes einen legitimen Zweck verfolgen. Vgl. hierzu bereits Rn 153. Das Ziel der Videoüberwachung würde daher nur dann verfehlt, wenn dadurch Rechtsgüter anderen Orts stärker gefährdet würden. Das kann mangels empirischer Grundlage jedoch nicht angenommen werden. 158

Dass die Videoüberwachung der Reduzierung der Kriminalitätsrate an dem überwachten Ort und damit der Gefahrenabwehr jedenfalls dienlich ist, dürfte keinem vernünftigen Zweifel unterliegen. 159

Um die Frage zu beantworten, ob die gesetzliche Befugnis zur Videoüberwachung öffentlicher Orte wegen anderer, aber weniger in die Grundrechte eingreifender Maßnahmen unverhältnismäßig oder deswegen verfassungswidrig ist, weil sie in ihrer Intensität übermäßig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einschränken könnte, ist eine Definition des „Ortes“ der Videoüberwachung erforderlich. Die Befugnisnormen der Polizeigesetze statuieren i.d.R. dazu zwei Beschränkungen. Erstens setzt die Vorschrift **öffentliche Zugänglichkeit** voraus, die besteht, wenn der Zutritt einer unbestimmten Vielzahl von Personen ohne weiteres erlaubt ist und deren Zutritt kein wesentliches Hindernis entgegensteht. Erfasst sind daher öffentliche Plätze, Viertel oder ganze Stadtteile. Nicht zu den zulässigen Orten gehören jedenfalls geschlossene oder private Räume. Zweitens muss es sich um Orte handeln, an denen **vermehrt Straftaten** begangen werden oder bei denen aufgrund der örtlichen Verhältnisse die Begehung von Straftaten besonders zu erwarten ist. 160

Im Übrigen ist die Befugnisnorm nur verfassungsgemäß, wenn die offene Videoüberwachung effektivstes Mittel der polizeilichen Aufgabenerfüllung bei gleichzeitiger Schonung der Grundrechte der Betroffenen ist. In Zweifelsfällen ist sie nach Möglichkeit verfassungskonform auszulegen. 161

Ist die Befugnisnorm demnach der verfassungskonformen Auslegung zugänglich, verlagert sich die Rechtmäßigkeit der öffentlichen Videoüberwachung auf die konkrete Einzelmaßnahme. Die zur Durchführung der Überwachungsmaßnahme berufene Polizei muss stets offenlegen, welchen Rechtsgutsgefährdungen durch die Videoüberwachung 162

<sup>220</sup> Nicht zu verwechseln mit der soeben genannten Strafverfolgungsvorsorge!

<sup>221</sup> Vgl. etwa BW: § 22 VI PolG; Brand: § 32 II S. 1, 34 II, 35 IV PolG; Brem: § 35 II PolG; NRW: §§ 16a II, 17 III, 18 II, 19 II, 20 IV PolG; RhIPf: § 34 IV POG.

begegnet werden soll. Unterstellt man eine solche Offenlegung, ist weiter danach zu fragen, ob der konkrete Überwachungsort tatsächlich Kriminalitätsschwerpunkt ist. Dazu ist von den empirisch ermittelten absoluten Zahlen auszugehen, die vor Inbetriebnahme des Videosystems bzw. der Anordnung über die Verlängerung der Maßnahme für die später zu überwachenden Bereiche vorlagen. Bejaht man auch diese Frage sowie das Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm, konzentriert sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Videoüberwachung auf deren Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.<sup>222</sup>

- 163** Regelmäßig rechtswidrig dürfte die polizeiliche Videoüberwachung in Einkaufszentren sein. Nähme man die Rechtmäßigkeit der Videoüberwachung an, müsste man die Einkaufszentren als Kriminalitätsschwerpunkte, also als Orte qualifizieren, an denen vermehrt Straftaten begangen werden oder aufgrund der örtlichen Verhältnisse zumindest besonders zu erwarten sind. Zwar kann nicht bestritten werden, dass in den Verkaufsräumen gelegentlich Laden- oder Taschendiebstähle begangen werden, diese Art von Straftaten ist jedoch kaum geeignet, eine permanente polizeiliche Videoüberwachung zu rechtfertigen. Zudem wären (in den Eingangsbereichen) bereits eindeutige Hinweisschilder, dass polizeilich videoüberwacht wird, erforderlich, um das in den Befugnisnormen ebenfalls aufgestellte Kriterium der Offenheit und Erkennbarkeit zu erfüllen.
- 164** **Videoüberwachung öffentlicher Plätze versus Versammlungsfreiheit:** Ganz anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn auf öffentlich videoüberwachten Flächen (etwa einem Bahnhofsvorplatz) eine Versammlung stattfindet bzw. ein Aufzug vorbeiführt. Nähme man hier einen Eingriff in Art. 8 I GG an, wäre dieser Eingriff nicht zu rechtfertigen. Zwar sind Videoüberwachungen von Versammlungen nicht a priori ausgeschlossen, jedoch nur auf Grundlage der (strengen) §§ 19a, 12a VersG<sup>223</sup> zulässig. Aus diesem Grund sprechen auch die polizeigesetzlichen Bestimmungen, die den offenen Einsatz optisch-technischer Mittel regeln, keinesfalls von Versammlungen; zudem ist Art. 8 GG in den meisten Polizeigesetzen nicht als einschränkbares Grundrecht zitiert<sup>224</sup>.
- 165** Die Frage, ob im Rahmen einer offenen Videoüberwachung öffentlicher Plätze (unbeabsichtigte) Bild- und Tonaufzeichnungen von Versammlungsteilnehmern, die mehr oder weniger zufällig in den Erfassungsbereich der Kamera geraten, einen Eingriff in Art. 8 I GG darstellen, lässt sich nicht zweifelsfrei beantworten. Bei Rn 147 wurde gesagt, dass nach der Rspr. des BVerfG das Grundrecht aus Art. 8 I GG auch durch faktische Maßnahmen beeinträchtigt werden kann, wenn sie in ihrer Intensität imperativen Maßnahmen gleichstehen. Da es für den Grundrechtsschutz nicht darauf ankommen kann, ob das staatliche Verhalten gezielt oder faktisch erfolgt, wird Art. 8 I GG auch durch faktische Maßnahmen jedenfalls dann beeinträchtigt, wenn diese in ihrer Intensität imperativen Maßnahmen gleichstehen und eine abschreckende (oder einschüchternde) Wirkung entfalten.<sup>225</sup> So können staatliche Überwachungsmaßnahmen (Dokumentation, Videoüberwachung<sup>226</sup>, Fertigung von Lichtbildern<sup>227</sup>) dazu führen, dass die

<sup>222</sup> So hat der VGH Mannheim (NVwZ 2004, 498, 499 ff.) die Einzelmaßnahme für rechtmäßig erachtet. Erforderlich sei aber eine verfahrensrechtliche Absicherung des Grundrechtseingriffs in Form einer Dokumentation der Maßnahme, damit die überprüfenden Gerichte die Verwaltungsentscheidung nachvollziehen könnten.

<sup>223</sup> Zwar haben die Länder seit 2006 die Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht. Bei Ländern, die noch keine eigenen Regelungen erlassen haben, bleibt es jedoch bei der Anwendung des Versammlungsgesetzes (vgl. Art. 125a I GG), siehe dazu Rn 1034.

<sup>224</sup> Art. 8 I GG wird aber als einschränkbares Grundrecht zitiert in Art. 91 BayPAG, § 8 Nr. 3 BrandPolG, § 10 NPOG, § 7 NRWPolG, § 8 Nr. 3 RhPfPPOG, § 10 SächsPVDG und § 11 Nr. 7 SachsAnhSOG.

<sup>225</sup> Vgl. BVerfG NVwZ-RR 2016, 241, 242; OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

<sup>226</sup> Ob es sich bei der Videoüberwachung um eine Übersichts- oder Individualaufnahme handelt, ist bei der Frage nach dem Grundrechtseingriff irrelevant. Wegen möglicher unterschiedlicher Eingriffsintensität kann aber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu unterscheiden sein (wie hier *Neskovic/Uhlig*, NVwZ 2014, 1317 f.; nicht differenzierend *BerlVerfGH NVwZ-RR 2014, 577*); vgl. später auch OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 570.

<sup>227</sup> OVG Münster K&R 2019, 824.

innere Entschlussfreiheit, an einer Versammlung teilzunehmen oder ihr zu verweilen, beeinträchtigt wird. Ist daher eine Überwachung bzw. Datenerhebung (oder eine andere faktische Maßnahme) geeignet, Versammlungsteilnehmer abzuschrecken oder bei ihnen den Entschluss auszulösen, lieber auf die (weitere) Grundrechtsausübung zu verzichten, ist von einem Eingriff auszugehen.<sup>228</sup> Das BVerfG hat in seiner Brokdorf-Entscheidung einen Eingriff bejaht bei „exzessiven Observationen und Registrierungen“.<sup>229</sup> Nach heutiger Grundrechtsinterpretation wird man aufgrund der weit reichenden Möglichkeiten, die die moderne elektronische Datenverarbeitung mit sich gebracht hat, aber bei jeglicher (und nicht nur bei exzessiver) Observation von einem Eingriff in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (hier: Recht auf informationelle Selbstbestimmung)<sup>230</sup> und – bei Vorliegen einer Versammlung i.S.v. Art. 8 I GG – auch in dieses Grundrecht ausgehen müssen.<sup>231</sup> Folgerichtig nehmen jüngere fachgerichtliche Entscheidungen einen Eingriff in Art. 8 I GG bereits dann an, wenn der Einsatz einer Kameraübertragung oder das Fertigen von Bildern geeignet ist, bei den Versammlungsteilnehmern das Gefühl des Überwachtwerdens mit den damit verbundenen Unsicherheiten und Einschüchterungseffekten zu erzeugen<sup>232</sup>, zumal die Teilnehmer auch in Übersichtsaufnahmen in der Regel individualisierbar miterfasst sind<sup>233</sup>. Da durch schlichte Fokussierung und den Einsatz digitaler Techniken Teilnehmer individualisiert werden können, stellt auch die bloße Videobeobachtung – ohne eine Speicherung der Aufnahmen (sog. Kamera-Monitoring-Verfahren) – demnach einen Eingriff in Art. 8 I GG dar<sup>234</sup>, sollte der Schwenkbereich der Kamera die Versammlung erfassen. Generell muss wegen der heutigen technischen Möglichkeiten (Zoom) von der Individualisierbarkeit einzelner Teilnehmer und daher von einem Grundrechtseingriff auch bei bloßer Videobeobachtung ohne Aufzeichnung ausgegangen werden.<sup>235</sup>

Im Zusammenhang mit Videoüberwachungen öffentlicher Flächen ist aber zu beachten: Zwar können auch unbeabsichtigte Grundrechtsbeeinträchtigungen Grundrechtseingriffe darstellen, wenn sie in ihrer Intensität zielgerichteten Maßnahmen gleichkommen, allerdings ist die Zielrichtung der offenen Videoüberwachung öffentlicher Plätze eine andere als bei §§ 19a bzw. 12a VersG. Dem Polizeivollzugsdienst geht es bei der Überwachung öffentlicher Plätze nicht um die Beobachtung von Versammlungsteilnehmern, sondern ganz allgemein um die Überwachung des öffentlichen Verkehrsraums, in dem die Videoüberwachung durchgeführt wird. Gelangen mehr oder weniger zufällig Versammlungsteilnehmer in den Überwachungsbereich, ist ein Grundrechtseingriff in Art. 8 I GG jedenfalls nicht beabsichtigt und auch die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ist nicht so groß, dass zwingend von einem Grundrechtseingriff gesprochen werden muss. Etwas anderes mag freilich gelten, wenn die Versammlung gerade auf oder an der videoüberwachten öffentlichen Fläche angemeldet wurde (vgl. § 14 VersG). Denn dann kann nicht mehr von einem zufälligen Eintreten der Versammlungsteilnehmer in den Überwachungsbereich der Kamera gesprochen

166

<sup>228</sup> BVerfGE 65, 1, 43 (Volkszählung); später auch BVerfG NVwZ-RR 2016, 241, 242; OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 570; OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

<sup>229</sup> BVerfGE 69, 315, 359 (Brokdorf).

<sup>230</sup> Vgl. bereits die 18. Aufl. 2016; später auch *Roggan*, NJW 2018, 723. Ob sich der Schutz der informationellen Selbstbestimmung jedoch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG oder im Anwendungsbereich des EU-Rechts vorrangig aus Art. 7 und 8 GRCh ergibt, hängt von dem abschließenden Charakter des Unionsrechts ab (siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 222 ff.).

<sup>231</sup> Siehe bereits die 20. Aufl. 2018, Rn 1070; später auch OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

<sup>232</sup> OVG Münster DVBl 2011, 175 f. (das allerdings „bloße Übersichtsmaßnahmen bei Großdemonstrationen“ zwar als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht aber in Art. 8 I GG wertet); VG Berlin NVwZ 2010, 1442. Auch das BVerwG sieht das (mittlerweile) so (vgl. BVerwG NJW 2018, 716, 720).

<sup>233</sup> OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

<sup>234</sup> BVerfGE 122, 342, 368 f.; OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 570; VG Berlin NVwZ 2010, 1442; OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

<sup>235</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 570; VG Berlin NVwZ 2010, 1442; OVG Münster K&R 2019, 824, 825.

werden. In diesem Fall muss die Überwachung unterbleiben; die Kameras sind dann für die Dauer der Versammlung abzuschalten.

- 167 Rechtsschutzfragen:** Da mit der Videoüberwachung keine Rechtsfolgenanordnung getroffen wird, handelt es sich um schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln. Der Betroffene kann sein Unterlassungs- bzw. Feststellungsbegehren in Bezug auf die von ihm geltend gemachte Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts daher mit der Unterlassungs- bzw. allgemeinen Feststellungsklage verfolgen.<sup>236</sup> Das gilt auch für den Fall, dass sich die Maßnahme im Zeitpunkt der Klageerhebung „erledigt“ hat.<sup>237</sup> Die Klagebefugnis ist regelmäßig gegeben, da zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung vorliegt. Dabei kommt es richtigerweise nicht darauf an, dass der Kläger Einwohner der betreffenden Gemeinde ist, in der die Videoüberwachung stattfindet.<sup>238</sup> Will der Rechtsschutzsuchende im Eilverfahren vorgehen (d.h. die Videoüberwachung vorläufig unterbinden lassen), steht ihm der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO zur Verfügung.<sup>239</sup>

### c.) Offene Bildaufzeichnung zur Eigensicherung

- 168** Vor dem Hintergrund der hohen Zahl von Gewalttaten gegen Polizeibeamte wurden in einigen Polizeigesetzen<sup>240</sup> Regelungen in Bezug auf Bildaufzeichnungen zur Eigensicherung aufgenommen. Gemeint ist die Verwendung von Miniatur-Videokameras („körpernah getragene Aufnahmegeräte“, auch als „**Bodycams**“ bezeichnet), die mittels einer Haltevorrichtung bspw. auf der Schulter eines Polizeibeamten platziert werden und das Geschehen im unmittelbaren Umfeld des Polizisten erfassen und ggf. aufzeichnen.

**Beispiel:** In einer verrufenen Gegend der Stadt führt die Polizei Streifengänge durch. Um potentiellen Angriffen zuvorzukommen bzw. Angriffe von vornherein zu verhindern, nimmt einer der Beamten bei Identitätsfeststellungen mit Kenntnis der kontrollierten Personen das Geschehen mit einer auf der Schulter montierten „Bodycam“ auf.

- 169** Wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (dazu Rn 133 f.) muss sich aus der Befugnisnorm ergeben, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz zulässig ist; der Umfang des Grundrechtseingriffs muss sich klar und für den Bürger erkennbar ergeben. So muss die gesetzliche Regelung die Einschränkung enthalten, dass die Videoaufzeichnung offen und ausschließlich zur Eigensicherung der Polizei bei ihrer Aufgabenerfüllung oder zum Schutz Dritter erfolgt. Das Kriterium der Offenheit kann dadurch erfüllt werden, dass der im Einzelfall in der Anhalte- und Kontrollsituation zu startende Betrieb der Kamera durch ein optisches Signal angezeigt wird, das für die angehaltene Person sichtbar ist.

- 170** Tatbestandlich ist zu unterscheiden. Befindet sich die Bodycam im Bereitschaftsbetrieb und erfasst lediglich im Zwischenspeicher („Arbeitsspeicher“) Bild- und Tonmaterial („Pre-Recording“), sehen bspw. § 27a III BPolG und § 24c III BerIASOG vor, dass diese Daten automatisch nach höchstens 30 Sekunden spurlos zu löschen sind, es sei denn, es erfolgt eine Aufnahme, die dem eigentlichen Zweck der Kamera entspricht, nämlich zum Eigenschutz oder zum Schutz Dritter vor einer Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder Eigentum. Weitere Löschungspflichten sind den entsprechenden Vorschriften zu entnehmen. Dass mit dem „Pre-Recording“ auch Personen erfasst werden,

<sup>236</sup> Vgl. zu diesen beiden Klagearten R. Schmidt, VerwProzR, Rn 365 ff. und 462 ff.

<sup>237</sup> Zum Streit, ob für diesen Fall § 113 I S. 4 VwGO analog anzuwenden ist, vgl. R. Schmidt, VerwProzR, Rn 398.

<sup>238</sup> Zu eng daher VG Mannheim NVwZ 2004, 498 f.

<sup>239</sup> Vgl. dazu näher R. Schmidt, VerwProzR, Rn 999 ff.

<sup>240</sup> Vgl. etwa § 27a BPolG, Art. 33 IV S. 1 BayPAG, § 24c BerIASOG, § 18 V HmbPolDVG, § 32a MeckVorSOG, § 31 Rhl-PfPolG. Vgl. auch § 31a BrandPolG, § 15c NRWPolG, § 16 III SachsAnhSOG (dazu LVerfG SachsAnh DVBl 2015, 38 f.).

von denen keinerlei Gefahr ausgeht, ist mit Blick auf Art. 2 I i.V.m. 1 I GG nicht ganz unproblematisch, weshalb wohl § 31 III RhiPflPOG gänzlich darauf verzichtet bzw. dies sogar als unzulässig erachtet („Die kurzzeitige Datenerfassung im Zwischenspeicher der Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte durch Vorabaufnahmen (Pre-Recording) ist unzulässig“). Wenn aber, wie in Bayern und Berlin, während des Pre-Recordings keine Daten gespeichert, sondern die erfassten Daten ständig überschrieben und erst ab einem Zeitpunkt gespeichert werden, in dem dies der Beamte zu seinem Schutz oder zum Schutz von Dritten durch Aktivierung der Aufzeichnungsfunktion veranlasst (Art. 33 IV S. 2 BayPAG spricht von der Fertigung „verarbeitungsfähiger Aufzeichnungen“ und § 24c III S. 3 BerIASOG regelt, dass für den Fall der Aufzeichnung die Daten bis zu einer Dauer von 30 Sekunden vor dem Beginn der Aufzeichnung gespeichert werden dürfen), dürfte dies unproblematisch sein. Vor diesem Hintergrund ist auch § 184a III SchHoltLVwG nicht zu beanstanden.

Für den eigentlichen Aufnahmebetrieb (d.h. die Fertigung „verarbeitungsfähiger Aufzeichnungen“) ist eine **„tatsachenbasierte Gefahr“** für ein bedeutsames Rechtsgut, namentlich Leib oder Leben, zu fordern. Das ergibt sich aus den gesetzlichen Formulierungen wie: „wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass...“ oder: „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass...“ oder: „dürfen verarbeitungsfähige Aufzeichnungen nur gefertigt werden, wenn dies nach den Umständen zum Schutz von Polizeibeamten oder eines Dritten vor Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist“. Voraussetzung für die Aktivierung des Aufnahmebetriebs einer Bodycam ist also eine auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Prognose, dass ein Angriff auf Leib oder Leben des Polizeibeamten oder eines Dritten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

171

Verhältnismäßig ist die Regelung, wenn in ihr (wie in Art. 33 IV S. 2 BayPAG, § 24c I S. 1 BerIASOG, § 32a I MeckVorSOG, § 15c I NRWPolG und § 31 I RhiPflPOG) zum Ausdruck kommt, dass der Einsatz einer Schulterkamera nur anlassbezogen zulässig ist, dass er zum Schutz des Polizeibeamten oder von Dritten vor Angriffen auf Leib oder Leben erforderlich ist (er also der Verhinderung eines vermuteten Angriffs dient: Ein Aggressor soll sich durch die in Betrieb befindliche Schulterkamera abgeschreckt fühlen, den Polizisten anzugreifen). Soll der Einsatz auch dazu führen, Verhaltensweisen oder Vorgänge zur Verfolgung von Straftaten, die mit einem Angriff auf Leib oder Leben verbunden sind, aufzuzeichnen, ist auch dies in der Befugnisnorm zu regeln (so wie bspw. in § 27a I Nr. 2 BPolG). Für diesen Fall wäre dann auch eine weitere Speicherung der Bilddaten zulässig. Für die Fertigung „verarbeitungsfähiger Aufzeichnungen“ (also die Betätigung der Aufnahmefunktion) sind separate Befugnisse erforderlich, so wie bspw. nach Art. 33 IV S. 2 BayPAG: „Verarbeitungsfähige Aufzeichnungen dürfen gefertigt werden, wenn dies nach den Umständen zum Schutz von Polizeibeamten oder eines Dritten vor Gefahren für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist“. Zu begrüßen ist es auch, wenn die Polizeigesetze den bloßen Pre-Recording-Betrieb nur im öffentlich zugänglichen Raum zulassen und damit in Wohnungen ausschließen (vgl. Art. 33 IV S. 4 BayPAG; § 24c I S. 1 BerIASOG) und dort den Einsatz von Bodycams nur zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person zulassen, sofern damit nicht die Überwachung der Wohnung verbunden ist (Art. 33 IV S. 3 BayPAG).

172

Des Weiteren ist zu verlangen, dass die gesetzliche Grundlage hinsichtlich der Nutzung der personenbezogenen Daten auch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen trifft, welche der Gefahr einer Aushöhlung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken. Das kann dadurch bewerkstelligt werden, dass der genannte Verwen-

172a

dungszweck genau bestimmt, maximale Speicherfristen genannt und Löschungspflichten auferlegt werden. Soweit in den Befugnisnormen festgelegt wird, dass der Einsatz der Videotechnik zu einer Verminderung der Aggressivität der Betroffenen führen soll, sowie, dass die durch die Videoaufzeichnung erhobenen Daten im Regelfall spätestens nach 48 Stunden zu löschen sind, ist auch diesem Erfordernis Rechnung getragen. Sollte die Befugnisnorm es zulassen, dass personenbezogene Daten, die zum Eigenschutz oder zum Schutz Dritter vor einer Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder Eigentum erhoben worden sind, 30 Tage aufzubewahren sind (§ 27a IV S. 1 BPolG; vgl. auch § 31 IV RhIPfPOG), ist dies nicht ganz unproblematisch. Wünschenswerter und rechtssicherer wäre es, eine unverzügliche Lösungsfrist festzuschreiben. Immerhin bestimmen § 27a IV S. 2 BPolG und § 31 IV RhIPfPOG, dass die Aufzeichnungen nach Ablauf der 30 Tage unverzüglich zu vernichten bzw. sie zu löschen sind. Die 6-Monatsfrist in § 27a IV S. 3 BPolG dürfte aber zu lang sein. Zu lang dürfte auch die 2-Monatsfrist in Art. 33 VIII S. 1 BayPAG sein. Vorbildlich § 32a V S. 3 MeckVorSOG (Löschung nach Ablauf von 2 Wochen).

- 173 Auf Anwendungsebene muss der Polizist die generell-abstrakten Vorgaben grundrechtskonform auslegen und ermessensfehlerfrei handeln. Dazu gehört es, die Schulterkamera nur im Bedarfsfall einzuschalten, d.h., wenn eine abstrakte Gefahr für Leib oder Leben vorliegt und ihr Einsatz erforderlich ist.

#### d.) Einsatz von Kennzeichenlesesystemen bei Verkehrskontrollen

- 174 Ebenfalls in jüngerer Zeit wurden in einigen Polizeigesetzen ausdrückliche Rechtsgrundlagen für den präventivpolizeilichen Einsatz automatisierter Kennzeichenlesesysteme (AKLS) im Rahmen von Verkehrsüberwachungsmaßnahmen geschaffen.<sup>241</sup> Danach darf die Polizei bei Kontrollen im öffentlichen Verkehrsraum personenbezogene Daten durch den offenen Einsatz technischer Mittel zur elektronischen Erkennung von Kraftfahrzeugkennzeichen zum Zwecke des **automatisierten Abgleichs mit dem Fahndungsbestand** erheben. Der Einsatz von Systemen zur automatisierten Erfassung und Auswertung von Kfz-Kennzeichen soll v.a. der Suche nach Fahrzeugen oder Kennzeichen dienen, die als gestohlen gemeldet sind oder nach denen aus sonstigen Gründen gefahndet wird. Rechtspolitischer Hintergrund ist die gewünschte Effektivitätssteigerung der Gefahrenabwehr und die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität. Technisch verläuft das Verfahren wie folgt: Vorbeifahrende Fahrzeuge werden von der Anlage mittels Videokamera automatisiert erfasst, kurzzeitig gemeinsam mit Angaben zu Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung in einem Arbeitsspeicher festgehalten und im Bruchteil einer Sekunde mit Kennzeichen aus dem Fahndungsbestand abgeglichen. Ist ein Kennzeichen im Fahndungsbestand enthalten (sog. Trefferfall), wird ein Signal ausgelöst und es werden die betreffenden Informationen gespeichert. Die Polizei vor Ort kann dann ggf. weitere Maßnahmen ergreifen. Ist das Kennzeichen nicht im Fahndungsbestand enthalten (sog. Nichttrefferfall), werden die Daten sofort oder unverzüglich (automatisiert) aus dem Arbeitsspeicher gelöscht.
- 175 Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind sehr differenziert. Sie reichen von „zur Abwehr einer erheblichen Gefahr“ über „zur Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung mit Grenzbezug“ zu „gefährlichen Orten zur Verhütung der dort genannten Straftaten“. Von der Variante „zur Abwehr einer erheblichen Gefahr“ ist auch der Einsatz der Kennzeichenlesegeräte **zur Eigensicherung von Polizeivollzugsbeamten** bei Kontrollen umfasst, indem etwa ein vor einer Kontrolle eingesetztes Kennzeichen-

<sup>241</sup> Vgl. etwa Bund: § 27b BPolG; BW: § 51 PolG; Bay: Art. 39 PAG; Berl: § 24d ASOG; Brand: § 36a PolG; Hamb: § 19 PolDVG; MeckVor: § 43a SOG; Nds: § 32a POG; RhIPf: § 33 POG; Thür: § 33 VII PAG.

lesegerät einen Alarm auslöst, wenn sich Beamter und ausgeschriebenes Fahrzeug nähern.

Abzugrenzen sind die genannten Maßnahmen von denjenigen, bei denen Fahrzeuge zwar erfasst, zunächst nicht jedoch automatisiert auch deren Kennzeichen gelesen werden. Das betrifft Maßnahmen der allgemeinen Straßenverkehrsüberwachung, etwa Geschwindigkeitsmessanlagen („Blitzer“) und Verkehrsregelanlagen („Rotlichtblitzer“). Bei diesen Überwachungsmaßnahmen werden zwar (ebenfalls) zunächst alle Fahrzeuge erfasst, jedoch werden personenbezogene Daten (Kennzeichen; Fahrer) durch Frontfoto erst dann erhoben, wenn (durch Messung) ein Verkehrsverstoß festgestellt wird. Nach Auffassung des BVerfG liegt bei diesen Maßnahmen ein Grundrechtseingriff nicht bereits in der generellen Erfassung aller vorbeifahrenden Fahrzeuge, da hierbei weder personenbezogene Daten erhoben noch Daten gespeichert würden. Ein Grundrechtseingriff sei erst im „Trefferfall“ (also bei Erfassung nach einem Verkehrsverstoß) anzunehmen, da erst dadurch personenbezogene Daten (Frontfoto von Kennzeichen und Fahrer) gespeichert würden.<sup>242</sup>

176

Hinsichtlich der vorliegend zu behandelnden automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand werden – wie aufgezeigt – vorbeifahrende Fahrzeuge von der Anlage automatisiert erfasst, kurzzeitig gemeinsam mit Angaben zu Ort, Datum, Uhrzeit und Fahrtrichtung gespeichert und mit Kennzeichen aus dem Fahndungsbestand abgeglichen. Dies stellt – auch ohne Speicherung – eine Erhebung von Informationen dar, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen<sup>243</sup>, und damit eine Erhebung personenbezogener Daten, die unbegrenzt speicherbar und jederzeit und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind, weshalb ein **Eingriff** in das Grundrecht auf **informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) vorliegt.

177

Gerade die Befugnis, verdachtsunabhängig und automatisiert personenbezogene Daten zu erheben und abzugleichen, ist verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, die auch vom BVerfG aufgegriffen wurden. Während das BVerfG in seinem Urteil zur automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand aus dem Jahre 2008 einen Eingriff in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG nur dann angenommen hat, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten und ggf. zur Grundlage weiterer Maßnahmen gemacht wird (sog. Trefferfall), nicht aber, wenn der (automatisierte) Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich nach der Erfassung vorgenommen wird und negativ ausfällt (also im sog. Nichttrefferfall) und zusätzlich rechtlich und technisch gewährleistet ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort gelöscht werden, ohne dass die Möglichkeit besteht, einen Personenbezug herzustellen<sup>244</sup>, hat es diese differenzierte Rechtsauffassung nunmehr aufgegeben.

177a

In seiner Entscheidung v. 18.12.2018 hinsichtlich der automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrollen in Bayern hat das BVerfG nunmehr deutlich gemacht, dass eine automatisierte Kennzeichenkontrolle Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aller Personen, deren Kennzeichen in die Kontrolle einbezogen werden, auch dann begründe, wenn das Ergebnis zu einem „Nichttreffer“ führe und die Daten sogleich gelöscht würden.<sup>245</sup> Der Grundrechtseingriff sei hierbei sogar zweifach

177b

<sup>242</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>243</sup> Siehe dazu die Definition in Art. 3 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680 („Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz“).

<sup>244</sup> Siehe BVerfGE 120, 378, 397 ff.: Eingriff in Art. 8 I GG wegen der möglicherweise abschreckenden Wirkung. Speziell zu Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 498, 499 ff.

<sup>245</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 829.

angelegt, zunächst in dem Erfassen der Kennzeichen und sodann im anschließenden Datenabgleich (Kennzeichenabgleich).<sup>246</sup> Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Denn auch sonst nimmt das BVerfG bei bloßer Beobachtung ohne Speicherung der Daten (sog. Kamera-Monitoring-Verfahren) völlig zu Recht einen Grundrechtseingriff an.<sup>247</sup> Gleichwohl hat das BVerfG aber auch in dieser Entscheidung eine Differenzierung vorgenommen und hinsichtlich der Annahme eines Grundrechtseingriffs danach unterschieden, ob Kennzeichen bewusst in die Kontrolle einbezogen oder nur zufällig „am Rande miterfasst“ werden. Werden Kennzeichen bewusst in die Kontrolle einbezogen, liegt nach Auffassung des BVerfG stets ein Grundrechtseingriff vor. Sei das der Fall, mache es für die Annahme eines Grundrechtseingriffs auch keinen Unterschied, ob der Datenabgleich zu einem „Treffer“ oder „Nichttreffer“ führt. Denn auch die Einbeziehung der Daten von Personen, deren Abgleich letztlich zu Nichttreffern führe, erfolge nicht ungezielt und allein technikbedingt, sondern sei notwendiger und gewollter Teil der Kontrolle und gebe ihr als Fahndungsmaßnahme erst ihren Sinn.<sup>248</sup> Der Annahme eines Grundrechtseingriffs stehe auch nicht entgegen, dass den Betroffenen im Nichttrefferfall wegen der sofortigen Löschung aller Daten weder Unannehmlichkeiten noch Konsequenzen erwachsen. Denn das ändere nichts daran, dass sie durch die Kennzeichenkontrolle einer staatlichen Maßnahme unterzogen werden. Sie seien von einem spezifischen Fahndungsinteresse erfasst und würden darauf hin überprüft, ob sie oder die von ihnen mitgeführten Sachen behördlich gesucht werden. Zugleich werde ihre ungehinderte Weiterfahrt unter den Vorbehalt gestellt, dass Erkenntnisse gegen sie nicht vorliegen. Dies alles führe zur Annahme eines Grundrechtseingriffs.<sup>249</sup> Ein Grundrechtseingriff sei i.d.R. aber dann nicht anzunehmen, wenn personenbezogene Daten Dritter nur zufällig am Rande miterfasst würden und unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurenlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden gelöscht würden.<sup>250</sup> Diese Differenzierung ist abzulehnen. Denn eine „automatisierte Kennzeichenerfassung“ ist a priori dadurch gekennzeichnet, dass zunächst einmal die Kennzeichen *aller* vorbeifahrenden Kraftfahrzeuge erfasst werden. Dies geschieht auch willentlich und gerade nicht „ungezielt und allein technikbedingt“, sondern ist – mit den Worten des BVerfG gesprochen – „notwendiger und gewollter Teil der Kontrolle und gibt ihr als Fahndungsmaßnahme erst ihren Sinn“. Bei einer „automatisierten Kennzeichenerfassung“, bei der die Kennzeichen *aller* vorbeifahrenden Kraftfahrzeuge vollautomatisch erfasst werden, kann es keine „zufällig am Rande miterfassten“ Kraftfahrzeuge geben. Dementsprechend kann es auch hinsichtlich des Grundrechtseingriffs keine Differenzierung geben: Die Halter/Fahrer *aller* erfassten Kraftfahrzeuge sind in ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt.

- 177c** In jedem Fall aber liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor (und das nicht nur im Rahmen der Straßenverkehrsüberwachung), wenn von Anfang an personenbezogene Daten erhoben werden.

**Beispiel**<sup>251</sup>: Hinsichtlich der abschnittsbezogenen Verkehrsüberwachung (Abschnittskontrolle; „Streckenradar“ bzw. „**Section Control**“) führt das OVG Lüneburg aus: „Bei dieser Art der Verkehrsüberwachung werden die Kennzeichen sämtlicher Kraftfahrzeuge sowohl beim Ein- als auch beim Ausfahren aus dem überwachten Streckenabschnitt erfasst. Das bei der Einfahrt in den überwachten Bereich aufgenommene (erste) Foto vom Fahrzeugheck wird automatisiert ausgelesen und in einen sog. Hashwert verwandelt, der als individuelle „Fahrzeug-Identifizierung“ (Fahrzeug-ID) dient. Bei der Ausfahrt des

<sup>246</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 829.

<sup>247</sup> BVerfGE 122, 342, 368 f.; OVG Koblenz NVwZ-RR 2015, 570; VG Berlin NVwZ 2010, 1442.

<sup>248</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>249</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>250</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 829.

<sup>251</sup> Nach OVG Lüneburg NZV 2020, 145.

Fahrzeugs aus dem überwachten Bereich wiederholt sich dieser Prozess, d.h. es wird grundsätzlich ein zweites Foto erstellt. Danach wird durch Abgleich der erzeugten Hashwerte und Zeitstempel die Durchschnittsgeschwindigkeit ermittelt. (...). Wenn sich dabei eine Geschwindigkeitsüberschreitung ergibt (sog. Trefferfall) (...), löst die zentrale Anlagensteuerung die „Verstoßkamera“ aus. Dann werden zwei weitere Fotos gefertigt, nämlich ein hochaufgelöstes Frontbild zur Fahrererkennung und eine Heckaufnahme, die zum Nachweis ggf. verwendeter unterschiedlicher Kennzeichen an Fahrzeugfront und -heck dient.“<sup>252</sup>

In diesem Fall geht das OVG Lüneburg ohne weiteres und auch völlig zu Recht von einem Grundrechtseingriff aus (und zwar auch bereits hinsichtlich des Erfassens der Fahrzeuge beim Einfahren in den Kontrollbereich, da bereits dort eine individuelle Fahrzeug-Identifizierung vorgenommen wird), indem es nach dem Vorliegen einer Rechtsgrundlage fragt. Zutreffend führt das OVG aus, dass die Gesetzgebungsbefugnis der Länder für die Gefahrenabwehr nicht nur hinsichtlich der Abwehr selbst bestehe, sondern auch vorgelagerte Maßnahmen zu deren Verhütung oder zur Vorbereitung von Maßnahmen, die der späteren Gefahrenabwehr dienen, umfasse.<sup>253</sup> § 32 VI NPOG, der vom OVG als Rechtsgrundlage genannt wird, dient jedenfalls hinsichtlich des Erfassens der Fahrzeuge beim Einfahren in den überwachten Streckenabschnitt der Verhütung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten und ist damit kompetenzrechtlich nicht zu beanstanden.

Fraglich ist aber, ob § 32 VI NPOG auch als Rechtsgrundlage für die Messung und das Fertigen weiterer Fotos bei der Ausfahrt des Fahrzeugs aus dem überwachten Bereich herangezogen werden kann. Denn wird bei der Ausfahrt des Fahrzeugs aus dem überwachten Bereich ein Geschwindigkeitsverstoß festgestellt, dient die weitere Maßnahme (Bildaufnahme durch die „Verstoßkamera“) der Ahndung der Verkehrsordnungswidrigkeit, womit der Anwendungsbereich der repressiv ausgerichteten Vorschrift des § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO eröffnet ist, die im Ordnungswidrigkeitenverfahren über § 46 I OWiG Anwendung findet und den Zugriff auf § 32 VI NPOG verhindert.<sup>254</sup> Gleichwohl meint das OVG, die gesamte Anlage habe eine präventive Funktion. Diese verwirkliche sich dadurch, dass sich repressive Maßnahmen wie die Anfertigung von Beweisfotos möglichst erübrigten, weil die Mehrzahl der Kraftfahrer im Wissen um die Inbetriebnahme (bzw. das Vorhandensein) der Anlage die zulässige Höchstgeschwindigkeit einhalten werde.

Dem Einwand, die Anlage unterfalle der Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfolgungsvorsorge<sup>255</sup>, tritt das OVG mit einem Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG<sup>256</sup> entgegen, wonach in der Rechtsprechung anerkannt sei, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz jedenfalls bezogen auf Vorsorgemaßnahmen durch offene Überwachung des öffentlichen Raums nicht abschließend und die Länder verdrängend Gebrauch gemacht habe, insbesondere nicht in der Strafprozessordnung.<sup>257</sup> Folgt man dem, stehen die bundesrechtlichen Vorschriften der Heranziehung des § 32 VI NPOG nicht entgegen und § 32 VI NPOG konnte auch als Rechtsgrundlage für die Messung und das Fertigen weiterer Fotos bei der Ausfahrt des Fahrzeugs aus dem überwachten Bereich herangezogen werden.

---

<sup>252</sup> OVG Lüneburg NZV 2020, 145.

<sup>253</sup> OVG Lüneburg NZV 2020, 145, 146. Zur Gesetzgebungskompetenz siehe oben Rn 19 ff. (speziell Rn 22c).

<sup>254</sup> Das OVG spricht hier von „Verdrängung“ (Rn 36), was m.E. aber nicht zutrifft, weil ein gegen die Sperrwirkung des Art. 72 I GG verstoßendes Landesgesetz nicht „verdrängt“ wird, sondern ungültig ist (BVerfGE 102, 99, 115).

<sup>255</sup> Dabei geht es um Maßnahmen der Polizei, die auf „die Verfolgung noch nicht begangener, sondern in ungewisser Zukunft möglicherweise bevorstehender Straftaten“ zielen (BVerfG NJW 2019, 827, 831; zuvor schon BVerfGE 113, 348, 369 f.). Das BVerfG steht diesbezüglich auf dem Standpunkt, die Strafverfolgungsvorsorge gehöre zum gerichtlichen Verfahren i.S.d. Art. 74 I Nr. 1 GG und betreffe gegenständlich das repressiv ausgerichtete Strafverfahren, da sie mit dem gerichtlichen Verfahren in einem untrennbaren funktionalen Zusammenhang stehe (BVerfG NJW 2019, 827, 831 mit Verweis auf BVerfGE 103, 21, 29; 113, 348, 370). Siehe dazu näher Rn 93 ff.

<sup>256</sup> BVerwG NVwZ 2012, 757, 760 f.

<sup>257</sup> OVG Lüneburg NZV 2020, 145, 146 mit Verweis auf BVerwG NVwZ 2012, 757, 760 f.

- 177d** Fazit: Wie die vorstehenden Erläuterungen aufgezeigt haben, ist also bereits hinsichtlich der Frage nach einem Grundrechtseingriff zu differenzieren:
- Verkehrsüberwachungsmaßnahmen, die gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Personen ohne Erfassung personenbezogener Daten durchgeführt werden und erst im Fall eines Treffers Daten zu einzelnen Personen erfassen („Blitzer“ nach Geschwindigkeits- oder Rotlichtverstößen), stellen nach Auffassung des BVerfG – solange der „Blitzer“ nicht ausgelöst wird – keinen Grundrechtseingriff dar, da bei diesen Maßnahmen das Fahrverhalten zunächst ohne Erfassung der Kennzeichen und damit unabhängig von einer Zuordnung der Kraftfahrzeuge zu Personen kontrolliert wird.<sup>258</sup> Dem ist zuzustimmen, da in diesem Fall keine personenbezogenen Daten erhoben werden. Das ist erst mit Auslösen des „Blitzers“ der Fall. Personenbezogene Daten werden bei den genannten Verkehrsüberwachungsmaßnahmen also dann erhoben, wenn ein Verkehrsverstoß gemessen und hierdurch ausgelöst ein Lichtbild erstellt wird.<sup>259</sup> Bei der abschnittsbezogenen Verkehrsüberwachung („Section Control“) findet demgegenüber bereits beim Einfahren in den kontrollierten Bereich eine individuelle Erfassung und damit ein Grundrechtseingriff statt.
  - Geht es um die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand, ist ein Eingriff in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG auch dann anzunehmen, wenn die erhobenen personenbezogenen Daten nicht gespeichert, sondern (weil der Abgleich negativ verlaufen ist) unverzüglich gelöscht werden. Denn auch die Einbeziehung der Daten von Personen, deren Abgleich letztlich zu Nichttreffern führe, erfolge nicht ungezielt und allein technikbedingt, sondern sei notwendiger und gewollter Teil der Kontrolle und gebe ihr als Fahndungsmaßnahme erst ihren Sinn.<sup>260</sup> Dem ist zuzustimmen, da in diesem Fall allein mit der Erfassung der Kennzeichen personenbezogene Daten erhoben werden.
  - Lediglich für den Fall, dass personenbezogene Daten Dritter nur „zufällig am Rande miterfasst“ werden und unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder anonym, spurlos und ohne Erkenntnisinteresse für die Behörden gelöscht werden, verneint das BVerfG einen Grundrechtseingriff.<sup>261</sup> Das ist – wie aufgezeigt – wiederum abzulehnen, da es bei einer gezielten Kennzeichenerfassung in Bezug auf alle vorbeifahrenden Kraftfahrzeuge keine nur „zufällig am Rande miterfassten“ Kennzeichen geben kann.
- 177e** Liegt ein Grundrechtseingriff vor, gilt es der Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nachzugehen. In seinem Urteil aus 2008 zur automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen zwecks Abgleichs mit dem Fahndungsbestand hat das BVerfG unter Hinweis auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip entschieden, dass die zu grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen ermächtigenden Gesetzesvorschriften hinreichend bestimmt sein müssen. Die bloße Benennung des Zwecks, das Kraftfahrzeugkennzeichen mit einem gesetzlich nicht näher definierten Fahndungsbestand abzugleichen, genüge den Anforderungen an die Normenbestimmtheit nicht.<sup>262</sup>
- 177f** Aber auch hinsichtlich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stellt das BVerfG fest, dass die automatisierte Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen nicht anlasslos erfolgen oder flächendeckend durchgeführt werden dürfe. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei im Übrigen nicht gewahrt, wenn die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermögliche, ohne dass konkrete Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichen-

---

<sup>258</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>259</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>260</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 830.

<sup>261</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 829.

<sup>262</sup> BVerfGE 120, 378, 397 ff.

erfassung gäben. Ermöglichte eine Norm eine Kennzeichenerfassung „ins Blaue hinein“, sei sie nicht nur zu unbestimmt, sondern auch unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig.<sup>263</sup>

Soweit also polizeigesetzliche Befugnisnormen diese Vorgaben nicht beachten, sind sie verfassungswidrig. Das BVerfG hat dies für § 14 V HessSOG und § 184 V SchlHolst-LVwG in den Fassungen von 2009 entschieden. Um eine hinreichend bestimmte und auch angemessene Eingriffsermächtigung zu schaffen, stehen den Gesetzgebern nach Auffassung des BVerfG verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung:

177g

- So würden einengende Regelungen
  - ⇒ für die Aufnahme in die zulässigen Abgleichsdatenbestände, etwa über den Fahndungsbestand,
  - ⇒ im Hinblick auf die Erfassung der Kennzeichen selbst und
  - ⇒ betreffend die weitere Verwertung der gewonnenen Informationen den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht.
- Für eine die Verhältnismäßigkeit wahrende Regelung der Voraussetzungen der automatisierten Kennzeichenerfassung scheidet auch ein weit gefasster Verwendungszweck beispielsweise dann nicht aus, wenn er mit engen Begrenzungen der Eingriffsvoraussetzungen kombiniert sei, wie es die derzeitige brandenburgische Regelung vorsehe.
- Möglich seien ferner Kombinationen von enger gefassten Zweckbestimmungen, die die Kennzeichenerfassung auf nicht eingriffsintensive Verwendungszwecke begrenzen, mit entsprechend geringeren Voraussetzungen für die Aufnahme in den Fahndungsbestand und die Voraussetzungen für den Erhebungsanlass.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ist der Einsatz eines Kennzeichenlesesystems Gegenstand einer polizeirechtlichen Fallbearbeitung, empfiehlt sich folgende Prüfung:

177h

- Zunächst ist der Obersatz zu formulieren, dass die Maßnahme – sofern sie in Grundrechte eingreife – einer Rechtsgrundlage bedürfe und formell und materiell rechtmäßig sein müsse.
- Sodann sollte – in Abweichung zum allgemeinen Prüfungsschema – geprüft werden, ob die Maßnahme in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingreift. Zwar handelt es sich um keine Grundrechtsprüfung, bei der zunächst stets die Eröffnung des Schutzbereichs und dann der Eingriff zu prüfen wäre, allerdings kann es auch bei einer polizeirechtlichen Klausur nicht schaden, zunächst den Schutzbereich des fraglichen Grundrechts zu prüfen, wenn – wie vorliegend – nicht klar ist, ob die Maßnahme überhaupt in den Schutzbereich des fraglichen Grundrechts eingreift.
- Ist der Schutzbereich eröffnet, muss der Eingriff geprüft werden. Das ist der Einsatz des Kennzeichenlesegeräts vor Ort, wenn von ihm zumindest eine abstrakte Gefahr für die informationelle Selbstbestimmung ausgeht.
- Liegt ein Eingriff vor, muss bei der dann folgenden Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung die Rechtsgrundlage benannt werden, auf die sich der Einzelakt stützen könnte.
- Ist die (mögliche) Rechtsgrundlage benannt, muss die Feststellung getroffen werden, dass sich der Einzelakt nur dann auf die Rechtsgrundlage stützen lässt, wenn diese wiederum verfassungsgemäß ist.
- Sodann erfolgt die formelle und materielle Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage.
- In formeller Hinsicht ist v.a. die Gesetzgebungskompetenz der Länder zu erwähnen. Sollte die Rechtsgrundlage primär repressiv (also strafprozessual) ausgestaltet sein,

<sup>263</sup> BVerfGE 120, 378, 406 ff.

unterfiele die Gesetzgebungskompetenz wegen Art. 74 I Nr. 1 GG dem Bund. Sofern repressive Zwecke jedoch nur sekundären Charakter haben, also Gefahrenabwehr im Vordergrund steht, ist die Gesetzgebungskompetenz des Landes gegeben.<sup>264</sup>

- In materieller Hinsicht sind die o.g. Vorgaben des BVerfG zu beachten: Insbesondere muss die Rechtsgrundlage hinreichend bestimmt sein, die Zweckbestimmung beschreiben und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.
- Genügt die Rechtsgrundlage diesen Vorgaben, erfolgt die formelle und materielle Prüfung der Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme.

**177i** Daraufhin hat der hessische Landtag die verfassungswidrige Regelung in § 14 V HessSOG durch eine Neufassung in § 14a HessSOG ersetzt. Auch § 19 HmbPolDVG, Art. 39 I BayPAG, § 27b I BPolG, § 32a NPOG und § 33 I RhIPfIPOG nennen konkrete Anlassstatbestände, nach denen der Einsatz automatischer Kennzeichenlesesysteme erlaubt ist, und tragen auch im Übrigen den Vorgaben des BVerfG Rechnung<sup>265</sup>, zumal mit § 39 I S. 2 BayPAG die Beschränkung auf eine „Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut“ aufgenommen wurde.

**177j** Dagegen ist fraglich, ob für die **Video-Verkehrsüberwachung** eine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Jedenfalls kann als Rechtsgrundlage § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO, der über § 46 I OWiG auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung findet, herangezogen werden, wenn die Erstellung von Beweisfotos nicht automatisch, sondern aufgrund des Einsatzes eines Messbeamten erfolgt, der eine Messeinrichtung bedient und dann individuell eine Identifizierungskamera auslöst. Denn durch die Beobachtung des Messbeamten und die anschließende Informationsbewertung kann der Anfangsverdacht einer Ordnungswidrigkeit hergeleitet werden, sodass dann § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 I OWiG greift.<sup>266</sup> Ob § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 I OWiG aber auch bei einer *automatischen* Erfassung des Verkehrsteilnehmers als Rechtsgrundlage greift, ist fraglich. Zunächst war das BVerfG der Auffassung, dass dies nicht der Fall sei, sodass es eine entsprechende Maßnahme für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>267</sup> Nunmehr hat das Gericht aber entschieden, dass auch bei einer automatischen Video-Verkehrsüberwachung § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 I OWiG als Rechtsgrundlage greife, solange nur ein Anfangsverdacht bestehe. Wenn z.B. das Messgerät bei einer erlaubten Geschwindigkeit von 80 km/h auf einen Grenzwert von 92 km/h eingestellt sei und daher nur solche Fahrzeuge erfasse, die diese Geschwindigkeit erreicht oder überschritten hätten, liege eine verdachtsabhängige Anfertigung von Bildaufnahmen vor, da nicht von allen Verkehrsteilnehmern Bildaufnahmen gemacht würden, sondern nur von solchen, die die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten haben.<sup>268</sup>

Das BVerfG bejaht also den für § 100h I S. 1 StPO i.V.m. § 46 I OWiG erforderlichen konkreten Anfangsverdacht allein damit, dass nur solche Autofahrer „geblitzt“ werden, bei denen aufgrund einer elektronischen Messung zuvor eine Geschwindigkeitsübertretung festgestellt wurde. Damit verzichtet das Gericht auf das Erfordernis eines durch eine menschliche Informationsbewertung festgestellten Anfangsverdachts und gelangt so zur Anwendbarkeit des § 100h I S. 1 StPO.

**177k** Zur präventiv-polizeilich orientierten Streckenkontrolle („**Section Control**“) siehe Rn 177c.

<sup>264</sup> Vgl. dazu auch *Guckelberger*, NVwZ 2009, 352 ff.

<sup>265</sup> Vgl. hinsichtlich der Bestimmungen des BayPAG BVerfG NVwZ 2015, 906, 907.

<sup>266</sup> Vgl. dazu auch OLG Bamberg NJW 2010, 100 f.

<sup>267</sup> BVerfG NJW 2009, 3293 f. (Video-Verkehrsüberwachung); vgl. dazu auch *Bull*, NJW 2009, 3279 ff.; *Muckel*, JA 2010, 74 f.; OLG Düsseldorf DAR 2010, 213 ff.; OLG Bamberg NJW 2010, 100 f.

<sup>268</sup> BVerfG NJW 2010, 2717 f.

**e.) Rechtsschutz**

Da mit der Videoüberwachung bzw. der Kennzeichenerfassung keine Rechtsfolgeanordnung getroffen wird, handelt es sich um **schlichtes Verwaltungshandeln**. Rechtsschutz bietet daher die **allgemeine Feststellungsklage** gem. § 43 VwGO. 178

**d.) Telekommunikationsüberwachung (TKÜ)**

Der verdeckte Einsatz technischer Mittel zur Überwachung (d.h. zum Abhören und zum Aufzeichnen) des nichtöffentlich gesprochenen (oder getexteten) Wortes kann auch den **Telekommunikationsverkehr** betreffen. Da damit der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen<sup>375</sup> gemeint ist, liegt in einem solchen Fall ein Eingriff in das durch **Art. 10 I GG** geschützte **Telekommunikationsgeheimnis** vor, das sowohl den Kommunikationsinhalt als auch den Kommunikationsvorgang als solchen schützt.<sup>376</sup> Dazu zählt der Telefon- und Telefaxverkehr ebenso wie die Datenübertragung zwischen Computern (Chat, E-Mail-Verkehr, über Messenger-Dienste wie WhatsApp versendete Nachrichten etc.), gleichgültig, ob der Datenverkehr über eine Standleitung oder mobil (Handy, Smartphone, Tablet etc.) erfolgt.

293

Bei der TKÜ werden **Telekommunikationsinhalte** entweder von der Polizei selbst unmittelbar **mitgehört** und regelmäßig auch **aufgezeichnet** oder es werden (wie heute üblich) von dem jeweiligen Telekommunikationsdiensteanbieter (z.B. Dt. Telekom, Vodafone u.a.; vgl. § 3 Nr. 1 TKG) die Aufzeichnung und Auskunft über Inhalt und Umstände der Telekommunikation verlangt (siehe präventivpolizeilich etwa § 54 BWPoG, Art. 42 BayPAG, § 25a BerlASOG, § 23 HmbPolDVG, § 20c VII NRWPolG, § 185a SchlHolstLVwG und strafprozessual § 100a IV StPO – die Verpflichtung gegenüber den Telekommunikationsdiensteanbietern ergibt sich aus § 170 TKG).<sup>377</sup> Aufgrund der Datenerhebung durch die Überwachung der laufenden Telekommunikation ergibt sich die Relevanz für Art. 10 GG.

294

**Beispiel:** Von T wird vermutet, dass er als Mitglied einer Bande, die u.a. gewerbsmäßige Hehlerei betreiben soll, an einer solchen Tat beteiligt ist. Um die Beteiligten aufzuspüren und die Straftaten aufzuklären, ordnet das Ermittlungsgericht eine Telefonüberwachung an. Nach Auswertung der auf diese Weise gewonnenen Informationen kann T überführt werden.

Rechtsgrundlagen und Verfahrensvorschriften dieser strafprozessualen Maßnahme sind §§ 100a I S. 1, II Nr. 1 I), IV, VI, 100d, 100e, 101, 101b I, II StPO.

Ginge es um Gefahrenabwehr, wäre auf die jeweiligen polizeirechtlichen Bestimmungen abzustellen, siehe etwa Art. 42-44 BayPAG, § 25a BerlASOG, §§ 23, 26 HmbPolDVG – dazu Rn 299 – wobei selbstverständlich auch die Bestimmung des § 170 TKG zu beachten ist.

Ist der Telekommunikationsvorgang noch **nicht eingeleitet** oder bereits **abgeschlossen**, greift das Telekommunikationsgrundrecht noch nicht oder nicht mehr; Grundrechtsschutz entfaltet dann aber das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG).

294a

**Beispiel**<sup>378</sup>: Richterin R wird verdächtigt, Dienstgeheimnisse verraten zu haben. Daher durchsucht die Polizei die Wohnung der R und beschlagnahmt einen Computer und ein Mobiltelefon. Nach Auswertung der auf diesen Geräten gespeicherten Daten wird der Verdacht jedoch nicht bestätigt.

<sup>375</sup> Vgl. die einfachgesetzliche Legaldefinition in § 3 Nr. 60 TKG, die zwar weder die Reichweite des Grundrechtsschutzes noch die Begriffe der Polizeigesetze bestimmt, aber durchaus im Rahmen der Verfassungsinterpretation bzw. der Auslegung der polizeigesetzlichen Bestimmungen herangezogen werden kann.

<sup>376</sup> Vgl. dazu etwa BVerfG NJW 2007, 2752 ff.

<sup>377</sup> Wie nach Realisierung des G5-Standards und der damit verbundenen Verschlüsselung der Telekommunikation im Bereich des Mobilfunks eine TKÜ technisch möglich sein kann, ist derzeit noch unklar. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

<sup>378</sup> Vgl. BVerfGE 115, 166, 183 ff.

**294b** Werden Daten aus informationstechnischen Systemen (Computer, Smartphone, Tablet, Handy etc.) erhoben, die sich in einer von Art. 13 I GG geschützten Räumlichkeit befinden, ist zunächst das Wohnungsgrundrecht betroffen. Ob dieses dann in Idealkonkurrenz zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) oder zum Telekommunikationsgrundrecht (Art. 10 I GG) steht, hängt vom Verhältnis dieser beiden Grundrechte zueinander ab. Das BVerfG hat entschieden, dass die nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Verbindungsdaten nicht durch das Telekommunikationsgeheimnis, sondern durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und gegebenenfalls durch das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung geschützt seien. Der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses ende in dem Moment, in dem die Nachricht bei dem Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet sei. Insoweit bestehe eine Vergleichbarkeit mit den sonst in der Privatsphäre des Nutzers gespeicherten Daten. Die spezifischen Risiken eines der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit des Teilnehmers entzogenen Übertragungsvorgangs, denen Art. 10 I GG begegnen wolle, bestünden im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers nicht mehr.<sup>379</sup> Selbstverständlich wird man diese Rechtsprechung auch auf den Zeitpunkt übertragen müssen, in dem der Kommunikationsvorgang noch nicht begonnen hat.

Hinsichtlich der Maßnahme gegenüber R im **Beispiel** bei Rn 294a ist daher neben Art. 13 I GG das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG betroffen, da die Daten der in der Wohnung der R beschlagnahmten Geräte außerhalb eines Kommunikationsvorgangs erhoben wurden.

**294c** Daraus folgt:

- Der **Übertragungsvorgang** (also das Gespräch oder die gesendete Nachricht via SMS o.Ä.) ist durch das **Telekommunikationsgeheimnis** geschützt. Akustische Überwachungsmaßnahmen haben sich am strengen Maßstab des Art. 10 GG zu orientieren. Damit wird der besonderen Schutzwürdigkeit der Telekommunikationsumstände hinreichend Rechnung getragen und die Vertraulichkeit räumlich distanzierter Kommunikation wird gewahrt.
- Vor und nach **Beendigung des Übertragungsvorgangs** greift Art. 10 GG dagegen nicht. In diesem Fall werden die in der Herrschaftssphäre des Betroffenen gespeicherten personenbezogenen Verbindungsdaten aber durch das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** geschützt.

**294d** Daher liegt auch bei einer sog. **Online-Durchsuchung eines heimischen Computers** durch die Strafverfolgungsbehörde oder den Verfassungsschutz **kein** Eingriff in das Telekommunikationsgrundrecht vor, weil auch hier nicht auf den Kommunikationsvorgang eingewirkt wird, sondern via Internet bestimmte Programme (Trojaner; Spyware) in einen Computer eingeschleust werden, deren Aufgabe darin besteht, Daten auszuforschen.<sup>380</sup> Eingegriffen wird aber in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung (nach BVerfG: hier in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)<sup>381</sup> und ggf. in das Wohnungsgrundrecht<sup>382</sup>.

**294e** Auch bei einer sog. **Quellen-TKÜ** liegt kein Eingriff in Art. 10 I GG vor. Einer Quellen-TKÜ liegt der Umstand zugrunde, dass Telekommunikationsdaten heutzutage kaum noch unverschlüsselt versendet werden. Gerade Messengerdienste wie WhatsApp, aber auch E-Mail-Programme, verschlüsseln die Textnachrichten auf eine Weise, dass sie erst vom Emp-

<sup>379</sup> BVerfGE 115, 166, 183 ff.

<sup>380</sup> BVerfGE 120, 274, 302 ff.

<sup>381</sup> BVerfGE 120, 274, 302 ff. – vgl. dazu ausführlich Rn 308 ff.

<sup>382</sup> Ob in Art. 13 I GG eingegriffen wird, ist Gegenstand der Darstellung bei Rn 308d.

fangsgerät entschlüsselt werden können, i.d.R. nicht aber von Dritten, die diese Textnachrichten auf dem Kommunikationsweg „abfangen“. Daher werden im Rahmen einer Quellen-TKÜ mittels heimlich installierten Spähprogramms (des „Staatstrojaners“) Telekommunikationsdaten erfasst, bevor sie vom System des Betroffenen verschlüsselt und versendet werden. Bei der Quellen-TKÜ wird die Telekommunikation sozusagen an der „Quelle“ überwacht. Es liegt mithin auch hier ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und ggf. in das Wohnungsgrundrecht vor – siehe dazu Rn 308t ff.

Ebenfalls **kein** Eingriff in das Telekommunikationsgrundrecht liegt vor, wenn Aktivmeldungen, d.h. die Signale, mit denen ein eingeschaltetes Mobiltelefon („Handy“) in regelmäßigen Abständen seine Kennung an die nächste Funkvermittlungsstation sendet<sup>383</sup>, mittels IMSI-Catchers abgefragt werden, um den **Standort des Mobiltelefons** (und damit i.d.R. auch den Aufenthaltsort des Besitzers) zu ermitteln. Denn eine reine Standortermittlung erfasst lediglich die technische Kommunikation zwischen Geräten, nicht den durch Art. 10 I GG geschützten Austausch von vertraulichen, persönlichen und individuellen Informationen.<sup>384</sup> Betroffen ist allein das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung. Das gilt auch, wenn mittels **IMSI-Catchers** die Geräte- und Kartennummern eingeschalteter Mobiltelefone und damit die **Identität der Anschlussinhaber** ermittelt werden.

294f

Schließlich ist das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (und nicht das Telekommunikationsgrundrecht) betroffen, wenn mit dem **Malicious Call Identification Verfahren** (MCID)<sup>385</sup> die Identität der Festnetz-Anschlussinhaber festgestellt wird, ohne dass dabei auf den Gesprächsinhalt zugegriffen wird. Bei dem MCID geht es um die Rufnummernidentifikation, d.h. um die Feststellung der Verbindungsdaten von ankommenden Rufen, was möglich ist, da die Rufnummer jedenfalls bis zur letzten Vermittlungsstelle („Anrufaufbau“) – auch bei aktiver Rufnummernunterdrückung – mit übertragen wird (siehe § 120 TKG) und die Vermittlungsstelle Rufnummer, Uhrzeit, Datum und Dauer aller eingehenden Anrufe speichert (siehe § 176 II TKG). Die Rufnummer ist wiederum einem bestimmten Anschlussinhaber zuzuordnen, was die Zuordnung ermöglicht, siehe dazu auch Rn 305.

294g

**Hinweis:** Die Frage, ob in der jeweiligen Maßnahme ein Eingriff in das Wohnungsgrundrecht, in das Telekommunikationsgrundrecht oder (nur) in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung vorliegt, ist nicht nur akademischer Natur, sondern übt Einfluss auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Maßnahme aus. Denn zum einen enthalten die genannten Grundrechte unterschiedliche Grundrechtsschranken und zum anderen sind die Prüfungsmaßstäbe unterschiedlich ausgeprägt. Zudem gilt das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG nur für Art. 10 und Art. 13 GG, nicht auch für Art. 2 I i.V.m. 1 I GG.<sup>386</sup> Daher kann es für die Frage, ob eine Maßnahme gerechtfertigt ist, entscheidend sein, welches Grundrecht man als betroffen ansieht. Vgl. dazu auch *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 269 ff.

294h

<sup>383</sup> Zu den technischen Grundlagen: Die über Funk übermittelte Kommunikation wird durch eine sog. IMEI-Geräte-nummer (International Mobile Equipment Identity) und eine sog. IMSI-Kartennummer (International Mobile Subscriber Identity) einzelnen Mobiltelefonen bzw. Teilnehmern zugeordnet. Die IMSI-Nummer wird weltweit nur einmal vergeben und einer bestimmten Person, die sich bei Erwerb des Mobiltelefons ausweisen muss, zugewiesen. Sobald das Mobiltelefon eingeschaltet ist, tauscht es mit der Sende- und Empfangsstation (Basisstation) der jeweiligen Funkzelle automatisch diese Identifizierungsmerkmale aus. Der „IMSI-Catcher“ simuliert eine Basisstation, sodass sich alle Mobilfunkgeräte im Sendebereich einer Funkzelle in den IMSI-Catcher einbuchten und die Mobiltelefone auf diese Weise geortet und ihre Inhaber bestimmt werden können. Später auch *Jochum*, JuS 2010, 719 ff.

<sup>384</sup> BVerfG NJW 2007, 351, 353 f., das der bisher h.M. (vgl. etwa BGH NJW 2001, 1587; NJW 2003, 2034, 2035; VG Darmstadt NJW 2001, 2273, 2274; *Gercke*, MMR 2003, 453, 455; *ders.*, StraFo 2003, 76, 78; *Schenke*, AöR 125 (2000), 1, 20; v. *Denkowski*, Kriminalistik 2002, 117, 119; *Dix*, Kriminalistik 2004, 81, 83) eine Absage erteilt hat. Vgl. auch *Jochum*, JuS 2010, 719, 721 f.

<sup>385</sup> Der teilweise nach wie vor verwendete Begriff der **Fangschaltung** entstammt dem Zeitalter der analogen Telekommunikationstechnik und diente der Identifikation von anonymen Anrufern mittels Erhebung analoger Leistungsdaten. Da das Telekommunikationsnetz heute jedoch vollständig digitalisiert ist, wird das digitale Identifikationsverfahren *Malicious Call Identification* (MCID) verwendet, sodass der Begriff „Fangschaltung“ terminologisch und technologisch überholt ist und in der Fachsprache der Telekommunikation auch nicht mehr verwendet wird.

<sup>386</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 186 f.

**aa.) Formelle Rechtmäßigkeit**

- 295 Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der TKÜ gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren und Form, siehe Rn 607 ff.). Eine besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift stellt die Vorschrift über die „**Grundsätze der Datenerhebung**“ dar. Diese stellt besondere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung, die zugleich für alle Maßnahmen der Erhebung personenbezogener Daten gelten. Da die TKÜ aber gerade heimlich erfolgen muss, sind stets die in der Vorschrift enthaltenen Ausnahmeregelungen heranzuziehen. Keinesfalls übersehen werden dürfen der **Richtervorbehalt** (dazu präventivpolizeilich etwa Art. 42 V S. 1 BayPAG, § 25a IV S. 1 BerIASOG, § 26 I HmbPolDVG, § 20c IV S. 2 NRWPolG und strafprozessual § 100e I StPO – generell dazu oben Rn 282), die in den Gesetzen vorgesehene **Befristung** der Maßnahme und die nachträgliche **Unterrichtungspflicht** (dazu Rn 284).

**bb.) Materielle Rechtmäßigkeit**

- 296 Da das Grundrecht aus Art. 10 I GG – ähnlich wie Art. 13 I GG – die enge Privat- und Persönlichkeitssphäre schützt, müssen schon besondere Gründe vorliegen, damit Abhörmaßnahmen gerechtfertigt sind (vgl. den Wortlaut des Art. 10 I GG: „... sind unverletzlich“). Daher regelt Art. 10 II GG selbst die Voraussetzungen, die an die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs zu stellen sind.
- 297 So dürfen nach Art. 10 II S. 1 GG Beschränkungen des Telekommunikationsgeheimnisses zunächst nur **durch Gesetz** oder **aufgrund eines Gesetzes** erfolgen.
- 298 Gesetze i.S. dieses Vorbehalts sind das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (sog. G 10), das die Verfassungsschutzbehörden des Bundes, den MAD und den BND unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen ermächtigt, die Telekommunikation zu überwachen, und die nachrichtendienstlichen Gesetze (insbesondere das BNDG), die Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 10 GG nicht nur aus Gründen der Strafverfolgung, sondern auch zu präventiven Zwecken zulassen.<sup>387</sup> Auch die Strafprozessordnung lässt (aus Gründen der Strafverfolgung) unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis zu. Nach § 100a I und IV StPO muss jeder, der Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Richter, der Staatsanwaltschaft oder ihren Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation ermöglichen und die erforderlichen Auskünfte unverzüglich erteilen. Voraussetzung ist, dass der Verdacht einer der Katalogstraftaten des Art. 100a II StPO oder des strafbaren Versuchs einer solchen Straftat oder einer Vorbereitungshandlung dazu vorliegt und dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten ohne diesen Eingriff aussichtslos oder wesentlich erschwert wären (die Eingriffsvoraussetzungen sind also restriktiv auszulegen). Zielpersonen der Maßnahme sind neben dem Beschuldigten selbst „Personen, von denen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt“. Anordnungsbefugt sind nur Richter und Staatsanwaltschaft (§ 100e StPO). Die Anordnung ist nach § 100e I S. 4 StPO auf höchstens drei Monate zu befristen (mit Verlängerungsmöglichkeit gem. § 100e I S. 5 StPO). Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, ist die TKÜ unverzüglich zu beenden (§ 100e V S. 1 StPO). § 101 StPO verlangt die Benachrichtigung des Betroffenen nach Abschluss der Maßnahme. Eine weitere Eingriffsgrundlage bilden die Regelungen in § 174 TKG, die die Telekom-

<sup>387</sup> Vgl. BVerfG NJW 2000, 55 ff. (dazu *Huber*, NVwZ 2000, 393 ff.).

munikationsdiensteanbieter auf Verlangen einer abrufberechtigten Behörde verpflichten, über die von ihnen nach § 172 TKG erhobenen (d.h. gespeicherten) Daten Auskunft zu erteilen.<sup>388</sup>

Wollen die **Polizeien der Länder** aus Gründen der **Gefahrenabwehr** die Telekommunikation überwachen, d.h. Gespräche mithören und aufzeichnen, bedürfen sie selbstverständlich ebenfalls entsprechender Rechtsgrundlagen. Befugnisnormen hinsichtlich präventivpolizeilicher TKÜ haben fast alle Bundesländer in ihre Polizeigesetze aufgenommen.<sup>389</sup> Danach darf die TKÜ insbesondere durchgeführt werden, wenn dies für die Abwehr einer (konkreten!<sup>390</sup>) Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person (vgl. etwa § 54 I Nr. 1 BWPoIG, § 25a I S. 1 Nr. 1 BerIASOG, § 23 I S. 1 Nr. 1 HmbPoIDVG, § 66 I S. 1, S. 2 Nr. 1 SächsPVDG) oder für ein bedeutendes Rechtsgut (Art. 42 I S. 1 Nr. 1 BayPAG) erforderlich ist. Geht es um die Abwehr terroristischer Straftaten, lässt bspw. § 25a I S. 1 Nr. 2 BerIASOG genügen, dass bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die verdächtige Person innerhalb eines übersehbaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine terroristische Straftat begehen wird. Alternativ lässt § 25a I S. 1 Nr. 3 BerIASOG diesbezüglich die TKÜ zu, wenn das individuelle Verhalten der verdächtigen Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines übersehbaren Zeitraums eine terroristische Straftat begehen wird. Allen Befugnissen ist jedoch gemeinsam, dass die Abwehr der Gefahr oder Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Auch die anderen Landespolizeigesetze enthalten selbstverständlich Bestimmungen über den möglichen Adressatenkreis (vgl. etwa Art. 42 I S. 1 BayPAG, § 54 I Nr. 1 BWPoIG, § 23 I S. 1 HmbPoIDVG, § 66 I S. 1, S. 2 Nr. 1 SächsPVDG). Fehlt eine entsprechende Rechtsgrundlage, wäre eine Überwachung der Telekommunikation zum Zweck der Gefahrenabwehr daher bereits in Ermangelung einer Rechtsgrundlage rechtswidrig. Diese ließe sich aus systematischen Gründen auch nicht aus der Datenerhebungsgeneralklausel bzw. aus der Vorschrift über den Einsatz besonderer Mittel zur Erhebung von Daten entnehmen; versuchte man dies, verstieße man gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, da Inhalt und Grenzen der Telekommunikationsüberwachung für den Bürger kaum ersichtlich wären. Außerdem stünde dieser Konstruktion auch das Zitiergebot entgegen, sofern Art. 10 GG in den betreffenden Polizeigesetzen nicht als einschränkbares Grundrecht genannt ist. Abzulehnen ist jedenfalls der Versuch, solche Eingriffsbefugnisse durch eine weite Auslegung der Vorschriften über den Einsatz technischer Mittel bzw. über die Datenerhebung in oder aus Wohnungen herzuleiten. Dem stehen nicht nur die tatbestandlichen Unterschiede, die zwischen Art. 13 GG und Art. 10 GG bestehen, entgegen, sondern auch der grundgesetzliche Gesetzesvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot, die eine solche Vorgehensweise – zumal bei derart schwerwiegenden Eingriffen – verbieten.<sup>391</sup>

Polizeigesetze, die Art. 10 GG nicht als einschränkbares Grundrecht zitieren, dürfen insoweit auch nicht zur präventivpolizeilichen TKÜ befugen. Die Unzulässigkeit darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass die Behörden ihr Vorgehen auf die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation (insb. nach §§ 100a, 100e StPO)

<sup>388</sup> Siehe dazu BVerfG NJW 2020, 2699, 2704 (Bestandsdatenauskunft II) – zur alten Rechtslage. Neufassung durch Gesetz v. 23.6.2021 (BGBl I 2021, S. 1858).

<sup>389</sup> Vgl. etwa § 54 BWPoIG, Art. 42-44 BayPAG, § 25a BerIASOG, § 42 BremPoIG, § 33b BrandPoIG, §§ 23, 26 HmbPoIDVG, §§ 15a, b HessSOG, § 33d MeckVorSOG, §§ 33a-c NPOG, § 20c NRWPoIG, § 36 RhIPfPOG (vgl. dazu OVG Koblenz NJW 2013, 3671 f., wonach der verdeckte Zugriff der Polizei auf den Inhalt von E-Mails, die auf einem Server des Providers gespeichert sind, nicht von der Befugnisnorm des § 36 RhIPfPOG gedeckt ist, da sie nicht dem Begriff der Telekommunikation unterfallen), § 35 SaarIPoIDVG, § 66 SächsPVDG, § 185a SchlHolstLwVG, § 34a ThürPAG.

<sup>390</sup> So die Forderung von BVerfG NJW 2005, 2603, 2607. Siehe aber Art. 42 I S. 1 Nr. 1 BayPAG, wo auch eine „drohende Gefahr“ genügt (dazu Rn 302a).

<sup>391</sup> Wie hier nun auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 14 Rn 130 ff.

stützen und die so gewonnenen Daten für Zwecke der Gefahrenabwehr nutzen. Eine solche Vorgehensweise verbietet sich – unter Zugrundelegung der Rspr. des BVerfG zur präventivpolizeilichen TKÜ<sup>392</sup> – schon deshalb, weil die Verwendung der aus einer strafprozessualen Überwachung der Telekommunikation gewonnenen Daten zu einem anderen als dem strafprozessualen Überwachungszweck ebenfalls einen Eingriff in Art. 10 I GG beinhaltet und dieses Grundrecht wegen Art. 19 I S. 2 GG daher auch zitiert werden muss. Zudem dürfte einer Verwendung strafprozessual erhobener TKÜ-Daten die Regelung des § 101 VIII S. 1 StPO entgegenstehen, die eine Verwendung außerhalb des Strafverfahrens ausschließt.

Freilich führt dieser Befund zu Problemen, wenn aufgrund einer – erlaubten – strafprozessualen TKÜ Erkenntnisse über drohende schwerwiegende Verletzungen der öffentlichen Sicherheit (insb. durch Begehung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung) gewonnen werden, ein strafprozessuales Einschreiten (etwa weil noch nicht das Versuchsstadium erreicht ist) ausscheidet und die Polizei wegen der Nichtzitiierung des Art. 10 GG auch keine Eingriffe zum Zweck der Gefahrenabwehr vornehmen kann. In diesem Fall ist die Polizei u.U. trotz Kenntnis drohender Gefahren zum Nichteingreifen verpflichtet und daran gehindert, drohende Straftaten abzuwehren. Aus rechtssystematischen Gesichtspunkten kommt auch ein Rückgriff auf allgemeine Rechtfertigungsgründe (insb. §§ 32, 34 StGB) nicht in Betracht.<sup>393</sup> Daher ist den Landesgesetzgebern, die die präventivpolizeiliche TKÜ (noch) nicht in ihre Polizeigesetze aufgenommen haben – nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der dem Staat obliegenden grundrechtlichen Schutzpflichten – dringend empfohlen, nicht nur Art. 10 GG als einschränkbares Grundrecht zu zitieren, sondern auch eine gesetzliche Rechtsgrundlage für Datenerhebungen durch Eingriffe in die Telekommunikation sowie die Verwertung von auf diese Weise gewonnenen Daten zu anderen Zwecken zu schaffen.

- 301** Besteht also keine spezielle Rechtsgrundlage für die präventiv-polizeiliche Telekommunikationsüberwachung, wäre eine gleichwohl angeordnete oder durchgeführte Maßnahme schon allein deswegen unzulässig.
- 302** Aber auch dort, wo die TKÜ gesetzlich geregelt ist, kann sie selbstverständlich immer nur letztes Mittel und nur unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig sein. In Anlehnung an das zum Lauschangriff Gesagte muss die gesetzliche Grundlage, die zur TKÜ ermächtigt, einen **Katalog von Anlasstatbeständen** enthalten, die dem Schutz von überragend wichtigen Rechtsgütern dienen, sowie **tatsächliche Anhaltspunkte** für das Vorliegen eines solchen Anlasstatbestands fordern, um dem **Bestimmtheitsgrundsatz** und dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** bereits auf Tatbestandsseite Konturen zu verleihen. Des Weiteren muss die Tat auch im Einzelfall **schwer wiegen** bzw. es müsste der Schaden, dessen Eintritt es gefahrenabwehrrechtlich zu verhindern gilt, **groß** sein, wenn er einträte, und die entsprechende Ermächtigung muss Vorkehrungen enthalten, um den **Kernbereich privater Lebensgestaltung** (auch nachgelagert) zu schützen. Schließlich sind angesichts der Schwere und Heimlichkeit der Maßnahme ein grundsätzlicher **Richtervorbehalt** sowie eine **nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen** erforderlich. Auch ist dem Parlament in periodischen Abständen Bericht zu erstatten, damit dieses seine **Kontrollfunktion** ausüben kann.<sup>394</sup> Schließlich sind Vorschriften erforderlich, die die Mitwirkungspflichten der Telekommunikationsdiensteanbieter regeln. In Bezug auf die Verkehrsdatenspeicherung und -erhebung (siehe dazu Rn 309 ff.) hat das BVerfG entschieden, dass es nicht genüge, wenn der Gesetzgeber (hier: der Bundesgesetzgeber) einerseits eine „Freigabe“ der Daten (hier: nach dem TKG, wonach Telekommunikationsdiensteanbieter unter den dort genannten Voraussetzungen die auf der Grundlage

<sup>392</sup> BVerfG NJW 2005, 2603, 2604; NJW 2000, 55.

<sup>393</sup> Schenke, JZ 2001, 997, 1003; ders, POR, Rn 234 ff.

<sup>394</sup> Siehe insgesamt dazu auch BVerfGE 129, 208, 241 ff.

von § 113b TKG a.F. gespeicherten Daten an die Strafverfolgungs-, aber auch Gefahrenabwehrbehörden übermitteln dürfen) und andererseits eine „Abrufermächtigung“ hinsichtlich der „freigegebenen“ Daten erteile. Das BVerfG verlangt vielmehr auch eine normklare, mit der Abrufbefugnis korrespondierende Rechtsgrundlage für die Übermittlung. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, nicht nur die Tür zur Abfrage von Daten zu öffnen, sondern auch die Tür zu deren Übermittlung (sog. „Doppeltürmodell“). Erst beide Rechtsgrundlagen (Abrufbefugnis und Übermittlungsbefugnis) gemeinsam, die wie eine **Doppeltür** zusammenwirken müssten, berechtigten zu einem Austausch personenbezogener Daten.<sup>395</sup> Diese Grundsätze müssen selbstverständlich auch für die TKÜ gelten. Das ist mit § 170 TKG<sup>396</sup> einerseits und den Abrufermächtigungen in den betreffenden Polizeigesetzen andererseits geschehen: § 170 TKG enthält die Verpflichtung gegenüber den Telekommunikationsdienstleistern, die TKÜ zu ermöglichen. Und die betreffenden Polizeigesetze (z.B. Art. 43 BayPAG; § 25a XI BerIASOG) enthalten spiegelbildlich Übermittlungs- bzw. Mitwirkungsvorschriften. Ist eine TKÜ nach Art. 42 I BayPAG bzw. § 25a I BerIASOG angeordnet, hat gem. Art. 43 I BayPAG bzw. § 25a XI BerIASOG jeder Telekommunikationsdiensteanbieter nach Maßgabe der Regelungen des TKG und der Telekommunikations-Überwachungsverordnung der Polizei die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen. Es ist jedoch unklar, ob Art. 42 I BayPAG § 25a I BerIASOG den hohen Anforderungen gerecht wird, die das BVerfG in Bezug auf den großen Lauschangriff, also die heimliche Datenerhebung durch besondere Mittel, aufgestellt hat und die nach hier vertretener Auffassung auf die TKÜ übertragbar sind. So fehlen bereits Anlasstatbestände. Das Gesetz lässt in Abs. I S. 1 Nr. 1 die Abwehr einer Gefahr und – soweit es um ein in Art. 11a II Nr. 2 BayPAG genanntes bedeutendes Rechtsgut geht – sogar einer drohenden Gefahr genügen. Das ist nicht unproblematisch, weil dadurch eine TKÜ bereits dann angeordnet und durchgeführt werden kann, wenn eine Gefahr gerade noch nicht vorliegt, sondern lediglich einzutreten droht. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit einer TKÜ sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorruft. Die Zweifel werden noch dadurch verstärkt, dass die TKÜ auch auf Kommunikationssysteme erstreckt werden darf, die räumlich von den durch die Betroffenen genutzten Kommunikationssystemen getrennt sind, soweit sie im Rahmen des Telekommunikationsvorgangs verwendet werden (Art. 42 I S. 2 BayPAG). Das betrifft namentlich den Telekommunikationsverkehr über externe (Speicher-)Systeme wie „Cloudsysteme“. Da hilft es mit Blick auf die Schwere des mit der TKÜ verbundenen Eingriffs in Art. 10 I GG auch nur bedingt, dass gem. Art. 42 I S. 3 BayPAG die TKÜ nur angeordnet und durchgeführt werden darf, wenn die Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Denn das entspricht ohnehin nur dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Andererseits darf gem. Art. 42 I S. 1 Nr. 1 BayPAG bei nur drohender Gefahr die TKÜ nur angeordnet und durchgeführt werden zum Schutz eines bedeutenden Rechtsguts i.S.v. Art. 11a II Nr. 1, 2 oder 4 BayPAG, d.h. zum Schutz des Bestands oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes, von Leben, Gesundheit oder Freiheit oder Anlagen der kritischen Infrastruktur sowie Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang. Auch sieht Art. 42 V S. 1 BayPAG eine vorherige richterliche Entscheidung vor. Den Schutz von Berufsgeheimnisträgern und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet Art. 49 BayPAG; Benachrichtigungspflichten sieht Art. 50 BayPAG vor, und Art. 51 und 52 BayPAG enthalten Protokollierungs- und (parlamentarische) Kontrollmöglichkeiten und -pflichten. Die differenzierte Regelung in § 25a BerIASOG wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben ebenfalls gerecht.

---

<sup>395</sup> BVerfGE 130, 151, 184.

<sup>396</sup> Neufassung durch Gesetz v. 23.6.2021 (BGBl I 2021, S. 1858).

- 302a** Insgesamt steht fest: Das Genügenlassen der drohenden Gefahr ist auf den ersten Blick problematisch, auch wenn die damit verbundene Vorverlagerung der Eingriffsmöglichkeit in das Vorfeld der eigentlichen Gefahr nur zum Schutz von bedeutenden Rechtsgütern greift. Bei restriktiver Handhabung der Ableitungsvoraussetzungen der drohenden Gefahr (siehe Art. 11a I BayPAG: Das individuelle Verhalten einer Person begründet die konkrete Wahrscheinlichkeit, dass in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist, oder Vorbereitungshandlungen lassen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zu, wonach in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist) und strenger Beachtung des Richtervorbehalts bzw. bei äußerster Zurückhaltung der Annahme von Gefahr im Verzug ist die Befugnis zur TKÜ verfassungsgemäß.
- 302b** Zur Befugnis in § 174 TKG, anhand einer zugeordneten dynamischen IP-Adresse bestimmte **Bestandsdaten**<sup>397</sup> an auskunftsberechtigte staatliche Stellen (BND, MAD, Verfassungsschutz, Zollfahndungsdienst, Polizei) zu übermitteln, siehe Rn 309
- 302c** Eine Erweiterung des Gesetzesvorbehalts findet sich in **Art. 10 II S. 2 GG**. Danach kann das einschränkende Gesetz auch bestimmen, dass die Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses dem Betroffenen **nicht mitgeteilt** wird und dass an die Stelle des Rechtswegs die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe oder Hilfsorgane tritt, sofern die Beschränkung dem Staats- und Verfassungsschutz, also dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, dient (sog. **Staatschutzklausel**). Von dieser Ermächtigung hat der Gesetzgeber durch den Erlass des bereits genannten G 10 Gebrauch gemacht. Dadurch besteht eine besondere Eingriffsintensität: Der Betroffene kann den Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nicht bemerken und ihn gerichtlich nicht abwehren. Eine gerichtliche Überprüfung kann nur nach Abschluss des Verfahrens stattfinden, da die Überwachungs- und Abhörmaßnahmen grundsätzlich erst nach ihrer Einstellung dem Betroffenen mitgeteilt werden müssen.<sup>398</sup> Der gerichtliche Rechtsschutz beschränkt sich dann auf die Feststellung, dass die fragliche(n) Maßnahme(n) rechtswidrig war(en) und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, § 113 I S. 4 VwGO analog.<sup>399</sup>
- 302d** Die **Verfassungsmäßigkeit** des erweiterten Gesetzesvorbehalts des Art. 10 II S. 2 GG war und ist aus rechtsstaatlichen Gründen umstritten. Dennoch hat das BVerfG (allerdings nur mit 5:3 Stimmen) die Vorschrift im sog. ersten Abhörurteil für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.<sup>400</sup>
- 302e** Dagegen hat das BVerfG die Befugnisse zur **strategischen Überwachung der Telekommunikation** von Ausländern im Ausland durch den BND nach §§ 6 ff. BNDG u.a. für mit Art. 10 I GG nicht vereinbar erklärt.<sup>401</sup> Hintergrund dieser Entscheidung ist, dass Art. 10 I GG als einschränkbares Grundrecht zwar in § 3 III BNDG zitiert wird (in Bezug auf die Eingriffsbefugnisse nach § 3 I, II BNDG), nicht aber in Bezug auf die Befugnisse nach § 6 BNDG. Daher könnte insoweit ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 19 I S. 2 GG vorliegen. Das wäre jedoch nur der Fall, wenn die Grundrechte des Grundgesetzes überhaupt zu beachten wären.

<sup>397</sup> Das sind nach § 3 Nr. 6 TKG „Daten eines Endnutzers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden“. Dazu zählen Name, Geburtsdatum und Anschrift.

<sup>398</sup> Selbst eine Mitteilung von Kontrollmaßnahmen an den Betroffenen ist entbehrlich, wenn die G-10-Kommission festgestellt hat, dass die in § 12 I Nr. 1-3 G 10 n.F. genannten Voraussetzungen vorliegen.

<sup>399</sup> Vgl. dazu BVerwGE 87, 23, 25 ff.

<sup>400</sup> So BVerfGE 30, 1, 26 f.; *Schenke*, in: Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 Rn 79.

<sup>401</sup> BVerfG NJW 2020, 2235, 2240 f. (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND).

Auf den ersten Blick erscheint es zweifelhaft, ob der BND an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden ist, sofern er außerhalb des Territoriums der Bundesrepublik Deutschland Daten erhebt. Denn die Anwendbarkeit der Grundrechte als Bestandteil des Grundgesetzes kann ja nicht weiter reichen als die Anwendbarkeit des Grundgesetzes selbst. Von der Nichtgeltung der Grundrechte des Grundgesetzes bei strategischen Aufklärungsmaßnahmen im Ausland (ohne Involvierung von Deutschen oder Inländern) ging bislang wohl auch der Gesetzgeber aus, indem er Art. 10 I GG nicht als einschränkbares Grundrecht im BNDG zitierte. Dem ist das BVerfG mit dem genannten Urteil entgegengetreten. Art. 1 III GG begründe eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes. Einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig machten, ließen sich weder der Vorschrift selbst noch ihrer Entstehungsgeschichte oder systematischen Einbettung entnehmen. Dem grundgesetzlichen Anspruch eines umfassenden, den Menschen in den Mittelpunkt stellenden Grundrechtsschutzes entspreche es vielmehr, dass die Grundrechte als subjektive Rechte immer dann schützten, wenn der deutsche Staat handele und damit potentiell Schutzbedarf auslösen könne – unabhängig davon, an welchem Ort, gegenüber wem und in welcher Form. Das gelte jedenfalls für die Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber Überwachungsmaßnahmen, wie sie hier in Frage stünden.<sup>402</sup>

Ist also der BND auch bei Auslandsaufklärung an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden und stehen damit die Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab zur Verfügung, gilt auch das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG. Da Art. 10 I GG nicht bzgl. der strategischen Auslandsaufklärung als einschränkbares Grundrecht genannt wurde, waren die Regelungen bereits deshalb verfassungswidrig. Der Gesetzgeber hat infolge des BVerfG-Urteils das BNDG novelliert.<sup>403</sup> U.a. die §§ 6-8 BNDG wurden aufgehoben. Die Strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung ist nunmehr (unter Beachtung des vom BVerfG erteilten Regelungsauftrags) in §§ 19 ff. BNDG geregelt und die Übermittlung von personenbezogenen Daten aus der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung an inländische öffentliche Stellen und andere inländische Stellen ist in §§ 29 ff. BNDG normiert. In Art. 11 des Änderungsgesetzes ist Art. 10 GG als eingeschränktes Grundrecht zitiert.

In Bezug auf Art. 8 I **EMRK** (hier: Recht auf Achtung der Korrespondenz) hat der EGMR entschieden (besser: klargestellt), dass das Abhören, Aufzeichnen und Protokollieren eines Telefongesprächs einen Eingriff in Art. 8 I EMRK darstellt, jedoch gem. Art. 8 II EMRK gerechtfertigt sein kann.<sup>404</sup>

302f

Im zu entscheidenden Fall ging es um eine Anwältin, deren Telefongespräch mit einem Mandanten im Rahmen eines gegen ihn geführten Ermittlungsverfahrens abgehört worden war. Hinsichtlich der Rechtfertigung gem. Art. 8 II EMRK führt der EGMR aus, dass das staatliche, Art. 8 I EMRK einschränkende Gesetz insbesondere die Personengruppen bestimmen müsse, deren Telefon durch richterliche Anordnung abgehört werden könne, weiter die Art der Straftaten, bei denen das möglich sei, die Begrenzung der Dauer des Abhörens, die Voraussetzungen für zusammenfassende Protokolle mit Wiedergabe der abgehörten Gespräche sowie die Verwendung und Vernichtung der Aufzeichnungen. Dabei verstoße es nicht gegen das von Art. 8 I EMRK geschützte Berufsgeheimnis der Anwälte, wenn ein Gespräch mit Mandanten im Rahmen einer rechtmäßigen Überwachung des Anschlusses des betreffenden Mandanten abgehört werden könne. Voraussetzung sei aber die fehlerfrei getroffene Prognose, dass der Anwalt selbst an einer Straftat beteiligt sei. Hinzu kommen

<sup>402</sup> BVerfG NJW 2020, 2235, 2240 f. (Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung durch den BND).

<sup>403</sup> Gesetz v. 19.4.2021 (BGBl I 2021, S. 771).

<sup>404</sup> EGMR NJW 2017, 3577, 3578 ff. (Versini-Campinchi u. Crasnianski vs. Frankreich).

müsse, dass die Niederschrift das Recht des Mandanten auf Verteidigung nicht beeinträchtigt.<sup>405</sup> Nicht entscheidend sei, dass das Abhören und das Fertigen des Protokolls von einem Richter angeordnet und unter seiner Überwachung durchgeführt werde.<sup>406</sup>

### **cc.) Gemeinsame Rechen- und Dienstleistungszentren zur TKÜ**

- 303** Um die TKÜ effektiver und wirtschaftlicher zu gestalten, sind etliche Bundesländer dazu übergegangen, gemeinsame Rechen- und Dienstleistungszentren für Telekommunikationsüberwachung der Polizeien zu vereinbaren. Entsprechende Staatsverträge sind bereits 2016 zwischen Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein sowie zwischen Berlin, Brandenburg, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen geschlossen und von den Landtagen durch Zustimmungsgesetz ratifiziert worden.<sup>407</sup> So sieht der Staatsvertrag zwischen den genannten norddeutschen Ländern ein gemeinsames Rechen- und Dienstleistungszentrum (RDZ) zur Telekommunikationsüberwachung der Polizeien im Verbund der norddeutschen Küstländer mit Sitz im Landeskriminalamt Niedersachsen vor (Art. 1 I des Staatsvertrags). Art. 1 II und III des Staatsvertrags legen die wesentlichen Aufgaben des RDZ fest. Dazu gehört die technische Umsetzung, d.h. Durchführung und Auswertung von strafprozessualen TKÜ-Maßnahmen (Art. 1 II S. 1 des Staatsvertrags). Weiterhin unterstützt das RDZ die Vertragspartner bei der Erhebung und Verarbeitung von Inhalts-, Verkehrs- und Bestandsdaten, die im Zusammenhang mit der Durchführung strafprozessualer Maßnahmen erhoben werden dürfen (Art. 1 II S. 2 des Staatsvertrags). Beides gilt auch hinsichtlich präventivpolizeilicher Maßnahmen, soweit das jeweilige Landesrecht entsprechende Maßnahmen vorsieht (Art. 1 II S. 3 des Staatsvertrags). Bis zur Inbetriebnahme des RDZ, die immer noch auf sich warten lässt, nutzen die Vertragsländer jedoch noch ihre vorhandenen TKÜ-Anlagen.
- 303a** Ob das Vorhaben verfassungsrechtlich Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Da Art. 3 I des Staatsvertrags eine Auftragsdatenverarbeitung vorsieht, das RDZ also nur Auftragnehmer ist und gem. Art. 3 II des Staatsvertrags an Vorgaben und Weisungen des jeweiligen beauftragenden Bundeslandes gebunden ist, also bezüglich Anordnung, Durchführung und Löschung von Überwachungsmaßnahmen keine eigene Entscheidungskompetenz hat (Art. 3 II S. 1 und 2 des Staatsvertrags), womit die jeweiligen verfahrenssichernden Regelungen der Landesrechte gelten, sollten die Regelungen einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten, zumal Art. 3 III des Staatsvertrags ausdrücklich auf die Verantwortlichkeit des jeweiligen Auftraggebers sowohl für die aus der Erhebung und Verarbeitung gewonnenen Daten als auch für die Löschung von Erkenntnissen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung hinweist. Rechtsschuttmittel (Rn 307b) sind also gegen die jeweilige Landesbehörde einzulegen.

### **dd.) Rechtsschutz**

- 304** Da die TKÜ heimlich durchgeführt wird, kommt ihr zum einen keine Verwaltungsaktqualität zu und zum anderen kann sie nicht mit Rechtsbehelfen angegriffen werden, die zur Aufhebung der Datenerhebung führen; vielmehr beschränkt sich der Rechtsschutz auf die nachträgliche Feststellung, dass die Maßnahme rechtswidrig gewesen sei. Bei präventivpolizeilicher Quellen-TKÜ ist statthafte Klageart die verwaltungsgerechtliche allgemeine Feststellungsklage (§ 43 VwGO); bei strafprozessualer Quellen-TKÜ ist gegen die gerichtliche Anordnung die Beschwerde nach § 304 StPO zulässig.

---

<sup>405</sup> EGMR NJW 2017, 3577, 3580 f.

<sup>406</sup> EGMR NJW 2017, 3577, 3579 mit Verweis auf EGMR 3.2.2015 – 30181/05 (Pruteanu vs. Rumänien); EGMR 29.3.2005 – 57752/00 (Matheron vs. Frankreich).

<sup>407</sup> Abrufbar ist der Text des Staatsvertrags etwa unter <http://www.gesetzblatt.bremen.de/fastmedia/832/2016-06-27-gesetzblatt-2016-nr-59-staatsvertrag-rechen--und-dienstleistungszentrum.pdf>

## Telekommunikationsüberwachung (TKÜ)

Erging die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung analog § 98 II S. 2 StPO zulässig. Der Antrag analog § 98 II S. 2 StPO ist auch gegen die Art und Weise der Durchführung zulässig.

## 4. Einschränkungen der räumlichen Bewegungsfreiheit

Die zweite Gruppe der Standardmaßnahmen beschreibt Einschränkungen der persönlichen Bewegungsfreiheit, wodurch stets ein Eingriff in Art. 2 II S. 2 GG, Art. 104 I oder II GG anzunehmen ist. Deshalb beschränken sich die entsprechenden Befugnisnormen der Polizeigesetze auf bestimmte, gravierende Anwendungsfälle. Dazu zählen die **Vorladung**, die **Platzverweisung**, das **Aufenthaltsverbot**, die **Wohnungsverweisung**, das **Rückkehrverbot** sowie die **Ingewahrsamnahme**.

401

### a. Vorladung

**Vorladung**<sup>524</sup> ist das (schriftliche oder mündliche) *verbindliche* Gebot, auf der Dienststelle zu erscheinen (und zu bleiben), um sachdienliche Angaben zu machen oder um erkennungsdienstliche Maßnahmen zu unterstützen.

402

Die Vorladung im genannten Sinn darf nur präventivpolizeilichen Zwecken dienen; sie kommt daher nicht in Betracht im Zusammenhang mit der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, weil die Ladung zu Strafverfolgungszwecken in der StPO (vgl. §§ 163, 161a, 163a StPO; für das Bußgeldverfahren vgl. § 46 I OWiG, der auf die Vorschriften der StPO verweist) abschließend geregelt ist. Allerdings darf die Polizeibehörde Personen im Rahmen ihres Strafverfolgungsauftrags (vgl. z.B. § 1 IV BremPolG i.V.m. § 163 I StPO) vorladen; sie muss die Vorladung dann aber auf die Rechtsgrundlagen der StPO stützen.

Aber auch im Rahmen der Gefahrenabwehr kann die Anwendbarkeit der polizeigesetzlichen Vorschrift über die Vorladung ausgeschlossen sein. Gemäß dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* gehen *besondere* gesetzliche Vorschriften, die eine Vorladung, verbunden mit Erscheinungspflichten der betroffenen Person, zulassen, vor. Als solche Vorschriften kommen insbesondere § 25 III InfSchG, § 6 III PassG, § 15 II Nr. 3 AsylG, § 2a II StVG sowie die landesrechtlichen Bestimmungen der Meldegesetze in Betracht.

403

Die Vorladung ist **keine Freiheitsentziehung** i.S.v. Art. 104 II GG und bedarf daher (im Gegensatz zur Vorführung – dazu sogleich Rn 413) **keiner richterlichen Entscheidung**.<sup>525</sup> Vielmehr handelt es sich um eine (bloße) Beschränkung der **Freiheit der Person** (Art. 2 II S. 2 i.V.m. Art. 104 I GG). Zwar wird unter Freiheit der Person die „körperliche Bewegungsfreiheit, jeden beliebigen Ort aufzusuchen oder ihn zu verlassen“<sup>526</sup>, verstanden, allerdings wird man auch bei der Vorladung von einer Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit ausgehen müssen. Immerhin handelt es sich bei der Vorladung nicht um eine unverbindliche „Einladung“, sondern um die Verpflichtung, auf der Dienststelle zu erscheinen.

404

Aufgrund der mit der Maßnahme verbundenen Regelung ist die Vorladung ein **Verwaltungsakt**. Sie kann daher mit den Rechtsbehelfen der VwGO, die allgemein gegen Verwaltungsakte zulässig sind, angefochten sowie mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden. Vgl. dazu Rn 108 und 119.

405

<sup>524</sup> Vgl. § 11 MEPolG; Bund: § 25 BPolG; BW: § 28 PolG; Bay: Art. 15 PAG; Berl: § 20 ASOG; Brand: § 15 PolG; Brem: § 30 PolG; Hamb: § 11 SOG; Hess: § 30 SOG; MeckVor: § 50 SOG; Nds: § 16 POG; NRW: § 10 PolG, § 24 OBG; RhIPfl: § 12 POG; § Saar: 11 II-IV PolG; Sachs: § 14 PVDG; SachsAnh: § 35 SOG; SchlHolst: § 199 LVwG; Thür: § 17 PAG, § 16 IV-VI OBG.

<sup>525</sup> Vgl. aber NRW: § 10 III S. 2 PolG; SachsAnh: § 35 IV SOG.

<sup>526</sup> BVerfGE 94, 166, 198; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 74.

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

- 406 Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren, Form, siehe Rn 607 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die meisten Polizeigesetze, dass der **Grund** für die Vorladung **angegeben** werden soll. „Soll“ bedeutet grundsätzlich „muss“, und dass nur in atypischen Fällen von der Pflicht abgesehen werden kann. Im Übrigen muss die Begründung so präzise sein, dass der Vorgeladene aus ihr ohne weiteres ableiten kann, aus welchem Grund er vorgeladen wird. Eine nichtssagende Phrase wie „Sie müssen erscheinen, um sachdienliche Angaben zu machen“ würde lediglich den Gesetzestext wiedergeben und dem Begründungserfordernis nicht gerecht.

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

- 407 Tatbestandlich setzt die Vorladung nach den meisten Polizeigesetzen alternativ voraus, dass (1) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass von der vorgeladenen Person sachdienliche Angaben zur Aufklärung des Sachverhalts in einer bestimmten polizeilichen Angelegenheit gemacht werden können oder (2) wenn sie zur Durchführung einer erkennungsdienstlichen Maßnahme erforderlich ist.

Die Formulierung „wenn **Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...**“ in Nr. 1 bedeutet, dass lediglich eine **abstrakte Gefahr** bzw. ein **Gefahrenverdacht** vorliegen müssen. Gefordert wird also die Prognose, dass die Angaben der vorzuladenden Person geeignet sind, der Polizei die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe zu ermöglichen, die ihr im Rahmen der Aufgabenzuweisung nach § 1 des jeweiligen Polizeigesetzes übertragen ist. Als „sachdienliche Angaben“ sind alle Angaben persönlicher und sachlicher Natur zu verstehen, die der Aufklärung einer polizeilichen Angelegenheit dienlich sind. Freilich muss die vorgesehene Befragung, derentwegen die Vorladung verhängt wird, rechtmäßig sein. Ist zum Zeitpunkt der Vorladung absehbar oder klar, dass die Befragung rechtswidrig sein würde, ist die Vorladung (schon deshalb) rechtswidrig.

- 408 Fraglich ist, warum die Gesetzgeber in Nr. 2 die „**Erforderlichkeit**“ auf Tatbestands-ebene genannt haben. Dass nämlich eine Maßnahme erforderlich sein muss, ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit und kennzeichnet im Übrigen gerade den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der bei der Rechtsfolge einer Maßnahme zu prüfen ist. Der Begriff der „Erforderlichkeit“ ist daher anders zu verstehen: Da die Vorladung gem. Nr. 2 der Durchführung einer erkennungsdienstlichen Maßnahme dient und diese eine abstrakte oder konkrete Gefahr voraussetzt, will die Nennung der „Erforderlichkeit“ zum Ausdruck bringen, dass diese Voraussetzung auch für die 2. Variante der Vorladung gilt. Voraussetzung dieser Variante ist also auch eine **abstrakte** oder **konkrete Gefahr**. Daran wird es jedoch fehlen, wenn die Behörde den Sachverhalt durch Einsichtnahme in eigene Dateien oder Akten, öffentliche Register oder Unterlagen öffentlicher Stellen oder durch Auskünfte dieser Stellen selbst aufklären kann.

- 409 **Pflichtiger** nach Nr. 1 ist jedermann, der sachdienliche Angaben zur Aufklärung des Sachverhalts in einer bestimmten polizeilichen Angelegenheit machen kann, Pflichtiger nach Nr. 2 ist derjenige, der auch Pflichtiger einer erkennungsdienstlichen Maßnahme bzw. einer zu diesem Zweck durchgeführten Befragung ist. Inwieweit eine Pflicht zur Auskunft besteht, ist nach Maßgabe der polizeigesetzlichen Vorschriften über erkennungsdienstliche Maßnahmen bzw. die Befragung zu beantworten.

- 410 Als besondere (tatbestandliche) Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes normieren die Polizeigesetze, dass bei der Festsetzung des Zeitpunkts der Vorladung

**auf den Beruf** und die **sonstigen Lebensverhältnisse** des Betroffenen **Rücksicht** genommen werden soll. Zur Bedeutung des Modalverbs „soll“ vgl. Rn 406. Als „Beruf“ gelten auch der Nebenberuf, nicht aber Hobbys; unter „sonstigen Lebensverhältnissen“ fallen z.B. familiäre Verpflichtungen, Verkehrsverhältnisse, Behörden-, Gerichts- oder Prüfungstermine. Eine Nichtbeachtung dieses gesetzlich normierten Übermaßverbots führt zur Rechtswidrigkeit der Vorladung.

### cc. Rechtsschutz

Da die Vorladung einen **Verwaltungsakt** darstellt, kann sie mit den Rechtsbehelfen der VwGO, die allgemein gegen Verwaltungsakte zulässig sind, angefochten werden. Hinsichtlich des Suspensiveffekts des Widerspruchs ist § 80 VwGO zu beachten. In der Regel ist die aufschiebende Wirkung gem. § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO ausgeschlossen, sodass ein gleichwohl erhobener Widerspruch nicht die Vollziehung suspendiert. Sollte ausnahmsweise kein Fall des § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO vorliegen, kann die Polizei dem Suspensiveffekt nur dadurch entgehen, dass sie die sofortige Vollziehung nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO anordnet und diese Anordnung, falls nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 80 III S. 2 VwGO gegeben sind, nach § 80 III S. 1 VwGO schriftlich begründet.<sup>527</sup> Auch kann die Vorladung mit Hilfe der Anfechtungsklage bzw. – bei deren Erledigung – der **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO überprüft werden.

411

Sollte die Vorladung zwangsweise durchgesetzt worden sein (dazu sogleich), wird der Rechtsschutzsuchende regelmäßig auch die Zwangsmaßnahme überprüfen lassen wollen. Gegen die **Anwendung der Zwangsmaßnahme** sind entweder die Anfechtungsklage bzw. (bei deren Erledigung) die **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO oder die **allgemeine Leistungsklage** bzw. allgemeine **Feststellungsklage** gem. § 43 VwGO statthaft, je nachdem, ob man in der Anwendung des Zwangsmittels einen Verwaltungsakt oder schlichtes Verwaltungshandeln sieht.

412

### dd. Zwangsweise Durchsetzung (sog. Vorführung)

Kommt der Betreffende der Vorladung nicht nach, kann diese unter den in der polizeilichen Vorschrift über die Vorladung beschriebenen Voraussetzungen (vgl. etwa Art. 15 III BayPAG; § 16 III NPOG) zwangsweise, d.h. auf der Ebene der Verwaltungsvollstreckung, mit **unmittelbarem Zwang**, der sog. **Vorführung**, durchgesetzt werden. Unklar ist, ob zusätzlich zu den Vorschriften der Vorführung diejenigen des unmittelbaren Zwangs (dazu Rn 919 ff.) herangezogen werden müssen. Dagegen spricht der Spezialitätscharakter der Normen über die Vorführung. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass ohnehin alle Verfügungen zwangsweise durchgesetzt werden können und es daher keiner separaten Regelung der Vorführung bedurft hätte, wenn die Landesgesetzgeber die Vorschriften über den unmittelbaren Zwang angewendet wissen wollten. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass die zusätzliche Heranziehung der Vorschriften über den unmittelbaren Zwang auch die Beachtung zusätzlicher Voraussetzungen impliziert, was die Vorführung einem höheren Rechtfertigungszwang und einer engeren Rechtmäßigkeitskontrolle unterwirft.

413

Davon unbeschadet handelt es sich bei einer Vorführung, bei welcher der Betroffene von Polizeibeamten abgeholt und (zwangsweise) zur Dienststelle verbracht wird, nach der Rspr. lediglich um eine **Freiheitsbeschränkung** i.S.v. Art. 104 I GG.<sup>528</sup> Diese Auffassung ist nicht ganz unproblematisch, da sie in gewissem Widerspruch zur Defini-

413a

<sup>527</sup> Vgl. zur Regelungstechnik des § 80 VwGO R. Schmidt, VerwProzR, Rn 883 ff.

<sup>528</sup> BGHZ 82, 261; BVerwG NVwZ 1990, 69; BayObLG DVBl 1983, 1069 ff.

tion des BVerfG hinsichtlich der Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 104 II GG steht, die dadurch gekennzeichnet sei, dass die körperliche Bewegungsfreiheit für eine gewisse Mindestdauer aufgehoben werde.<sup>529</sup> Die Einstufung entweder als Freiheitsbeschränkung oder als Freiheitsentziehung hat Auswirkungen auf den Richtervorbehalt, da dieser nur für Art. 104 II GG gilt (vgl. dazu Rn 404). Kommt es also im Zusammenhang mit der Vorführung zu einer Freiheitsentziehung, ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen (vgl. z.B. Art. 18 BayPAG, § 13a I S. 1 HmbSOG). Eine richterliche Entscheidung braucht jedoch nicht herbeigeführt zu werden, wenn anzunehmen ist, dass sie erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde (vgl. z.B. Art. 97 III BayPAG, § 13a I S. 2 HmbSOG). Allerdings ist auch in diesem Fall die absolute Obergrenze des Art. 104 II S. 3 GG zu beachten.

**Beispiel:** Die 13-jährige O wurde sexuell missbraucht. Aus Gründen der Strafverfolgung, aber auch weil eine Wiederholung droht, lädt die Polizei den K zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen (Anfertigung von Fingerabdrücken) vor, da er verdächtig ist, einen Hang zu Sexualstraftaten zu haben. In der Vorladung wird K darauf hingewiesen, dass er im Fall des Nichterscheinens mit einer Vorführung zu rechnen habe. K wendet ein, dass er sich mitten in der Urlaubsvorbereitung befinde und keine Zeit habe. Als K zum festgesetzten Termin nicht erscheint, wird er (zwangsweise) vorgeführt und drei Stunden später wieder entlassen.

Die Primärmaßnahme, die Vorladung, dient der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung und somit der Gefahrenabwehr. Damit ist der präventivpolizeiliche Aufgabenbereich der Polizei eröffnet. Auch sind die Voraussetzungen der Befugnisnorm *Vorladung* (z.B. § 11 I HmbSOG) erfüllt. Die Vorladung war auch geeignet und erforderlich. Fraglich ist allenfalls die Angemessenheit. Jedenfalls gehört der Urlaub nicht zum Beruf i.e.S. Zu „sonstigen“ Lebensverhältnissen gehören wichtige Verpflichtungen gegenüber Angehörigen, behördliche Termine u.Ä., aber wohl nicht Urlaubsvorbereitungen (es sei denn, die Urlaubsvorbereitungen sind unumgänglich und die Polizei kann den Termin problemlos verschieben). Die Vorladung war daher auch verhältnismäßig.

Die Zulässigkeit der Vollstreckungsmaßnahme, die zwangsweise Durchsetzung der Vorführungsanordnung, bestimmt sich ebenfalls nach der Befugnisnorm über die Vorladung. So darf die Polizei (z.B. gem. § 11 III S. 1 Nr. 2 HmbSOG) die Vorladung zwangsweise durchsetzen, soweit dies zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen erforderlich ist. Da vorliegend keine anderen Zwangsmittel Erfolg versprochen, kam lediglich unmittelbarer Zwang in Betracht. Dieser wurde auch angedroht. Schließlich wurde der Richtervorbehalt nicht verletzt. Beide Maßnahmen waren rechtmäßig.

**413b** Art. 15 III Nr. 1 BayPAG lässt im Zusammenhang mit der Vorführung auch eine drohende Gefahr ausreichen. Das ist nicht ganz unproblematisch, weil dadurch eine Vorführung (und damit eine Freiheitsentziehung) bereits dann erfolgen kann, wenn eine Gefahr gerade noch nicht vorliegt, sondern diese an ihrer „Entstehung“ gehindert werden soll. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit einer Vorführung sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Befugnisnorm hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr aber für Leib, Leben oder Freiheit einer Person bestehen muss (Art. 15 III Nr. 1 BayPAG), dürfte sie einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein, wenn von ihr im Einzelfall restriktiv Gebrauch gemacht wird.

**414** Ist die Vorladung rechtswidrig, hat dies nicht zwingend zur Folge, dass auch die Vorführung rechtswidrig ist. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt es bei der

---

<sup>529</sup> BVerfGE 105, 239, 248; 94, 166, 198.

Frage nach der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme nicht (mehr) auf die Rechtmäßigkeit ihrer Grundverfügung an (keine Konnexität zwischen Primär- und Vollstreckungsmaßnahme).<sup>530</sup> Freilich eine andere Frage ist, ob in einem solchen Fall der Zwang nicht unverhältnismäßig ist. Das gilt zumindest dann, wenn die Rechtswidrigkeit der Grundverfügung für die Polizei erkennbar ist. Vgl. dazu Rn 346, 906.

---

<sup>530</sup> Die Grundverfügung muss nur wirksam sein; vgl. BVerfG NVwZ 1999, 290, 292; OVG Münster NVwZ 2001, 231; *Schenke*, POR, Rn 540; *Werner*, JA 2000, 902, 904; a.A. *Knemeyer*, POR, Rn 358.

## b. Kurzfristige Platzverweisung

- 415 Durch eine „einfache“ oder „kurzfristige“ **Platzverweisung**<sup>531</sup> wird eine Person **vorübergehend eines Ortes verwiesen** oder ihr wird **vorübergehend das Betreten eines Ortes verboten**.
- 416 Aufgrund der beschriebenen Rechtsfolge greift die Maßnahme in Art. 2 II S. 2 GG (**Freiheit der Person**) ein.<sup>532</sup> Denn die Freiheit der Person schützt trotz ihres weiten Wortlauts („Freiheit“) die *körperliche Bewegungsfreiheit*. Damit ist das Recht gemeint, **jeden beliebigen Ort aufzusuchen oder ihn zu verlassen**.<sup>533</sup> Eine Platzverweisung stellt gemäß den Formulierungen in den Befugnissnormen (siehe etwa § 12a HmbSOG, § 17 I S. 1 NPOG, § 34 I S. 1 NRWPolG) daher in zweifacher Hinsicht einen Eingriff dar,
- zum einen, weil der Betroffene **verpflichtet** wird, den Ort – wenn auch nur vorübergehend – **zu verlassen**,
  - und zum anderen, weil er daran **gehindert** wird, (vorläufig) den Ort **aufzusuchen** bzw. **an ihn zurückzukehren**.
- 417 Unter „Ort“ wird man nur den direkten Gefahrenort verstehen dürfen. Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze darf die „einfache“ Platzverweisung zudem nur ergehen, um die betreffende(n) Person(en) **vorübergehend** des Ortes zu verweisen bzw. vom Ort fernzuhalten.<sup>534</sup> Abzugrenzen ist die Platzverweisung daher zunächst vom **längerfristigen Betretungs- und Aufenthaltsverbot** (auch „erweiterte“ Platzverweisung genannt), das aufgrund seiner Längerfristigkeit die Freiheit beschränkt, an jedem Ort Wohnsitz oder Aufenthalt zu nehmen, und damit in die **Freizügigkeit des Art. 11 GG** eingreift. Vgl. dazu Rn 429 ff. und 435 ff.
- 418 Des Weiteren ist die Platzverweisung von anderen Vorschriften mit derselben Zielrichtung abzugrenzen, insbesondere von denen des VersG. Platzverweisung und **Aufforderung, den Ort nach der Auflösung einer Versammlung zu verlassen** (§§ 13 II, 18 I VersG), sind verschiedene Maßnahmen; ein Konkurrenzverhältnis besteht insoweit nicht. Eine Spezialvorschrift stellt auch § 8 S. 2 Nr. 1 JuSchG dar.
- 419 Abzugrenzen ist die Platzverweisung auch von der **Wohnungsverweisung** und vom diesbezüglichen **Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt**. Vgl. dazu Rn 432 ff.<sup>535</sup>
- 420 Geht es um die Sicherung von **Rettungseinsätzen** und stützt sich die Platzverweisung auf **§ 38 I StVO** (Martinshorn und Blaulicht, um Verkehrsteilnehmer zu bewegen, Platz zu machen<sup>536</sup>), ist für die polizeigesetzliche Vorschrift über die Platzverwei-

<sup>531</sup> Vgl. zum vorübergehenden Platzverweis § 12 MEPolG; Bund: § 38 BPolG; Bay: Art. 16 PAG; BW: § 30 PolG; Berl: § 29 I ASOG; Brand: § 16 PolG; Brem: § 11 PolG; Hamb: § 12a SOG; Hess: § 31 SOG; MeckVor: § 52 SOG; Nds: § 17 I POG; NRW: § 34 PolG, § 24 OBG; RhIPfl: § 13 POG; Saar: § 12 PolG; Sachs: § 18 PVDG; SachsAnh: § 36 I SOG; Schl-Holst: § 201 LVwG; Thür: § 18 PAG.

<sup>532</sup> Vgl. bereits die 4. Aufl. 2000, S. 89; später auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 16 Rn 4; a.A. VGH München NVwZ 2000, 454, 455 f. (Eingriff nur in Art. 2 I GG). Nach *Hetzer*, JR 2000, 1, liegt trotz der Kurzfristigkeit ein Eingriff in Art. 11 GG vor. Art. 11 I GG ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht einschlägig (dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 754). Sie kommt aber bei längerfristigen Maßnahmen in Betracht, dazu sogleich, Rn 417, 429 ff. und 435 ff.

<sup>533</sup> BVerfGE 94, 166, 198; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 74.

<sup>534</sup> Vgl. dazu auch VGH Kassel NVwZ 2003, 1392; VGH München NVwZ 2001, 1291; OVG Münster NVwZ 2001, 459; *Nolte*, NVwZ 2001, 147, 152; *Cremmer*, NVwZ 2001, 1218, 1219 f.; *Hecker*, NVwZ 2003, 1334 ff.

<sup>535</sup> Dass „einfache“ Platzverweisung, Betretungs- und Aufenthaltsverbot sowie Wohnungsverweisung unterschiedliche Maßnahmen sind, ist aufgrund der höchst unterschiedlichen Rechtfertigungsvoraussetzungen selbsterklärend.

<sup>536</sup> Nach § 38 I StVO ist das Einschalten von Blaulicht und Martinshorn im Fall von höchster Eile gestattet, wenn Menschenleben zu retten, schwere gesundheitliche Schäden oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden sind. § 38 I StVO dient auch der Gefahrenabwehr (und nicht der Strafverfolgung), sofern auf die genannten Schutzgüter abgestellt wird. Die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes für Maßnahmen nach § 38 I StVO ergibt sich wegen Vorliegens einer Gefahr im Verzug aus § 44 II StVO.

sung kein Raum (vgl. dazu das Beispiel bei Rn 55). Geht es aber um Sicherung von Rettungseinsätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 38 I StVO, ist wiederum die polizeigesetzliche Befugnisnorm anwendbar.

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Da die **Platzverweisung** (aber auch das **längerfristige Betretungs- und Aufenthaltsverbot**) die verbindliche Anordnung treffen, sich zu entfernen bzw. dem Ort fernzubleiben, stellen sie **Verwaltungsakte** dar. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten daher die allgemeinen Voraussetzungen, die für alle Verwaltungsakte gelten (Zuständigkeit, Verfahren und Form, siehe Rn 607 ff.). Insbesondere können sie grundsätzlich auch **mündlich** ergehen. Für diesen Fall wird man aber jedenfalls beim längerfristigen Betretungs- und Aufenthaltsverbot eine schriftliche Bestätigung oder zumindest eine polizeiinterne Dokumentationspflicht fordern müssen, um eine spätere gerichtliche Nachvollziehbarkeit zu ermöglichen. Sofern Hinweis- und Informationspflichten gegenüber der gefährdeten Person bestehen, berühren Verstöße nicht die Rechtmäßigkeit der Maßnahme (§ 45 VwVfG) bzw. lassen den (gerichtlichen) Aufhebungsanspruch entfallen (§ 46 VwVfG).

421

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze setzt eine Platzverweisung eine **konkrete Gefahr** voraus, also eine Sachlage, „die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung von Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt“.<sup>537</sup>

422

Gemäß Art. 16 I S. 1 Nr. 2 BayPAG ist auch eine **drohende Gefahr** ausreichend. Dabei geht es darum, dass eine Gefahr noch nicht besteht; diese soll an ihrer „Entstehung“ gehindert werden. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit einer Platzverweisung sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr aber für ein bedeutendes Rechtsgut bestehen muss und darunter der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang zu verstehen sind (Art. 11a II BayPAG), dürften die Bedenken im Ergebnis nicht zur Bejahung der Verfassungswidrigkeit führen, zumal der mit einer kurzfristigen Platzverweisung verbundene Eingriff in aller Regel nicht so schwer wiegt.

Eine Platzverweisung setzt zwar eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) voraus, das heißt aber nicht, dass der Adressat auch für die Gefahr **verantwortlich** sein muss. So darf sich nach nunmehr allen Polizeigesetzen<sup>538</sup> zur Abwehr einer Gefahr die Platzverweisung gegen jede Person richten. Nach diesen Bestimmungen kann *jedermann* Adressat einer Platzverweisung sein. Die Voraussetzungen über die Inanspruchnahme Nichtverantwortlicher (siehe dazu Rn 826 ff.) müssen also nicht vorliegen. Daher ist z.B. eine Platzverweisung gegen einen Journalisten möglich, der ein Gebäude nicht verlassen will, obwohl eine Bombendrohung vorliegt und die Polizei das Gebäude räumen möchte. Zwar wäre in diesem Fall auch eine Inanspruchnahme als Nichtverantwortlicher möglich (weil auf andere Weise eine unmittelbar bevorste-

422a

<sup>537</sup> So die Legaldefinition in Art. 11 I S. 2 BayPAG; ähnlich (d.h. textlich, aber nicht inhaltlich abweichend) § 2 Nr. 3a BremPolG, § 2 Nr. 1 NPOG, § 3 Nr. 3a SachsAnhSOG und § 54 Nr. 3a ThürOBG. Vgl. zuvor bereits BVerwGE 28, 310, 315 f.; 45, 51, 57; BVerwG NJW 1970, 1890, 1892. Aus der Lit. bspw. *Denninger*, in: Lisker/Denninger, D Rn 47; *Schenke*, POR, Rn 74; *Holzner*, in: BeckOK BayPAG, Art. 11 Rn 20 – dazu unten Rn 658 f.

<sup>538</sup> § 30 I BWPolG, Art. 16 I S. 1 BayPAG, § 29 I S. 1 BerIASOG, § 16 I S. 1 BrandPolG, § 11 I S. 1 BremPolG, § 12a HmbSOG, § 31 I S. 1 HessSOG, § 52 I S. 1 MeckVorSOG, § 17 I S. 1 NPOG, § 34 I S. 1 NRWPolG, § 13 I S. 1 RHPfPOG, § 12 I S. 1 SaarPolG, § 18 S. 1 SächsPVDG, § 36 I S. 1 SachsAnhSOG, § 201 I S. 1 SchHlHolstLVwG, § 18 I S. 1 ThürPAG.

hende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewehrt werden kann), doch kommt es darauf nicht an. Erst recht ist eine Platzverweisung gegenüber einem Journalisten rechtmäßig, der sich bei einer Demonstration in die unmittelbare Nähe der Polizeieinsatzleitung begibt, um dort Gespräche zu belauschen, deren Inhalte er mittels Mobiltelefons an die Demonstranten weitergeben möchte.<sup>539</sup> Art. 5 I GG steht dem nicht entgegen. Zum einen ist das Belauschen der Polizei und die Weitergabe so gewonnener Informationen an die Demonstranten keine Pressetätigkeit, und zum anderen überwiegt auch das Interesse der Polizei an einsatztaktischer Geheimhaltung. In der Praxis wichtig sind auch Fälle, in denen sich die Platzverweisung gegen eine Menschenmenge richtet, aus der die konkrete Gefahr lediglich von einzelnen Personen ausgeht.

**Beispiel:** Die Polizei erhält an einem Samstagabend um 22 Uhr eine telefonische Bombendrohung bezüglich einer in der Innenstadt gelegenen Diskothek. Da in der jüngsten Vergangenheit bereits zwei Bombenanschläge verübt wurden, die offenbar terroristisch motiviert waren, lässt der Einsatzleiter der Polizei die Diskothek räumen und von Spezialisten durchsuchen. Eine Bombe wird jedoch nicht gefunden. Nach der Durchsuchung können die Gäste die Diskothek wieder betreten. War die Räumung rechtmäßig?

Zunächst müsste eine Rechtsgrundlage vorgelegen haben. In Betracht kommt die präventivpolizeiliche Standardmaßnahme *Platzverweisung* (etwa gem. § 12a HmbSOG, § 17 I S. 1 NPOG oder § 34 I S. 1 NRWPolG). Auch die Räumung eines Lokals oder einer Diskothek bei einer Bombendrohung ist eine Platzverweisung i.S.d. allgemeinen Polizeirechts, da weder im GastG noch im VersG noch in den Katastrophenschutzgesetzen der Länder spezialgesetzliche Rechtsgrundlagen zu finden sind. Bezüglich der formellen Rechtmäßigkeit der Räumung bestehen keine Bedenken. Der Polizeivollzugsdienst ist zuständig bei Gefahr im Verzug. Form- und Verfahrensfehler liegen ebenfalls nicht vor. Insbesondere war eine vorherige Anhörung gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich.

Fraglich ist aber die materielle Rechtmäßigkeit. Zunächst muss eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) vorgelegen haben. Zur öffentlichen Sicherheit gehören insbesondere Leben und Gesundheit aller sich in der Nähe aufhaltenden Personen. Gefahr ist eine Sachlage, „die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung von Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt“ (s.o.). Vorliegend bestand jedoch objektiv keine Gefahrenlage, da keine Bombe vorhanden war. Da bei der Beurteilung der Gefahrenlage aber auf die objektive Ex-ante-Sicht des handelnden Polizeibeamten abzustellen ist und vorliegend wegen der Hochwertigkeit des zu schützenden Rechtsguts keine allzu hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu stellen sind, ist von einer der objektiven Gefahrenlage gleichzustellenden *Anscheinsgefahr*<sup>540</sup> auszugehen. Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass die Gäste nicht verantwortlich waren für die Gefahrensituation. Grundsätzlich sind Maßnahmen nur gegen Verantwortliche zu richten; anderenfalls ist der Grundrechtseingriff grundsätzlich nicht rechtfertigungsfähig. Allerdings setzen die meisten polizeigesetzlichen Vorschriften über die Platzverweisung als Adressaten keine Störer voraus. Nach diesen Vorschriften darf die Polizei *jede* Person des Platzes verweisen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr erforderlich ist. Da die Bombendrohung auch ernst zu nehmen war, war die Räumung auch erforderlich und damit insgesamt rechtmäßig.

Anmerkung: Wie das Beispiel gezeigt hat, waren einzige (Tatbestands-)Voraussetzungen der Platzverweisung das Vorliegen einer (Anscheins-)Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sowie die Erforderlichkeit der Maßnahme. Selbstverständlich müssen aber auch die (übrigen) Aspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie die Ermessensgrenzen beachtet werden. Sollte sich der Fall in einem Bundesland abspielen,

<sup>539</sup> VG Köln 23.4.2015 – 20 K 5427/13.

<sup>540</sup> Zur Anscheinsgefahr vgl. Rn 681 ff.

dessen Polizeigesetz die Störereigenschaft des oder der Adressaten fordert, ist auf die Figur des Nichtstörers (dazu Rn 826 ff.) einzugehen.

Die Rechtsfolgenseite (Ortsverweisung; Betretensverbot) ist von einem Ermessen geprägt („kann“; „darf“); die Entscheidung der Polizei muss also frei von Ermessensfehlern erfolgen, wobei die Verhältnismäßigkeit im Vordergrund der Prüfung stehen dürfte. 422b

### cc. Durchsetzung mit Mitteln des Zwangs

In der Praxis häufig ergänzt wird die Platzverweisung durch die Vorschrift über die Ingewahrsamnahme, welche die Ingewahrsamnahme „zur Durchsetzung einer Platzverweisung“ zulässt (sog. **Durchsetzungsgewahrsam** – vgl. dazu ausführlich Rn 468 ff.). Muss die Polizei hierfür jedoch körperliche Gewalt anwenden, ist dies juristisch als **unmittelbarer Zwang** zu bezeichnen und nicht mehr von der Befugnisnorm über die Ingewahrsamnahme gedeckt. Vielmehr sind die besonderen Eingriffsvoraussetzungen des LandesVwVG und der Zwangsvorschriften des Polizeigesetzes zu beachten. Das betrifft insbesondere die zwangsweise Räumung eines Veranstaltungsortes. Auch wenn die zwangsweise Durchsetzung des Platzverweises in dem kurzfristigen **Verbringen** von Personen zur polizeilichen **Dienststelle** liegt, handelt es sich *nicht* etwa um eine Ingewahrsamnahme, sondern ebenfalls um eine Maßnahme des unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung des Platzverweises. **Rechtsgrundlage** ist in beiden Fällen daher die Vorschrift über den unmittelbaren Zwang, nicht die über den Platzverweis oder die Ingewahrsamnahme. 423

Bei der kurzfristigen zwangsweisen Verbringung zur Dienststelle handelt es sich lediglich um eine **Freiheitsbeschränkung** i.S.v. Art. 104 I GG.<sup>541</sup> Folge ist, dass es keiner vorherigen richterlichen Entscheidung bedarf, da der Richtervorbehalt nur für Art. 104 II GG (Freiheitsentziehung) gilt (vgl. dazu Rn 404 und 413). 424

### dd. Rechtsschutz

Hinsichtlich des **Rechtsschutzes** ist zwischen der Platzverweisung und der Vollstreckungsmaßnahme zu unterscheiden: 425

Da die Platzverweisung eine verbindliche Anordnung trifft, stellt sie einen **Verwaltungsakt** dar. Der von der Platzverweisung Betroffene kann daher **Anfechtungsklage** bzw. (da sich der Platzverweis regelmäßig bereits erledigt haben wird) **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO erheben. 426

Sollte die Konstellation vorliegen, dass der Eigentümer eines widerrechtlich besetzten Platzes die Ordnungsbehörde auffordert, einen Platzverweis auszusprechen, und sollte diese sich weigern, der Aufforderung nachzukommen, wäre die **Verpflichtungsklage** bzw. der Antrag auf Erlass einer **einstweiligen Anordnung** statthaft. Die Behörde wäre allerdings nur dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn ein Platzverweis rechtmäßig wäre und eine Ermessensreduzierung auf Null vorläge. Das wiederum wäre nur dann der Fall, wenn eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut bestünde und sich der Eigentümer nicht mit zivilrechtlichen Mitteln zu helfen vermag. 427

Die Anwendung unmittelbaren Zwangs im gestreckten Verwaltungsvollstreckungsverfahren ist (wie die Ersatzvornahme) nach wohl h.M. **schlichtes Verwaltungshan-** 428

<sup>541</sup> BGHZ 82, 261; BVerwG NVwZ 1990, 69; BayObLG DVBl 1983, 1069 ff.

**deln**, weil sie ein tatsächliches Moment aufweise.<sup>542</sup> Nach regelmäßig erfolgtem Vollzug („Erledigung“) wäre insofern ein in einer **allgemeinen Leistungsklage** eingebetteter Folgenbeseitigungsanspruch zu prüfen. Aber auch eine allgemeine Feststellungsklage kommt in Betracht. Geht man dagegen davon aus, dass die Zwangsmaßnahme zugleich die konkludente Verfügung enthält, die Maßnahme zu dulden<sup>543</sup>, liegt ein **Verwaltungsakt** vor, der (bei eingetretener Erledigung) mit der **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO anzugreifen ist (Aspekt des Rehabilitationsinteresses).

Zur **gutachtlichen Prüfung** der zwangsweisen Durchsetzung der Platzverweisung (separate Anfechtung von Grundverfügung und Vollstreckungsmaßnahme) vgl. die Ausführungen zur Verwaltungsvollstreckung (Rn 902 ff.). Im Prinzip gilt dasselbe wie für die Sicherstellung und die Identitätsfeststellung.

---

<sup>542</sup> *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 33; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rn 67; *Schenke*, POR, Rn 572 ff.; *Erichsen/Rauschenberg*, Jura 1998, 31, 40; *Schoch*, JuS 1995, 307, 311; unklar, aber wohl ebenfalls von einem schlichten Verwaltungshandeln ausgehend *Knemeyer*, POR, Rn 364.

<sup>543</sup> So BVerwGE 26, 161, 164 (Schwabinger Krawalle); *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 23.

### c. Betretungs- und Aufenthaltsverbote

Da die „einfache“ Platzverweisung nur ergehen darf, um die betreffende(n) Person(en) **vorübergehend** vom Ort fernzuhalten, kommt sie insbesondere in Betracht, wenn Amtshandlungen, Feuerwehr- oder (sonstige) Rettungseinsätze gesichert werden sollen. Auch im obigen Beispiel von Rn 422a wurden die Gäste nur vorübergehend des Platzes verwiesen, denn nach der Feststellung, dass keine Bombe vorhanden war, konnten sie die Diskothek wieder betreten. Geht es jedoch darum, den oder die Betroffenen **längerfristig** (u.U. für **mehrere Monate**) des Ortes zu verweisen bzw. von dem Ort fernzuhalten („**Betretungs- und Aufenthaltsverbot**“)<sup>544</sup>, ist die Standardmaßnahme *vorübergehende Platzverweisung* sowohl in zeitlicher als auch räumlicher Hinsicht unzulänglich. Denn um den Begriff „vorübergehend“ nicht überzustrapazieren, wird man bei Beschränkungen, die **länger als 24 Stunden** dauern, wohl nicht mehr von einem *vorübergehenden Platzverweis* sprechen können, sondern bereits ein **Aufenthaltsverbot** annehmen müssen.<sup>545</sup> Bis 1996 blieb deshalb in sämtlichen Bundesländern mangels einschlägiger Spezialermächtigung allein der Rückgriff auf die **Befugnisgeneralklausel**, wonach die Gefahrenabwehrbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um Gefahren für die öffentliche Sicherheit (und Ordnung) abzuwenden.

429

Ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel ist aber methodischen Einwänden ausgesetzt. Zwar ist zuzugeben, dass die Standardmaßnahme *vorübergehende Platzverweisung* längerfristige Aufenthaltsverbote nicht abdeckt. Ob damit aber ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel zulässig ist, muss bezweifelt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt der allgemeine Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit, wie er in der Befugnisgeneralklausel vorausgesetzt wird, weder dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 11 II GG noch dem Bestimmtheitsgebot. Mit der besonderen tatbestandlichen Differenzierung des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 11 II GG soll gerade vermieden werden, dass eine generalklauselartige Ermächtigung zur Beschränkung der Freizügigkeit erfolgt.<sup>546</sup> Auch aus systematischen Gründen ist es wenig überzeugend, in dem Fall, in dem die Tatbestandsvoraussetzungen einer gesetzlich vorgesehenen speziellen Eingriffsermächtigung nicht vorliegen, auf die weitergehende Befugnisgeneralklausel zurückzugreifen. Verneint man daher die Möglichkeit eines solchen Rückgriffs, liegt bei einem längerfristigen Aufenthaltsverbot ein **Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes** (der Verstoß liegt dann in der Missachtung des abschließenden Charakters der Standardmaßnahme *vorübergehende Platzverweisung*) und **gegen den Parlamentsvorbehalt/Vorbehalt des Gesetzes** (der Verstoß liegt dann in der fehlenden Rechtsgrundlage für den Eingriff in Art. 11 GG) vor. Zudem darf bezweifelt werden, ob die Befugnisgeneralklausel hinsichtlich längerfristiger Aufenthaltsverbote überhaupt dem **Bestimmtheitsgrundsatz** genügt. Deshalb kommt nach der hier vertretenen Auffassung auch eine einschränkende Auslegung der Befugnisgeneralklausel nicht in Betracht.<sup>547</sup> Längerfristige Aufenthaltsverbote sind daher rechtswidrig, sofern eine spezielle Eingriffsbefugnis fehlt.

430

<sup>544</sup> Betretungs- und Aufenthaltsverbote können erforderlich werden, um im Rahmen der Bekämpfung des illegalen Drogenhandels und der „offenen Drogenszene“ Personen, die bereits mehrfach als Drogenhändler in Erscheinung getreten sind, das Betreten bestimmter Örtlichkeiten zu verbieten, um sie damit von den bekannten Umschlagplätzen und potentiellen Kunden fernzuhalten (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 428; OVG Münster NVwZ 2001, 459 u. NVwZ-RR 1998, 155). Gleiches gilt hinsichtlich gewalttätiger Teilnehmer von „Chaostagen“ und der „Punk-Szene“, um Ausschreitungen zu vermeiden (vgl. OVG Bremen NVwZ 1999, 314 und *Göddeke*, NVwZ 2001, 1232, 1233) oder von „Hütchenspieler“, die den Tatbestand des Betrugs verwirklichten (vgl. VGH Kassel NVwZ 2003, 1392).

<sup>545</sup> Wie hier *Schenke*, POR, Rn 132.

<sup>546</sup> So das dem Urteil des OVG (siehe vorletzte Fußn.) vorangegangene Urteil des VG Bremen v. 29.5.1997 – 2 A 149/96. Dem sich anschließend VGH Kassel NVwZ 2003, 1392 (mit Bespr. von *Hecker*, NVwZ 2003, 1334 ff.).

<sup>547</sup> Wie hier VGH Kassel NVwZ 2003, 1392; *Hecker*, NVwZ 2003, 1334, 1335 f.; *ders.*, NVwZ 1999, 261, 262; *Cremer*, NVwZ 2001, 1218, 1219 f.; *Schenke*, POR, Rn 134.

- 431** Diese Problematik haben denn auch die Reformgesetzgeber erkannt und im Zuge der Novellierungen ihre Polizeigesetze jeweils eine Ergänzung eingefügt, welche (längerfristige) „**Betretungs- und Aufenthaltsverbote**“ ermöglicht.<sup>548</sup> Mit einer entsprechenden Ergänzung der Vorschriften über die einschränkbaren Grundrechte wurde noch dazu das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG beachtet. Dies ist – auch wenn **Art. 73 I Nr. 3 GG** bestimmt, dass ausschließlich der *Bund* die Freizügigkeit regelt<sup>549</sup> – aus rechtsstaatlicher Sicht zu begrüßen; immerhin machen die Länder dem Bund ja nicht dessen Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit (dazu Rn 435) streitig, sondern verfolgen ausschließlich gefahrenabwehrrechtliche Ziele.
- 431a** **Materiell-rechtlich** verlangen die Befugnisnormen **Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begehen wird** (vgl. etwa § 12b II S. 1 HmbSOG, § 17 III S. 1 NPOG, § 13 III S. 1 RhIPfPOG). Ist das der Fall, kann ihr für eine bestimmte Zeit verboten werden, diesen Bereich **zu betreten** oder sich dort **aufzuhalten**. Voraussetzungen für dieses sog. Betretungs- und Aufenthaltsverbot (auch „**erweiterter**“ **Platzverweis** genannt, siehe Rn 417) sind also zum einen die gesicherte Feststellung bestimmter Tatsachen und zum anderen die hieraus ableitbare, hinreichend wahrscheinliche Schlussfolgerung, dass eine Person in einem bestimmten örtlichen Bereich eine Straftat begehen wird. Die Annahme, dass eine Person eine Straftat begehen wird, darf sich allerdings nicht lediglich auf allgemeine Erfahrungssätze, vage Vermutungen oder unzureichende Anhaltspunkte begründen. Erforderlich ist vielmehr eine auf ganz konkreten und tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Prognose, dass von der Person mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Begehung einer Straftat in einem bestimmten örtlichen Bereich zu erwarten ist und mit einem längerfristigen Betretungs- und Aufenthaltsverbot verhindert werden kann. Dabei ist grundsätzlich auf die konkrete Person und ihr (bisheriges) Verhalten abzustellen, woraus deutlich wird, dass sich die Maßnahme ausschließlich gegen den **Verhaltensstörer** richten kann. Anhaltspunkte für die Begehung einer Straftat liegen z.B. vor, wenn
- die fragliche Person die Begehung der Tat angekündigt oder dazu aufgefordert hat oder Transparente oder sonstige Gegenstände mit einer solchen Aufforderung mit sich führt (dies gilt auch für Flugblätter solchen Inhalts, soweit sie in einer Menge mitgeführt werden, die zur Verteilung geeignet sind),
  - bei ihr Waffen, Werkzeuge oder sonstige Gegenstände aufgefunden werden, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Taten verwendet werden, oder ihre Begleitperson solche Gegenstände mit sich führt und sie den Umständen nach hiervon Kenntnis haben musste, oder
  - sie bereits in der Vergangenheit mehrfach aus vergleichbarem Anlass bei der Begehung von Straftaten als Störer betroffen worden ist und nach den Umständen eine Wiederholung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist (vgl. dazu das Beispiel bei Rn 431d).
- 431b** Darüber hinaus ist die Gesamtsituation, wenn z.B. andere Personen in dem örtlichen Bereich bereits Straftaten begangen haben oder dies unmittelbar bevorsteht, bei der Prognose zu berücksichtigen, da in solchen Fällen die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass auch die einzelne, hinzutretende Person eine Straftat begehen wird. Dies entspricht dem Grundsatz, dass mit zunehmender Gefährdungsintensität und zunächst ungeklärter Gefahrensituation an die Prognosegenauigkeit geringere Anforderungen zu stellen sind.

<sup>548</sup> Vgl. BW: § 30 II PolG; Bay: § 16 II PAG; Berl: § 29 II ASOG; Brand: § 16 II PolG; Brem: § 11 II PolG; Hamb: § 12b II SOG; Hess: § 31 III SOG; MeckVor: § 52a SOG; Nds: § 17 III POG; NRW: § 34 II PolG; RhIPf: § 13 III POG; Saar: § 12 III PolG; Sachs: § 21 PVDG; SachsAnh: § 36 II SOG; SchlHolst: § 201 II LVwG; Thür: Art. 18 II PAG.

<sup>549</sup> Vgl. dazu auch Rn 435.

Der in den Befugnisnormen genannte örtliche Bereich bezieht – anders als der beim vorübergehenden Platzverweis genannte Ort – auch das **gesamte Stadt- bzw. Gemeindegebiet** mit ein. Zu beachten ist jedoch, dass ein Aufenthaltsverbot in keinem Fall für einen örtlichen Bereich ausgesprochen werden darf, in dem die betroffene Person ihre **Wohnung** hat. Dasselbe gilt, wenn die Person aus einem **vergleichbar wichtigen Grund auf das Betreten des Bereichs angewiesen ist**, was z.B. angenommen werden sollte, wenn sie dort ihre berufliche Tätigkeit ausüben oder einen Familienangehörigen pflegen muss. Die gegenteilige Annahme wäre unverhältnismäßig. Daher muss als „Wohnung“ auch die Nebenwohnung nach dem Landesmeldegesetz gelten. Auf die Erfassung der Wohnung im Melderegister kann es dabei nicht ankommen. Denn der Nachweis der Wohnung kann auch auf andere Weise erbracht werden.

431c

Positive Voraussetzung für ein Betretungs- und Aufenthaltsverbot ist, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die erwartete Straftat **gerade und nur in dem örtlichen Bereich begangen wird**, für den das Betretungs- und Aufenthaltsverbot erteilt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn sich diese Person nur „bei Gelegenheit“ ihres Aufenthalts strafbar machen würde. Insoweit ist ein Betretungs- und Aufenthaltsverbot z.B. nicht zulässig in Bezug auf Nichtsesshafte, denen unterstellt wird, sie würden Landdiebstähle begehen, weil dies auch an jedem anderen Ort geschehen könnte. Anders ist die Situation bei Drogendealern bzw. einer Drogenszene zu beurteilen, die sich in bestimmten Gemeindebereichen etabliert haben.

431d

**Beispiel:** Die Polizei verfügt über gesicherte Erkenntnisse, dass eine bestimmte Person als Drogendealer in einer offenen Rauschgiftszene in einem bestimmten Stadtgebiet in Erscheinung getreten ist. Nachdem sich die Polizei versichert hat, dass die Person weder in dem betreffenden Stadtgebiet wohnt noch dort einer beruflichen Tätigkeit nachgeht (der Drogenhandel ist selbstverständlich kein Beruf i.S.d. Art. 12 I S. 1 GG, auch wenn er der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient), erteilt sie ihr daher (in Übereinstimmung mit der maximal zulässigen Dauer nach dem Landespolizeigesetz) für 6 Monate ein Betretungsverbot für das betreffende Stadtgebiet.

Stützt sich die Polizei auf die Erfahrungen mit der Drogenszene, die zeigen, dass (weitere) strafbare Handlungen im selben örtlichen Bereich hinreichend wahrscheinlich sind, ist das Betretungsverbot nicht zu beanstanden. Denn auch nach der Rspr. des VG und des OVG Bremen stellt eine offene Drogenszene als kollektives Geschehen eine Störung der öffentlichen Sicherheit dar, sodass ein Aufenthaltsverbot gegenüber Personen, die in zurechenbarer Weise nachhaltig zur Verfestigung dieser Drogenszene beitragen, gerechtfertigt ist.<sup>550</sup> Ob allerdings die Dauer von 6 Monaten erforderlich ist, ist eine Frage des Einzelfalls (dazu sogleich Rn 431e).

Das Betretungs- bzw. Aufenthaltsverbot ist nicht nur räumlich, sondern auch **zeitlich** zu **beschränken**. Hierbei bestehen gewisse Unterschiede zwischen den Polizeigesetzen. So hat z.B. der hessische Gesetzgeber eine Höchstdauer von 3 Monaten (vgl. § 31 III S. 4 HessSOG) und der hamburgische Gesetzgeber maximal 6 Monate (§ 12b II S. 1 HmbSOG) vorgesehen. Hierin liegt eine spezifische Ausprägung des allgemein geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der bei einer so schwerwiegenden Maßnahme wie dem Betretungs- und Aufenthaltsverbot in besonderer Weise zu beachten ist. Danach dürften zwar mehrmonatige Betretungs- und Aufenthaltsverbote für Angehörige der „Drogenszene“ nicht von vornherein unzulässig sein, aber auch hier ist die räumliche und zeitliche Reichweite der Maßnahme im Einzelfall (Wiederholungsfall, Gewichtigkeit des Verstoßes gegen das BtMG, Notwendigkeit des Aufsuchens von sozialen Einrichtungen in diesem örtlichen Bereich) zu prüfen. In Ländern, in denen das

431e

<sup>550</sup> VG Bremen 29.5.1997 - 2 A 149/96; OVG Bremen NWZ 1999, 314, 315 f.

Polizeigesetz keine absoluten Höchstfristen formuliert hat (vgl. etwa § 17 III NPOG, § 13 III RhLPfPOG), ist immerhin geregelt, dass das Aufenthaltsverbot zeitlich auf den zur Verhütung der Straftat erforderlichen Umfang zu beschränken ist. Diese besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gilt selbstverständlich auch in den Ländern, deren Polizeigesetze Höchstfristen normiert haben.

- 431f** Sofern das Polizeigesetz formuliert, dass die Vorschriften des Versammlungsrechts unberührt bleiben, ist dieser Hinweis lediglich deklaratorisch, weil die Polizeigesetze ohnehin nicht die Spezialvorschriften des Versammlungsgesetzes tangieren können.<sup>551</sup> Daher wäre z.B. ein Betretungsverbot auf der Grundlage des Polizeigesetzes rechtswidrig, wenn es sich gegen Personen richtete, die sich auf der Anreise zu einer von Art. 8 I GG geschützten Versammlung befänden.<sup>552</sup>
- 431g** Geht es um die Abwehr bzw. die Verhinderung von Gefahren des **internationalen Terrorismus** oder um die Verhütung von Straftaten nach § 5 I S. 2 BKAG, kann gem. § 55 I BKAG das BKA unter den in der Vorschrift genannten Voraussetzungen einer Person (d.h. einem „terroristischen Gefährder“) untersagen, sich ohne Erlaubnis des BKA von ihrem Wohn- oder Aufenthaltsort oder aus einem bestimmten Bereich zu entfernen oder sich an bestimmten Orten aufzuhalten (**Aufenthaltsvorgabe; Aufenthaltsgebot**). Unter den gleichen Voraussetzungen kann gem. § 55 II BKAG das BKA zur Abwehr einer Gefahr oder zur Verhütung von Straftaten nach § 5 I S. 2 BKAG einer Person auch den Kontakt mit bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe untersagen (**Kontaktverbot**). Siehe dazu im Einzelnen Rn 485/486.
- 431h** Art. 16 II S. 1 Nr. 2 BayPAG lässt im Zusammenhang mit **Aufenthaltsverboten** und **Aufenthaltsgeboten** sogar (d.h. ohne Beschränkung auf die Verhütung von „terroristischen Straftaten“) eine **drohende Gefahr** ausreichen. Das ist nicht ganz unproblematisch, weil dadurch die Möglichkeit, sich an bestimmte Orte oder in ein bestimmtes Gebiet zu begeben oder den Wohn- oder Aufenthaltsort oder ein bestimmtes Gebiet zu verlassen, bereits dann verwehrt werden kann, wenn eine Gefahr gerade noch nicht vorliegt, sondern diese an ihrer „Entstehung“ gehindert werden soll. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit eines Aufenthaltsverbots bzw. Aufenthaltsgebots sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut aber in Bezug auf die Begehung von Straftaten bestehen muss (siehe Art. 16 II S. 1 Nr. 2 BayPAG), dürfte die Befugnisnorm trotz der nicht unerheblichen zeitlichen Dimension (Art. 16 II S. 3 BayPAG: bis zu drei Monate und um jeweils drei weitere Monate verlängerbar) einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein, wenn von ihr im Einzelfall restriktiv Gebrauch gemacht und im Zweifel die „polizeiliche Erlaubnis“ (siehe Art. 16 II S. 1 BayPAG) erteilt wird.

<sup>551</sup> Zur „Polizeifestigkeit“ der Versammlungsfreiheit vgl. Rn 1034 f. und 1102 f.

<sup>552</sup> Zum Problem der „Vorfeldmaßnahmen“ vgl. Rn 1038 f. und 1101 ff.

#### d. Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt

Mit Ausnahme Bayerns haben alle Bundesländer in ihren Polizeigesetzen die Standardmaßnahme Platzverweisung um die Variante **Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt** erweitert (zum Teil – wie in § 17a NPOG – auch als „Wegweisung und Aufenthaltsverbot bei häuslicher Gewalt“ genannt). Danach ist der Polizei die Möglichkeit eröffnet, eine gewalttätige Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person aus einer Wohnung, in der die gefährdete Person wohnt, sowie aus deren unmittelbarer Umgebung **zu verweisen** und ihr (mit zeitlich begrenzter Wirkung) **die Rückkehr in diesen Bereich zu untersagen**.<sup>553</sup> Der Störer und Adressat der polizeilichen Anordnung darf (lediglich) dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs mitnehmen. Er ist verpflichtet, der Polizei unverzüglich eine Anschrift oder eine zustellungsbevollmächtigte Person zu benennen. Oft geht auch ein (auf die Befugnisgeneralklausel gestütztes) Kontaktverbot einher.

432

Zwar sieht bereits das **Gewaltschutzgesetz** des Bundes v. 11.12.2001 ein Betretungs- bzw. Rückkehrverbot bzgl. der gemeinsamen Wohnung vor (vgl. § 1 I S. 1 GewSchG), es macht allerdings die behördliche Maßnahme von einer **richterlichen Entscheidung** abhängig (§ 1 I S. 3 GewSchG). Der landespolizeigesetzlichen Wohnungsverweisung und dem Rückkehrverbot verbleiben daher immer dann ein Anwendungsbereich, wenn eine gerichtliche Anordnung nach § 1 I S. 3 GewSchG noch nicht getroffen wurde bzw. (noch) nicht getroffen werden kann, was in **akuten Gefahrensituationen**, insbesondere in den späten Abend- und Nachtstunden sowie am Wochenende der Fall sein dürfte.

432a

**Beispiel:** Es ist Sonntagmorgen 1.45 Uhr, als bei der Polizeiwache ein Anruf eingeht, in dem die Anruferin körperliche Übergriffe ihres wieder einmal angetrunkenen Ehemanns meldet. Dieser ist der Polizei als gewalttätig bekannt und auch schon einschlägig vorbestraft. Nachdem die Polizei vor Ort eingetroffen ist und den Mann befragt, gewinnt sie den Eindruck, dass in der Nacht mit (weiterer) schwerer Gewaltanwendung gegenüber der Ehefrau zu rechnen ist.<sup>554</sup> Daher verweist sie den Mann aus der Wohnung und erteilt ihm ein Rückkehrverbot bis zum Montagmorgen 9.00 Uhr.

Mit der Wohnungsverweisung und dem damit verbundenen Rückkehrverbot sind **erhebliche Grundrechtseingriffe** verbunden. Betroffen sind insbesondere das Grundrecht der Freizügigkeit nach Art. 11 I GG, die Gewährleistung des Eigentums nach Art. 14 I S. 1 GG und möglicherweise die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 I GG, die Berufsfreiheit nach Art. 12 I S. 1 GG und nicht zuletzt das Ehe-, Familien- und Elterngrundrecht aus Art. 6 I, II GG.

433

Das **Grundrecht der Freizügigkeit** ist (soweit es sich bei dem Betroffenen um einen Deutschen handelt) betroffen, weil der aus der Wohnung Verwiesene daran gehindert wird, seinen Aufenthalt frei zu bestimmen. Insbesondere schützt Art. 11 I GG auch das Recht, seinen Aufenthalt *innerhalb* des Gemeindegebiets frei zu bestimmen. Das ist mittlerweile nahezu unbestrittene Auffassung.<sup>555</sup> Fraglich ist jedoch, ob die Länder mit

434

<sup>553</sup> Vgl. z.B. BW: § 30 III PolG; Berl: § 29a ASOG; Brand: § 16a PolG; Brem: § 12 PolG; Hamb: § 12b I SOG; Hess: § 31 II SOG; MeckVor: § 52 II SOG; Nds: § 17a I S. 1 POG; NRW: § 34a PolG; RhLPf: § 13 II POG; Saar: § 12 II PolG; Sachs: § 19 PVDG; SachsAnh: § 36 III SOG; SchlHolst: § 201a LVwG; Thür: § 18 II PAG. In Bayern wird die Wohnungsverweisung offenbar auf die Standardmaßnahme *Platzverweisung* (Art. 16 I PAG) gestützt, was aber mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitstheorie äußerst fraglich erscheint (vgl. auch Rn 438).

<sup>554</sup> Vgl. hierzu OVG Münster NJW 2015, 1468 f. (vgl. auch unten Rn 438).

<sup>555</sup> Vgl. nur VG Mannheim NJW 2005, 88 f.; OVG Münster NJW 2002, 2195; OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315 f.; VG Gelsenkirchen, NWWBl 2002, 361, 362; VG Stuttgart VBIBW 2002, 43; R. Schmidt, Grundrechte, Rn 730; Guckelberger,

Blick auf Art. 73 I Nr. 3 GG überhaupt die Gesetzgebungskompetenz haben, die Freizügigkeit zu regeln. Denn diese Verfassungsbestimmung räumt i.V.m. Art. 71 GG dem Bund die ausschließliche Gesetzkompetenz zur Regelung der Freizügigkeit ein. Die landesrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Wohnungsverweisung könnten somit kompetenzwidrig und damit verfassungswidrig sein.<sup>556</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es den Ländern bei den Wohnungsverweisungen nicht um die Regelung der Freizügigkeit geht, sondern um Gefahrenabwehr, die nach der Konzeption des Grundgesetzes grundsätzlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt. Die Wahrnehmung dieser Kompetenz erführe erhebliche sachliche Friktionen, wenn es den Ländern bspw. durch die Kompetenz des Bundes nach Art. 73 I Nr. 3 GG verwehrt wäre, ein geschlossenes gesetzliches Konzept der Gefahrenabwehr zu etablieren. Der Begriff der Freizügigkeit in Art. 73 I Nr. 3 GG ist daher enger auszulegen als jener in Art. 11 I GG. Getragen wird dieser Standpunkt auch von der Regelung in Art. 11 II GG (sog. Kriminalvorbehalt), der, „um Straftaten vorzubeugen“, ausdrücklich von einer Länderkompetenz ausgeht. Folgerichtig hat sich dieser Auffassung, die bereits vom OVG Bremen im Jahre 1998 vertreten wurde<sup>557</sup>, nunmehr auch der VGH Mannheim angeschlossen<sup>558</sup>.

- 435** Das **Grundrecht auf Eigentum** (Art. 14 I S. 1 GG) ist betroffen, weil der aus der Wohnung Verwiesene nicht mehr frei über sein Eigentum bzw. sein Besitzrecht verfügen kann. Da die Wohnungsverweisung aber nur vorübergehend wirkt, liegt keine Enteignung (Art. 14 III GG), sondern lediglich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 I S. 2 GG) vor.
- 436** Ein Eingriff in das **Wohnungsgrundrecht** liegt jedenfalls dann vor, wenn die Polizei die Wohnung *betritt*, weil hierdurch die durch Art. 13 I GG geschützte Privatsphäre beeinträchtigt wird. Da Art. 13 I GG aber weder ein Recht auf Wohnung noch ein Recht auf eine bestimmte Wohnungsnutzung gewährleistet<sup>559</sup>, wird man bei der Wohnungsverweisung wohl keinen Eingriff erblicken können.<sup>560</sup>
- 437** Ob ein Eingriff in das **Grundrecht der Berufsfreiheit** (Art. 12 I S. 1 GG) vorliegt, hängt davon ab, ob der von der Wohnungsverweisung Betroffene seine **berufliche Tätigkeit** in der Wohnung ausübt (dazu Rn 444).
- 438** Nicht zuletzt liegt ein Eingriff in das **Ehe-, Familien- und Elterngrundrecht** aus Art. 6 I, II GG vor.<sup>561</sup> Denn mit der Befugnis zur räumlichen Entfernung des Aggressors von Ehepartner und/oder Kindern liegt nicht lediglich eine definitorische oder den Familienbegriff ausgestaltende Regelung vor. An die Befugnisnorm und deren Anwendung sind daher hohe verfassungsrechtliche Hürden geknüpft. Denn Art. 6 I GG ist vorbehaltlos gewährleistet; Eingriffe können nur verfassungsimmanent, d.h. durch kollidierende höherwertige Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit legitimiert werden. Auch das Elternrecht aus Art. 6 II S. 1 GG steht unter dem Vorbehalt der Abwägung mit kollidierenden Verfassungsgütern. Verlangt also der Tatbestand der Befugnisnorm (wie z.B. § 17a I S. 1 NPOG) eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung von einer in derselben Wohnung wie der Aggressor wohnenden

---

JA 2011, 1 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn 794; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 11 Rn 12; *Schenke*, POR, Rn 135 f.; *Alberts*, NVwZ 1997, 45 ff.; a.A. *Wuttke*, JuS 2005, 779, 781.

<sup>556</sup> So vertreten z.B. von *Pernice*, in: Dreier, GG, Art. 11 Rn 24; *Hecker*, NVwZ 1997, 261, 263; *ders.*, JuS 1998, 575, 576; *Waechter*, NdsVBl 1996, 197, 200 f.

<sup>557</sup> OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315 f.

<sup>558</sup> VGH Mannheim NVwZ 2005, 88, 89.

<sup>559</sup> So ausdrücklich BVerfGE 7, 230, 238; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 13 Rn 8.

<sup>560</sup> A.A. *Guckelberger*, JA 2011, 1, 2.

<sup>561</sup> Vgl. dazu bereits *Petersen-Thrö*, SächsVBl 2004, 173, 175 f.; *Storr*, ThürVBl 2005, 97, 99.

Person, genügt dies den grundrechtlichen Anforderungen zumindest abstrakt. Ein Verstoß gegen das Zitiergebot aus Art. 19 I S. 2 GG liegt keinesfalls vor, weil das Zitiergebot mit Blick auf den Wortlaut des Art. 19 I S. 2 GG nur für Grundrechte gilt, die nach ihrem Wortlaut „aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen“<sup>562</sup>, also nicht bei Grundrechten mit Ausgestaltungs- und Regelungsvorbehalt sowie nicht bei vorbehaltlos gewährten Grundrechten.

Allein die Aufzählung der betroffenen Grundrechte hat gezeigt, dass die Bundesländer gut beraten waren, spezielle „Wohnungsverweisungsrechte“ in ihre Polizeigesetze aufzunehmen. Lediglich Bayern hat bisher keinen Handlungsbedarf gesehen (s.o.). Sofern vertreten wird, hier die Wohnungsverweisung auf die Befugnisnorm bzgl. der einfachen Platzverweisung oder gar auf die Befugnisgeneralklausel zu stützen<sup>563</sup>, ist dies weder mit der **Wesentlichkeitsrechtsprechung** des BVerfG noch mit dem **Bestimmtheitsgrundsatz** vereinbar.<sup>564</sup> Derart schwerwiegende Grundrechtseingriffe bedürfen einer ausdrücklichen und detaillierten Rechtsgrundlage, die die Anlasstatbestände (vom Aggressor ausgehende gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit der anderen Person) regelt sowie verfahrensrechtliche Sicherungsmechanismen enthält (insbesondere zeitliche Grenzen aufzeigt). Auf Rechtsanwendungsseite müssen belastbare Anzeichen für die Annahme einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit der anderen Person vorliegen.<sup>565</sup> Fehlt es daran, kommt bspw. eine Gefährderansprache (Rn 597a ff.) in Betracht.

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Da die **Wohnungsverweisung** und das **Rückkehrverbot** die verbindliche Anordnung treffen, sich zu entfernen bzw. der Wohnung fernzubleiben, stellen sie **Verwaltungsakte** dar. Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten daher die allgemeinen Voraussetzungen, die für alle Verwaltungsakte gelten (Zuständigkeit, Verfahren und Form; siehe Rn 607 ff.). Insbesondere können sie grundsätzlich auch **mündlich** ergehen. Für diesen Fall wird man aber eine schriftliche Bestätigung fordern müssen. Jedenfalls besteht eine polizeiinterne Dokumentationspflicht, um eine spätere gerichtliche Nachvollziehbarkeit zu ermöglichen. Die Dokumentation stellt gleichzeitig eine wichtige Grundlage für die richterliche Entscheidungsfindung im Rahmen der Eilentscheidung über die zivilrechtliche Schutzanordnung nach § 2 GewSchG dar.

439

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht ist im Rahmen der Krisenintervention vor Ort von den Beamten des Polizeivollzugsdienstes zu fordern, dass sie den Sachverhalt zutreffend einschätzen und eine **Gefahrenprognose** treffen, die die Voraussetzung einer **gegenwärtigen Gefahr** für eines der in der Befugnisnorm über die Wohnungsverweisung genannten hohen Schutzgüter Leib, Leben, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung von in derselben Wohnung wie der Aggressor wohnenden Personen begründet. Wesentliche Kriterien für die Gefahrenprognose sind insbesondere die gegenwärtige Gefahrensituation, weitere Gewaltandrohungen, wiederholte Gewaltanwendungen in der Vergangenheit, die akuten und ggf. auch früher zugefügten Verletzungen, Aussagen der betroffenen Personen und von Zeugen (Nachbarn, Verwandten, Kindern) sowie Alkoholisierung und damit verbundene wiederholte Gewaltanwendung. In der Regel stellt häusliche Gewalt nicht ein einmaliges Ereignis dar, sondern hat eine lange Vorge-

440

<sup>562</sup> BVerfGE 83, 130, 154; ähnlich BVerfGE 64, 72, 79; BVerfGE 113, 348, 366 (Vorbeugende TKÜ). Siehe auch BVerfGE 129, 208, 236 f. (TKÜ-Neuregelung); BVerfG NJW 2020, 2235, 2244 (BNDG).

<sup>563</sup> So Seiler, VBIBW 2004, 93 ff.; Traulsen, JuS 2004, 414, 416 f.

<sup>564</sup> Wie hier Proske, VBIBW 2005, 140, 141; Storr, ThürVBl 2005, 97, 99; Wuttke, JuS 2005, 779, 782. Auch der VGH Mannheim hatte sich seinerzeit dieser Auffassung angeschlossen, jedoch für eine Übergangszeit den Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel zugelassen (NVwZ 2005, 88, 89). Vgl. nunmehr § 30 III BWPOL.

<sup>565</sup> Vgl. dazu OVG Münster NJW 2015, 1468 f.

schichte; sie ist ein Serielikt mit zunehmender Intensität und kurzfristigen Wiederholungen.<sup>566</sup> Oft ist auch eine Gewaltspirale festzustellen. Dies lässt den Schluss zu, dass sich aktuelle Gewalt mit entsprechender Vorgeschichte auch zukünftig wiederholen wird und dass jederzeit mit neuen gewalttätigen Übergriffen zu rechnen ist. Kommen danach die Beamten zu dem Schluss, den Aggressor aus der Wohnung zu verweisen, ist diese Entscheidung selbst vor dem Hintergrund der hohen Hürden, die an einen Eingriff in Art. 6 I, II GG zu stellen sind (Rn 438), nicht zu beanstanden. Andererseits ist jedoch zu beachten, dass dem Adressaten der Verfügung keine Obdachlosigkeit drohen darf. Wäre es vor diesem Hintergrund möglich, das Gewaltopfer anderweitig unterzubringen (Elternhaus, Freundeskreis; ggf. auch Frauenhaus), darf der Aggressor nicht in die Obdachlosigkeit verbannt werden. Bei wechselseitiger Gewaltanwendung ist derjenige Partner aus der Wohnung zu verweisen, dem es eher zuzumuten ist, diese zu verlassen bzw. dessen Verweisung das am wenigsten eingriffsintensive Mittel darstellt.<sup>567</sup>

**Beispiel**<sup>568</sup>: Im Zuge eines heftigen Ehestreits warf F dem M einen Tisch samt Aschenbecher entgegen und schlug zudem mit einem Staubsaugerkorpus auf ihn ein, nachdem dieser versucht hatte, den von F ausgehenden Übergriff abzuwehren und sich ins Badezimmer zu flüchten. Auch bei einem weiteren Vorfall war es F, die M zuerst körperlich attackierte, weil sie „etwas ausgerastet“ war. Die im Verlauf der Auseinandersetzung aufgetretene Beule am Kopf zog sich F im Rahmen einer von ihr ausgeführten Abwehrbewegung zu, als sie mit dem Kopf gegen den Türrahmen stieß. Dagegen ließen sich für den von F weiterhin behaupteten Würgegriff von der eingetroffenen Polizei keine entsprechenden Würgemale, Rötungen etc. feststellen. Gleichwohl verwiesen die Beamten M der Wohnung. Dieser musste, da er – anders als F – in Göttingen über keinerlei Freunde oder Familienangehörige verfügt, die ihn hätten aufnehmen können, mehrere Tage in seinem Pkw übernachten.

Rechtsgrundlage für die Wohnungsverweisung ist § 17a I S. 1 NPOG, wonach die Polizei eine Person für die Dauer von höchstens 14 Tagen aus der von ihr bewohnten Wohnung verweisen und ihr das Betreten der Wohnung und den Aufenthalt in einem bestimmten Umkreis der Wohnung untersagen kann, wenn dies erforderlich ist, um eine von dieser Person ausgehende gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung von einer in derselben Wohnung wohnenden Person abzuwehren.

Nach den geschilderten Sachverhaltsangaben ist zunächst zweifelhaft, ob überhaupt eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung für F bestand. Unklar ist auch, ob die Gefahr – wenn sie denn vorgelegen hätte – von M ausging. Wie das VG Göttingen entschieden hat, ließe sich allenfalls annehmen, dass es sich um einen Fall von wechselseitiger Gewaltausübung handelte, bei dem nicht festzustellen war, wer den „größeren Anteil“ trug oder wer die größere Gefahr verursachte. Dass M als Mann die stärkere und schon deshalb gefährlichere Person wäre, lasse sich jedenfalls dann nicht anführen, wenn die Frau – wie hier – ihrerseits dazu neige, Gegenstände als Hilfsmittel der Gewalt einzusetzen. In derartigen Konstellationen spreche es der Verhältnismäßigkeit, denjenigen Partner aus der Wohnung zu verweisen, dem es eher zuzumuten sei, diese zu verlassen bzw. dessen Verweisung das am wenigsten eingriffsintensive Mittel darstelle.<sup>569</sup> Derartige Erwägungen sowie der Umstand, dass M in Göttingen über keinerlei Freunde oder Familienangehörige verfüge, die ihn hätten aufnehmen können, seien von den Einsatzbeamten vor Ort überhaupt nicht angestellt worden. Wären die hier vorliegenden Umstände des Einzelfalls berücksichtigt

---

<sup>566</sup> VG Lüneburg 13.6.2003 – 3 B 47/03 Rn 7.

<sup>567</sup> VG Göttingen 18.8.2020 – 1 B 229/20 Rn 5.

<sup>568</sup> Nach VG Göttingen 18.8.2020 – 1 B 229/20.

<sup>569</sup> VG Göttingen 18.8.2020 – 1 B 229/20 Rn 5 mit Verweis u.a. auf VG Lüneburg 13.6.2003 – 3 B 47/03.

worden, hätte sich ergeben, dass es F möglich gewesen wäre, bei ihrer Schwägerin unterzukommen, wohingegen stattdessen M in seinem Pkw übernachten musste.<sup>570</sup>

Weitere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die maximale Frist der Wohnungsverweisung. Mit Ausnahme von Rheinland-Pfalz (vgl. § 13 II RhIPfPOG) haben alle Bundesländer in ihren Polizeigesetzen eine Maximaldauer von 10 bis 14 Tagen, jeweils mit Verlängerungsmöglichkeit, vorgesehen.<sup>571</sup> In Rheinland-Pfalz dürfte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber keinesfalls längere Fristen ermöglichen. Auf der einen Seite sind diese Fristen lang genug, um das Interesse des Opfers zu gewährleisten, bis zur Erwirkung der zivilgerichtlichen Anordnung vor weiteren Gewaltanwendungen im häuslichen Bereich polizeilich geschützt zu sein. Auf der anderen Seite tragen sie dem Umstand Rechnung, dass die von der Wegweisung betroffene Person in ihren Grundrechten der Freizügigkeit nach Art. 11 I GG und der Gewährleistung des Eigentums nach Art. 14 I S. 1 GG unmittelbar eingeschränkt wird. 441

Konsequenterweise haben die Gesetzgeber mit der Aufnahme des Wohnungsverweisungsrechts in ihre Polizeigesetze zugleich die Standardmaßnahme *Ingewahrsamnahme* um die Befugnis erweitert, den Gewalttäter in Gewahrsam zu nehmen, „wenn dies zur Durchsetzung der Wohnungsverweisung oder des Rückkehrverbots unerlässlich ist“ (vgl. etwa § 13 I Nr. 4 HmbSOG). 442

Stellt die gefährdete Person innerhalb der o.g. Frist einen Antrag auf zivilrechtlichen Schutz vor Gewalt oder Nachstellungen mit dem Ziel des Erlasses einer einstweiligen Anordnung und wird diesem Antrag stattgegeben (vgl. §§ 49 ff. FamFG), enden die auf Grundlage des Polizeigesetzes erlassenen polizeilichen Maßnahmen mit dem Tag der gerichtlichen Entscheidung. Denn in diesem Fall ist für eine polizeiliche Wohnungsverweisung kein Raum mehr. Etwas anderes kann freilich dann gelten, wenn dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht stattgegeben wird. Ob dann aber die Gründe für eine polizeiliche Wohnungsverweisung aufrechterhalten werden können, ist zweifelhaft; nicht ohne Grund wurde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn man von einer Fehlentscheidung des Gerichts ausgeht. In jedem Fall endet die auf Grundlage des Polizeigesetzes durchgeführte Maßnahme nach Ablauf der im Polizeigesetz genannten Frist. 443

Unklar ist die Rechtmäßigkeit der Wohnungsverweisung, wenn der von der Maßnahme Betroffene seine **berufliche Tätigkeit** in der Wohnung ausübt. Der hiermit verbundene Eingriff in Art. 12 I S. 1 GG ist jedenfalls nicht deshalb rechtswidrig, weil Art. 12 GG nicht in den Polizeigesetzen zitiert ist, denn Grundrechte mit Ausgestaltungs- bzw. Regelungsvorbehalt sind von der Zitierpflicht ausgenommen (Rn 438). In materieller Hinsicht ist eine Abwägung zu treffen zwischen der körperlichen Integrität des Gewalttopfers und der Berufsfreiheit des Aggressors, die im Ergebnis – zumindest bei kurzfristiger Wohnungsverweisung – wohl zugunsten des Gewalttopfers ausfallen dürfte. 444

Zum Schutz der bedrohten Person wird es regelmäßig auch erforderlich sein, die sog. Wegweisung auf die unmittelbare Umgebung der Wohnung auszudehnen, da anderenfalls die gewalttätige Person nicht wirkungsvoll von der Wohnung ferngehalten werden kann (vgl. § 1 I S. 3 Nr. 2 GewSchG). Hierbei muss jedoch – soweit einschlägig – etwa die Berufstätigkeit der betroffenen Person im selben Haus oder im unmittelbaren Um- 445

<sup>570</sup> VG Göttingen 18.8.2020 – 1 B 229/20 Rn 5.

<sup>571</sup> 28 Tage: SchlHolst: § 201a I LVwG; 20 Tage: Hamb: § 12b I SOG; 14 Tage: BW: § 30 IV PolG; Berl: § 29a III ASOG; Hess: § 31 II SOG; MeckVor: § 52 II SOG; Nds: § 17a I S. 1 POG; Sachs: § 19 I S. 1 PVDG; SachsAnh: § 36 III SOG; 10 Tage: Brand: § 16a V PolG; Brem: § 12a IV PolG; NRW: § 34a V PolG; Saar: § 12 II PolG; Thür: § 18 II PAG.

feld berücksichtigt werden und zu einer individuell ausgestalteten Wohnungsverweisung führen.

- 446 Die Polizeigesetze enthalten auch keine Aussage über den zu schützenden Personenkreis; es wird lediglich von „der anderen Person“ gesprochen. In Anlehnung an die (wenn auch zeitlich später erlassene) Regelung im Gewaltschutzgesetz ist es nicht erforderlich, dass die zu schützende Person ein eigenes Recht zum Besitz der Wohnung hat, sie insbesondere selbst Mieter oder Eigentümer ist. Die Wohnungsverweisung kann also auch zugunsten einer Person erfolgen, die in einer Wohnung wohnt, ohne ein eigenes Recht daran zu haben (vgl. § 2 II S. 2 GewSchG).

**Beispiel:** T ist Eigentümer einer selbst genutzten Wohnung; seit einigen Wochen lässt er seine Partnerin O, deren Mietverhältnis gekündigt wurde, bei sich wohnen. Eine mündliche oder gar schriftliche Vereinbarung wird nicht getroffen. Nachdem T die O nun mehrmals körperlich misshandelt hatte und dies auch wieder an einem Sonntagmorgen um 2.30 Uhr der Fall ist, ruft O unter der Notrufnummer die Polizei um Hilfe. Die eingetroffenen Polizeibeamten verweisen T für 3 Tage aus der Wohnung.

In diesem Fall ist die Wohnungsverweisung gerechtfertigt. Dass die Wohnung ausschließlich im Eigentum des T steht und O ein Besitzrecht auch nicht aus einem Mietvertrag ableiten kann, steht dem nicht entgegen. Die polizeigesetzlichen Befugnisnormen über die Wohnungsverweisung stellen eine rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dar.

- 446a Es ist auch nicht erforderlich, dass der Verwiesene in der Wohnung wohnt. Es kommt allein darauf an, dass die zu schützende Person dort wohnt.

**Beispiel:** T und O sind zwar (noch) verheiratet, leben aber in getrennten Wohnungen. T hatte die O mehrmals in ihrer Wohnung aufgesucht und sie des Öfteren dort körperlich misshandelt. Als dies auch wieder an einem Sonntagmorgen um 2.30 Uhr der Fall ist, ruft O unter der Notrufnummer 110 um Hilfe. Die eingetroffenen Polizeibeamten verweisen T für 3 Tage aus der Wohnung.

Auch in diesem Fall ist die Wohnungsverweisung gerechtfertigt. Dass T nicht in der Wohnung wohnt, ist ausweislich des eindeutigen Wortlauts der Befugnisnorm („aus einer Wohnung, in der die *gefährdete* Person wohnt“) unschädlich.

- 447 Die Regelung, dass der Störer und Adressat der polizeilichen Anordnung **dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs** mitnehmen darf, trägt ebenfalls der Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten des von der Maßnahme Betroffenen Rechnung. Während unter „dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs“ z.B. Kleidungsstücke, Utensilien, die der Körperpflege dienen, etc. fallen, bedeutet „Mitnahme“, dass die betroffene Person, um weitere Konfrontationen während der Dauer der Wegweisung zu vermeiden, diese Gegenstände unmittelbar im Zusammenhang mit der polizeilichen Verfügung an sich nehmen muss. Da der Pflicht, die Wohnung zu verlassen, i.d.R. rasch Folge zu leisten ist, können in begründeten Ausnahmefällen in Begleitung der Polizei auch nachträglich noch persönliche Gegenstände aus der Wohnung geholt werden.
- 448 Sollte sich der Gewalttäter weigern, der Verweisungsanordnung Folge zu leisten, kann die Polizei zur Durchsetzung der Verfügung konsequenterweise **unmittelbaren Zwang** anwenden. In Betracht kommt auch eine **Ingewahrsamnahme**.

## e. Ingewahrsamnahme (Festnahme) von Personen

**Ingewahrsamnahme**<sup>572</sup> ist eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit, d.h. die **Hinderung einer Person, sich in jede Richtung bewegen zu können.**

449

Wie aus der Definition zu entnehmen ist, handelt es sich bei der Ingewahrsamnahme um einen Eingriff in das Grundrecht auf **Freiheit der Person** (Art. 2 II S. 2 GG), wodurch rechtstechnisch jedenfalls eine **Freiheitsbeschränkung** (i.S.d. Art. 104 I GG) vorliegt. Besteht der Gewahrsam sogar für eine gewisse Mindestdauer, kann sogar eine **Freiheitsentziehung** i.S.v. Art. 104 II GG (und Art. 5 EMRK) vorliegen.<sup>573</sup>

450

Der Unterschied zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung besteht darin, dass die **Freiheitsbeschränkung** den Oberbegriff darstellt und bereits bei einer kurzfristigen Behinderung der Fortbewegungsfreiheit vorliegt, bspw. wenn eine betrunkene Person von der Polizei auf eine Parkbank gesetzt und am Weitergehen gehindert wird. Demgegenüber handelt es sich um eine **Freiheitsentziehung**, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin und für eine gewisse Mindestdauer aufgehoben wird.<sup>574</sup> Freilich ist diese Definition nicht ganz widerspruchsfrei, denn auch beim Verbringen einer Person zur polizeilichen Dienststelle (Sistierung) zwecks Identitätsfeststellung wird deren Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin und für eine gewisse Mindestdauer auch dann aufgehoben, wenn die Maßnahme nur eine halbe Stunde dauert. Zu begrüßen ist es daher, wenn das BVerfG bei der Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung präzisierend ausführt, dass es sich um eine Freiheitsentziehung nur dann handele, wenn die Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird, was eine besondere Eingriffsintensität und grundsätzlich eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraussetzt.<sup>575</sup>

Maßgeblich ist also die besondere Eingriffsintensität, die freilich (auch, aber nicht nur) an zeitlichen Grenzen festgemacht werden kann. Vor diesem Hintergrund überzeugt es, wenn bei einer Identitätsfeststellung von einer bloßen Freiheitsbeschränkung ausgegangen wird. Praktische Folge dieser Einstufung ist die (Nicht-)Geltung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts. Denn lediglich die Freiheitsentziehung, nicht auch die Freiheitsbeschränkung, bedarf gem. Art. 104 II S. 1 GG grundsätzlich einer vorherigen richterlichen Entscheidung (siehe dazu Rn 477 ff.). Würde man also in einer kurzfristigen Sistierung eine Freiheitsentziehung sehen, wäre sie i.d.R. rechtswidrig, weil kaum davon ausgegangen werden kann, dass der Polizeibeamte zuvor eine richterliche Entscheidung einholt. Jüngst hat auch das BVerfG bei der Abgrenzung von Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung (im Fall einer Fixierung einer untergebrachten Person) die zeitliche Marke von einer halben Stunde für maßgeblich erachtet.

**Beispiel**<sup>576</sup>: So stellt eine 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung, bei der sämtliche Gliedmaßen des Betroffenen (hier: eines in einer geschlossenen Psychiatrie untergebrachten Patienten) mit Gurten am Bett festgebunden werden, grds. eine Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 104 II GG dar. Wie das BVerfG zu Recht ausführt, nimmt die vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit durch die 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung am Bett dem Betroffenen die ihm bei der Unterbringung auf einer geschlossenen psychiatrischen Sta-

<sup>572</sup> Vgl. § 13 MPEPolG; Bund: § 39 BPolG; BW: § 33 PolG; Bay: Art. 17 PAG; Berl: § 30 ASOG; Brand: § 17 PolG; Brem: § 13 PolG; Hamb: § 13 SOG; Hess: § 32 SOG; MeckVor: § 55 SOG; Nds: § 18 POG; NRW: § 35 PolG; RhLPf: § 14 POG; Saar: § 13 PolG; Sachs: § 22 PVDG; SachsAnh: § 37 SOG; SchlHolst: § 204 LVwG; Thür: § 19 PAG.

<sup>573</sup> BVerfGE 105, 239, 248; 94, 166, 198. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2011, 743 ff.; BVerfG NJW 2022, 139, 160; EGMR NVwZ 2014, 43 ff. Siehe auch VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20.

<sup>574</sup> BVerfGE 105, 239, 248; 94, 166, 198.

<sup>575</sup> BVerfG NJW 2022, 139, 160 (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronapandemie – „Bundesnotbremse“); BVerfG NJW 2018, 2619, 2621 (Fixierung von untergebrachten Personen). Siehe auch OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573, 577.

<sup>576</sup> BVerfG NJW 2018, 2619 ff. (Fixierung von untergebrachten Personen).

tion noch verbliebene Freiheit, sich innerhalb dieser Station – oder zumindest innerhalb des Krankenzimmers – zu bewegen. Sie sei daher – gerade, weil sie darauf angelegt ist, den Betroffenen auf seinem Krankenbett vollständig bewegungsunfähig zu halten – eine eigenständige freiheitsentziehende Maßnahme.<sup>577</sup> Der freiheitsentziehende Charakter der Fixierung sei nur dann zu verneinen, wenn es sich um eine lediglich kurzfristige Maßnahme handele. Von einer kurzfristigen Maßnahme sei i.d.R. auszugehen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet.<sup>578</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Insbesondere, wenn es um eine polizeiliche Ingewahrsamnahme einer Person geht, ist fraglich, ob in der Fallbearbeitung eine Unterscheidung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung vorgenommen werden muss. Denn wie aufgezeigt, ist die Grenzziehung zwischen Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung alles andere als klar. Da Art. 104 II GG aber nur die Freiheitsentziehung (nicht auch die Freiheitsbeschränkung) unter Richtervorbehalt stellt und eine Freiheitsentziehung ohne vorherige richterliche Entscheidung

- ⇒ nur (maximal) bis zum Ablauf des der Ingewahrsamnahme folgenden Tages,
- ⇒ und nur dann zulässt, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht anders erreicht werden kann<sup>579</sup>,

muss in der Fallbearbeitung eine Abgrenzung erfolgen. Sollte hinsichtlich der zu prüfenden Maßnahme eine Freiheitsentziehung angenommen werden, müssen deren Voraussetzungen („Unverzüglichkeit“; zeitliche Höchstgrenzen) zusätzlich zu den ohnehin strengen Voraussetzungen der polizeilichen Befugnisnorm geprüft werden, sofern die Maßnahme ohne richterliche Entscheidung durchgeführt wurde.

- 451** Die Sistierung zur Wache ist zwar der Regelfall des Polizeigewahrsams; dieser liegt aber auch bei anderen freiheitsverkürzenden Maßnahmen vor wie z.B. beim Verbringen zu einer Gefangenenensammelstelle, bei Festhalten in einem Polizeifahrzeug oder einem sonst anderen Zwecken dienenden Raum. Das Gleiche gilt im Einzelfall u.U. für die Einschließung von Demonstranten im Freien in Form eines „Polizeikessels“.
- 452** Eine freiheitsentziehende Maßnahme aus Gründen der Gefahrenabwehr kann nicht nur auf die polizeigesetzlichen Befugnisnormen über die Ingewahrsamnahme gestützt werden, sondern auch auf **spezialgesetzliche** Rechtsgrundlagen. In Betracht kommen insbesondere § 8 S. 2 Nr. 2 JuSchG, § 30 II InfSchG und die landesrechtlichen Vorschriften über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten (z.B. §§ 8 ff. HambPsychKG). Auch zur Pandemiebekämpfung erlassene nächtliche Ausgangsbeschränkungen sind freiheitsentziehende Maßnahmen, für die das InfSchG entsprechende Rechtsgrundlagen (insb. § 28b InfSchG in der 2021 geltenden Fassung) enthielt.<sup>580</sup> Zu beachten ist jedoch, dass diese Spezialgesetze die Ingewahrsamnahme bzw. Freiheitsentziehung durch die „zuständigen Behörden“ regeln. Eine Ingewahrsamnahme bzw. Freiheitsentziehung durch die Polizei ist auf der Grundlage dieser Spezialgesetze i.d.R. ausgeschlossen, was freilich nicht ausschließt, dass die Polizei auf der Grundlage des Polizeirechts die betreffende Person (vorläufig) in Gewahrsam nimmt, um eine konkrete Gefahr abzuwehren. Keinesfalls darf aber auf die Befugnisgeneralklausel zurückgegriffen werden.
- 453** Die Inhaftnahme nach § 62 AufenthG ist nur nach vorheriger Entscheidung des Amtsgerichts zulässig. Allerdings kann die Ingewahrsamnahme von Ausländern vor einer

<sup>577</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2621.

<sup>578</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2621.

<sup>579</sup> Vgl. BVerfGE 22, 311, 317 f.

<sup>580</sup> BVerfG NJW 2022, 139, 160 (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronapandemie – „Bundesnotbremse“).

richterlichen Entscheidung nach § 62 AufenthG aufgrund der polizeigesetzlichen Befugnisnorm zulässig sein.

**Beispiel:** Ein in Niedersachsen untergebrachter Asylbewerber hat bereits zweimal einer Aufenthaltsbeschränkung nach § 56 I S. 1 AsylG zuwidergehandelt und sich in Bremen niedergelassen, sich also in den Bezirk einer anderen Ausländerbehörde begeben (Vergehen nach § 85 Nr. 2 AsylG). Die Polizei Bremen nimmt den Ausländer daher in Gewahrsam, um ihn an der Fortsetzung einer Straftat zu hindern, und übergibt ihn an die niedersächsische Polizei zwecks Rückführung in den Bezirk derjenigen Ausländerbehörde, in dem sein Aufenthalt gestattet ist.

Ist die Polizei **repressiv** tätig, stützt sich die Ingewahrsamnahme nicht auf das Polizeigesetz, sondern z.B. auf § 112 StPO (Untersuchungshaft) oder § 127 StPO (vorläufige Festnahme). Ob im konkreten Fall eine präventivpolizeiliche oder repressivpolizeiliche Ingewahrsamnahme bzw. Festnahme vorliegt, ist nach dem Schwergewicht des polizeilichen Handelns zu beurteilen.

454

**Beispiel:** Während einer Streifenfahrt bemerkt die Polizei, wie ein Mann auf seine Frau einschlägt. Diese fällt sofort zu Boden. Als der Mann gerade dazu ansetzt, auf die Frau einzutreten, überwältigt die Polizei den Mann und verbringt ihn zur Wache.

Hier kommt eine Ingewahrsamnahme sowohl aus Gründen der Gefahrenabwehr (Verhinderung weiterer körperlicher Misshandlungen) als auch der Strafverfolgung (vorläufige Festnahme zur Sicherung des staatlichen Strafanspruchs) in Betracht. Rechtsgrundlage für die Ingewahrsamnahme wäre somit entweder die entsprechende Vorschrift des Polizeigesetzes oder der StPO.

Vorliegend muss bei einer verständigen Würdigung des Sachverhalts davon ausgegangen werden, dass es der Polizei weniger um eine vorläufige Festnahme zur Sicherung des staatlichen Strafanspruchs, sondern primär darum ging, weiteren Schaden von der Frau abzuwenden. Die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme richtet sich daher nach dem Polizeigesetz.

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren und Form; siehe Rn 607 ff.). Wird die in Gewahrsam genommene Person auf der Dienststelle in einer Gewahrsamszelle oder in einer anderen Gewahrsamseinrichtung untergebracht, ist sie gemäß den Bestimmungen der Polizeigesetze, soweit möglich, von anderen gesondert und nicht in demselben Raum mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen unterzubringen; darüber hinaus dürfen der festgehaltenen Person nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die die Zwecke der Freiheitsentziehung oder die Ordnung im Gewahrsam erfordern (vgl. etwa Art. 19 III BayPAG; § 13b III HmbSOG; § 20 IV NPOG; § 16 III RHlPPOG).

455

Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze einen **Richtervorbehalt** jedenfalls für freiheitsentziehende, teilweise auch für freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Geht es um freiheitsentziehende Maßnahmen, ist der Richtervorbehalt zwar bereits in Art. 104 II GG enthalten, sodass eine Wiederholung in den Polizeigesetzen insoweit an sich überflüssig wäre. Allerdings erstrecken einige Polizeigesetze den Richtervorbehalt auch auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen unterhalb der Schwelle der Freiheitsentziehung, normieren z.T. strengere (und damit zulässige) Voraussetzungen und geben somit nicht nur die in Art. 104 II GG genannte Höchstdauer der ohne richterliche Anordnung vorgenommenen Freiheitsentziehung wieder. Auch enthalten die Gesetze einen Ausnahmetatbestand für den

456

Fall, dass eine richterliche Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes für die Freiheitsentziehende Ingewahrsamnahme ergehen würde (vgl. etwa Art. 97 III BayPAG, § 19 I S. 3 NPOG, § 36 I S. 2 NRWPolG).<sup>581</sup> Die Erforderlichkeit einer richterlichen Entscheidung entfällt aber nicht, wenn der in Gewahrsam Genommene auf eine richterliche Anhörung verzichtet. Denn ein Verzicht des Betroffenen auf die richterliche Entscheidung ist nicht möglich.<sup>582</sup>

457

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Zwar handelt es sich bei dem Richtervorbehalt um eine besondere Verfahrensvorschrift und damit um eine formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Da zum Richtervorbehalt sinnvollerweise aber erst dann etwas gesagt werden kann, wenn die materielle Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme feststeht, sollte der Richtervorbehalt erst im Anschluss an die materielle Rechtmäßigkeit geprüft werden. Dasselbe gilt für die Verpflichtung, dem Betroffenen den Grund für die Freiheitsentziehung anzugeben. Vgl. dazu insgesamt Rn 477 ff.

458

Weiterhin ist dem in Gewahrsam Genommenen unverzüglich der **Grund** der Freiheitsentziehung **bekannt zu geben** (vgl. dazu Rn 483). Auch ist er darüber zu **belehren**, dass er sich nicht zur Sache zu äußern braucht. Zur **Dauer** der Freiheitsentziehung enthalten die Polizeigesetze ebenfalls Besonderheiten.

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

459

Gemäß den polizeilichen Bestimmungen (vgl. etwa Art. 17 BayPAG; § 13 HmbSOG; § 18 NPOG) kann die Polizei eine Person etwa in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist

- zum **Schutz** der Person gegen eine ihr drohende Gefahr für Leib oder Leben, weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet oder sich töten will,
- zur **Verhinderung** einer unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung (für die Allgemeinheit) oder einer Straftat,
- zur **Durchsetzung** einer Platzverweisung,
- zur **Durchsetzung** einer Wohnungsverweisung oder eines Rückkehrverbots,
- zum Zweck der **Vorführung** gem. §§ 229, 230 III BGB
- sowie teilweise auch zur **Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut** (siehe etwa Art. 17 I Nr. 3 BayPAG).

### a.) Schutzgewahrsam

460

Die polizeigesetzlichen Bestimmungen über den Gewahrsam regeln zunächst den sog. Schutzgewahrsam, der zur Abwehr einer **konkreten Gefahr** für Leib und/oder Leben des in Gewahrsam Genommenen unerlässlich ist. Dabei wird i.d.R. die Gefahr von der zu schützenden Person selbst ausgehen, wobei jedoch zu beachten ist, dass selbstgefährdende Handlungsweisen (man denke an Extremsportarten, Rauchen von Tabakprodukten, Trinken von Alkohol etc.) und die Selbsttötung grundgesetzlich nicht verboten sind. Daher bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, wenn der Staat Personen in Gewahrsam nimmt, um ein nicht verbotenes selbstgefährdendes/selbstverletzendes Verhalten zu unterbinden. Die Rechtfertigung ist in der staatlichen Schutzpflicht zu finden, die sich aus Art. 2 II S. 1 GG ergibt und einfachgesetzlich ihren Niederschlag in den Polizeigesetzen gefunden hat. Sie knüpft an einen die freie Willensbestimmung

<sup>581</sup> Siehe dazu VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20 (kurzfristige Ingewahrsamnahme von unfriedlichen Demonstranten).

<sup>582</sup> OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573, 577; BVerfG NVwZ 2017, 1198, 1199.

ausschließenden Zustand an. Denn dann gebietet es die staatliche Schutzpflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben und die Gesundheit zu stellen.<sup>583</sup> So werden die polizeirechtsrelevanten Hauptfälle der Selbstgefährdung (Gefahr für Leib oder Leben) in den Vorschriften zum Schutzgewahrsam beispielhaft genannt. In einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“ können sich insbesondere Menschen mit Selbsttötungsabsicht befinden (Pflicht des Staates, Menschenleben zu schützen, Art. 2 II S. 1 GG). Gleiches gilt etwa im Fall einer Ohnmacht, bei einem epileptischen Anfall oder schweren Nervenschock. Eine „sonstige hilflose Lage“ kann insbesondere bei Volltrunkenen, verunglückten Personen, alten Menschen oder Kindern vorliegen, wobei sich Überschneidungen mit der „sonstigen hilflosen Lage“ ergeben können. So befindet sich insbesondere der Volltrunkene, der hilflos ist, wohl auch in einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“.

**Beispiel:** Während einer Streifenfahrt durch die Innenstadt bemerkt die Polizei einen Mann (M), der stark torkelnd über den Gehweg läuft und dabei hin und wieder so dicht an die Fahrbahn gerät, dass einige Autofahrer gefährliche Ausweichmanöver durchführen müssen. Die Beamten halten an und stellen fest, dass M stark nach Alkohol riecht und nicht mehr ansprechbar ist. Sie setzen ihn zunächst auf eine Parkbank, aber M will sofort wieder auf die Straße zulaufen. Daraufhin nehmen sie M mit zur Dienststelle.

Das Setzen auf die Parkbank und die anschließende Verbringung zur Dienststelle waren eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit und griffen in Art. 2 II S. 2 GG ein. Denn durch die genannten Maßnahmen war es M verwehrt, sich frei zu bewegen. Als Rechtsgrundlage fungiert die polizeigesetzliche Befugnisnorm über den Gewahrsam. Diese Befugnisnorm enthält auf Tatbestandsseite einen differenzierten Katalog von Anlässen, bei deren Vorliegen eine Person in Gewahrsam genommen werden kann. So kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, um sie vor Gefahren für Leib oder Leben zu schützen, weil die Person erkennbar hilflos ist oder sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet (sog. Schutzgewahrsam, um der Schutzpflicht des Staates gem. Art. 2 II S. 1 GG nachzukommen). M lief stark alkoholisiert und torkelnd über den Gehweg und geriet dabei hin und wieder so dicht an die Fahrbahn, dass einige Autofahrer gefährliche Ausweichmanöver durchführen mussten. Dadurch hat er sich und andere Straßenverkehrsteilnehmer gefährdet. Zudem war er aufgrund der Blutalkoholkonzentration nicht mehr ansprechbar. Somit lagen die Voraussetzungen für den Schutzgewahrsam vor. Ermessensfehler und Verstöße gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind nicht ersichtlich. Mithin waren das Setzen auf die Parkbank und die spätere Mitnahme auf die Dienststelle rechtmäßig.

„Klassischer“ Anwendungsfall in der Praxis ist aber der Gewahrsam zur Verhinderung eines **Suizids**. Vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 74. 461

## b.) Verhinderungsgewahrsam

Weiterhin regeln die Polizeigesetze den sog. Verhinderungsgewahrsam, den man auch als **Präventiv-** bzw. als **Unterbindungs- oder Sicherungsgewahrsam** bezeichnen kann. Diese Art des Gewahrsams ist nach den polizeigesetzlichen Bestimmungen zulässig, um eine unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung (für die Allgemeinheit) oder einer Straftat zu verhindern (vgl. etwa § 13 I Nr. 2 HmbSOG, § 18 I Nr. 2 NPOG). 462

Straftaten und Ordnungswidrigkeiten i.S. der polizeigesetzlichen Vorschriften über den Gewahrsam sind tatbestandliche und rechtswidrige, nicht zwingend auch schuldhaft Handlungen, da es um Gefahrenabwehr geht und eine Gefahr auch von einem schuld- 463

<sup>583</sup> BVerfG NJW 2022, 139, 149 (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronapandemie – „Bundesnotbremse“).

los handelnden Menschen ausgehen kann. Eine **Straftat** ist dabei jede rechtswidrige Tat, die den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes (auch Antragsdelikte) erfüllt (vgl. § 11 I Nr. 5 StGB). Eine „**Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung**“ (für die Allgemeinheit) liegt vor, wenn ein bedeutsames Rechtsgut betroffen ist. Dies kann insbesondere bei Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Straßenverkehrs oder Umweltschutzes der Fall sein. Wegen der Schwere des Eingriffs muss jedoch in einem solchen Fall stets sorgfältig geprüft werden, ob das Gewicht des geschützten Interesses eine Freiheitsbeschränkung bzw. -entziehung rechtfertigt (was insbesondere am Tatbestandsmerkmal „unerlässlich“ festgemacht werden kann; vgl. dazu Rn 473).

**464** In der Praxis kommt der Verhinderungsgewahrsam insbesondere zur Verhinderung der Teilnahme an einer (wegen vermuteter Gewalttätigkeiten) verbotenen Versammlung (z.B. islamistischer Vereinigungen oder der rechtsextremistischen Szene, aber auch sog. G8-Gegner) in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass die Person eine spezifische Straftat (u.a. §§ 86 a, 125, 130 StGB, § 20 VereinsG, § 27 VersG) begehen wird, oder zur Unterbindung von Ausschreitungen durch Hooligans (vgl. dazu das Beispiel sogleich bei Rn 465) oder gewalttätige Fans bei Fußballspielen. Siehe dazu das Beispiel bei Rn 720.

**465** Da die von einem Präventivgewahrsam betroffenen Personen noch nicht zwingend eine Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit begangen haben und daher ein Präventivgewahrsam mit Blick auf die Freiheitsrechte nicht unproblematisch erscheint, bestimmen die Polizeigesetze, dass die Begehung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung (für die Allgemeinheit) oder einer Straftat **unmittelbar bevorstehen** muss. Manche Polizeigesetze sehen dies als erfüllt an, „wenn die Person früher mehrfach in vergleichbarer Lage bei der Begehung einer derartigen Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat als Störer in Erscheinung getreten ist und nach den Umständen eine Wiederholung der Straftat oder Ordnungswidrigkeit bevorsteht“ (so etwa § 13 I Nr. 2 HmbSOG). Das genügt nach der hier vertretenen Auffassung nicht und dürfte auch nicht den Anforderungen, die Art. 5 I S. 2 lit. c) Var. 2 EMRK an den Polizeigewahrsam stellt (dazu sogleich), gerecht werden. Man wird also ganz konkrete Verdachtsmomente dahingehend fordern müssen, dass eine bestimmte Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung **in aller nächster Zeit an einem bestimmten Ort gegen ein bestimmtes polizeiliches Rechtsgut** begangen werden soll.<sup>584</sup> Bloße Vermutungen reichen keinesfalls aus; vielmehr müssen sich die genannten Verdachtsmomente auf bestimmte Tatsachen stützen lassen.<sup>585</sup> Dies entspricht im Wesentlichen der „gegenwärtigen Gefahr“ (z.B. i.S.v. § 2 Nr. 3b BremPolG)<sup>586</sup> und wird in dieser engen Auslegung auch den Anforderungen, die Art. 5 I S. 2 lit. c) Var. 2 EMRK an den Polizeigewahrsam stellt, gerecht.<sup>587</sup>

**Beispiel<sup>588</sup>:** Der polizeibekanntes Hooligan H, Chef einer Hooligangruppe, reiste mit seinen Leuten zu einem Fußballspiel in die Stadt X. Eine Stunde vor Beginn des Spiels nahm ihn die Polizei in Gewahrsam, weil sie sichere Kenntnis darüber hatte, dass sich H mit dem Chef des verfeindeten Hooliganclubs aus X treffen würde, um „Konditionen und Locations“ für die im Anschluss an das Spiel geplante Schlägerei festzulegen. Eine Stunde nach Beendigung des Spiels entließ ihn die Polizei aus dem Gewahrsam.

Hier lag ein Verhinderungsgewahrsam vor. Materiell-rechtlich war dieser rechtmäßig, wenn er unerlässlich war, um u.a. die Begehung unmittelbar bevorstehender Straftaten

<sup>584</sup> Vgl. EGMR NVwZ 2012, 1089 f. (hinsichtlich Art. 5 I S. 2 lit. c) Var. 2 EMRK).

<sup>585</sup> Vgl. BVerwG NJW 1974, 807.

<sup>586</sup> OVG Bremen NVwZ 2001, 221.

<sup>587</sup> Nicht überzeugend daher EGMR NVwZ 2012, 1089 f. Immerhin zeigt sich der EGMR in einer späteren Entscheidung (EGMR NVwZ 2014, 43 ff. – dazu sogleich) „offener“ für einen Präventivgewahrsam.

<sup>588</sup> Nach EGMR NVwZ 2014, 43.

zu verhindern. Ausschreitungen von Hooligans können zahlreiche Straftaten verwirklichen, von Körperverletzungsdelikten (§§ 223-227 StGB) bis hin zum Landfriedensbruch (§ 125 StGB). Lagen der Polizei also ganz konkrete Verdachtsmomente vor, dass im Anschluss an das Fußballspiel Straftaten der genannten Art stattfinden würden, war der Gewahrsam sowohl mit Art. 2 II S. 2 GG als auch mit Art. 5 I S. 2 EMRK vereinbar.<sup>589</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass der Verhinderungsgewahrsam nur gegenüber Personen erfolgen kann, von **denen die Gefahr ausgeht**. Das geht zwar aus dem Wortlaut der Polizeigesetze nicht explizit hervor, ergibt sich aber zum einen aus dem Vergleich zum Schutzgewahrsam, der auch gegen einen Nichtstörer zu dessen Schutz durchgeführt werden kann, und zum anderen aus der Tatsache, dass Gefahrenabwehrmaßnahmen grundsätzlich nur gegen den Störer zu richten sind.<sup>590</sup> 466

Die Gesetzgebung, die den Schutz- und Verhinderungsgewahrsam betrifft, und die diesbezügliche Gesetzesanwendung sind nicht nur am Maßstab des Grundgesetzes zu messen, sondern auch an dem des Art. 5 EMRK. Der Verhinderungsgewahrsam ist in der genannten engen Auslegung auch mit Art. 5 I S. 2 lit. c) Var. 2 EMRK vereinbar.<sup>591</sup> 467

### c.) Durchsetzungsgewahrsam

Weiterhin darf die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist zur Durchsetzung einer Platzverweisung (siehe beispielhaft § 18 I Nr. 3 NPOG). 468

Die Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung einer Platzverweisung – auch eines Betretungs- und Aufenthaltsverbots<sup>592</sup> – ist ihrer Rechtsnatur nach nicht etwa die (zwangsweise) Vollstreckung der Platzverweisung, sondern – trotz einer gewissen Nachdrücklichkeit – eine Standardmaßnahme. Im Einzelfall kann jedoch fraglich sein, ob die Befugnisnorm über den Durchsetzungsgewahrsam noch ausreicht, um den damit verbundenen Eingriff in die Freiheit der Person zu rechtfertigen, oder ob die Maßnahme nur unter den Voraussetzungen der Vorschriften über den **unmittelbaren Zwang** zulässig ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Polizei körperliche Gewalt anwenden muss. Ist dies der Fall, liegt unmittelbarer Zwang vor und es sind die besonderen Eingriffsvoraussetzungen zu beachten. 469

Eine besondere Form des Durchsetzungsgewahrsams ist der sog. **Verbringungs-gewahrsam**, dessen Zulässigkeit nicht ganz unproblematisch ist. Hierbei handelt es sich um die Verbringung einer Person von einem Gefahrenort zu einem anderen, weiter entfernten Ort, etwa zu anderen Stadtteilen, zum Stadtrand oder zu einer Gewahrsamseinrichtung. Zweck dieser Maßnahme ist es, in erster Linie Störer durch Schaffung einer räumlichen Distanz an ihren störenden Handlungen zu hindern.<sup>593</sup> 470

**Beispiele:** Die Polizei verbringt Gewalttäter oder von einer Versammlung zuvor ausgeschlossene Randalierer zur Verhinderung weiterer Ausschreitungen zu einer polizeilichen Gewahrsamseinrichtung (sog. Gefangenensammelstelle); die Polizei entfernt Obdachlose aus einem Stadtgebiet; im Rahmen eines *Rückführungsgewahrsams* werden anlässlich der „Chaostage“ in Hannover die angereisten Punks zu ihren Heimatorten verbracht.

<sup>589</sup> Die Mehrheitsentscheidung des EGMR stellt zwar nicht Art. 5 I S. 2 lit. c) Var. 2 EMRK ab, sondern auf Art. 5 I S. 2 lit. b) EMRK (vgl. NVwZ 2014, 43, 45 ff.), allerdings ändert sich dadurch im Ergebnis nichts an der Konventionskonformität.

<sup>590</sup> Vgl. OVG Bremen NVwZ 2001, 221 (allerdings mit unnötigem „Umweg“ über Art. 5 I S. 2 lit. c) EMRK) und Haase, NVwZ 2001, 164.

<sup>591</sup> Vgl. oben Rn 465 sowie EGMR NVwZ 2014, 43, 45 ff.

<sup>592</sup> Das geht unproblematisch aus dem Wortlaut der Befugnisnormen hervor, die undifferenziert von einer „Platzverweisung“ sprechen, worunter letztlich auch das Betretungs- und Aufenthaltsverbot fallen.

<sup>593</sup> Leggereit, NVwZ 1999, 263; Götz, NVwZ 1998, 679, 682; OVG Bremen NVwZ 1987, 235, 236.

471 Wegen des mit der Verbringung verbundenen Eingriffs in die Rechtssphäre des Betroffenen (Willensentschließungsfreiheit, Bewegungsfreiheit) ist zunächst eine Rechtsgrundlage erforderlich. Bezüglich der kurzfristigen Freiheitsbeschränkung während des Transports ist der Verbringungsgewahrsam als **Verhinderungs-** oder **Platzverweisungsgewahrsam** (s.o.) rechtfertigungsbedürftig und -fähig. Die Umsetzung an den weiter entfernten Ort ist eine Freiheitsbeschränkung bzw. -entziehung, die sich juristisch als eine durch unmittelbaren Zwang vollzogene Duldungsverfügung darstellt. Als Rechtsgrundlage für die vollstreckungsfähige Duldungsverfügung kommen nach h.M. die **Befugnisgeneralklausel**, für die Vollzugsmaßnahme die Vorschrift über den **unmittelbaren Zwang** in Betracht.<sup>594</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Konstruktion des Verbringungsgewahrsams als Duldungsverfügung auf Grundlage der Befugnisgeneralklausel nicht erforderlich, weil der Verbringungsgewahrsam von den Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm bzgl. des Gewahrsams erfasst ist. Insbesondere können auch Standardmaßnahmen mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden, da sie ihrer Rechtsnatur nach (auch) Verwaltungsakte sind.<sup>595</sup> Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Verbringungsgewahrsam nicht auch eine Freiheitsentziehung ist mit dem dann zu beachtenden Richtervorbehalt. Das Abstellen auf die Befugnisgeneralklausel umgeht diese Anforderung und überzeugt daher nicht. Fraglich ist lediglich die Verhältnismäßigkeit. Nach dem LG Hamburg ist der Verbringungsgewahrsam gegenüber dem Gewahrsam in einer polizeilichen Gewahrsamseinrichtung *vor Ort* kein milderes Mittel und somit generell unzulässig.<sup>596</sup> Das Gericht stellt auf einen Zeitvergleich zwischen beiden Maßnahmen ab und kommt zu dem Ergebnis, dass die Ingewahrsamnahme in einer vor Ort befindlichen Gewahrsamseinrichtung eine geringere Zeit in Anspruch nehme und daher gegenüber dem Verbringungsgewahrsam (stets) das mildere Mittel sei. Dem kann so pauschal nicht gefolgt werden. Denn die mit dem Eingesperrtsein verbundenen Begleitumstände (enge Räume, viele Personen, Ungewissheit über die Dauer der Freiheitsentziehung und fehlende Kontaktmöglichkeiten zu Angehörigen) sind ebenfalls in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einzubeziehen. Diese Aspekte sind ebenso wenig in die Abwägung des LG Hamburg eingeflossen wie eine fallbezogene Prüfung des Anschlusses an den ÖPNV (Öffentlicher Personennahverkehr), der Möglichkeit zum Erwerb von Verpflegung, der Übernachtungsmöglichkeiten, der Tages- und Jahreszeit, der konkreten Witterungsverhältnisse sowie des Alters- und Gesundheitszustands des Betroffenen im Fall des Verbringungsgewahrsams.<sup>597</sup> Die Annahme einer generellen Unzulässigkeit des Verbringungsgewahrsams, wie sie vom LG Hamburg konstatiert wird, ist somit nicht überzeugend. Vielmehr ist stets eine Einzelfallprüfung anzustellen, bei der sämtliche oben aufgezeigte Argumente gegeneinander abgewogen werden müssen.

**Beispiel:** Die *Anti-Atom-Liga* e.V. (AAL), deren Mitglieder für eine radikale Durchsetzung ihrer politischen Linie bekannt und teilweise wegen Nötigung und Landfriedensbruchs vorbestraft sind, demonstrierte erneut in der Stadt S vor dem Technologiezentrum. Unter den Demonstranten befand sich M, der sich mit einem Stahlseil und mit Handschellen an das Haupttor ankettete, um die mit Reaktorteilen beladenen Lkw an der Einfahrt zu hindern. Der Einsatzleiter der Polizei ordnete daher die Durchtrennung des Stahlseiles und die Verbringung des M zur im Nachbarort befindlichen Gefangenen-sammelstelle an. M wurde mitgeteilt, dass für ihn die Veranstaltung zu Ende sei und dass er nunmehr zur Gefangenen-sammelstelle verbracht werden müsse. Da M mit dem Abtransport seiner Person jedoch nicht einverstanden war und sich heftig wehrte, wurde er schließlich unter Überwindung von Widerstand zur Gefangenen-sammelstelle ver-

<sup>594</sup> So *Schenke*, POR, Rn 142; *Leggereit*, NVwZ 1999, 263 ff.; a.A. *Kingreen/Poscher* POR, § 17 Rn 5.

<sup>595</sup> Zur Qualifikation der Standardmaßnahmen als Verwaltungsakte vgl. Rn 108 sowie Rn 119 ff.

<sup>596</sup> LG Hamburg NVwZ-RR 1997, 537.

<sup>597</sup> Diese Aspekte berücksichtigt aber OVG Bremen NVwZ 1987, 235, 237.

bracht und von dort drei Stunden später, nachdem die Reaktorteile sicher ihr Ziel erreicht hatten, wieder entlassen.

Als Rechtsgrundlage für die Verbringung dient die polizeigesetzliche Befugnisnorm bzgl. des Gewahrsams (z.B. § 13 I Nr. 3 NPOG). Insbesondere ist die Anwendbarkeit des Polizeigesetzes nicht dadurch gesperrt, dass es sich um eine Versammlung handelte, denn M wurde vor seiner Verbringung gem. § 18 III VersG wirksam ausgeschlossen.<sup>598</sup> Fraglich ist lediglich die Verhältnismäßigkeit. M wurde drei Stunden in der Gefangenensammelstelle festgehalten. Ob ein dreistündiges Festhalten gegen das Übermaßverbot verstößt, ist eine Tatfrage. Jedenfalls macht bei einer solch kurzen Dauer eventuell fehlende Verpflegung die Maßnahme nicht unverhältnismäßig, jedenfalls sofern Getränke bereitstehen und bei den Festgehaltenen ein normaler Gesundheitszustand besteht. Auch bei M konnte von einem normalen Gesundheitszustand ausgegangen werden, sodass sich das Verbringen zur Gefangenensammelstelle insgesamt, aber ohne Berücksichtigung des Zwangselements, als verhältnismäßig erwies. Das Gleiche würde im Übrigen gelten, wenn man den Verbringungsgewahrsam nicht auf die Befugnisnorm zur Ingewahrsamnahme, sondern auf die Befugnisgeneralklausel gestützt hätte. Zur Rechtmäßigkeit des Zwangs vgl. die Darstellung bei Rn 928 ff.

**Fazit:** Grundsätzlich ist der Durchsetzungsgewahrsam von der Befugnisnorm der Standardmaßnahme *Ingewahrsamnahme* gedeckt. Sobald aber die Polizei zur Durchsetzung eines Platzverweises körperliche Gewalt anwenden muss, ist das juristisch als unmittelbarer Zwang zu bewerten, für den es gesonderter Rechtsgrundlagen bedarf. Dies sind die Vorschriften über den unmittelbaren Zwang, nicht die über den Platzverweis oder die Ingewahrsamnahme.

### d.) Ingewahrsamnahme zum Schutz eines bedeutenden Rechtsguts

Art. 17 I Nr. 3 BayPAG erlaubt die Ingewahrsamnahme zum Schutz eines bedeutenden Rechtsguts. Bedeutende Rechtsgüter sind der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang (Art. 11a II BayPAG). Zu den Anlagen der kritischen Infrastruktur wird man solche Einrichtungen zählen müssen, bei deren Ausfall oder Beeinträchtigung nachhaltig wirkende Versorgungsengpässe, erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder andere dramatische Folgen eintreten würden.<sup>599</sup> Beispielhaft seien Energieversorgungsanlagen, Telekommunikationsanlagen, Straßenverkehrseinrichtungen, Einrichtungen der staatlichen Verwaltung genannt. Zum Merkmal „unerlässlich“ siehe sogleich.

472

### e.) Einschränkendes Erfordernis „unerlässlich“

Die Polizei darf eine Person nur dann in (Präventiv-)Gewahrsam nehmen, wenn dies zur Erreichung der o.g. Gründe „unerlässlich“ ist. Auf den ersten Blick scheint dieses Tatbestandsmerkmal überflüssig zu sein, weil ohnehin jedes polizeiliche Handeln zu seiner Rechtmäßigkeit unerlässlich sein muss. Ist eine Maßnahme nicht unerlässlich, ist sie nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig. Die „Aufwertung“ zum Tatbestandsmerkmal kann also nur so verstanden werden, dass dem Rechtsanwender nochmals vor Augen geführt werden soll, dass die Ingewahrsamnahme nur als äußerstes Mittel der Gefahrenabwehr in Betracht kommt, wenn kein anderes geeignetes Mittel zur Verhinderung der genannten Tatbestände zur Verfügung steht.

473

<sup>598</sup> Zum Versammlungsausschluss vgl. auch BVerfG NVwZ 2005, 80, 81; VGH Mannheim VBIBW 2008, 60 ff.

<sup>599</sup> Siehe Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe:

[https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen\\_node.html](https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen_node.html)

**Beispiel:** Werden bei einer Identitätsfeststellung im Rahmen einer Vorfeldkontrolle bei einigen anreisenden Demonstrationsteilnehmern Waffen und andere gefährliche Gegenstände sichergestellt, ist fraglich, ob die Polizei zusätzlich die betreffenden Personen in Gewahrsam nehmen darf, um Straftaten nach § 27 VersG zu verhindern. Als Rechtsgrundlage für die Ingewahrsamnahme kommt die polizeigesetzliche Befugnisnorm bzgl. des Gewahrsams in Betracht. Die Ingewahrsamnahme müsste aber auch „unerlässlich“ sein. Das ist nicht der Fall, wenn ein anderes geeignetes Mittel zur Verfügung steht. In Fällen der vorliegenden Art wird i.d.R. die Sicherstellung der Waffen und gefährlichen Gegenstände genügen, um Straftaten nach § 27 VersG zu verhindern. Nur wenn weitere Tatsachen die Annahme rechtfertigen, die Person werde trotz der Sicherstellung im Zusammenhang mit der Demonstration Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung oder Straftaten begehen (etwa, weil sie aufgrund eines Datenabgleichs als „reisender Gewalttäter“ einzustufen ist), kann ihre Ingewahrsamnahme erforderlich sein. Der Umstand allein, dass die Person in polizeilichen Dateien gespeichert, also „einschlägig bekannt“ ist, reicht wiederum für eine Ingewahrsamnahme i.d.R. nicht aus.

### e.) Vorführungsgewahrsam

- 474 Die gesetzlichen Befugnisnormen lassen ferner die Ingewahrsamnahme zum Zweck der Vorführung gem. §§ 229, 230 III BGB zu. Die Befugnis statuiert somit eine Ausnahme vom Subsidiaritätsprinzip, indem sie die Ingewahrsamnahme einer Person zum Schutz privater Rechte dritter Personen zulässt. Voraussetzung ist, dass die Festnahme und Vorführung der betroffenen Person nach den Selbsthilfenvorschriften des BGB zulässig ist, ohne dass es auf die mangelnde Erlangbarkeit „obrigkeitlicher Hilfe“ ankommt.

### f.) Zuführungsgewahrsam

- 475 Weiterhin darf die Polizei Minderjährige, die sich der Obhut von Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber der Polizei die Möglichkeit eröffnet, einen Minderjährigen (d.h. noch nicht 18-Jährigen, vgl. § 2 BGB) den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen, sofern eine Ingewahrsamnahme gem. den bisher behandelten Varianten der Befugnisnormen nicht in Betracht kommt. Zwar sind primär die Jugendämter zuständig, können diese jedoch nicht oder nicht rechtzeitig tätig werden, eröffnet die polizeigesetzliche Befugnis zur Ingewahrsamnahme i.V.m. der Eilfallkompetenz der Polizei die Möglichkeit des Zuführungsgewahrsams. Das Gleiche gilt, wenn sich Kinder oder Jugendliche an einem Ort aufhalten, an dem ihnen eine unmittelbare Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl droht (jugendgefährdender Ort). Auch hier sind primär die nach § 8 JuSchG zuständigen Stellen berufen, die Kinder oder Jugendlichen einer erziehungsberechtigten Person zuzuführen oder sie, wenn keine erziehungsberechtigte Person erreichbar ist, in die Obhut des Jugendamtes zu bringen (§ 8 S. 2 Nr. 2 JuSchG). Insofern steht der Polizei auch in diesem Zusammenhang lediglich die Eilkompetenz zu. In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass auch der Minderjährige sich auf Art. 11 I GG berufen kann, der mit der Zuführung zum Erziehungsberechtigten verbundene Eingriff in dieses Grundrecht ist aber durch kollidierendes Verfassungsrecht (hier: das elterliche Erziehungsrecht aus Art. 6 II GG, das durch die Vorschriften des BGB-Familienrechts konkretisiert ist<sup>600</sup>) gerechtfertigt.

---

<sup>600</sup> Das Sorgerecht (Personensorgerecht) umfasst nach § 1631 I BGB auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Es ist Teil der elterlichen Sorge (§ 1626 I S. 1 BGB). Das Sorgerecht steht den Eltern (§ 1626 BGB) zu, bei nicht verheirateten Eltern greift § 1626a I, II BGB, im Übrigen § 1626a III BGB. Bei Mündeln greift § 1793 BGB.

**g.) Ingewahrsamnahme Entwichener (Vollzugssicherungsgewahrsam)**

476

Auch erlauben die Polizeigesetze die Ingewahrsamnahme Entwichener. Nach den entsprechenden Bestimmungen darf die Polizei Personen, die aus einer richterlich angeordneten Freiheitsentziehung entwichen sind oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Einrichtung aufhalten, in Gewahrsam nehmen und in die Einrichtung zurückbringen. Als „richterlich angeordnete Freiheitsentziehung“ kommen nicht nur die Haftstrafe nach rechtskräftiger Verurteilung, sondern auch die Untersuchungshaft und die freiheitsentziehenden Maßregeln zur Besserung und Sicherung in Betracht. Eine Person ist „entwichen“, wenn sie mit Hilfe von Gewalt oder List aus der Haftanstalt oder einer sonstigen Einrichtung entflohen ist. „Sonst ohne Erlaubnis“ hält sich eine Person außerhalb einer Vollzugsanstalt oder sonstigen Einrichtung insbesondere auf, wenn sie als Freigänger, nach einem Urlaub, Ausgang usw. nicht rechtzeitig in die Anstalt zurückgekehrt ist.

Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Variante des polizeilichen Gewahrsams äußerst gering. Denn nach § 87 StVollzG kann ein Gefangener, der entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Anstalt aufhält, durch die Vollzugsbehörde oder auf ihre Veranlassung hin im Rahmen der sog. Nacheile auch von der Polizei festgenommen und in die Anstalt zurückgebracht werden. Auf § 87 I StVollzG, und nicht auf die polizeigesetzliche Befugnisnorm, muss daher eine Festnahme eines aus einer Vollzugsanstalt (einschließlich eines psychiatrischen Krankenhauses oder einer Entziehungsanstalt, in die eine Person gemäß §§ 63, 64 StGB eingewiesen ist) entwichenen Gefangenen gestützt werden, wenn die Vollzugsbehörde hierzu die Veranlassung gegeben hat. Ist der zeitliche Bezug zum Vollzug nicht mehr gegeben, erlischt das Festnahmerecht nach § 87 StVollzG und es bedarf eines Vollstreckungshaftbefehls nach § 457 II StPO.

**cc. Richtervorbehalt und Begründungsgebot**

477

Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 II S. 2 GG hat auch eine **verfahrenrechtliche Dimension**. So stellt im Fall der **Freiheitsentziehung** (zur Abgrenzung Freiheitsbeschränkung/Freiheitsentziehung siehe Rn 450) **Art. 104 II GG** zusätzliche Anforderungen an die Grundrechtsschranke. Gemäß Art. 104 II S. 1 GG muss über Anordnung und Dauer der Freiheitsentziehung **der Richter entscheiden** (sog. Richtervorbehalt). Das BVerfG macht deutlich, dass der Richtervorbehalt auf eine vorbeugende Kontrolle der freiheitsentziehenden Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz abziele. Das Grundgesetz gehe davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter das Gesetz (Art. 97 GG) die Rechte der Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren können.<sup>601</sup> Richterliche Entscheidungen, die den Freiheitsentzug betreffen, müssten zudem auf zureichender Sachaufklärung beruhen<sup>602</sup> und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht<sup>603</sup>. Erst eine hinreichende Tatsachengrundlage ermögliche es dem Richter, über eine freiheitsentziehende Maßnahme (etwa die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder die Fixierung während der Unterbringung) zu entscheiden. Das gelte auch für die Entscheidung, ob die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fortzusetzen, zur Bewährung auszusetzen (§ 67d II StGB) oder für erledigt zu erklären (§ 67d VI StGB) ist. Nur auf dieser Grundlage könne er die von ihm geforderte Prognose künftiger Straffälligkeit stellen sowie die Verantwortbarkeit einer Erprobung des Unterbrachten in Freiheit und die Verhältnismäßigkeit einer weiteren

<sup>601</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2625 mit Verweis auf BVerfGE 77, 1, 51.

<sup>602</sup> BVerfG NJW 2013, 3228, 3229 mit Verweis auf BVerfGE 58, 208, 222.

<sup>603</sup> BVerfG NJW 2013, 3228, 3229 mit Verweis auf BVerfGE 58, 208, 230.

Unterbringung prüfen. Verletze der Richter diese Maßstäbe, verletze die Anordnung der Fortdauer der Unterbringung das Freiheitsrecht aus Art. 2 II S. 2 GG.<sup>604</sup>

- 478** Um nach Möglichkeit eine vorherige richterliche Entscheidung zu gewährleisten, müssen die Gerichte organisatorisch Sorge tragen, dass – im Rahmen des Zumutbaren – ein Richternotdienst eingerichtet wird, damit auch nachts und am Wochenende der Richtervorbehalt nicht leerläuft.<sup>605</sup> Sollte eine Freiheitsentziehung ausnahmsweise aufgrund von Gefahr im Verzug ohne richterliche Anordnung durchgeführt werden, ist gem. Art. 104 II S. 2 GG **unverzüglich** eine richterliche Entscheidung **nachzuholen**. „Unverzüglich“ heißt nicht etwa (wie bei § 121 BGB) „ohne schuldhaftes Zögern“, sondern bedeutet, dass die Verzögerung sachlich zwingend geboten sein muss.<sup>606</sup> Allerdings ist das verfahrensrechtliche Gebot der unverzüglichen Einschaltung eines Richters nicht zwingend dadurch verletzt, dass dieser zur „Unzeit“ (etwa an einem Sonntagmorgen um 2.30 Uhr) nicht erreichbar war; die Einrichtung eines durchgängigen richterlichen Bereitschaftsdienstes ist aus Zumutbarkeitsgründen nicht stets erforderlich. Ab den Morgenstunden ist dann aber die Erreichbarkeit eines Richters zu gewährleisten.<sup>607</sup>

Geht es um eine freiheitsentziehende Fixierung einer in einem (psychiatrischen) Krankenhaus **untergebrachten** psychisch kranken Person und wird die Fixierung zur Nachtzeit von einem Arzt zulässigerweise (wegen Gefahr im Verzug) ohne vorherige richterliche Entscheidung angeordnet, hat das BVerfG entschieden, dass – um den Schutz des Betroffenen zu gewährleisten – es in diesem Zusammenhang eines täglichen richterlichen Bereitschaftsdienstes bedürfe, der – in Orientierung an § 758a IV S. 2 ZPO – den Zeitraum von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr abdeckt. Eine unverzügliche nachträgliche richterliche Entscheidung sei daher im Regelfall erst am nächsten Morgen (ab 6:00 Uhr) einzuholen.<sup>608</sup> Das lässt sich durchaus auf den präventivpolizeilichen Gewahrsam (etwa nach § 37a NRWPolG) übertragen.

- 478a** Freilich gilt etwas anderes, wenn aufgrund der Vielzahl von erwarteten Ingewahrsamnahmen (Beispiel: G20-Gipfel) mit einem erhöhten Bedarf an richterlichen Entscheidungen zu rechnen ist. Dann ist ein richterlicher Bereitschaftsdienst auch nachts am Wochenende zwingend einzurichten.<sup>609</sup>
- 478b** Ein Verstoß gegen das Unverzüglichkeitsgebot führt zur Rechtswidrigkeit des Polizeigewahrsams. Zwar wird teilweise vertreten, dass in diesem Fall der Polizeigewahrsam aufzuheben und der Betroffene freizulassen sei<sup>610</sup>, regelmäßig dürfte die Feststellung der Rechtswidrigkeit aber erst erfolgen, nachdem der Betroffene bereits aufgrund richterlicher Anordnung in Gewahrsam genommen worden oder die Maßnahme beendet worden ist. In diesem Fall kommt nachträglicher Rechtsschutz (Fortsetzungsfeststellungsklage) in Betracht, der am Gewahrsam nichts mehr ändert.
- 478c** Jedenfalls muss die ohne richterliche Entscheidung durchgeführte Ingewahrsamnahme spätestens bei Erreichen der **zeitlichen Höchstgrenzen** des Art. 104 III S. 1 GG (bei Freiheitsentziehung zu Zwecken der Strafverfolgung) oder des Art. 104 II S. 3 GG (bei Freiheitsentziehung zu Zwecken der Gefahrenabwehr) enden. Liegt mit Ablauf der jeweiligen Frist nicht die richterliche Entscheidung vor, ist der Betroffene sofort freizulassen. Anderenfalls liegt eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vor.

---

<sup>604</sup> BVerfG NJW 2013, 3228, 3229.

<sup>605</sup> Vgl. BVerfGE 105, 239, 248 (Durchsuchung einer Wohnung).

<sup>606</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2625; BVerfG NVwZ 2016, 1079 f.; BVerfGE 45, 51, 63; vgl. auch BVerfGE 105, 239, 249; EGMR NJW 2001, 51, 53.

<sup>607</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 579, 580.

<sup>608</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2626.

<sup>609</sup> BVerfG NVwZ 2006, 579, 580 (bzgl. Anti-Castor-Demonstration).

<sup>610</sup> LG Rostock NJ 2017, 420 mit Verweis auf *Rachor*, in: Lisken/Denninger, E Rn 537.

Der ohne richterliche Entscheidung vorgenommene präventivpolizeiliche Gewahrsam endet also **spätestens am Ende des nächsten Tages** (Art. 104 II S. 3 GG; aufgegriffen etwa von Art. 20 I Nr. 3 BayPAG: „in jedem Fall spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung angeordnet ist“). Der richterlich angeordnete Präventivgewahrsam kann nach den Polizeigesetzen also darüber hinausgehen. So haben einige Bundesländer einen richterlich angeordneten Polizeigewahrsam bis zu zwei Wochen<sup>611</sup> vorgesehen, Bayern sogar bis zu zwei Monaten<sup>612</sup>. Ob ein mit richterlicher Entscheidung ergangener (längerfristiger) Polizeigewahrsam, der seine Grundlage im Polizeirecht hat, verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, ist zweifelhaft. Jedenfalls folgt die Verfassungswidrigkeit nicht aus Art. 104 II S. 3 GG, da diese Verfassungsbestimmung die in ihr genannte Höchstdauer nur für Freiheitsentziehungen festlegt, die die Polizei „aus eigener Machtvollkommenheit“, also *ohne* richterliche Entscheidung vornimmt. In den genannten polizeigesetzlichen Vorschriften geht es aber um Freiheitsentziehungen *aufgrund* richterlicher Entscheidung. Die Verfassungswidrigkeit der polizeigesetzlichen Vorschriften über einen längerfristigen Polizeigewahrsam und der längerfristige Polizeigewahrsam selbst lassen sich aber mit Blick auf die mangelnde Erforderlichkeit und die daraus resultierende Unverhältnismäßigkeit begründen.<sup>613</sup> Anders als bei einer Untersuchungshaft besteht etwa kein dringender Tatverdacht (für eine schwere Straftat), der eine Freiheitsentziehung ohne gerichtliches Erkenntnisverfahren rechtfertigen könnte. Tatbestandlich genügen allein die Voraussetzungen der Befugnisnorm über den Polizeigewahrsam. Das bürdet dem Richter, der über die Dauer der Freiheitsentziehung zu entscheiden hat, eine besondere Verantwortung auf. Im Zweifel hat er die Tatbestandsvoraussetzungen des Präventivgewahrsams restriktiv auszulegen, um eine Verletzung des Art. 2 II S. 2 GG zu vermeiden. Die Freiheitsentziehung aus anderen als gefahrenabwehrrechtlichen Gründen bedarf einer richterlichen Entscheidung, die sich an sich aus anderen Gesetzen als den (gefahrenabwehrrechtlichen) Polizeigesetzen legitimieren muss. So kommt repressivpolizeilich die StPO in Betracht: Untersuchungshaft (§§ 112 ff.), psychiatrisches Krankenhaus (§ 81). Auch auf § 62 AufenthG kann eine richterliche Entscheidung (nach § 62 II, III AufenthG) gestützt werden.

478d

Aber auch die zeitliche Grenze des Art. 104 II S. 3 GG darf keinesfalls so verstanden werden, als dürfe sie stets ausgereizt werden. Im Gegenteil. Der Polizeigewahrsam darf vielmehr nur die Dauer angeordnet werden, für die er unerlässlich ist. Eine zeitliche Überschreitung macht ihn unverhältnismäßig.<sup>614</sup> Auch die Rechtsprechung verlangt eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anordnung des Gewahrsams zur Gefahrenabwehr.<sup>615</sup> Der EGMR hat einen neunzehnstündigen polizeilichen Gewahrsam, den das BVerfG für verfassungsmäßig gehalten hat, für unverhältnismäßig und damit für konventionswidrig erklärt.<sup>616</sup>

478e

Fraglich ist, ob eine Freiheitsentziehung rechtswidrig wird, wenn der Richter erreichbar sein müsste, aber nicht erreicht werden kann und die Polizei den in Gewahrsam Genommenen nicht sofort freilässt. Dieser Fall ist – soweit ersichtlich – bislang weder gerichtlich entschieden noch in der Literatur behandelt. Richtigerweise wird man das

478f

<sup>611</sup> Vgl. exemplarisch: § 42 I S. 3 BPolG; § 20 I Nr. 3 S. 3 BrandPolG; § 40 I Nr. 3 SachsAnhSOG: 4 Tage; § 17 II S. 2 RhlPfPAG: 7 Tage; § 16 I Nr. 3 SaarPolG: 8 Tage; § 22 Nr. 3 ThürPAG: 10 Tage; § 33 III S. 4 BWPolG: 14 Tage. Differenzierend nach Gewahrsamnahmegrund etwa § 13c I Nr. 3 HmbSOG.

<sup>612</sup> Art. 20 II BayPAG.

<sup>613</sup> Vgl. auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 17 Rn 28 mit Verweis auf SächsVerfGH DVBl 1996, 1423.

<sup>614</sup> *Kingreen/Poscher*, POR, § 17 Rn 31 mit Verweis auf *Gusy*, POR, Rn 308; *Würtenberger/Heckmann/Tanneberger*, POR, Rn 363.

<sup>615</sup> BVerfGE 83, 24, 35; BVerwGE 45, 51, 56.

<sup>616</sup> EGMR NVwZ 2006, 797, 799. Vgl. auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 17 Rn 31.

Grundrecht des Betroffenen auf Freiheit der Person mit den Schutzinteressen der Allgemeinheit abwägen müssen. Dabei wird man den Schutzinteressen der Allgemeinheit nur dann den Vorrang einräumen dürfen, wenn anderenfalls die akute Gefahr bestünde, dass ein irreparabler Schaden für bedeutende Schutzgüter wie Leib, Leben oder Gesundheit einträte. Ist diese Abwägung fehlerhaft (wobei – wie stets – die Ex-ante-Sicht entscheidet), liegt eine strafbare Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vor, wenn der Betroffene nicht sofort entlassen wird.

**479** Nach den Bestimmungen der Polizeigesetze braucht eine richterliche Entscheidung jedoch nicht herbeigeführt zu werden, wenn anzunehmen ist, dass sie erst **nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme** ergehen würde (vgl. etwa Art. 97 III BayPAG, § 19 I S. 3 NPOG, § 36 I S. 2 NRWPolG).<sup>617</sup> Freilich ist auch hier die absolute Obergrenze des Art. 104 II S. 3 GG zu beachten. Ein Verzicht des Betroffenen auf die richterliche Entscheidung ist in Ermangelung einer Dispositionsbefugnis nicht möglich.<sup>618</sup>

**479a** Aufgrund der Formulierung: „wenn anzunehmen ist ...“ in den Polizeigesetzen steht der Polizei ein Prognosespielraum zu. Sie hat im Rahmen der Prüfung, ob eine richterliche Entscheidung ergehen muss, einen geschätzten Zeitvergleich vorzunehmen. Hierbei ist die voraussichtliche Dauer der polizeilichen Maßnahme mit der Zeitspanne zu vergleichen, die für die richterliche Entscheidung erforderlich ist. Zu berücksichtigen sind dabei alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Erreichbarkeit des Richters (s.o.) und in diesem Zusammenhang die Tageszeit, ob es ein Sonn- oder Feiertag ist, die Fahrtdauer des Richters sowie die Vorführbarkeit der in Gewahrsam genommenen Person.

**Beispiel:** S randaliert auf einem Straßenfest. Die Polizei ermahnt ihn daher zunächst und erteilt ihm schließlich einen Platzverweis. Da S sich auch nicht gehalten sieht, der Platzverweisung Folge zu leisten, wird er zur Durchsetzung des Platzverweises auf die Dienststelle verbracht. Drei Stunden später, nachdem das Straßenfest sein Ende gefunden hat, wird er wieder entlassen.

In diesem Fall bedurfte es keiner richterlichen Entscheidung, sofern angenommen werden konnte, dass sie erst nach Wegfall des Grundes für den Durchsetzungsgewahrsam ergangen wäre. Die Obergrenze des Art. 104 II S. 3 GG wurde ohnehin nicht tangiert.

**480** Auf keinen Fall darf der Polizeigewahrsam verlängert werden, nur um eine richterliche Entscheidung einzuholen. Die gegenteilige Annahme entspräche nicht dem Sinn des Richtervorbehalts.

**Beispiel:** Würde S im obigen Beispiel nur deswegen über die Dauer des Straßenfestes hinaus in Polizeigewahrsam gehalten, weil die Polizei noch auf das Eintreffen des Bereitschaftsrichters wartet, ist dieser Freiheitsentzug rechtswidrig. Die Beamten machen sich zudem wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB strafbar.

**481** **Fazit:** Bei einer polizeilichen Ingewahrsamnahme ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. „Unverzüglich“ bedeutet, dass jede Verzögerung, die nicht sachlich zwingend geboten ist, den Gewahrsam rechtswidrig werden lässt. Spätestens bei Erreichen der zeitlichen Höchstgrenzen des Art. 104 II S. 3 GG ist der Gewahrsam aufzuheben. Das gilt auch dann, wenn zuvor eine richterliche Entscheidung ergangen ist.

<sup>617</sup> Siehe dazu VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20 (kurzfristige Ingewahrsamnahme von unfriedlichen Demonstranten).

<sup>618</sup> OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573, 577; BVerfG NVwZ 2017, 1198, 1199.

Eine weitere, in den Polizeigesetzen normierte Verfahrensvorschrift ist die Verpflichtung zur unverzüglichen **Bekanntgabe des Grundes** für die Freiheitsentziehung. Die entsprechenden Vorschriften der Polizeigesetze stellen Spezialvorschriften zu § 39 VwVfG dar und dienen dem rechtsstaatlichen Begründungsgebot. Ein Unterbleiben der Begründung kann gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG geheilt werden. Art. 104 IV GG gewährt schließlich dem Festgehaltenen ein subjektives Recht auf **Benachrichtigung** der Angehörigen oder einer Vertrauensperson. Eine Versagung dieses Rechts bedingt die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung.

482

Geht es um eine freiheitsentziehende Fixierung einer in einem (psychiatrischen) Krankenhaus **untergebrachten** psychisch kranken Person, folgt nach der Rechtsprechung des BVerfG aus dem Gewährleistungsgehalt des Art. 2 II S. 2 und 3 i.V.m. Art. 104 I S. 1 GG zusätzlich die Verpflichtung, den Betroffenen nach Beendigung der Maßnahme auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Zulässigkeit der durchgeführten Fixierung gerichtlich überprüfen zu lassen. Nur so könne gewährleistet werden, dass sich der Betroffene bewusst ist, dass er auch noch nach Erledigung der Maßnahme ihre gerichtliche Überprüfung herbeiführen kann.<sup>619</sup> Das wird man ebenso für den präventivpolizeilichen Gewahrsam annehmen müssen.

Bei allen Gewahrsamsarten gilt: Art. 104 I S. 2 GG bestimmt, dass **festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt** werden dürfen. Wie der VGH Mannheim zu Recht ausführt, gehören zu den Mindeststandards einer Freiheitsentziehung auch hygienische Haft- oder Gewahrsamsbedingungen einschließlich des Zugangs zu sanitären Einrichtungen und der Möglichkeit, körperliche Bedürfnisse unter Wahrung der eigenen Intimsphäre zu verrichten.<sup>620</sup> Auch der EGMR hat entschieden, dass zu den Mindestbedingungen im Polizeigewahrsam die Möglichkeit gehöre, Sanitäranlagen unter Beachtung der Intimsphäre – etwa für einen Toilettengang – nutzen zu können.<sup>621</sup> Eine Nichtbeachtung führt zu einem Verstoß gegen Art. 104 I S. 2 GG und Art. 3 EMRK.

483

#### dd. Rechtsschutz und zulässiger Rechtsweg

Geht es um die Überprüfung der Ingewahrsamnahme, ist hinsichtlich des Rechtswegs danach zu unterscheiden, ob es sich bei der Maßnahme um eine bloße Freiheitsbeschränkung oder gar um eine Freiheitsentziehung handelt.

484

- Bei **bloßer Freiheitsbeschränkung** ist § 40 I S. 1 VwGO einschlägig: Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Hinsichtlich der statthaften Klage gilt: Die Ingewahrsamnahme ist zum einen ein **schlichtes Verwaltungshandeln**, weil sie ein tatsächliches Moment aufweist. Zum anderen ist sie ein **Verwaltungsakt**, da sie nicht nur das tatsächliche Element in sich schließt, sondern auch zugleich den Betroffenen verpflichtet, den tatsächlichen Vorgang zu dulden (konkludente Duldungsverfügung). Maßgeblich für den Rechtsschutz ist also die dem Betroffenen gegenüber erlassene Regelung. Zu denken ist daher an Widerspruch und die Anfechtungsklage. Da sich die Ingewahrsamnahme aber regelmäßig erledigt hat, bevor Klage eingereicht wird, ist die **Fortsetzungsfeststellungsklage** gem. § 113 I S. 4 VwGO analog statthaft.
- Bei **Freiheitsentziehung** gilt eine Besonderheit: Obwohl hier ebenfalls eine **öffentlich-rechtliche** Streitigkeit vorliegt, ist die Regelung des § 40 I S. 2 VwGO zu beachten, wonach öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts durch

<sup>619</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2623.

<sup>620</sup> VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20 mit Verweis auf BVerfG 13.11.2007 – 2 BvR 939/07 Rn 19.

<sup>621</sup> EGMR 8.7.2014 – 15018/11 Rn 211 (Harakchiev u. Tolumov ./ Bulgarien), in Bezug genommen auch von VGH Mannheim 20.1.2022 – 1 S 1724/20.

Landesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen werden können. Von dieser Möglichkeit haben einige Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht (vgl. etwa § 19 III NPOG), wenn es um die gerichtliche Überprüfung präventivpolizeilicher Freiheitsentziehungen geht. Zur Begründung wird angeführt, dass die Amtsgerichte im Allgemeinen ortsnäher als die Verwaltungsgerichte seien und auch sonst über Freiheitsentziehungen (FamFG) entscheiden würden. Ob die Übertragung der Zuständigkeit auf die Amtsgerichte angesichts der unterschiedlichen Struktur von präventivem und repressivem Polizeirecht rechtspolitisch sinnvoll ist, mag dahingestellt bleiben, sie ist jedoch (verfassungs-) rechtlich nicht zu beanstanden.

Für das gerichtliche **Verfahren** gelten in diesen Fällen die Vorschriften des **FamFG** (vgl. etwa § 13a II HmbSOG, § 19 IV NPOG). Insbesondere wird der Rechtsschutz des Betroffenen nicht unzumutbar erschwert oder verkürzt, da auch in diesem Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz gilt (§ 26 FamFG) und das überprüfende Gericht (i.d.R. das Amtsgericht) die Sach- und Rechtslage an einem Maßstab überprüft, der dem des § 113 I S. 4 VwGO (analog) entspricht.<sup>622</sup> Bezüglich einer Freiheitsentziehung kann die betroffene Person also nicht Widerspruch und Anfechtungsklage erheben, wie ihr das sonst generell gegen polizeiliche Verwaltungsakte möglich ist. Vielmehr enthalten allein das Polizeigesetz bzw. das FamFG Regelungen über die Rechtsmittel. Fraglich ist allein, ob die Zuweisung zu den Amtsgerichten nur den Fall betrifft, dass die Freiheitsentziehung richterlich angeordnet wurde, oder generell bei Freiheitsentziehungen gilt. Das NPOG geht offenbar davon aus, dass generell Freiheitsentziehungen durch die Amtsgerichte überprüft werden sollen. Denn nach § 19 II, III NPOG kann der Betroffene auch nach Beendigung der Freiheitsentziehung innerhalb eines Monats die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung beim Amtsgericht beantragen. Dass die Freiheitsentziehung richterlich angeordnet sein musste, fordert die Vorschrift nicht.

**Beispiel:** Anlässlich einer Demonstration im Technologiepark des niedersächsischen Landkreises L wurden K und andere randalierende Demonstranten von der Vollzugspolizei über Nacht in Gewahrsam genommen, nachdem sie aus der Versammlung ausgeschlossen worden waren (§ 18 III VersG). Später möchte K gerichtlich klären lassen, dass die *Ingewahrsamnahme* als solche sowie die Nichtherbeiholung einer richterlichen Entscheidung rechtswidrig waren.

Die Ingewahrsamnahme ist eine Standardmaßnahme zur Gefahrenabwehr und in den Polizeigesetzen der Länder geregelt (s.o.). Daher liegt ein typischer Fall einer gem. § 40 I S. 1 VwGO vor dem zuständigen Verwaltungsgericht zu erhebenden Fortsetzungsfeststellungsklage vor, bei dem es um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines erledigten Verwaltungsakts geht. Im Ausgangsfall greift K jedoch nicht nur die Ingewahrsamnahme als solche an, sondern moniert auch, dass keine richterliche Entscheidung eingeholt worden sei. Auch für diesen Fall greift grundsätzlich § 40 I S. 1 VwGO. § 40 I S. 2 VwGO lässt es jedoch zu, dass öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts durch Landesgesetz einem anderen Gericht zugewiesen werden können. Von dieser Möglichkeit haben einige Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht (vgl. etwa § 19 III NPOG), jedenfalls wenn es um die gerichtliche Überprüfung richterlicher Entscheidungen bei präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen geht. Zur Begründung wird vorgebracht, dass die Amtsgerichte im Allgemeinen ortsnäher als die Verwaltungsgerichte seien und auch sonst über Freiheitsentziehungen entscheiden würden.

Vorliegend geht es um eine Freiheitsentziehung, da die zeitlichen Grenzen einer bloßen Freiheitsbeschränkung überschritten waren. Zwar wendet sich K nicht gegen eine richterliche Entscheidung, weil eine solche ja gerade nicht erging. Die Regelung des § 19 II, III NPOG ist aber so zu verstehen, dass sie generell in Bezug auf freiheitsentziehende Maßnahmen die Amtsgerichte für zuständig erklärt. Für das gerichtliche **Verfahren** gelten in diesen Fällen die Vorschriften des **FamFG**. Der Prüfungsmaßstab ist indes mit dem des § 113 I S. 4 VwGO vergleichbar.

---

<sup>622</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2004, 760, 761 (zur alten Rechtslage nach FGG).

## Ingewahrsamnahme

Materiell zu prüfen ist also die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme. Es liegt ein Fall des sog. Verhinderungsgewahrsams vor (vgl. dazu Rn 462). Sofern man keinen Verstoß gegen das Übermaßverbot bejaht, war die Ingewahrsamnahme rechtmäßig.

Weiterführender Hinweis: Sollte sich der Betroffene weigern, sich in Gewahrsam nehmen zu lassen, muss die Polizei zur Durchsetzung der Ingewahrsamnahme unmittelbaren Zwang anwenden. In diesem Fall besteht die Möglichkeit des Betroffenen, (auch) gegen den unmittelbaren Zwang vorzugehen. Sofern man in der Anwendung eines Zwangsmittels einen Verwaltungsakt sieht, ist (aufgrund der bereits eingetretenen Erledigung) die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft. Vgl. dazu die Ausführungen zur Verwaltungsvollstreckung bei Rn 928 ff.

## f. Aufenthaltsvorgabe und Kontaktverbot

485 Geht es um die Abwehr bzw. Verhinderung einer Gefahr des internationalen Terrorismus (i.S.v. § 129a StGB), kann gem. § 55 I BKAG das BKA einem „terroristischen Gefährder“, d.h. einer Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat im Bereich des internationalen Terrorismus begehen wird, oder deren individuelles Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass sie eine solche Straftat begehen wird (siehe hierzu auch § 56 I BKAG), untersagen, sich ohne Erlaubnis des BKA von ihrem Wohn- oder Aufenthaltsort oder aus einem bestimmten Bereich zu entfernen oder sich an bestimmten Orten aufzuhalten (**Aufenthaltsvorgabe**). Unter den gleichen Voraussetzungen kann das BKA gem. § 55 II BKAG zur Abwehr einer Gefahr oder zur Verhütung von Straftaten im Bereich des internationalen Terrorismus einer Person auch den Kontakt mit bestimmten Personen oder Personen einer bestimmten Gruppe untersagen (**Kontaktverbot**). Regelungen über die Anordnungsbefugnis sowie Durchführungsbestimmungen und Verfahrenssicherungen enthält § 55 III-VI BKAG. Unabhängig vom speziellen Gebiet der Terrorismusabwehr enthalten Landespolizeigesetze ebenfalls Regelungen über Kontakt- und Näherungsverbote (siehe etwa § 12b III HmbSOG). Auf die Verhütung von Straftaten gem. § 129a I und II StGB („terroristische Straftaten“) stellt § 31 BWPoIG ab. Und Art. 16 II S. 1 Nr. 1 BayPAG lässt sogar (ohne Beschränkung auf die Verhütung von „terroristischen Straftaten“) eine drohende Gefahr (allerdings nur in Bezug auf ein bedeutendes Rechtsgut) ausreichen, um ein Kontaktverbot zu erteilen. Das ist nicht ganz unproblematisch, weil dadurch das Verbot, zu bestimmten Personen oder zu Personen einer bestimmten Gruppe Kontakt zu suchen oder aufzunehmen, bereits dann erteilt werden kann, wenn eine Gefahr gerade noch nicht vorliegt, sondern diese an ihrer „Entstehung“ gehindert werden soll. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit eines Kontaktverbots sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr aber für ein bedeutendes Rechtsgut bestehen muss und darunter der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur<sup>623</sup> und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang zu verstehen ist (Art. 11a II BayPAG – näher Rn 673 ff.), dürfte die Befugnisnorm trotz der nicht unerheblichen zeitlichen Dimension (Art. 16 II S. 3 BayPAG: bis zu drei Monate und um jeweils drei weitere Monate verlängerbar) einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein, wenn von ihr im Einzelfall restriktiv Gebrauch gemacht und im Zweifel die „polizeiliche Erlaubnis“ (siehe Art. 16 II S. 1 BayPAG) erteilt wird.

## g. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

486 Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) dient dazu, den Aufenthaltsort des Trägers eines Sendegeräts (das umgangssprachlich „elektronische Fußfessel“ genannt wird) kontinuierlich zu überwachen. Die Polizei- bzw. Sicherheitsbehörden möchten auf diese Weise von bestimmten Personen (etwa Straftätern; aus der Sicherungsverwahrung Entlassenen; terroristischen Gefährdern, d.h. Personen, bei denen gem. § 56 I BKAG bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie eine Straftat im Bereich des internationalen Terrorismus begehen werden, oder deren individuelles Verhalten eine konkrete Wahrscheinlichkeit dafür begründet, dass sie eine solche Straftat begehen werden) jederzeit über deren exakten Aufenthaltsort informiert sein, um

<sup>623</sup> Zu den Anlagen der kritischen Infrastruktur wird man solche Einrichtungen zählen müssen, bei deren Ausfall oder Beeinträchtigung nachhaltig wirkende Versorgungsengpässe, erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder andere dramatische Folgen eintreten würden, siehe Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe ([https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen\\_node.html](https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen_node.html)).

bspw. die Einhaltung von Aufenthaltsbestimmungen, (sonstigen) Weisungen, Bewährungsauflagen etc. kontrollieren zu können. So kann gem. § 56 I BKAG das BKA, wenn es um die Abwehr bzw. Verhinderung einer Gefahr des internationalen Terrorismus geht, einen „terroristischen Gefährder“ dazu verpflichten, ein technisches Mittel, mit dem der Aufenthaltsort dieser Person elektronisch überwacht werden kann, ständig in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen und dessen Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen. Im Landespolizeirecht gilt Ähnliches, wenn es um die Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut geht (siehe etwa Art. 34 BayPAG). Auf die Verhütung von Straftaten gem. § 129a I und II StGB („terroristische Straftaten“) stellen bspw. § 32 BWPoIG und § 31a HessSOG ab. § 201b I SchlHolstLVWG stellt auf §§ 89a, 89b, 129a und 129b StGB ab.

Da durch die EAÜ nicht nur die Bewegungsfreiheit des Betroffenen (Art. 2 II S. 2 GG) eingeschränkt ist, sondern sich mittels empfangener und gespeicherter Positionsdaten auch ein umfassendes Bewegungsprofil erstellen lässt und damit ein nicht unerheblicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) erfolgt, unterstehen Anordnung und Durchführung einem strengen Rechtsregime. Dazu zählen nicht nur detaillierte gesetzliche Bestimmungen über die Voraussetzungen, sondern auch ein grundsätzlicher Richtervorbehalt und weitere Verfahrenssicherungen, Löschungspflichten in Bezug auf die erhobenen und gespeicherten Positionsdaten etc. In Bezug auf die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>624</sup> ist zu sagen, dass die Geeignetheit gegeben ist, da mit Hilfe der EAÜ das Ziel, den Aufenthaltsort der überwachten Person kontinuierlich zu bestimmen, erreicht wird, auch wenn damit eine Straftat nicht mit Sicherheit verhindert werden kann. Man wird die EAÜ aber nur dann als zwecktaugliches Mittel einstufen können, wenn das Gefährdungspotential der Person, die zum Tragen der elektronischen Fußfessel verpflichtet ist, nicht so groß ist, dass mit der Begehung einer Straftat jederzeit gerechnet werden muss, zur Verhinderung einer Straftat also ausschließlich eine freiheitsentziehende Maßnahme (Haft, Unterbringung) in Betracht kommt. Jedenfalls ist die EAÜ im Vergleich zu einer freiheitsentziehenden Maßnahme (hier käme neben der Haft auch ein Hausarrest in Betracht) das mildere Mittel und damit erforderlich. Die Angemessenheit (d.h. Verhältnismäßigkeit i.e.S.) ist gegeben, sofern die Gründe, die zur Anordnung und Durchführung der EAÜ führen, bei einer Abwägung mit den Freiheits- und Persönlichkeitsinteressen den Vorrang genießen. Zwar ist der Betroffene durch das Tragen einer elektronischen Fußfessel in seiner Lebensführung beeinträchtigt, da jedoch die Sicherheitsinteressen höher wiegen, dürfte die Maßnahme insgesamt angemessen sein. Ein Eingriff in den unantastbaren Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, der die EAÜ von vornherein als verfassungswidrig erscheinen ließe, liegt jedenfalls nicht vor.

---

<sup>624</sup> Zu dessen Komponenten vgl. im Einzelnen unten Rn 730 ff.

## 5. Durchsuchungen und Sicherstellungen

487 Schließlich gilt es, die dritte Gruppe von Standardmaßnahmen zu untersuchen, die Durchsuchungen und die Sicherstellungen. Die Durchsuchung ist in den meisten Polizeigesetzen legaldefiniert:

488 **Durchsuchung** ist das Suchen nach Sachen oder Spuren in oder an der Kleidung<sup>625</sup> des Betroffenen, an seiner Körperoberfläche oder in den ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen oder Körperhöhlen.<sup>626</sup>

Es geht also um das Suchen nach etwas, was bei äußerlicher Betrachtung zunächst nicht wahrnehmbar ist.<sup>627</sup> Im Übrigen ist bei den Durchsuchungen – da verschiedene Grundrechte betroffen sind – wiederum die Durchsuchung von Personen, von Sachen und von Wohnungen zu unterscheiden.

### a. Durchsuchung von Personen

489 Die präventivpolizeiliche Durchsuchung von Personen<sup>628</sup> verfolgt den Zweck, Gegenstände aufzufinden, die jemand bei sich trägt und von denen Gefahren für die öffentliche Sicherheit ausgehen. Damit liegt ein Grundrechtseingriff jedenfalls in Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit) vor. In den meisten Fällen ist wegen des tangierten Intimbereichs aber auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) betroffen.

Objekt kann nur der lebende Mensch sein. Wird eine Leiche<sup>629</sup> durchsucht, handelt es sich polizeirechtlich um eine Durchsuchung von Sachen (vgl. dazu Rn 502 ff.).

490 Die präventivpolizeiliche Durchsuchung darf zum einen nicht mit der präventivpolizeilichen körperlichen Untersuchung (etwa nach § 15 IV HmbSOG, § 22 IV NPOG) und zum anderen nicht mit der strafprozessualen Durchsuchung nach § 102 StPO und der strafprozessualen körperlichen Untersuchung nach den §§ 81a, 81c StPO verwechselt werden.

- Während die präventivpolizeiliche Durchsuchung den in den Vorschriften der Polizeigesetze genannten gefahrenabwehrrechtlichen Gründen (Rn 493 ff.) dient, bezweckt die strafprozessuale Durchsuchung das Auffinden von (nach §§ 94 II, 98 StPO zu beschlagnehmenden) Gegenständen, die als Beweismittel in ein Strafverfahren eingebracht werden sollen. Die Abgrenzung zwischen präventivpolizeilicher und strafprozessualer Durchsuchung kann schwierig sein, wenn die Situation zugleich eine Gefahrenlage *und* den Verdacht einer Straftat enthält. Das BVerfG stellt für die Beurteilung der Rechtsnatur einer polizeilichen Maßnahme in erster Linie darauf ab, wo ihr Schwerpunkt (ihre Dominanz) liegt.<sup>630</sup> Das könnte die Polizei dazu verleiten, bei Fehlen der strafprozessualen Durchsuchungsvoraussetzungen (konkreter Tatverdacht; Auffindewahrscheinlichkeit; richterliche Verfügung) die Maßnahme auf das Polizeigesetz zu stützen. Virulent wird dies am Beispiel „legendierter Polizeikontrollen“. Als legendierte Kontrollen bezeichnet man Durchsuchungen, die der Gewinnung von Beweismitteln für Strafverfah-

<sup>625</sup> Zur Durchsuchung von Kleidungsstücken vgl. auch Rn 504.

<sup>626</sup> Vgl. z.B. § 17 II S. 1 BremPolG; dem sich anschließend VGH München NVwZ-RR 1999, 310.

<sup>627</sup> *Gusy*, POR, Rn 244; *Kingreen/Poscher*, POR, § 18 Rn 1.

<sup>628</sup> Vgl. § 17 MEPolG; Bund: § 43 BPolG; BW: § 34 PolG; Bay: Art. 21 PAG; Berl: § 34 ASOG; Brand: § 21 PolG; Brem: § 17 PolG; Hamb: § 15 SOG; Hess: § 36 SOG; MeckVor: § 53 SOG; Nds: § 22 POG; NRW: § 39 PolG; RhIPfl: § 18 POG; Saar: § 17 PolG; Sachs: § 27 PVdG; SachsAnh: § 41 SOG; SchlHolst: § 202 LVwG; Thür: § 23 PAG.

<sup>629</sup> Das Ende des menschlichen Lebens tritt mit dem Tod ein, der nach richtiger, aber nicht unbestrittener Auffassung dann angenommen wird, wenn die Gehirnfunktionen irreversibel ausgeschaltet sind (sog. Hirntod), wie hier z.B. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn 21; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 2 Abs. 2 Rn 30; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 97; *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 22 Rn 8. Für Herztod z.B. *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, Rn 142.

<sup>630</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 832 (vgl. zuvor schon BVerwGE 47, 255, 264) – dazu Rn 88 ff.

ren dienen, die aber auf der Grundlage präventivpolizeilicher Befugnisse („allgemeine Verkehrskontrolle“ mit anschließender gefahrenabwehrrechtlich begründeter Durchsuchung der Fahrgastzelle und des Kofferraums des Kfz) durchgeführt werden, weil die strafprozessualen Voraussetzungen noch nicht vorliegen oder man verhindern möchte, die tatverdächtige Person, bei der Sachen (Drogen, Waffen etc.) gefunden und beschlagnahmt werden, strafprozessual (§§ 163a IV, 136 StPO) zu belehren.<sup>631</sup> Denn spätestens mit der Belehrung besteht die Wahrscheinlichkeit, dass „Hintermänner“ informiert werden. Als „allgemeine Polizeikontrolle“ getarnt, besteht die Vermutung, dass die „Hintermänner“ von einem zufälligen Geschehen ausgehen („Lebensrisiko“) und weitere Aktionen ihres kriminellen Handelns nicht abbrechen. Zutreffend führt der BGH zunächst aus, dass das Bundesrecht keinen Vorrang der StPO gegenüber dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht kenne.<sup>632</sup> Deshalb dürfe die Polizei sowohl auf der Grundlage des Polizei- als auch des Strafprozessrechts Maßnahmen ergreifen (Beispiel: finaler Rettungsschuss bei Geiselnahme). Bei legendierten Polizeikontrollen ist aber ein „Umgehungstatbestand“ nicht von der Hand zu weisen. Geht man aber mit dem BGH von einem Nebeneinander von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr sowie davon aus, dass der polizeirechtlichen Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht entgegensteht, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeugdurchsuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht hätte<sup>633</sup>, stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit der präventivpolizeilich sichergestellten Beweismittel im späteren Strafverfahren, wenn die strafprozessualen Voraussetzungen der Durchsuchung und Beschlagnahme gerade nicht vorgelegen haben. Nach dem BGH ist entscheidend, dass ein Ermittlungsrichter bei hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss auf strafprozessualer Grundlage zweifelsfrei erlassen hätte.<sup>634</sup> Das sei wiederum anzunehmen, wenn die Voraussetzungen des § 161 II S. 1 StPO (jetzt: § 161 III S. 1 StPO) vorlägen. Vorliegend hätten die Erkenntnisse aus der Fahrzeugdurchsuchung zur Aufklärung einer „schweren Straftat“ i.S.d. § 100a II Nr. 7 StPO gedient, aufgrund derer eine Durchsuchung nach der StPO ohne weiteres hätte angeordnet werden dürfen.<sup>635</sup> Demnach war also nicht nur die Durchsuchung rechtmäßig, sondern es war auch die Verwertung der sichergestellten Drogen/Waffen/etc. im späteren Strafprozess möglich.

- Der wesentliche Unterschied zwischen der Durchsuchung i.S.d. präventiven Polizeirechts und der Untersuchung besteht darin, dass die präventivpolizeiliche Durchsuchung die ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen oder Körperhöhlen (Nase, Mund, Ohr) betrifft. Das folgt aus dem Definitionsbestandteil „...ohne Hilfsmittel einsehbaren Körperöffnungen oder Körperhöhlen“. Auch die Anordnung, sich völlig zu entkleiden und in diesem Zustand eine Körperdrehung vorzunehmen, stellt ebenso eine Durchsuchung dar wie das (bloße) Auseinanderdrücken von Pobacken und Oberschenkel zum Zwecke der Nachschau.<sup>636</sup> Demgegenüber dient die körperliche Untersuchung dem Zweck, die vom Willen des Beschuldigten unabhängige Beschaffenheit seines Körpers, auch das Vorhandensein von Fremdkörpern in sämtlichen natürlichen Körperöffnungen (und damit auch im Anal- und Genitalbereich), durch sinnliche Wahrnehmung ohne körperliche Eingriffe festzustellen.<sup>637</sup> Zudem darf die körperliche Untersuchung nur durch einen Arzt oder eine Ärztin vorgenommen werden, und auch nur, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass von der Person eine Gefahr für Leib oder Leben einer anderen Person ausgegangen ist, weil es zu einer Übertragung besonders gefährlicher Krankheitserreger (insb. Hepatitis-B-Virus, Hepatitis-C-Virus oder HIV) gekommen sein kann, und die

<sup>631</sup> Hartmann/Schmidt, StrafProzR, Rn 546a.

<sup>632</sup> BGH NJW 2017, 3173, 3176.

<sup>633</sup> BGH NJW 2017, 3173, 3175 mit Verweis u.a. auf BGH NSTZ-RR 2016, 176. Siehe auch *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 22 Rn 6c.

<sup>634</sup> BGH NJW 2017, 3173, 3177.

<sup>635</sup> BGH NJW 2017, 3173, 3177.

<sup>636</sup> OVG Saarlouis LKRZ 2008, 102, 103 ff.; VG Köln 25.11.2015 – 20 K 2624/14; *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 22 Rn 11a/b.

<sup>637</sup> Vgl. OVG Saarlouis LKRZ 2008, 102, 103 ff.; VG Regensburg BayVBl 1999, 347 ff.

Kenntnis des Untersuchungsergebnisses zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist (vgl. etwa § 22 IV S. 1 NPOG). Eine präventivpolizeiliche Maßnahme, die sich auf die Nachschau im Anal- und/oder Genitalbereich erstreckt, ist somit rechtswidrig, wenn nicht die Voraussetzungen der einschlägigen polizeigesetzlichen Befugnisnorm gegeben sind.

**Beispiel<sup>638</sup>:** Die X wurde anlässlich eines Rockfestivals im Rahmen einer Betäubungsmittelkontrolle von Bediensteten der Polizei kontrolliert. Dabei wurde vom Einsatzleiter vage vermutet, dass X im Genitalbereich ein Päckchen Kokain versteckt haben könnte. Um den angenommenen Drogenkonsum sowie die Abgabe an Dritte zu verhindern, ordnete er daher eine Visitation der X dergestalt an, dass diese eine Nachschau im Genitalbereich dulden musste. X ist der Meinung, dass diese Maßnahme rechtswidrig gewesen sei.

Unterstellt, dass die Maßnahme gegenüber X präventivpolizeilich erfolgte und dass es keine landespolizeigesetzliche Befugnisnorm für eine körperliche Untersuchung gibt, gilt es zu klären, ob eine Nachschau im Genitalbereich vom Begriff der Durchsuchung umfasst ist. Die Suche nach Fremdkörpern (hier: Betäubungsmittel) im Genitalbereich durch sinnliche Wahrnehmung ist dem Begriff der körperlichen Untersuchung zuzuordnen und nicht dem Begriff der Durchsuchung von Personen. Die Nachschau im Genitalbereich diene gerade der Suche nach Gegenständen in einer Körperöffnung bzw. Körperhöhle, die ohne Hilfsmittel nicht ohne weiteres einsehbar ist. Sie war daher kein Instrument der präventivpolizeilichen Durchsuchung, sondern eines der Untersuchung. Da sich die Befugnis zur Untersuchung nicht aus dem Landespolizeigesetz ergibt (da die Voraussetzungen nicht vorliegen), hätte sie sich allenfalls auf die strafprozessuale Befugnisnorm des § 81a StPO stützen lassen können. Da deren Voraussetzungen (dringender Tatverdacht; Richtervorbehalt<sup>639</sup>; Arztvorbehalt) nicht vorlagen, war die Untersuchung des Genitalbereichs der X schon deshalb rechtswidrig. Die Auffassung der X ist also zutreffend.

Weiterführender Hinweis: Wäre X aus repressivpolizeilichen Gründen in Anspruch genommen worden (etwa weil man sie des Drogenhandels konkret verdächtige), hätte es sich um eine **Untersuchung** auf der Grundlage des **§ 81a StPO** (unter Beachtung des § 81d StPO) gehandelt. Denn auf diese Rechtsgrundlage können zum Zweck der Strafverfolgung ärztlich durchgeführte körperliche Untersuchungen durch Blutabnahme, durch Röntgen, die Verabreichung von Brech- oder Abführmitteln, das Auspumpen des Magens oder das Suchen im After oder (bei Frauen) im Genitalbereich gestützt werden. Sofern entsprechende Rechtsgrundlagen in den Polizeigesetzen fehlen, können derartige Maßnahmen grundsätzlich nicht zu präventiven Zwecken erfolgen. Etwas anderes gilt für atypische Situationen, etwa wenn ein Polizeibeamter von einem Menschen gebissen wird, wobei der „Beißer“ verdächtig ist, z.B. HIV-positiv zu sein und den Beamten infiziert zu haben. Hier helfen eine Abnahme und Untersuchung des Blutes, den Sachverhalt zu erforschen. Ob eine Untersuchung des nicht ohne weiteres einsehbaren Genitalbereichs (einer Frau) auf die polizeigesetzliche Befugnisnorm, die es der Polizei aus Gründen des Eigenschutzes erlaubt, eine Person nach Waffen zu durchsuchen, gestützt werden kann, ist eine andere Frage (vgl. dazu Rn 603).

Aber auch im Rahmen der Strafverfolgung ist wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit stets eine restriktive Handhabung der Untersuchung des Genitalbereichs gefordert.

- 491** Eine Durchsuchung wird zumeist bei **Razzien** und beim **Objektschutz** angeordnet. Typischer Anwendungsfall ist die Durchsuchung von Besuchern von Großveranstaltungen, bei denen Ausschreitungen zu befürchten sind, nach Waffen und anderen gefähr-

<sup>638</sup> Nachgebildet VGH München NVwZ-RR 1999, 310. Vgl. auch OVG Saarlouis LKRZ 2008, 102, 103 ff.

<sup>639</sup> Zwar besteht hinsichtlich § 81a StPO mit Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens am 24.8.2017 (siehe BGBl I 2017, S. 3202) unter den in § 81a II S. 2 StPO genannten Voraussetzungen kein Richtervorbehalt mehr, das betrifft aber lediglich die Blutprobenentnahme, nicht (generell) die körperlichen Eingriffe und auch nicht die körperliche Untersuchung.

lichen Werkzeugen. Im Rahmen des versammlungsrechtlich Zulässigen gilt Entsprechendes für die Teilnehmer von Demonstrationen, da das VersG diese Art von Gefahrenabwehrmaßnahmen nicht regelt. Zu beachten ist allerdings die Sperrwirkung des Versammlungsrechts.<sup>640</sup>

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren und Form; siehe Rn 607 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze, dass Betroffene nur von Beamten desselben Geschlechts durchsucht werden dürfen, es sei denn, dass die Durchsuchung von einem Arzt oder zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben vorgenommen wird.<sup>641</sup> Die Regelung dient damit dem Schutz des (von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG umfassten) Schamgefühls, nicht jedoch der Menschenwürde (Art. 1 I S. 1 GG). Diente sie der Menschenwürde, wäre die Durchsuchung einer Person durch eine geschlechtsverschiedene Person ausnahmslos (und nicht nur im Grundsatz) verboten, weil die Menschenwürde nicht zur Disposition steht.

492

Einen Richtervorbehalt bei Durchsuchungen und Sicherstellungen sehen die Polizeigesetze (anders als §§ 105 und 98 StPO) nicht vor. Die unterschiedliche Regelung ist damit zu erklären, dass das Gefahrenabwehrrecht regelmäßig durch das Erfordernis schnellen Handelns geprägt ist und das Warten auf eine richterliche Entscheidung dem Zweck der Gefahrenabwehr zuwiderliefe. Bis auf einige Maßnahmen wie die präventiv-polizeiliche Freiheitsentziehung (vgl. etwa § 13c HmbSOG) und die Durchsuchung von Wohnungen (vgl. etwa § 16a HmbSOG) ist daher für die meisten Standardmaßnahmen wie die Durchsuchung und die Sicherstellung kein Richtervorbehalt vorgesehen. Für eine körperliche Untersuchung sehen die Polizeigesetze wiederum einen Richtervorbehalt vor (vgl. etwa § 22 IV S. 3 NPOG).

492a

Liegt ein Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift vor, führt dies zur (formellen) Rechtswidrigkeit der Durchsuchung. Eine Heilung gem. § 45 VwVfG oder eine Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG kommen nicht in Betracht; ließe man dies zu, missachtete man die Ratio der Verfahrensvorschrift.

492b

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

Auf Tatbestandsebene setzt die Durchsuchung das Vorliegen eines Durchsuchungsgrundes voraus. So ist die Durchsuchung nach den Polizeigesetzen zunächst zulässig, wenn die Person **in Gewahrsam genommen** bzw. **festgehalten** werden kann (vgl. etwa § 22 I Nr. 1 NPOG). Dabei bedarf die Durchsuchung einer **konkreten Gefahr**, die allerdings zumeist identisch ist mit der, die zur Ingewahrsamnahme als Anlassbestand der Durchsuchung befugt. Gleichgültig ist gemäß den polizeigesetzlichen Durchsuchungsvorschriften, ob die Ingewahrsamnahme bzw. das Festhalten nach dem Polizeigesetz oder nach anderen Gesetzen (auch der StPO) erfolgt.

493

**Beispiel:** Die auf Streife befindliche Polizei wird in einer dunklen Seitengasse auf einen Mann aufmerksam, der offenbar gerade dabei ist, ein Auto aufzubrechen. Die Polizei nimmt den Mann vorläufig in Gewahrsam und durchsucht ihn nach Einbruchwerkzeugen.

<sup>640</sup> Vgl. dazu Rn 1034 ff.

<sup>641</sup> Vgl. Bund: § 43 IV BPolG; BW: § 34 III PolG; Bay: Art. 21 III PAG; Berl: § 34 IV ASOG; Brand: § 21 III PolG; Brem: § 17 IV PolG; Hamb: § 15 III SOG; Hess: § 36 IV SOG; MeckVor: § 53 V SOG; Nds: § 22 III POG; NRW: § 39 III PolG; RhLPf: § 18 IV POG; Saar: § 17 III PolG; Sachs: § 27 III PVDG; SachsAnh: § 41 IV SOG; SchlHolst: § 203 II LVwG; Thür: § 23 III PAG.

Hier ist die Durchsuchung ohne weiteres zulässig, weil sie zum einen im zeitlichen Zusammenhang mit der Ingewahrsamnahme (gleichgültig, ob sich diese auf das Polizeigesetz oder z.B. in Form einer Festnahme auf § 127 II StPO stützen lässt) steht und sich zum anderen die Gefahr aufgrund der Tatsache, dass der Mann das Versuchsstadium einer Straftat nach §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 1 und 2 StGB überschritten hat, auch bereits realisiert hat.

- 494 Darüber hinaus darf eine präventivpolizeiliche Durchsuchung vorgenommen werden, wenn **Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Gegenstände vorgefunden werden, die** (nach den Vorschriften des Polizeigesetzes) **sichergestellt** werden dürfen (vgl. etwa Art. 21 I Nr. 1 BayPAG, § 22 I Nr. 2 NPOG). „Vorgefunden werden“ bedeutet, dass die betroffene Person die Gegenstände mit sich führt oder zumindest unmittelbar und sofort darauf zugreifen kann. Insoweit besteht eine Parallele zu § 244 I Nr. 1 und § 250 I Nr. 1a) oder Nr. 1b) StGB.<sup>642</sup> Die Formulierung „Tatsachen die Annahme rechtfertigen“ bedeutet, dass zwar keine konkrete Gefahr, sondern lediglich eine **abstrakte Gefahr** bzw. ein **Gefahrenverdacht** vorliegen müssen, allerdings muss konkretes Tatsachenmaterial vorhanden sein, das den Schluss zulässt, dass Gegenstände vorgefunden werden, die sichergestellt werden dürfen.

**Beispiel:** Polizeibeamte, die den Zugang zu einem Rockfestival kontrollieren, bekommen einen glaubhaften Hinweis, dass ein bestimmter Zuhörer ein Messer, das dem Waffenbegriff des WaffG unterfällt, mit sich führt. Sie durchsuchen die betreffende Person und stellen das bei ihr gefundene Messer sicher.

In diesem Fall stellte der glaubhafte Hinweis auf das Mitführen eines Messers eine Tatsache dar, die die Annahme rechtfertigte, dass die angegebene Person ein Messer mit sich führte. Die Durchsuchung der Person war somit rechtmäßig. Das hätte selbst dann gegolten, wenn bei der Durchsuchung kein Messer gefunden worden wäre. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist die Ex-ante-Sicht, also der Zeitpunkt, in dem der Beamte über die Maßnahme entscheiden muss.

495

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Aus den genannten Anlasstatbeständen folgt, dass die Durchsuchung von Personen i.d.R. mit anderen Maßnahmen einhergeht. Insbesondere ist die Durchsuchung Begleitmaßnahme zur Ingewahrsamnahme und dient dabei verschiedenen Zwecken, etwa der Eigensicherung des Beamten oder der Verhinderung der Selbstgefährdung des in Gewahrsam Genommenen.<sup>643</sup> Auch wird sie häufig als Begleitmaßnahme zur Identitätsfeststellung durchgeführt.<sup>644</sup> Sie ist aber auch häufig eine Vorbereitungsmaßnahme zu einer Sicherstellung.<sup>645</sup> Denn werden bei einer Durchsuchung Sachen gefunden, von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht, muss die Polizei die Möglichkeit haben, diese Sachen sicherzustellen und zu verwahren. Für die Klausurbearbeitung folgt daraus aber, dass alle Maßnahmen eigenständig geprüft werden müssen.

**Beispiel:** S wird im Vorfeld einer Demonstration von Polizeibeamten durchsucht, weil Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er Waffen bei sich führt.

⇒ Da zur Gefahrenabwehr, insbesondere bei Demonstrationen, Waffen sichergestellt werden dürfen (etwa nach § 23 Nr. 2 und 3 NPOG), ist ein Anlasstatbestand für eine Durchsuchung gegeben (etwa nach § 22 I Nr. 2 oder II NPOG). Die Beamten durften S also durchsuchen. Prüfungstechnisch ist die Rechtmäßigkeit einer (hypothetischen) Sicherstellung im Rahmen des Tatbestands der Durchsuchung zu prüfen. Sollten die Beamten tatsächlich Waffen finden und diese sicherstellen, ist die Sicherstellung später als Folgemaßnahme separat zu prüfen. Allerdings kann hinsichtlich der

<sup>642</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt; StrafR BT II, 22. Aufl. 2021, Rn 207 ff. und 391 ff.

<sup>643</sup> Kingreen/Poscher, POR, § 18 Rn 6.

<sup>644</sup> Kingreen/Poscher, POR, § 18 Rn 6.

<sup>645</sup> Kingreen/Poscher, POR, § 18 Rn 6.

Rechtmäßigkeit i.d.R. auf die Prüfung der Durchsuchung verwiesen werden.

Auch lassen die Polizeigesetze die Durchsuchung einer Person zu, die sich in einem **die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand** oder sonst **in hilfloser Lage** befindet (vgl. etwa Art. 21 I Nr. 2 BayPAG; § 15 I Nr. 3 HmbSOG; § 22 I Nr. 3 NPOG). In einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“, also in einem Zustand, in dem der Betroffene aufgrund der Störung der Geistestätigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen<sup>646</sup>, können sich insbesondere Menschen mit Selbsttötungsabsicht befinden. In diesen Fällen gebietet es die aus Art. 2 II S. 1 GG folgende staatliche Schutzpflicht<sup>647</sup>, dass sich die Polizei schützend vor Leben und körperliche Unversehrtheit stellt. Die polizeigesetzlichen Vorschriften über die Durchsuchung von Personen lassen es daher zu, die Person etwa nach gefährlichen Gegenständen zu durchsuchen.

496

**Beispiel:** Die Polizei erhält einen Anruf von einer Frau, in dem diese ihr mittels Mobiltelefons mitteilt, dass sie sich das Leben nehmen wolle. Mit Hilfe einer Standortbestimmung (sog. Handy-Ortung) gelingt es der Polizei, den Aufenthaltsort der Frau zu ermitteln. Vor Ort durchsucht sie die Frau und stellt ein Teppichmesser sicher, mit dem die Frau sich offenbar die Pulsadern aufschlitzen wollte.

In diesem Fall sind Durchsuchung und Sicherstellung gerechtfertigt.

Eine hilflose Lage liegt vor, wenn sich die Person nicht aus eigener Kraft zu helfen vermag, was etwa im Fall einer Ohnmacht, bei einem epileptischen Anfall oder schweren Nervenschock angenommen werden kann. Sie kann aber auch bei Volltrunkenen, verunglückten Personen, alten Menschen oder Kindern vorliegen, wobei sich gewisse Überschneidungen mit der Variante *die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand* ergeben können. So befindet sich insbesondere der Volltrunkene, der hilflos ist, wohl auch in einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand“.

497

Gemäß Art. 21 I Nr. 3 BayPAG ist die Durchsuchung einer Person auch bei Vorliegen einer nur **drohenden Gefahr** zulässig, also bei einer Sachlage, bei der eine Gefahr noch nicht besteht; diese soll mittels Durchsuchung an ihrer „Entstehung“ gehindert werden. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit einer Durchsuchung sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr aber für ein bedeutendes Rechtsgut bestehen muss und darunter der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang zu verstehen sind (Art. 11a II BayPAG), dürften die Bedenken im Ergebnis nicht zur Bejahung der Verfassungswidrigkeit führen, zumal der mit einer Durchsuchung verbundene Eingriff in aller Regel nicht so schwer wiegt wie bspw. eine heimliche Überwachungsmaßnahme wie Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Telekommunikationsüberwachung oder Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung. Geboten ist aber eine restriktive Handhabung der in Art. 11a I BayPAG genannten Ableitungsvoraussetzungen der drohenden Gefahr. So muss das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen, dass in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist, oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen müssen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisier-

497a

<sup>646</sup> R. Schmidt, BGB AT, 19. Aufl. 2022, Rn 942 mit Nachw.

<sup>647</sup> BVerfG NJW 2022, 139, 149 (Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen als Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronapandemie – „Bundesnotbremse“).

tes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist. Nur dann ist eine Durchsuchung nach Art. 21 I Nr. 3 BayPAG grundrechtskonform.

**497b** Auch ermächtigen die Polizeigesetze zur Durchsuchung von Personen, die sich an **gefährlichen** oder **gefährdeten** Orten oder an **Kontrollstellen** aufhalten oder dort angetroffen werden.<sup>648</sup> Damit scheint es möglich zu sein, **anlasslose Personenkontrollen** in zuvor eingerichteten „**Gefahrengebieten**“ vorzunehmen, was mit Blick auf den **Bestimmtheitsgrundsatz** und den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** verfassungsrechtlich äußerst problematisch ist.<sup>649</sup> In verfassungskonformer Auslegung<sup>650</sup> wird man zumindest einen begründeten Verdacht („konkrete Lageerkenntnisse“) fordern müssen, dass die fragliche Person verbotene Waffen oder (andere) gefährliche Gegenstände mit sich führt (dieser Unterschied macht aus der Maßnahme also eine anlassbezogene Personenkontrolle). Vgl. dazu bereits Rn 216 und 227 f.

**498** Schließlich lassen die Polizeigesetze – im Rahmen einer Identitätsfeststellung – die Durchsuchung einer Person zur **Eigensicherung** zu. Danach darf die **Polizei** eine Person, deren Identität nach dem LandesPolG oder anderen Rechtsvorschriften festgestellt werden soll, nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln durchsuchen, wenn dies nach den Umständen zum Schutz des Beamten oder eines Dritten gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist (vgl. etwa § 15 II Hmb-SOG; § 22 II NPOG).

Mit **Waffen** sind Waffen im technischen Sinne gemeint. Das sind – in Anlehnung an § 1 II Nr. 1 Waffengesetz i.V.m. der Anlage 1 zum WaffG – Gegenstände, die geeignet und bestimmt sind, Menschen zu verletzen (z.B. Spring-, Fall-, Faust- und Butterflymesser, aber auch Dolche, Stilette, Schlagringe, Schlagstöcke, Gummiknüppel, Handgranaten etc.). Gefährliche Werkzeuge (i.S.d. § 224 StGB) wie z.B. Äxte, Beile, Küchenmesser, Baseballschläger, Eisenketten etc. mögen zwar „waffenähnlich“ eingesetzt werden können, sie aber dem Waffenbegriff zu unterstellen, überstiege den möglichen Wortsinn des Waffenbegriffs. Eine Überdehnung des Waffenbegriffs ist auch unnötig, da „**andere gefährliche Werkzeuge**“ ebenso erfasst sind. Bei den in der polizeigesetzlichen Befugnisnorm ebenfalls genannten **Explosivmitteln** muss es sich nicht um Sprengmittel i.S.d. Sprengstoffgesetzes, also zum Sprengen bestimmte explosionsfähige Stoffe handeln, sondern es genügt, dass die Stoffe explosionsfähig sind, wie das z.B. bei Molotow-Cocktails der Fall ist.

**499** Aufgrund der Formulierung „deren Identität ... festgestellt werden soll“ ist die Durchsuchung zur Eigensicherung gerade im Vorfeld der Identitätsfeststellung zulässig. Dabei ist es gleichgültig, ob die Identitätsfeststellung nach dem Polizeigesetz, nach der StPO oder nach anderen Gesetzen erfolgt. Einschränkend gilt jedoch, dass die Durchsuchung nicht routinemäßig vor jeder Identitätsfeststellung vorgenommen werden darf, sondern nur, wenn es „nach den Umständen ... erforderlich ist“. Es müssen also bestimmte Anhaltspunkte vorliegen, die für diese Schutzmaßnahme sprechen. Das können Anhaltspunkte sein, die in der Person des Betroffenen liegen (z.B. sein Aussehen ähnelt dem einer gesuchten, als gewalttätig bekannten Person oder sein Verhalten ist aggressiv), es können aber auch allgemeine, auf den Ort der Identitätsfeststellung bezogene Anhaltspunkte sein (z.B. in der Gegend halten sich häufig gewalttätige Personen auf).

<sup>648</sup> Vgl. Bund: § 43 I Nr. 4, II Nr. 1, 2 BPolG; BW: § 34 I Nr. 3-5 PolG; Bay: Art. 21 I Nr. 4, 5 PAG; Berl: § 34 II Nr. 2-4 ASOG; Brand: § 21 I Nr. 4-6 PolG; Brem: § 17 I Nr. 4, 5 PolG; Hamb: § 15 II SOG; Hess: § 36 II Nr. 2, 3 SOG; Meck-Vor: § 53 I Nr. 3 i.V.m. § 29 I S. 2 Nr. 1-3 SOG; Nds: § 22 I Nr. 4, 5, II Var. 2 POG; NRW: § 39 I Nr. 4, 5 PolG; RhLPf: § 18 I Nr. 4-6 POG; Sachs: § 27 I Nr. 4, 5 PVdG; SachsAnh: § 41 II Nr. 2, 3 SOG; SchlHolst: § 202 I Nr. 3, 4 LVwG; Thür: § 23 I Nr. 4-6 PAG.

<sup>649</sup> Siehe bereits die Voraufagen Rn 216.

<sup>650</sup> *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 22 Rn 30 ff.

**Beispiel:** An einem Samstagmittag wird die Polizei in die Innenstadt gerufen, weil dort vor einem Café in der Fußgängerzone ein Mann (M) Passanten anbettelt, wodurch sich nicht nur die Passanten, sondern auch die Gäste des Cafés gestört fühlen. M spricht die vorbeigehenden Leute zunächst ruhig an, um nach Geld zu fragen, reagiert aber bei Ablehnung äußerst aggressiv, indem er die Leute anbrüllt. Die Schwelle zur Beleidigung wird dabei aber von M nicht überschritten. Als die Polizeivollzugsbeamten A und B vor Ort eintreffen, ist M gerade wieder dabei, hinter einem Passanten herzulaufen und ihn anzubrüllen. Die Beamten halten M an, wollen von ihm wissen, was er da mache, und fragen ihn nach seinen Personalien. Da M jedoch seine Mitwirkung verweigert, durchsuchen ihn die Beamten nach Ausweispapieren, aber auch nach gefährlichen Gegenständen, um eine mögliche Gefahr von sich selbst abzuwehren, werden aber nicht fündig. M ist der Meinung, dass die Durchsuchung rechtswidrig gewesen sei.

Gemäß den polizeigesetzlichen Vorschriften darf die Polizei eine Person, deren Identität festgestellt werden soll, durchsuchen, wenn dies nach den Umständen zum Schutz des Beamten oder Dritten vor einer Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist. Geht man aufgrund des aggressiven Verhaltens des M davon aus, dass dieser Gegenstände mit sich führen könnte, die zu einem Angriff genutzt werden könnten, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor. Insbesondere ist die Prognoseentscheidung der Polizei, zum Eigenschutz eine Person nach Waffen oder anderen gefährlichen Gegenständen zu durchsuchen, im Zweifel großzügig zu überprüfen (a.A. vertretbar).

Auf der Rechtsfolgeseite gelten die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (rechtsfehlerfreie **Ermessensausübung**; Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**). 500

### cc. Rechtsschutz

Da die Durchsuchung nicht nur den (schlichtes Verwaltungshandeln darstellenden) tatsächlichen Vorgang der Durchsuchung in sich birgt, sondern zugleich den Betroffenen verpflichtet, die tatsächliche Durchsuchung zu dulden (die Duldungsverfügung ist ein Verwaltungsakt), kommt der Durchsuchung eine Doppelnatur zu. Aufgrund der gleichzeitigen konkludenten Duldungsverfügung sind daher solche Rechtsbehelfe zulässig, die allgemein gegen Verwaltungsakte zulässig sind. In Betracht kommt daher stets die **Anfechtungsklage**. Da sich die Maßnahme in aller Regel jedoch bereits vor Klageerhebung erledigt haben wird, ist in diesen Fällen die **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO statthaft. 501

## b. Durchsuchung von Sachen

- 502** Eine Durchsuchung von Sachen<sup>651</sup>, die einen Eingriff jedenfalls in Art. 2 I GG (allgemeine Verhaltensfreiheit), ggf. aber auch in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) darstellt, wird zumeist nicht isoliert durchgeführt, sondern von der Polizei i.d.R. im Zusammenhang mit anderen Maßnahmen in Betracht gezogen. Analysiert man die in der Befugnisnorm normierten Anlasstatbestände, wird deutlich, dass die Durchsuchung von Sachen regelmäßig
- als **Vorbereitungsmaßnahme** zur Ingewahrsamnahme und zur Sicherstellung,
  - als **Begleitmaßnahme** zur Durchsuchung von Personen sowie
  - als **Durchsetzungsmaßnahme** zur Identitätsfeststellung ergehen kann.
  - Nach einigen novellierten Polizeigesetzen ist die Durchsuchung von Sachen auch dann erlaubt, wenn diese von Personen mitgeführt werden, die sich an einem **bestimmten Ort aufhalten bzw. angetroffen werden**. Das Vorliegen einer Gefahr ist dabei offenbar nicht (stets) erforderlich (siehe etwa § 15a I S. 1 Nr. 4-7 HmbSOG). Immerhin wird bei einigen diese Tatstände gefordert, dass auf die jeweilige Person bezogene tatsächliche Anhaltspunkte die Durchsuchung erforderlich machen (vgl. § 15a I S. 2 HmbSOG in Bezug auf § 15a I S. 1 Nr. 4 und 5 HmbSOG) – siehe dazu Rn 517a/517b.
  - Und nach Art. 22 I Nr. 1 BayPAG ist die Durchsuchung einer Sache auch bei Vorliegen einer nur abstrakten Gefahr erlaubt, wenn auf deren Grundlage die Person durchsucht werden darf, die die Sache mitführt (Art. 21 I Nr. 3 BayPAG) – siehe dazu Rn 508a.
- 503** Fraglich ist, ob die Durchsuchung von Sachen als eigenständige Maßnahme neben den genannten „Hauptmaßnahmen“ geprüft werden muss oder ob sie von diesen umfasst ist. Sofern die Befugnisnorm über die Durchsuchung von Sachen eigene Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen enthält, die nicht gewürdigt werden könnten, wenn man die Durchsuchung von Sachen als uneigenständige Vorbereitungs-, Begleit- oder Durchsetzungsmaßnahme zur „Hauptmaßnahme“ betrachtete, ist sie separat zu prüfen. Das ist regelmäßig der Fall, wenn sie als Vorbereitungsmaßnahme zur Ingewahrsamnahme und zur Sicherstellung sowie als Begleitmaßnahme zur Durchsuchung von Personen ergeht. In diesen Fällen ist sie eigenständig neben der „Hauptmaßnahme“ zu prüfen. Ergibt sie dagegen als Durchsetzungsmaßnahme zur Identitätsfeststellung, kann sie zusammen mit dieser geprüft werden.

**Beispiel:** Die Polizei möchte die Identität einer verdächtigen Person feststellen. Da diese sich weigert, ihre Identität preiszugeben, durchsucht die Polizei den Rucksack der Person nach Gegenständen, die Aufschluss über die Identität geben.

Die Vorschrift über die Identitätsfeststellung (IDF) sieht auf der Rechtsfolgeseite u.a. vor, dass die Polizei zur Feststellung der Identität die Sachen des Pflichtigen nach Gegenständen durchsuchen darf, die zur IDF dienen. Da die Befugnisnorm über die Durchsuchung von Sachen keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen enthält, die im Rahmen der IDF zu beachten wären, müssen in der Klausur auch nicht die Voraussetzungen der Durchsuchung von Sachen geprüft werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Polizei die Sachen nicht nur zur IDF durchsucht, sondern auch zu anderen Zwecken. Dann ist eine separate Prüfung erforderlich.

- 504** Unter **Sachen** sind alle körperlichen Gegenstände i.S.v. § 90 BGB (wegen § 90a S. 3 BGB auch Tiere) zu verstehen, insbesondere bewegliche Sachen wie mitgeführte Taschen, Gepäckstücke oder Fahrzeuge. Auch am Körper befindliche **Kleidungsstücke**

<sup>651</sup> Vgl. § 18 MEPolG; Bund: § 44 BPolG; BW: § 35 PolG; Bay: Art. 22 PAG; Berl: § 35 ASOG; Brand: § 22 PolG; Brem: § 18 PolG; Hamb: § 15a SOG; Hess: § 37 SOG; MeckVor: § 57 SOG; Nds: § 23 POG; NRW: § 40 PolG; RhLPf: § 19 POG; Saar: § 18 PolG; Sachs: § 28 PVDG; SachsAnh: § 42 SOG; SchlHolst: § 206 LVwG; Thür: § 24 PAG, § 19 OBG.

(Hose, Jacke, Hemd etc.) unterfallen eigentlich dem Begriff der Sache, allerdings richtet sich deren Durchsuchung wegen des (intensiveren) Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre nicht nach der Standardmaßnahme *Durchsuchung von Sachen*, sondern nach der Standardmaßnahme *Durchsuchung von Personen*. Wichtig ist diese Erkenntnis etwa für die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschrift, dass Durchsuchungen von Personen grundsätzlich nur von Beamten desselben Geschlechts vorgenommen werden dürfen.

Freilich wird man wiederum von der Anwendbarkeit der Standardmaßnahme *Durchsuchung von Sachen* ausgehen müssen, wenn ein Kleidungsstück durchsucht wird, das der Adressat zuvor ausgezogen hat/ausziehen musste. Auch die Verfahrensvorschrift, dass Durchsuchungen von Personen grundsätzlich nur von Beamten desselben Geschlechts vorgenommen werden dürfen, ist in diesem Fall nicht – auch nicht analog – anwendbar, weil der Schutzzweck (Wahrung der Intimsphäre) dann nicht in dem Maße greift, dass die genannte Verfahrensvorschrift beachtet werden müsste.

Der Begriff der Sache umfasst ferner auch ein **Grundstück**, das nicht befriedetes Besitztum und damit **keine Wohnung** im Sinne der Standardmaßnahme *Durchsuchen von Wohnungen* ist. Die Durchsuchung z.B. eines eingezäunten Hausgartens ist daher nur zulässig, wenn die besonderen Voraussetzungen einer Wohnungsdurchsuchung vorliegen. **Kraftfahrzeuge** sind Sachen und können grundsätzlich auf der Grundlage der Standardmaßnahme *Durchsuchen von Sachen* durchsucht werden. Problematisch ist es aber dann, wenn das Fahrzeug, das durchsucht werden soll, ganz oder teilweise auch Wohnzwecken dient. Das kann z.B. bei Lastkraftwagen mit Schlafkojen, zum Schlafen eingerichtete Kombiwagen, Wohnmobilen oder Wohnwagen der Fall sein. Sieht man diese Fahrzeuge als Wohnung i.S.d. Art. 13 I GG an, dürfen sie nur unter den strengen Voraussetzungen der Standardmaßnahme *Durchsuchen von Wohnungen* durchsucht werden. Im Einzelfall kann es für die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung also entscheidend sein, eine Sache oder eine Wohnung anzunehmen. Entsprechend dem Schutzzweck des Art. 13 I GG, die Intimsphäre des Menschen zu wahren, wird man darauf abstellen müssen, ob das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Durchsuchung tatsächlich Wohnzwecken dient und im Hinblick darauf mit persönlichen Gegenständen ausgestattet ist. Dieses wird z.B. für ständig bewohnte Wohnwagen oder für Wohnfahrzeuge während eines vorübergehenden Aufenthalts auf einem Campingplatz ohne weiteres anzunehmen sein. Das Gleiche dürfte auch für Wohnmobile gelten, die nicht nur „leer stehen“, überführt oder gar nur als Pkw eingesetzt werden, sondern am Tag der Durchsuchung tatsächlich als Übernachtungsgelegenheit gedient haben oder noch dienen werden. Vor diesem Hintergrund wird man auch die Frage, inwieweit **Hausboote** oder **Zelte** auf der Grundlage der Standardmaßnahme *Durchsuchen von Sachen* oder *Durchsuchen von Wohnungen* durchsucht werden dürfen, beantworten müssen.<sup>652</sup> Eine **Online-Durchsuchung von Computern** ist keine Sachdurchsuchung<sup>653</sup>, da es nicht um die Durchsuchung einer Sache im „klassischen Sinne“ geht, sondern um eine Maßnahme der Polizei (oder eines Nachrichtendienstes), mit der (stationär oder via Internet) bestimmte Programme („Trojaner“; Spyware) heimlich auf einem informationstechnischen System (d.h. auf einem Computer, auf einem Smartphone, einem Tablet etc.) installiert werden, um dort gespeicherte Daten auszuforschen und (via Internet) zu übermitteln (Rn 308).

<sup>652</sup> Zum Wohnungsbegriff vgl. sogleich Rn 510 ff.

<sup>653</sup> *Schenke*, POR, Rn 166; *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 23 Rn 10.

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

- 505 Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren und Form, siehe Rn 607 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschriften normieren fast alle Polizeigesetze (vgl. etwa § 15a II S. 1 HmbSOG; § 23 II S. 1 NPOG), dass der Inhaber der tatsächlichen Gewalt das Recht hat, **anwesend** zu sein (worauf gem. § 25 I S. 2 VwVfG die Polizisten hinweisen müssen). Damit soll der Betroffene in die Lage versetzt werden, seine Besitz- und Eigentumsposition zu wahren. Für den Fall, dass der Betroffene nicht anwesend ist, soll die Polizei immerhin einen Vertreter, einen erwachsenen Angehörigen, eine Person seines Vertrauens oder eine andere (neutrale) Person heranziehen (vgl. etwa § 15a II S. 2 HmbSOG; § 23 II S. 2 NPOG). Weitere Verfahrensvorschrift ist, dass dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt auf Verlangen eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund zu erteilen ist (vgl. etwa § 15a II S. 3 HmbSOG; § 23 II S. 3 NPOG). Auf das Recht, eine Bescheinigung verlangen zu können, ist ebenfalls gem. § 25 I S. 2 VwVfG hinzuweisen.<sup>654</sup> Einen Richtervorbehalt für die Durchsuchung sehen die Polizeigesetze (anders als § 105 StPO) nicht vor. Die unterschiedliche Regelung ist damit zu erklären, dass das Gefahrenabwehrrecht regelmäßig durch das Erfordernis schnellen Handelns geprägt ist und das Abwarten einer richterlichen Entscheidung dem Zweck der Gefahrenabwehr regelmäßig zuwiderliefe.
- 506 Ein Verstoß gegen eine der genannten Verfahrensvorschriften führt zur **formellen Rechtswidrigkeit** der Durchsuchung, sofern man eine **Heilung** gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG ablehnt. Unter den Voraussetzungen § 46 VwVfG ist der Verfahrensverstoß aber **unbeachtlich**.

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

- 507 Die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Befugnisnorm beschrieben und in der Fallbearbeitung i.d.R. durch Sachverhaltssubsumtion zu prüfen. Was den Grad der erforderlichen Gefahr betrifft, ist eine **konkrete Gefahr** nur für den Fall gefordert, dass die Sache einer Person durchsucht wird, die ihrerseits durchsucht werden darf. Bei den übrigen Tatbestandsvarianten genügt eine **abstrakte Gefahr**. Pflichtig ist regelmäßig der Verhaltens- oder Zustandsstörer. Sofern eine Tatbestandsvariante keine Störereigenschaft voraussetzt, müssen selbstverständlich auch nicht die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines Nichtstörers vorliegen.
- 507a Näherer Betrachtung bedürfen die in einige Polizeigesetze eingefügten Bestimmungen, wonach die Durchsuchung von Sachen offenbar auch ohne Vorliegen einer konkreten Gefahr möglich ist. Es soll genügen, wenn diese Sachen von Personen mitgeführt werden, die sich an einem **bestimmten Ort aufhalten bzw. angetroffen werden**. So darf etwa gem. § 15a I S. 1 Nr. 4-7 HmbSOG die Polizei eine Sache durchsuchen, wenn
- sie von einer Person mitgeführt wird, die an einem „gefährlichen“ Ort, d.h. an Ort angetroffen wird, von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabreden, vorbereiten oder verüben, oder an dem sich gesuchte Straftäter verbergen,
  - sie von einer Person mitgeführt wird, die an einem „gefährdeten“ Ort, d.h. in einer Verkehrs- oder Versorgungsanlage oder -einrichtung, einem öffentlichen Verkehrsmittel, Amtsgebäude oder einem besonders gefährdeten Objekt oder in dessen unmittelbarer Nähe angetroffen wird und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass in diesem Objekt oder in dessen unmittelbarer Nähe Straftaten begangen werden sollen, durch die Personen oder das Objekt gefährdet sind,

---

<sup>654</sup> *Rachor*, in: Lisken/Denninger, E Rn 666.

- sie sich an einem „gefährlichen“ Ort befindet,
- sie sich in einem „gefährdeten“ Ort (bzw. Objekt) oder in dessen unmittelbarer Nähe befindet und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass an diesem Ort bzw. in diesem Objekt oder in unmittelbarer Nähe Straftaten begangen werden sollen, durch die Personen oder das Objekt gefährdet sind.

Zu den Begriffen „**gefährliche**“ Orte und „**gefährdete**“ Orte bzw. Objekte siehe Rn 215.

Mit der Formulierung „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass...“ ist eine abstrakte Gefahr bzw. ein Gefahrenverdacht gemeint. Insbesondere kommt es nicht auf die Verantwortlicheneigenschaft des in Anspruch Genommenen. Jeder, der sich in einem der betreffenden Gebiete aufhält, kann also nicht nur einer Identitätsfeststellung (einschließlich Personendurchsuchung), sondern auch einer Sachdurchsuchung unterzogen werden, ohne dass von ihm eine (konkrete) Gefahr ausgehen müsste. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken sowie zu den Anforderungen an eine verfassungskonforme Maßnahme siehe Rn 227/228. Immerhin wird bei einigen diese Tatbestände gefordert, dass auf die jeweilige Person bezogene tatsächliche Anhaltspunkte die Durchsuchung erforderlich machen (vgl. § 15a I S. 2 HmbSOG in Bezug auf § 15a I S. 1 Nr. 4 und 5 HmbSOG – Antreffen an einem gefährlichen oder gefährdeten Ort). Wie die Identitätsfeststellung (einschließlich Personendurchsuchung) muss auch die Sachdurchsuchung jedem Fall willkürfrei sein und sich auf einen Sachgrund stützen lassen.

507b

Einer gesteigerten Aufmerksamkeit bedarf auch die Variante, der zufolge die Polizei ein Fahrzeug durchsuchen darf, in dem sich eine Person befindet, deren Identität bei einer Kontrollstelle festgestellt werden darf mit der Folge, dass sich die Durchsuchung auch auf die in dem Fahrzeug enthaltenen Sachen erstrecken darf (vgl. etwa § 15a I Nr. 8 HmbSOG; § 23 I Nr. 6 NPOG). Diese Bestimmung wird man ebenfalls einengend auslegen bzw. anwenden müssen, und zwar dergestalt, dass die Durchsuchung von Fahrzeugen an einer Kontrollstelle zur Identitätsfeststellung einer Person nur zulässig ist, wenn auch die Person und die von ihr sonst noch mitgeführten Sachen zu dem gleichen Zweck durchsucht werden dürfen, wenn die Person also festgehalten werden darf. Durch diese Auslegung lassen sich ungerechtfertigte Unterschiede in der Reichweite der jeweiligen Eingriffsbefugnisse vermeiden. Dient die Durchsuchung eines Kfz an einer Kontrollstelle demgegenüber dem Auffinden von Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen und Explosivmitteln, reicht es aus, wenn diese Maßnahme den Umständen nach zum Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist. Dieser Zweck der Kontrollstelle dürfte sogar der Regelfall sein.

508

**Beispiel:** Der Verfassungsschutz gelangt aufgrund von Abhörmaßnahmen zu der Erkenntnis, dass Terroristen einen Selbstmordanschlag in der Innenstadt planen. Daher hat die Polizei mehrere Kontrollstellen eingerichtet. In deren Rahmen wird auch T angehalten. Weil dieser sich zudem verdächtig verhält, entschließt sich die Polizei, das Fahrzeuginnere zu durchsuchen.

In diesem Fall durfte die Polizei das Fahrzeug durchsuchen, weil es sich um ein Fahrzeug handelte, in dem sich eine Person befand, deren Identität sie feststellen durfte. Zudem konnte die Polizei die Durchsuchung des Fahrzeugs vornehmen, weil T aus Gründen der Eigensicherung durchsucht werden durfte.

Schließlich ist zu beachten, dass im Fall des Art. 22 I Nr. 1 BayPAG (Durchsuchung einer Sache, die von einer Person mitgeführt wird, die wiederum nach Art. 21 BayPAG durchsucht werden darf) eine Durchsuchung von Sachen auch bei Vorliegen einer nur **drohenden Gefahr** zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Verweis auf Art. 21 BayPAG (Durchsuchung von Personen). Nach Art. 21 I Nr. 3 BayPAG ist die Durchsuchung einer Person auch bei Vorliegen einer nur drohenden Gefahr zulässig, also bei einer

508a

Sachlage, bei der eine Gefahr noch nicht besteht, sondern nur zu entstehen „droht“. Kann also eine Person trotz Vorliegens einer nur drohenden Gefahr durchsucht werden, gilt das auch für die von der Person mitgeführten Sachen (Handtasche, Rucksack, Aktenkoffer etc., aber auch Pkw). Da die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) steht und damit die Möglichkeit einer Durchsuchung sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr ausdehnt, könnten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bestehen (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Gefahr aber für ein bedeutendes Rechtsgut bestehen muss und darunter der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang zu verstehen sind (Art. 11a II BayPAG), dürften die Bedenken im Ergebnis nicht zur Bejahung der Verfassungswidrigkeit führen, zumal der mit einer Durchsuchung verbundene Eingriff in aller Regel nicht so schwer wiegt wie bspw. eine heimliche Überwachungsmaßnahme wie Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Telekommunikationsüberwachung oder Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung. Geboten ist aber eine restriktive Handhabung der in Art. 11a I BayPAG genannten Ableitungsvoraussetzungen der drohenden Gefahr. So muss das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen, dass in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist, oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen müssen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist. Nur dann ist eine Durchsuchung nach Art. 22 I Nr. 1 BayPAG i.V.m. Art. 21 I Nr. 3 BayPAG grundrechtskonform. Unter diesen Voraussetzungen käme dann auch eine Durchsuchung eines vom Durchsuchungsobjekt räumlich getrennten elektronischen Speichermediums in Betracht, soweit von diesem aus darauf zugegriffen werden kann (Art. 22 II S. 1 BayPAG). Namentlich angesprochen ist damit etwa eine Speichercloud.

### **cc. Rechtsschutz**

**509** Zum Rechtsschutz gegen die Durchsuchung von Sachen gilt das zur Durchsuchung von Personen Gesagte entsprechend.

### c. Betreten und Durchsuchen von Wohnungen

Eine mit Blick auf die Bedeutung des Wohnungsgrundrechts äußerst praxis- und studienrelevante Standardmaßnahme stellt das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen zu präventivpolizeilichen Zwecken dar.<sup>655</sup> Eingriffsobjekt ist **Art. 13 I GG**. Dieses Grundrecht dient dem besonderen **Schutz des persönlichen Lebensbereichs**. Der Wohnungsinhaber soll das Recht haben, in seinem „elementaren Lebensraum in Ruhe gelassen zu werden“.<sup>656</sup> Eingriffe in dieses Grundrecht sind daher nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig. So unterscheidet Art. 13 GG in den Absätzen II und VII **Durchsuchungen** von **sonstigen Maßnahmen**, für die nach dem Wortlaut unterschiedliche Schranken gelten. Die Absätze III bis VI enthalten Spezialregelungen für die **akustische** und **optische** Wohnraumüberwachung (z.B. Abhören mittels Wanze oder Richtmikrofon; Beobachtung mittels Kamera), die zwar in besonders gravierender Weise in das Wohnungsgrundrecht eingreifen, wegen ihres klar umrissenen Anwendungsbereichs jedoch keine Rolle in Bezug auf die Standardmaßnahme *Betreteten und Durchsuchen von Wohnungen* spielen. Diese Maßnahmen wurden bereits bei Rn 268 ff. dargestellt. Ob eine **Online-Durchsuchung** von Computern eine Durchsuchung i.S.d. Art. 13 II GG darstellt, ist Gegenstand der Darstellung bei Rn 308 ff. Keinen Fall der Durchsuchung von Wohnungen stellt jedenfalls die heimliche **Überwachung der Telekommunikation** dar. Zwar wird auch mit dieser Maßnahme in besonderem Maße in die Persönlichkeitssphäre eingegriffen, Prüfungsmaßstab ist aber nicht das Wohnungsgrundrecht, sondern das Grundrecht auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 I GG), vgl. dazu Rn 293 ff.

510

Zentraler Begriff ist die Wohnung. Wegen der Bedeutung des Wohnungsgrundrechts ist der Wohnungsbegriff aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in den meisten Polizeigesetzen in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG, das den Wohnungsbegriff weit auslegt<sup>657</sup>, legaldefiniert.

511

So umfasst die **Wohnung** i.S.d. Polizeirechts nicht nur Wohn- und Nebenräume, sondern auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum.<sup>658</sup>

512

Infolge der Hereinnahme jedweder Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderen befriedeten Besitztums in den polizeirechtlichen Wohnungsbegriff reicht dieser damit tendenziell weiter als der verfassungsrechtliche Wohnungsbegriff i.S.d. Art. 13 I GG.<sup>659</sup> Zu den Wohnungen i.S.d. Polizeirechts zählen daher zunächst die durch Art. 13 I GG geschützte Räumlichkeiten, also insbesondere Wohnhäuser, aber auch Etagenwohnungen. Auf die Eigentumsverhältnisse (Wohneigentum; Mietnutzung) kommt es nicht an; entscheidend ist allein die tatsächliche Wohnnutzung. Auch Wohnmobile, Campingwagen, Zelte, Hausboote (nicht jedoch ein gewöhnlicher Pkw, siehe Rn 504

513

<sup>655</sup> Vgl. §§ 19 f. MEPolG; Bund: §§ 45 f. BPolG; BW: § 36 PolG; Bay: Art. 23 f. PAG; Berl: §§ 36 f. ASOG; Brand: §§ 23 f. PolG; Brem: §§ 19 f. PolG; Hamb: §§ 16 f. SOG; Hess: §§ 38 f. SOG; MeckVor: §§ 59 f. SOG; Nds: §§ 24 f. POG; NRW: §§ 41 f. PolG; RhLPfl: §§ 20 f. POG; Saar: §§ 19 f. PolG; Sachs: § 29 PVDG; SachsAnh: §§ 43 f. SOG; SchlHolst: §§ 208 f. LVwG; Thür: §§ 25 f. PAG.

<sup>656</sup> Vgl. BVerfGE 27, 1, 6; 42, 212, 219; 51, 97, 110; 75, 318, 328; 89, 1, 12; 103, 142, 150 ff.; 109, 279, 313; BVerfG NJW 2002, 1333; NJW 2004, 1517; NSTZ 2015, 529, 531; NJW 2018, 2185, 2186.

<sup>657</sup> BVerfGE 32, 54, 68 f.; 65, 1, 40; 76, 83, 88; 89, 1, 12. Vgl. auch BVerfG DÖV 2007, 607, 608 f.; NJW 2008, 2426 f.; NVwZ 2009, 1281, 1282; NJW 2018, 2185, 2186.

<sup>658</sup> Vgl. z.B. Art. 23 I S. 2 BayPAG; § 16 I HmbSOG; § 38 I HessSOG; § 24 I NPOG.

<sup>659</sup> Zum Wohnungsbegriff i.S.d. Art. 13 I GG, der nicht *alle* Geschäftsräume und nicht *jedes* befriedete Besitztum erfasst, vgl. R. Schmidt, Grundrechte, Rn 820 ff. Sehr weit aber BVerfGE 32, 54, 68 ff.; 97, 228, 265. Auch BVerfG NJW 2018, 2385, 2386 (Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Zuge des VW-Diesel-Skandals) geht davon aus, dass Geschäftsräume vom Schutzbereich des Art. 13 I GG erfasst sind.

f.), gelten i.d.R. als Wohnung i.S.v. Art. 13 I GG, **soweit sie (auch) als Medium zur Entfaltung von Privatheit dienen.**<sup>660</sup>

**514 Gemeinschaftsunterkünfte** (Polizei- oder Bundeswehrkasernen, Haftanstalten, Internate, Heime etc.) sollten jedenfalls dann dem Wohnungsbegriff unterfallen, wenn dem Einzelnen eine abschottbare Privatsphäre eingeräumt wird. Ob das der Fall ist, hängt von etlichen Faktoren ab. So entscheiden insbesondere die baulichen Strukturen, die Organisation und der Zweck der Einrichtung.

- So ist bei **Strafvollzugsanstalten** zweifelhaft, ob Hafträume vom Wohnungsbegriff i.S.d. Art. 13 I GG erfasst sind. Das BVerfG verneint dies<sup>661</sup> – jedoch ohne ersichtliche Begründung. Der Verweis auf das „Hausrecht“ betrifft rechtsmethodisch die Frage der Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs, nicht die Eröffnung des Schutzbereichs. Die Verneinung des Schutzbereichs des Art. 13 I GG überzeugt daher nicht, jedenfalls nicht mit dieser (fehlenden) Begründung, zumal das BVerfG selbst formuliert, der Inhaftierte sei Inhaber einer „Privat- und Intimsphäre“ und solle „mit der Zuweisung des Haftraums einen persönlichen, vom allgemeinen Anstaltsbereich abgegrenzten Lebensbereich erhalten“.<sup>662</sup> Mit dieser Formulierung werden gerade die Aspekte benannt, die das Wohnungsgrundrecht („Privat- und Intimsphäre im räumlichen Bereich“) determinieren.
- Jedenfalls dürfte die Unterbringung im Rahmen einer **Sicherungsverwahrung** mit Blick auf die hierzu ergangene Rechtsprechung des BVerfG grundrechtsfreundlicher zu bewerten sein, denn ihr zufolge muss die Sicherungsverwahrung in deutlichem Abstand zum Strafvollzug so vollzogen werden, dass Belastungen, die über den Freiheitsentzug hinausgehen und nicht durch die Maßnahme selbst erforderlich sind, vermieden werden.<sup>663</sup> Der *rechtliche* (nicht faktische) Status der Unterbringungsräume nähert sich damit dem eines Hotelzimmers. Entsprechendes wird man wohl auch für die **Untersuchungshaft** annehmen müssen. Denn die U-Haft muss ebenso wie die Sicherungsverwahrung als ein Sonderopfer des im Falle der U-Haft noch als unschuldig zu behandelnden Beschuldigten betrachtet werden.<sup>664</sup>
- Bei **Bundeswehr- und Polizeikasernen** wird man jedenfalls hinsichtlich „Mehrpersonenstuben“ den Schutzbereich des Art. 13 I GG verneinen müssen. Zum einen besteht schon kein „persönlicher, vom allgemeinen Anstaltsbereich abgegrenzter Lebensbereich“ und zum anderen können auch die Betroffenen nicht vom Bestehen einer abschottbaren Privat- und Intimsphäre ausgehen. Die Ratio des Grundrechtsschutzes greift also nicht. Jedoch wird man **Spinde** (in Sammelunterkünften oder Aufenthaltsräumen von Betrieben) grundsätzlich der Privatsphäre zuordnen müssen mit der Folge, dass deren Durchsuchung nur unter den Voraussetzungen der Wohnungsdurchsuchung rechtmäßig ist (wobei allerdings die Einschränkungen, die für die Nachtzeit gelten, nicht zu beachten sind). Bei Bundeswehrsoldaten gilt die Besonderheit, dass das Leben in Gemeinschaftsunterkünften nur eine sehr eingeschränkte Privatsphäre genießt, vgl. dazu die auf § 18 SoldatengG ergangene Verwaltungsvorschrift des Bundesverteidigungsministers. Immerhin ist in Spinden von Soldaten ein kleines Privatfach vorhanden.
- **Heime** (Obdachlosenheime, Kinderheime, Asylbewerberheime etc.) sind ebenso wenig pauschal zu beurteilen. Auch hier kommt es auf das Vorhandensein einer abschottbaren Privat- und Intimsphäre an. So hat auch das OVG Hamburg hinsichtlich einer Wohnun-

<sup>660</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 1517 (Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Rechtsanwalt); VGH Mannheim DVBl 1998, 96; *Schenke*, POR, Rn 169; *Ruthig*, JuS 1998, 506, 508 ff.

<sup>661</sup> Vgl. BVerfG NJW 1996, 2643; BGH NJW 1998, 3284. Vgl. auch BGH NJW 2009, 2463 ff.

<sup>662</sup> BVerfG NJW 1996, 2643.

<sup>663</sup> Vgl. BVerfGE 128, 326, 366 ff.

<sup>664</sup> Vgl. dazu auch *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 853 ff. sowie ausführlich *Hartmann/Schmidt*, StrafProzR, 7. Aufl. 2018, Rn 499, 501, 718e. Zu den Konsequenzen (etwa beim Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes mittels technischer Maßnahmen) vgl. ebd. Rn 1114a.

terkunft für Asylbewerber entschieden, bei den zur individuellen Nutzung überlassenen Zimmern handele es sich um eine Wohnung (i.S.d. HambVwVG).<sup>665</sup>

Die Entscheidung, ob eine Wohnung i.S.d. Art. 13 I GG (und auch i.S.d. Polizeirechts) vorliegt, ist für den Betroffenen mitunter ganz erheblich. So ist zunächst das grundrechtliche Schutzniveau erhöht und Eingriffe sind nur nach Maßgabe der Schrankenregelung des Art. 13 III-VII GG unter restriktiver Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt.<sup>666</sup> Bei Durchsuchungen greift des Weiteren der Richtervorbehalt gem. Art. 13 II GG, der strenge Anforderungen an die Entbehrlichkeit der vorherigen richterlichen Entscheidung wegen Gefahr im Verzug aufstellt.<sup>667</sup> Das alles gilt nicht, wenn der Schutzbereich des Art. 13 I GG (und der polizeirechtliche Wohnungsbegriff) verneint wird. 515

Zu den **Nebenräumen** zählen z.B. Keller, Wirtschaftsräume, Dachböden, aber auch Garagen. Unter den Begriff **Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume**, die ebenfalls vom polizeirechtlichen Wohnungsbegriff erfasst sind, fallen z.B. Werkstätten, Lagerhallen, Verkaufsräume, ärztliche Behandlungszimmer, Kanzleiräume von Rechtsanwältinnen etc. 516

Zu dem im Zusammenhang mit der Wohnung i.S.d. Polizeirechts genannten **befriedeten Besitztum** gehört das durch Zäune, Hecken, Gräben oder in anderer Weise eingefriedete, nicht nur landwirtschaftlich genutzte Grundstück. Das Grundstück wird jedoch nur dann vom Begriff des befriedeten Besitztums erfasst, wenn es gegenüber der Öffentlichkeit real abgeschirmt ist. Um den Schutz des Art. 13 I GG zu bejahen, muss es sich zudem in unmittelbarer Nähe eines vom Wohnungsbegriff erfassten Gebäudes befinden<sup>668</sup>; es muss stets ein Zusammenhang mit der Wohnung bestehen und der Zugang muss durch ein Hindernis zumindest erschwert werden. 517

Die Unterscheidung zwischen Wohn- und Nebenräumen einerseits und Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen sowie sonstigem befriedeten Besitztum andererseits ist unter dem Aspekt der (v.a. inhaltlichen und zeitlichen) Begrenzung des Betretungsrechts relevant. 518

- So bestimmen die meisten Polizeigesetze, dass **Arbeits-, Betriebs- oder Geschäftsräume** (sowie andere Räume und Grundstücke) zum Zweck der Gefahrenabwehr (damit ist die Aufgabenerfüllung gemäß den Aufgabenzuweisungsnormen der Polizeigesetze gemeint, also die einfache Gefahrenabwehr) **während der Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeiten** sowie in der Zeit, in der sich Kunden, Arbeitnehmer oder andere Personen dort aufhalten, betreten (nicht auch durchsucht!) werden dürfen (siehe etwa § 16 V S. 1 HmbSOG).
- Daraus lässt sich jedoch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass ein Betreten außerhalb dieser Zeiten nicht möglich wäre. Selbstverständlich dürfen sie auch in den sonstigen Zeiten betreten (und auch durchsucht) werden, sofern die strengeren, allgemein für Wohnungsbetretungen und -durchsuchungen geltenden Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen (vgl. dazu Rn 540 ff.). Vor diesem Hintergrund ist auch bspw. § 16 V S. 2 HmbSOG zu verstehen, wo es heißt: „Dies gilt nicht, wenn diese Räume für einen sachlich und personell eng abgegrenzten Personenkreis bestimmt und Vorkehrungen getroffen sind, die andere am Betreten hindern.“ Damit soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass die erleichterten Betretungsrechte nicht gelten.

<sup>665</sup> OVG Hamburg NVwZ-RR 2021, 322, 323 ff.

<sup>666</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 853 ff.

<sup>667</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 847 ff.

<sup>668</sup> BGH NJW 1997, 2189 zum Vorgarten.

- Für die Nachtzeit (vgl. dazu § 104 III StPO) gelten jedoch strengere Voraussetzungen an die Rechtmäßigkeit („gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person“ oder „Sachen von bedeutendem Wert“). Besteht aber eine von der Wohnung ausgehende erhebliche, die Nachtruhe Dritter beeinträchtigende Störung, sehen die meisten Polizeigesetze (wie etwa § 16 III HmbSOG) vor, dass die Polizei eine Wohnung auch während der Nachtzeit und ohne diese strengen Voraussetzungen betreten darf. Freilich steht dies in Konflikt zu Art. 13 VII GG, der die Betretung nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen zulässt (dazu Rn 545 ff.).

**519** Zu beachten ist aber, dass selbst wenn eine Wohnung i.S.d. Polizeirechts vorliegt, das **GastG** und die **GewO** die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts im gewerbespezifischen Gefahrenbereich sperren (vgl. § 1 GewO). Liegen also die Voraussetzungen eines Grundrechtseingriffs nach dem GastG oder der GewO vor, kommen von vornherein ein Betreten und Durchsuchen nach dem Polizeigesetz nicht in Betracht. Die Sperrwirkung des GastG und der GewO gilt jedoch **nicht** (1.) für die Polizei im Rahmen ihrer **Eilzuständigkeit** und (2.) für Gefahren, die nicht den Gewerbetreibenden betreffen.<sup>669</sup> Des Weiteren gehen fachgesetzliche Bestimmungen wie z.B. § 22 **ArbSchG**, § 17 II **HandwO**, § 16 I **InfSchG**, § 16 III **TierSchG** und § 24 V-VII **TierGesG** den polizeigesetzlichen Bestimmungen über das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen vor.

**520** Auch ist zu beachten, dass einige Polizeigesetze die Eingriffsvoraussetzungen für das Betreten teilweise weniger streng formulieren, als es **Art. 13 VII GG** zulässt. In einem solchen Fall also der Schutzbereich des Art. 13 I GG eröffnet, ist die betreffende polizeigesetzliche Rechtsgrundlage **verfassungskonform** auszulegen, d.h. ein Eingriff ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 13 VII GG, der wiederum eng auszulegen ist, zulässig. Vgl. dazu Rn 545 ff.

**521** Da die Polizeigesetze zum Betreten (und Durchsuchen) von Wohnungen ohne Einwilligung des Berechtigten ermächtigen, heißt dies, dass ein Grundrechtseingriff nicht vorliegt und es keiner Rechtfertigung bedarf, wenn der Wohnungsinhaber in das Betreten und Durchsuchen einwilligt (sog. **Grundrechtsverzicht**), wobei die Einwilligung freiwillig sein muss. Sie kann auch konkludent erfolgen.

**Beispiel:** Auf einer nächtlichen Streifenfahrt beobachtet die Polizei durch ein Wohnzimmerfenster, wie eine Person eine andere mit einer Schusswaffe bedroht. Unbemerkt verschafft sie sich Zugang in die Wohnung, um die Schussabgabe abzuwenden.

Unterstellt, dass nur die bedrohte Person Wohnungsinhaberin ist, darf davon ausgegangen werden, dass sie mit dem Betreten ihrer Wohnung durch die Polizei einverstanden ist. Es liegt ein Grundrechtsverzicht vor, der eine weitere Prüfung der Rechtmäßigkeit der Wohnungsbetretung mit Art. 13 I GG als Prüfungsmaßstab überflüssig macht. Denn wo kein Grundrechtseingriff vorliegt, besteht auch kein Rechtfertigungsbedürfnis. Lässt sich die Frage nach dem Grundrechtsverzicht nicht klären, ist dies unschädlich, sofern die Voraussetzungen des Art. 13 II-VII GG i.V.m. der polizeigesetzlichen Befugnisnorm vorliegen. Zum Grundrechtsverzicht vgl. auch das Beispiel bei Rn 539.

**522** Willigt der Wohnungsinhaber jedoch nur unter dem Druck der Obrigkeit ein (Beispiel: die Polizei droht mit der gewaltsamen Öffnung der Tür, falls diese nicht „freiwillig“ geöffnet werde), ist die Freiwilligkeit selbstverständlich zu verneinen. Einen Grundrechtsverzicht wird man ebenfalls verneinen müssen, wenn der Betroffene die Tragweite eines Grundrechtsverzichts nicht überblickt. Bei der Annahme eines Grundrechtsverzichts ist also Zurückhaltung geboten.

---

<sup>669</sup> Vgl. dazu näher Rn 1129 ff.

Das Betreten und Durchsuchen von Räumen kann sowohl zum Zweck der **Strafverfolgung** (§§ 102 ff. StPO) als auch zum Zweck der **Gefahrenabwehr** erfolgen. Das kann im Einzelfall die Frage aufwerfen, ob die Polizei repressiv oder präventiv tätig ist bzw. war.

523

**Beispiel:** In einem mehrere Wohnungen umfassenden Mietshaus hört ein Mieter lautstarkes Geschrei in der über ihm gelegenen Wohnung. In der Annahme, dass dort körperliche Misshandlungen vorgenommen werden, ruft er die Polizei. Diese erscheint sofort und fordert die in der fraglichen Wohnung befindlichen Personen auf, die Tür zu öffnen. Als diese nicht geöffnet wird und sich im Übrigen das Geschrei noch verstärkt, geht die Polizei von einer Gefahr im Verzug aus und bricht die Tür auf.

Das Aufbrechen der Tür war zum Betreten der Wohnung und zu deren Durchsuchung unerlässlich. Daher ist das Verhalten der Polizei einheitlich zu bewerten. Wie bereits dargestellt, kann die Polizei sowohl präventiv (also zur Gefahrenabwehr) als auch repressiv (also zur Verbrechensbekämpfung) tätig sein. Da hier aber unterschiedliche Rechtmäßigkeitsanforderungen bestehen, kann eine Unterscheidung nicht dahinstehen. Abzustellen ist auf das **Schweregewicht des polizeilichen Handelns**. Bei der Ermittlung des Schweregewichts ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass ein *Verdacht einer Straftat* besteht und die Polizei weitere Sachverhaltsaufklärungen durchführt, ist von einer repressivpolizeilichen Tätigkeit auszugehen. Steht demgegenüber die *Verhütung von (weiteren) Straftaten* im Vordergrund, ist von einer präventivpolizeilichen Maßnahme auszugehen (vgl. dazu im Einzelnen Rn 87 ff.). Vorliegend wusste die Polizei im Zeitpunkt des Aufbrechens der Tür noch nicht, was sie erwarten würde. Ihr konnte es daher lediglich darum gehen, eine mögliche Gefährdung des Rechtsguts Leib oder Leben abzuwenden. Der Zweck des Einschreitens lag also in der Gefahrenabwehr. Die Rechtsgrundlage für das Einschreiten ist somit im Gefahrenabwehrrecht zu suchen. Vorliegend einschlägig sind daher die Normen über das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen sowie die über den unmittelbaren Zwang.

Anmerkung: Rechtskonstruktiv ist es möglich (und m.E. auch geboten), zunächst das Aufbrechen der Tür als Maßnahme des unmittelbaren Zwangs zu werten und sodann das Betreten der Wohnung zu prüfen. Es ist aber auch vertretbar, das Aufbrechen der Tür als „Begleitmaßnahme“ zum Betreten zu werten. Dann aber kommt der eigenständige Grundrechtseingriff in Art. 14 I S. 1 GG (Eigentumsbeeinträchtigung wegen der Beschädigung der Tür) nicht hinreichend zur Geltung.

## aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der präventivpolizeilichen Wohnungsbetretung und -durchsuchung gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren und Form, siehe Rn 607 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze in Ausprägung des Art. 13 II GG einen **Richtervorbehalt**, der jedoch **nur für die Durchsuchung**, nicht auch für das Betreten gilt (vgl. etwa § 16a I HmbSOG). Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung sind nur bei **Gefahr im Verzug** zulässig (vgl. dazu näher Rn 528 ff.).

524

Des Weiteren gewähren die Polizeigesetze das Recht des Wohnungsinhabers, bei der Durchsuchung oder der Betretung **anwesend** zu sein. Auch ist ihm der **Grund** für das Betreten bekannt zu geben, sofern dadurch nicht der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Ferner ist eine **Niederschrift** hinsichtlich der Durchführung der Maßnahme anzufertigen und eine Durchschrift ist auszuhändigen. Der zwingende Inhalt der Niederschrift (Grund, Zeit, Ort, Ergebnis der Durchsuchung) ist den Polizeigesetzen zu entnehmen (vgl. etwa § 16a IV HmbSOG; § 25 IV NPOG). Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushändigung einer Durchschrift nach den besonderen Umständen des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck der Durchsuchung gefährden, ist der

525

oder dem Betroffenen lediglich die Durchsuchung unter Angabe der verantwortlichen Behörde sowie der Zeit und des Ortes der Durchsuchung schriftlich zu bestätigen (vgl. etwa § 16a V HmbSOG; § 25 V NPOG).

- 526** Insbesondere **Richtervorbehalt**: Gemäß Art. 13 II GG und den insoweit lediglich klarstellenden Bestimmungen der Polizeigesetze<sup>670</sup> dürfen **Durchsuchungen** (nicht das bloße Betreten, das ausschließlich unter Art. 13 VII GG subsumiert werden kann) grundsätzlich nur durch den **Richter** angeordnet werden. Der Richtervorbehalt zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz.<sup>671</sup> Der Richter darf die Durchsuchung nur anordnen, wenn er sich aufgrund umfassender Prüfung der Ermittlungen überzeugt hat, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist. Er muss den zeitlichen und inhaltlichen Rahmen, die Grenzen und das Ziel der Durchsuchung definieren. Dabei verlangt Art. 13 II GG i.V.m. Art. 1 I, III und Art. 20 III GG vom Richter, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu gewährleisten, dass der Eingriff in die Grundrechte rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.<sup>672</sup>
- 527** Zuständig für die Erteilung der Durchsuchungsanordnung ist das **Amtsgericht**. Denn entsprechend der in § 40 I S. 2 VwGO eingeräumten Ausnahmemöglichkeit wurde gemäß den polizeilichen Bestimmungen (vgl. etwa § 16a I S. 2 HmbSOG; § 25 I S. 2 NPOG; § 21 I S. 2 RhIPfPOG) zum sachlich zuständigen Gericht nicht das Verwaltungsgericht, sondern das Amtsgericht bestimmt. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des FamFG entsprechend (vgl. etwa § 16a I S. 3 HmbSOG; § 25 I S. 3 i.V.m. § 19 IV NPOG; § 21 I S. 3 RhIPfPOG). Diese Rechtswegzuweisung erfasst allerdings nicht die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes nach Beendigung der Durchsuchung. Vielmehr verbleibt es insoweit bei der allgemeinen Rechtswegregelung des § 40 I S. 1 VwGO. Der nachträgliche Rechtsschutz schließt auch die Überprüfung ein, ob die Voraussetzungen einer Gefahr im Verzug vorgelegen haben.<sup>673</sup> Vgl. dazu Rn 288.
- 528** Bei **Gefahr im Verzug** kann die Durchsuchung gem. Art. 13 II GG ausnahmsweise auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet werden. Das sind im Bereich der Strafverfolgung gem. § 105 I StPO die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 GVG), im Bereich der hier relevanten Gefahrenabwehr die Polizei selbst<sup>674</sup>.
- 529** Im Bereich der Strafverfolgung besteht der Zweck der Eilkompetenz in der Ermöglichung eines schnellen und situationsgerechten Handelns zur Gewährleistung einer effektiven und funktionstüchtigen Strafverfolgung durch die Ermittlungsbehörden<sup>675</sup>; insbesondere soll einem drohenden Beweismittelverlust entgegengetreten werden<sup>676</sup>. Im Bereich der Gefahrenabwehr steht die effektive Verhinderung eines Schadens an einem polizeirechtlichen Schutzgut im Mittelpunkt.
- 530** Art. 13 GG enthält keine Legaldefinition des Begriffs „Gefahr im Verzug“. Wegen des hohen Wertes des Schutzguts „Wohnung“ und der Ausnahmesituation, in der eine

<sup>670</sup> Vgl. §§ 20 I S. 1 MEPolG; Bund: § 46 I S. 1 BPolG; BW: § 36 V PolG; Bay: Art. 24 I PAG; Berl: § 37 I S. 1 ASOG; Brand: § 24 I S. 1 PolG; Brem: § 20 I S. 1 PolG; Hamb: § 16a I S. 1 SOG; Hess: § 39 I S. 1 SOG; MeckVor: § 59 V S. 1 SOG; Nds: § 25 I S. 1 POG; NRW: § 42 I S. 1 PolG; RhIPf: § 21 I S. 1 POG; Saar: § 20 I S. 1 PolG; Sachs: § 30 I S. 1 PVDG; SachsAnh: § 44 I S. 1 SOG; SchlHolst: § 208 V S. 1 LVwG; Thür: § 26 I S. 1 PAG.

<sup>671</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 531 mit Verweis auf BVerfGE 20, 162, 223; 57, 346, 355 f.; 76, 83, 91; 103, 142, 151.

<sup>672</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 531; BVerfGE 96, 44, 51; 103, 146, 151. Vgl. auch BVerfG NJW 2007, 1345, 1346.

<sup>673</sup> BVerfGE 103, 142, 150 ff.

<sup>674</sup> Vgl. §§ 20 I S. 1 MEPolG; Bund: § 46 I S. 1 BPolG; BW: § 36 V PolG; Bay: Art. 24 I PAG; Berl: § 37 I S. 1 ASOG; Brand: §§ 24 I S. 1 PolG; Brem: § 20 I S. 1 PolG; Hamb: § 16a I S. 1 SOG; Hess: § 39 I S. 1 SOG; MeckVor: § 59 V S. 1 SOG; Nds: § 25 I S. 1 POG; NRW: § 42 I S. 1 PolG; RhIPf: § 21 I S. 1 POG; Saar: § 20 I S. 1 PolG; Sachs: § 30 I S. 1 PVDG; SachsAnh: § 44 I S. 1 SOG; SchlHolst: § 208 V S. 1 LVwG; Thür: § 26 I S. 1 PAG.

<sup>675</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 532.

<sup>676</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 532; BVerfGE 103, 142, 154.

Durchsuchung der Wohnung ohne richterliche Durchsuchungsanordnung stattfinden darf, mahnt das BVerfG (jedenfalls bezüglich der Strafverfolgung) eine restriktive Auslegung an.<sup>677</sup> Da die Annahme von „Gefahr im Verzug“ die Anordnungs-kompetenz ausnahmsweise vom Richter auf die Strafverfolgungsbehörden verlagere, sei der Begriff „Gefahr im Verzug“ **eng auszulegen**. „Gefahr im Verzug“ sei nur anzunehmen, wenn die richterliche Anordnung nicht mehr eingeholt werden könne, ohne dass der Zweck der Maßnahme (regelmäßig die Sicherstellung von Beweismitteln) gefährdet werde.<sup>678</sup> Auf jeden Fall müssten aber stets alle Versuche unternommen werden, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Der Richtervorbehalt verpflichte daher die Länder, alle möglichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, damit ein Richter **jedenfalls bei Tage und in den Abendstunden erreichbar ist**.<sup>679</sup> Daher ist es mit dem Richtervorbehalt des Art. 13 II GG nicht vereinbar, wenn in einer Großstadt am frühen Abend gegen 18:00 Uhr eine Wohnung allein aufgrund der Anordnung der handelnden Polizeibeamten ohne den Versuch, einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken, durchsucht wird.<sup>680</sup> Bei **Nachtzeit** (§ 104 III StPO) ist eine Erreichbarkeit jedenfalls bei einem Bedarf zu gewährleisten.<sup>681</sup> Ein richterlicher Bereitschaftsdienst „rund um die Uhr“ ist aber nur dann erforderlich, wenn hierfür ein praktisches Bedürfnis besteht. Kommt es also in einem Bundesland nur einzeln zu nächtlichen Durchsuchungsanordnungen, gefährdet das Fehlen eines richterlichen Nachtdienstes die Regelzuständigkeit des Art. 13 II GG nicht.<sup>682</sup> Bevor die Polizeibeamten aber eigenmächtig Gefahr im Verzug annehmen, müssen sie wenigstens versuchen, vor der strafprozessualen Wohnungsdurchsuchung eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Ist dies nicht möglich, müssen sie (sofern es um Strafverfolgung geht) zumindest die Anordnung der Staatsanwaltschaft herbeiführen.

Die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörde endet aber (trotz drohenden Beweismittelverlusts), sobald ein Richter mit einem Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung befasst ist (d.h., sobald die Staatsanwaltschaft einen Antrag auf Erlass eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses gestellt hat). Denn ab diesem Zeitpunkt trägt grds. allein der Richter die Verantwortung für die Anordnung der Durchsuchung. Ein Einschreiten ohne richterliche Verfügung ist dann auch bei Annahme von Gefahr im Verzug ausgeschlossen. Lediglich, wenn tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich *nicht* aus dem eingeleiteten Prozess der richterlichen Prüfung und Entscheidung über den Durchsuchungsantrag ergeben, und *hierdurch* die Gefahr eines Beweismittelverlusts begründet wird („überholende Kausalität“), kann die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörde neu begründet werden.<sup>683</sup>

531

Fazit: Nach diesen Grundsätzen muss die Strafverfolgungsbehörde also zunächst versuchen, einen Richter zu erreichen. Die Gerichte wiederum müssen die Erreichbarkeit des Dienst habenden Ermittlungsrichters gewährleisten. Erst wenn bei Beachtung dieser Grundsätze ein Beweismittelverlust droht, dürfen die Staatsanwaltschaft bzw. deren Ermittlungspersonen Gefahr im Verzug annehmen und eine Wohnung ohne richterliche Verfügung durchsuchen.<sup>684</sup> Nach Stellen eines Antrags auf Erlass eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses durch die Staatsanwaltschaft ist die Eilkompetenz der Strafverfolgungsbehörde selbst bei Gefahr im Verzug ausgeschlossen.<sup>685</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn nachträglich Umstände eintreten oder bekannt werden,

532

<sup>677</sup> BVerfGE 103, 142 ff.; wiederholt in BVerfG NSTz 2015, 529, 532.

<sup>678</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 532 mit Verweis auf BVerfGE 51, 97, 111; 103, 142, 153 f.

<sup>679</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 531 mit Verweis u.a. auf BVerfGE 103, 142, 152 u. 156; 105, 239, 248.

<sup>680</sup> BVerfG NJW 2007, 1345. Vgl. auch BVerfG NJW 2015, 1005, 1006.

<sup>681</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 531.

<sup>682</sup> BVerfG NJW 2004, 1442.

<sup>683</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 534.

<sup>684</sup> BVerfGE 103, 142, 155 ff.; BVerfG NSTz 2015, 529, 532.

<sup>685</sup> BVerfG NSTz 2015, 529, 534.

die nicht Gegenstand des Antrags auf Erlass eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses waren.<sup>686</sup>

- 533 Da sich die erwähnten Urteile auf eine *repressivpolizeiliche* Durchsuchung beziehen, ist fraglich, ob die dabei aufgestellten Grundsätze auch auf eine *präventivpolizeiliche* Durchsuchung übertragbar sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die restriktive Auslegung des Begriffs „Gefahr im Verzug“ zwar grds. auf das Gefahrenabwehrrecht übertragbar. Zu beachten ist aber die hier bestehende engere zeitliche Nähe zum möglichen Schadenseintritt: Während bei der Strafverfolgung nach Auffassung des BVerfG i.d.R. genügend Zeit bleibt, die vorherige richterliche Durchsuchungsanordnung einzuholen, kennzeichnet sich das Gefahrenabwehrrecht gerade durch das Erfordernis des raschen Handelns. Die vorherige Einholung einer richterlichen Durchsuchungsanordnung würde in vielen Fällen die Effektivität der Gefahrenabwehr in Frage stellen. Daher müssen in jedem Einzelfall eine Prognose des handelnden Polizeibeamten über den möglichen Verlauf des Geschehens und eine Abwägung zwischen dem Rechtsgut „Unverletzlichkeit der Wohnung“ und dem gefährdeten Rechtsgut, das es im konkreten Fall zu schützen gilt, angestellt werden.

**Beispiel:** Die Polizei erhielt an einem Sonntag um 11.55 Uhr einen anonymen Anruf, dass in einer Wohnung in der Martinstraße eine Zeitbombe platziert worden sei, deren Zeitzünder auf 14.30 Uhr eingestellt sei. Da die Polizei den Anruf aufgrund einschlägiger Erfahrungen ernst nahm, durchsuchte sie ohne Zögern sämtliche Wohnungen der in der Martinstraße gelegenen Häuser. Verschlussene Wohnungen wurden aufgebrochen.

Hier bestand eine zuverlässige Prognose über das Vorliegen einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr für Leib oder Leben, sodass jede Zeitverzögerung nicht zu rechtfertigen gewesen wäre. Die vorherige Einholung einer (schriftlichen) richterlichen Durchsuchungsanordnung war somit entbehrlich. Das Aufbrechen und Durchsuchen der Wohnungen waren rechtmäßig.

- 534 Nach Beendigung der Durchsuchung bedarf es – anders als bei der Ingewahrsamnahme – keiner richterlichen Entscheidung mehr. Rechtsschutz erhält der Betroffene dadurch, dass er nachträgliche Rechtsmittel einlegen kann (siehe dazu Rn 558).
- 535 Ein Verstoß gegen eine dieser Verfahrensvorschriften führt zur **formellen Rechtswidrigkeit** der Durchsuchung, sofern man eine **Heilung** gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG ablehnt. Zu denken ist aber an eine **Unbeachtlichkeit** gem. § 46 VwVfG. Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt ist weder heilbar noch unbeachtlich.

## bb. Materielle Rechtmäßigkeit

- 536 Zwar dienen das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung zumeist (nur) der Vorbereitung einer anderen gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahme wie z.B. der Vorführung, der Ingewahrsamnahme oder der Sicherstellung, wegen des hohen Schutzniveaus des Art. 13 I GG sind das Betreten und Durchsuchen aber stets separat zu prüfen und an den Maßstäben der Gesetzesvorbehalte der Art. 13 II GG (Durchsuchen) und Art. 13 VII GG (Betreten)<sup>687</sup> zu messen.

---

<sup>686</sup> BVerfG NStZ 2015, 529, 534.

<sup>687</sup> Zwar heißt es in Art. 13 VII GG „Eingriffe und Beschränkungen dürfen im Übrigen nur zur ... vorgenommen werden“, was darauf schließen lässt, dass sich sämtliche in Art. 13 I GG eingreifenden präventivpolizeilichen Maßnahmen (und damit auch die Durchsuchung und der Einsatz technischer Mittel) am Maßstab des Art. 13 VII GG messen lassen müssen. Allerdings versteht die h.M. Art. 13 VII GG so, dass lediglich „alle übrigen Eingriffe“ (d.h. alle präventivpolizeilichen Maßnahmen *außer* der Durchsuchung und dem Einsatz technischer Mittel) erfasst sind (vgl. nur BVerfG NJW 2018, 2185, 2186; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 13 Rn 57 und wohl auch *Sachs*, JuS 2009, 71 f.).

Die Anlasstatbestände, die zum Betreten und Durchsuchen von Wohnungen ermächtigen, sind in den Befugnisnormen der Polizeigesetze beschrieben. Zentrale Begriffe sind nicht nur die Wohnung, sondern auch das Betreten und die Durchsuchung.

537

### a.) Begriffe des Betretens und der Durchsuchung

Während unter **Betreten** das Eintreten, Verweilen und Besichtigen der Wohnung zu verstehen ist, liegt in einer **Durchsuchung** das ziel- und zweckgerichtete Suchen nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber des Raums von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.<sup>688</sup>

538

Das Durchsuchen des Raums erlaubt nicht nur das systematische Durchkämmen, sondern auch das Öffnen von Schränken und das Aufreißen von Wandverkleidungen und das Hochreißen von Fußböden.<sup>689</sup> Ob eine Durchsuchung vorliegt, wenn Personen, die sich offen (also nicht versteckt) in der Wohnung aufhalten, kontrolliert werden, wird uneinheitlich gesehen.<sup>690</sup> Dagegen spricht die o.g. Definition, wo von „ziel- und zweckgerichtetem“ Suchen die Rede ist. Dafür spricht aber die Bedeutung des Grundrechtsschutzes aus Art. 13 I GG, der dazu zwingt, wegen des nur für Durchsuchungen geltenden Richtervorbehalts (Art. 13 II GG) im Zweifel eine Durchsuchung anzunehmen.

539

**Beispiel:** Weil die Nachbarin einen heftigen Streit zwischen den Eheleuten M und F und offenbar auch körperliche Übergriffe wahrnimmt, ruft sie die Polizei. Nachdem die beiden Beamten A und B erschienen sind und an der Wohnungstür geklingelt haben, öffnet F, die eine erhebliche und blutende Platzwunde an der Stirn aufweist, die Tür. Sie teilt den Beamten mit, dass sie von ihrem Ehemann (wieder einmal) geschlagen worden sei, und bittet die Polizei herein. In der Wohnung begibt sich B in das Wohnzimmer, wo er M antrifft.

Bezüglich Art. 13 I GG kann bei F von einem Grundrechtsverzicht ausgegangen werden, da sie obrigkeitliche Hilfe in Anspruch nehmen möchte und dazu die Beamten frei von Zwang oder Willensmängeln in die Wohnung bittet. Anders verhält es sich bei M, der mit Sicherheit nicht mit dem Betreten der Wohnung einverstanden sein wird (insbesondere erstreckt sich der Grundrechtsverzicht bei F nicht auf M). Die Rechtfertigung dieses Grundrechtseingriffs bemisst sich am Maßstab der polizeigesetzlichen Befugnisnorm sowie an dem des Art. 13 I, II bzw. VII GG. Ob eine Durchsuchung vorliegt, die grds. eine vorherige richterliche Entscheidung erfordert, ist fraglich.

Nach der o.g. Definition müsste B ziel- und zweckgerichtet nach M oder zur Ermittlung eines Sachverhalts gesucht haben, um etwas aufzuspüren, was M von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.

Betrachtet man diese Definition unabhängig vom vorliegenden Fall, würde unter den Begriff der Durchsuchung auch die Besichtigung einer Restaurantküche durch einen Mitarbeiter des Gewerbeaufsichtsamts fallen, der den hygienischen Zustand untersuchen möchte. Denn dass der Restaurantinhaber nicht geneigt wäre, etwa verdorbene Lebensmittel, verschmutzte Kühlhäuser oder gar Ungeziefer offenzulegen, dürfte auf der Hand liegen.

Dass gewerberechtliche Betretungs-, Besichtigungs- und Nachschaurechte aber keine Durchsuchungen (i.S.d. Art. 13 II GG) sind, sondern lediglich eine allgemeine Überwachung des Gewerbes darstellen, wurde schon immer angenommen.

Die h.M. nimmt daher eine „Präzisierung“ der Definition des BVerfG vor: Das, was aufgespürt werden soll, dürfe sich nicht, wie bei der Besichtigung der Hotelküche, der

<sup>688</sup> BVerfGE 76, 83, 89; vgl. auch BVerfGE 103, 142, 150 ff.; BVerwG NJW 2005, 454; OVG Bremen Nord ÖR 2003, 457.

<sup>689</sup> Vgl. ausdrücklich § 47 V S. 2 HessSOG sowie *Schenke*, POR, Rn 168 und BVerfG DÖV 2007, 607, 608 ff.

<sup>690</sup> Dafür *Mittag*, NVwZ 2005, 649, 650; dagegen BVerwG NJW 2005, 454, 455; *Hermes*, JZ 2005, 461 ff.

äußerlichen Betrachtung darbioten. Durchsuchung sei also das Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen, die sich in einer Wohnung befänden oder sogar in ihr versteckt seien, um dem Augenschein oder Zugriff entzogen zu sein; es sei durch Handlungen gekennzeichnet, die Verborgenes zu Tage fördern sollen.<sup>691</sup>

Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass B sich in der Wohnung auch nach M umschaut. Damit läge eine Durchsuchung vor, ohne dass auf es die Ziel- und Zweckgerichtetheit ankäme. Die Frage, ob eine Durchsuchung oder ein bloßes Betreten vorliegt, kann aber dahinstehen, wenn es auf die Unterscheidung nicht ankommt. Für eine Durchsuchung wäre der grds. geltende Richtervorbehalt zu beachten, wobei im vorliegenden Fall allerdings Gefahr im Verzug angenommen werden kann, was eine vorherige richterliche Entscheidung entbehrlich macht. Daher sind das Betreten der Wohnung und das „Nachschauen“ nach M im Wohnzimmer gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der Eingriffsnorm und des Art. 13 VII GG vorliegen (dazu sogleich).

### b.) Eingriffsvoraussetzungen

#### aa.) Wohnungsbetretung und -durchsuchung

540 Die Eingriffsvoraussetzungen sind den polizeigesetzlichen Befugnisnormen zu entnehmen. Die meisten der novellierten Polizeigesetze stimmen hierin im Wesentlichen überein (vgl. etwa § 16 II HmbSOG; § 24 II NPOG) und ermächtigen die Polizei, eine Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers zu betreten und zu durchsuchen, wenn

- (1.) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Person befindet, die (gemäß den entsprechenden Bestimmungen des Polizeigesetzes) **vorgeführt** oder in **Gewahrsam** genommen werden darf,
- (2.) Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die (gemäß den entsprechenden Bestimmungen des Polizeigesetzes) **sichergestellt** werden darf,
- (3.) dies zur Abwehr einer **unmittelbar bevorstehenden Gefahr** für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert erforderlich ist,
- (4.) von der Wohnung **Emissionen** ausgehen, der nach Art, Ausmaß oder Dauer zu einer erheblichen Belästigung der Nachbarschaft führen<sup>692</sup> bzw. nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, die Gesundheit in der Nachbarschaft wohnender Personen zu beschädigen<sup>693</sup>.

541 Die Formulierung „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ...“ in Nr. 1 und Nr. 2 bedeutet, dass keine konkrete Gefahr vorliegen muss, sondern dass eine **abstrakte Gefahr** bzw. ein **Gefahrenverdacht** genügen, um eine Durchsuchung zu den o.g. Zwecken vornehmen zu dürfen.<sup>694</sup> Voraussetzung für die Durchsuchung ist jedoch eine auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Prognose, dass sich in der geschützten Räumlichkeit eine Person befindet, die vorgeführt oder in Gewahrsam genommen werden darf. Es müssen also die Voraussetzungen der Vorführung oder Gewahrsamnahme vorliegen (was in einer Fallbearbeitung inzident – also verschachtelt innerhalb der Prüfung der Wohnungsbetretung und -durchsuchung – festzustellen wäre). Das wäre wiederum insbesondere der Fall, wenn es um die Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung (für die Allgemeinheit) oder einer Straftat geht (Rn 463). Zu beachten ist jedoch, dass eine Wohnungsbetretung und -durchsuchung auf Grundlage der Nr. 1 oft auch zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder

<sup>691</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, POR, § 18 Rn 23; OVG Hamburg DVBl 1997, 665, 666. Zu den gewerberechtlichen Betretungs-, Besichtigungs- und Nachschaurechten vgl. im Übrigen Rn 543.

<sup>692</sup> So z.B. § 16 II Nr. 3 HmbSOG.

<sup>693</sup> So z.B. § 24 II Nr. 3 NPOG.

<sup>694</sup> Zu den Begriffen *abstrakte Gefahr* und *Gefahrenverdacht* vgl. Rn 658 ff. und 689 ff.

Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert nach Nr. 3 erfolgt. Die Bedeutung der Nr. 1 ist also nicht so groß, wie es der erste Anschein vermuten lässt.

**Beispiel:** Nach Hinweisen aus dem „Milieu“ nimmt die Polizei an, dass in einer Privatwohnung sich illegal in Deutschland aufhaltende Ausländerinnen zur Prostitution gezwungen werden. Nachdem die Polizei trotz energischen Klopfens an die Wohnungstür und Aufforderns, die Tür zu öffnen, keine Reaktion erfahren hat, dringt sie aus gefahrenabwehrrechtlichen Gründen gewaltsam in die Wohnung ein.

Hier könnte sich das Betreten der Wohnung auf Nr. 1 stützen lassen. Danach ist das Betreten einer Wohnung möglich, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Person befindet, die in Gewahrsam genommen werden darf. Vorliegend geht die Polizei davon aus, dass sich in der Wohnung junge Frauen befinden, die dazu gezwungen werden, der Prostitution nachzugehen. Da diese nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels sind (vgl. § 4 AufenthG), liegt ein strafbewehrter Verstoß gegen § 95 I Nr. 2 AufenthG vor. Die Voraussetzungen für eine Ingewahrsamnahme liegen also vor.<sup>695</sup> Damit durfte die Polizei auch die Wohnung betreten und durchsuchen.

Allerdings greift in Fällen der vorliegenden Art auch Nr. 3: Die Gefahr ist gegenwärtig i.S.v. unmittelbar bevorstehend und besteht auch für die Gesundheit und die Freiheit der Prostituierten. Dass das Betreten der Wohnung auch „erforderlich“ sein muss, ist dagegen nicht etwa eine Besonderheit der Nr. 3, sondern als Ausdruck des allgemein geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit: Jede Gefahrenabwehrmaßnahme muss erforderlich sein.

Weiterhin erlauben die Polizeigesetze in unterschiedlicher Ausprägung das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung, wenn von ihr **Emissionen** ausgehen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer zu einer **erheblichen Belästigung der Nachbarschaft** führen, bzw. **nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, die Gesundheit in der Nachbarschaft wohnender Personen zu beschädigen** (oben Nr. 4). Das wird insbesondere bei überlauter Musik, Partylärm oder Baulärm (Renovierungslärm) der Fall sein. Eine erhebliche Belästigung bzw. Gesundheitsschädigung der Nachbarschaft ist jedoch nur dann anzunehmen, wenn in absehbarer Zeit (einfache) Körperverletzungen i.S.v. § 223 StGB drohen. Anderenfalls wäre der Eingriff in das Wohnungsrecht kaum zu rechtfertigen. Insgesamt ist bei der Ausübung des Wohnungsbetretungsrechts zu beachten, ob und welche spezialgesetzlichen Vorschriften über die Verursachung, Zumutbarkeit und Abwehr der von der Wohnung ausgehenden Emissionen bestehen. Von den Nachbarn danach erkennbar hinzunehmende Beeinträchtigungen (z.B. durch Kinderlärm oder das gelegentliche Feiern) können von vornherein nicht Grundlage einer Wohnungsbetretung sein. Das Gleiche gilt ganz allgemein für Lärmimmissionen, die ein im Rahmen des nachbarlichen Zusammenlebens normales Maß nicht überschreiten, also insbesondere durch übliche und sozialadäquate Verhaltensweisen verursacht werden. Zur Beurteilung können die zivilrechtlichen Kriterien über das Nachbarschaftsverhältnis, die in Bezug auf § 906 BGB entwickelt wurden, herangezogen werden.<sup>696</sup> Jedenfalls ist ein objektiver Beurteilungsmaßstab geboten. Subjektive Empfindlichkeiten der Polizeibeamten oder der betroffenen Nachbarn müssen außer Betracht bleiben.

542

Insgesamt ist dieser Betretungsgrund mit Blick auf Art. 13 I, II, VII GG restriktiv anzuwenden. Streng genommen ist er aber überflüssig, weil die denkbaren Fälle, die den Eingriff in das Wohnungsgrundrecht rechtfertigen, durchweg auf die anderen Betretungsgründe gestützt werden können. Das trifft insbesondere auf die Bei Rn 533 be-

543

<sup>695</sup> Auf Sondervorschriften, die eine Ingewahrsamnahme ermöglichen (etwa §§ 62, 62a, 62b, 82 IV S. 2 AufenthG), soll hier nicht eingegangen werden.

<sup>696</sup> Vgl. hierzu *R. Schmidt*, SachenR II, 9. Aufl. 2018, Rn 94 ff.

handelte Nr. 3 zu: Belästigt die Lärmimmission die Nachbarschaft erheblich bzw. schädigt ihre Gesundheit (Nr. 4), liegt zugleich eine gegenwärtige erhebliche i.S.e. unmittelbar bevorstehenden Gefahr vor (Nr. 3). Hinzu kommt, dass Lärm, der zum Einschreiten der Polizei befugen könnte, i.d.R. während der Nachtzeit verbreitet wird. Für das Betreten von Wohnungen während der Nachtzeit gelten ohnehin strengere Regeln (vgl. dazu Rn 537 ff.).

- 544** Welche Maßnahmen erforderlichenfalls in der Wohnung getroffen werden dürfen (z.B. Sicherstellung einer Musikanlage), richtet sich nicht nach der Befugnisnorm hinsichtlich der Wohnungsbetretung, sondern nach anderen Vorschriften des Polizeigesetzes (insbesondere nach der Befugnisnorm hinsichtlich der Sicherstellung von Sachen) oder nach speziellen Gesetzen.
- 545** Als materiell-rechtliche Beschränkung des Wohnungsbetretungs- und -durchsuchungsrechts normieren die Polizeigesetze, dass während der **Nachtzeit** eine Wohnung nur unter erschwerten Voraussetzungen (etwa zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person) betreten und durchsucht werden darf (vgl. z.B. § 36 I S. 2 BWPoIG; § 16 III i.V.m. II Nr. 3 u. 4 HmbSOG; § 24 IV i.V.m. II Nr. 3 u. 4 NPOG). „Nachtzeit“ umfasst die Stunden von 21.00 bis 6.00 Uhr (vgl. etwa § 36 IV BWPoIG; § 16 III HmbSOG i.V.m. § 104 III StPO). Teilweise lassen die genannten Polizeigesetze das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung auch während der Nachtzeit zu, wenn von der Wohnung eine erhebliche, die Gesundheit Dritter beeinträchtigende Störung ausgeht. In diesem Fall darf die Polizei also auch während der Nachtzeit die Wohnung betreten (und durchsuchen), ohne dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person vorliegen müsste. Voraussetzung ist allein, dass von der Wohnung eine erhebliche, die Gesundheit Dritter beeinträchtigende Störung ausgeht. Das wiederum bedeutet nichts anderes, als dass die Polizei unter den Voraussetzungen der bei Rn 540/542 genannten Nr. 4 die Wohnung betreten darf.<sup>697</sup>
- 546** Ist damit also eine gegenwärtige erhebliche Gefahr erforderlich, entspricht dies der strengen Regelung des **Art. 13 VII GG**, wonach Eingriffe und Beschränkungen nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sind.
- 547** Art. 13 VII GG unterscheidet strikt zwischen
- ⇒ Eingriffen und Beschränkungen zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für eine einzelne Person (wofür eine spezielle gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich ist; die Befugnis zu Eingriffen und Beschränkungen ergibt sich hier unmittelbar aus Art. 13 VII Halbs. 1 GG),
  - ⇒ und dem Einschreiten zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung (Art. 13 VII Halbs. 2 GG).<sup>698</sup>
- 548** Solche gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen stellen etwa die Befugnisnormen der **Polizeigesetze** dar, sofern sie **verfassungskonform** ausgelegt werden, d.h. wenn trotz der tatbestandlichen Weite der polizeigesetzlichen Eingriffsnormen nur solche Gefahrenabwehrmaßnahmen zugelassen werden, die der Abwehr einer konkreten **dringenden** Gefahr dienen.

---

<sup>697</sup> Damit folgen die Gesetze (wenn auch möglicherweise nicht beabsichtigt) der von *Hegel* (1770-1831) entwickelten Dialektik vom *Grundsatz*, der *Ausnahme* und der *Gegenausnahme*: Liegen die Voraussetzungen der Gegenausnahme vor, wird die Ausnahme verdrängt, sodass der Grundsatz wieder auflebt. Vgl. dazu auch das Bsp. bei Rn 541.

<sup>698</sup> Vgl. dazu auch (klarstellend) BVerfG NJW 2018, 2185, 2186.

Mit „**gemeiner Gefahr**“ i.S.d. Art. 13 VII Halbs. 1 GG sind Gefahren für die Allgemeinheit gemeint, aber nur solche, die lebensbedrohend sein können wie z.B. Lawineneingänge, Überschwemmungen und Erdbeben, Feuer- und Einsturzgefahr, Explosionsgefahr, die Freisetzung radioaktiver Strahlung. Auch Seuchengefahren können diese Qualität haben, obwohl sie erst in Art. 13 VII Halbs. 2 GG genannt sind. Im Übrigen muss eine *konkrete* Gefahr vorliegen. 549

Eine „**dringende Gefahr**“ i.S.d. Art. 13 VII Halbs. 2 GG liegt vor, wenn ein **besonders wichtiges Rechtsgut** (etwa die menschliche Gesundheit), gefährdet ist. Die in der Vorschrift genannte Raumnot, Seuchengefahr und der Jugendschutz sind nur exemplarisch angeführt. 550

Da die bei Rn 545 genannte Befugnis zum Betreten von Wohnungen zur Nachtzeit eine gegenwärtige erhebliche Gefahr der Gesundheitsschädigung voraussetzt und damit keine schwächeren Eingriffsvoraussetzungen normiert als **Art. 13 VII GG**, ist sie mit dieser Verfassungsbestimmung vereinbar. 551

**Beispiel:** Wegen lautstarker Partymusik aus der Nachbarwohnung ist die Polizei bereits dreimal in der Nacht von Nachbarn herbeigerufen worden. Als sich Gastgeber und Gäste auch diesmal uneinsichtig zeigen und bei ihrer Auffassung bleiben, sie hätten das Recht, „mal so richtig durchzufeiern“, betreten die Beamten die Wohnung und stellen die Stereoanlage sicher. Dem Gastgeber teilen sie mit, dieser könne die Anlage am nächsten Morgen bei der Polizeiwache wieder abholen. 552

Mit dem Betreten der Wohnung greift die Polizei in das Grundrecht aus Art. 13 I GG ein. Daher benötigt sie eine gesetzliche Rechtsgrundlage. Eine solche könnte die polizeigetzliche Befugnisnorm hinsichtlich der Standardmaßnahme Betreten und Durchsuchen von Wohnungen sein.

Auszug aus dem Polizeigesetz des Landes X (§ 21)

(1) <sup>1</sup>Die Polizei darf eine Wohnung ohne Einwilligung des Inhabers betreten und durchsuchen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Person befindet, die vorgeführt oder in Gewahrsam genommen werden darf,
2. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich in ihr eine Sache befindet, die nach § 23 Nr. 2<sup>699</sup> sichergestellt werden darf,
3. dies zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert erforderlich ist, oder
4. von der Wohnung Emissionen ausgehen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, die Gesundheit in der Nachbarschaft wohnender Personen zu beschädigen.

<sup>2</sup>Die Wohnung umfasst die Wohn- und Nebenräume, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie anderes befriedetes Besitztum.

(2) <sup>1</sup>Während der Nachtzeit (§ 104 III StPO) darf eine Wohnung nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert betreten und durchsucht werden. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn von der Wohnung eine erhebliche, die Gesundheit Dritter beeinträchtigende Störung ausgeht.

Als Rechtsgrundlage kommen § 21 I S. 1 Nr. 2, 3 und 4 sowie § 21 II in Betracht.

Zunächst scheint § 21 I S. 1 Nr. 2 einschlägig zu sein, weil die Polizei bereits mehrmals erfolglos versucht hat, durch entsprechende Aufforderungen die Störung zu unterbinden. Daher war sie berechtigt, die Musikanlage gem. § 23 Nr. 2 sicherzustellen, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich war. An der Gegenwartigkeit der Gefahr (Rn 667 ff.) bestehen keine Bedenken, weil die Störung bereits eingetreten war.

<sup>699</sup> Danach darf die Polizei eine Sache sicherstellen, wenn dies erforderlich ist, eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren.

Auch scheint § 21 I S. 1 Nr. 3 einschlägig zu sein. Demnach müsste die Lärmbelästigung eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für eines der genannten Rechtsgüter bedeutet haben. An der zeitlichen Nähe i.S. einer Unmittelbarkeit bestehen keine Zweifel. Es müsste aber die Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut wie die menschliche Gesundheit bestanden haben. Die Verursachung von Lärm in einem Maße, dass die Nachbarn in ihrer Nachtruhe gestört sind, kann eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und damit der menschlichen Gesundheit darstellen. Ein Verstoß gegen § 117 OWiG unterhalb dieser Schwelle genügt jedenfalls nicht, um eine erhebliche Gefahr bejahen zu können.

Die Geeignetheit der Lärmimmission zur Verursachung einer Gesundheitsschädigung verlangt aber § 21 I S. 1 Nr. 4. Nimmt man im vorliegenden Fall die Gefahr einer Gesundheitsschädigung – trotz des Umstands, dass der Lärm nicht bereits mehrere Nächte verursacht wurde – an, kann sich die Polizei auch auf § 21 I S. 1 Nr. 4 stützen. Insbesondere ist keine (zivil-)rechtliche Vorschrift ersichtlich, die eine Duldungspflicht der Nachbarn begründen würde.

Fraglich ist jedoch, wie es sich auswirkt, dass die Polizei eine Wohnung während der **Nachtzeit** (§ 104 III StPO) betrat. Gemäß § 21 II S. 1 darf während der Nachtzeit eine Wohnung nämlich nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Personen oder von Sachen von bedeutendem Wert betreten bzw. durchsucht werden. Vorliegend kommt allein das Schutzgut Leib in Betracht. Jedoch wird man „Leib“ anders verstehen müssen als „Gesundheit“; anderenfalls machte die Regelung des § 21 II S. 1 im Vergleich zu § 21 I S. 1 Nr. 3 bzw. 4 keinen Sinn. Mit „Leib“ wird man lediglich die unmittelbare physische Beschaffenheit des menschlichen Körpers beschreiben können. An dieser sind die Nachbarn jedoch nicht beeinträchtigt worden, was im Ergebnis zum Nichtvorliegen der Eingriffsvoraussetzungen des § 21 II S. 1 führt.

Allerdings gilt die Einschränkung des § 21 II S. 1 gem. § 21 II S. 2 wiederum nicht, wenn von der Wohnung Emissionen ausgehen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, die Gesundheit in der Nachbarschaft wohnender Personen zu beschädigen. Nimmt man dies im vorliegenden Fall an (insbesondere genügt die *Geeignetheit*; eine tatsächliche Gesundheitsschädigung braucht noch nicht eingetreten zu sein), gilt die soeben geprüfte Einschränkung des § 21 II S. 1 nicht, sodass es bei den Voraussetzungen des § 21 I S. 1 bleibt.<sup>700</sup>

Aber auch unter den Voraussetzungen des § 21 I S. 1 ist Art. 13 VII Halbs. 2 GG zu beachten, der einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt enthält, d.h. Eingriffe (hier: das Betreten) nur unter den dort genannten strengen Voraussetzungen (hier: **dringende Gefahr**, d.h. Gefahr für ein **besonders wichtiges Rechtsgut** wie etwa die **menschliche Gesundheit**) zulässt. Demnach genügt das Vorliegen des § 21 I S. 1 Nr. 2 nicht, wenn zwar die Gegenwärtigkeit der Gefahr, nicht aber die Betroffenheit der menschlichen Gesundheit vorliegt. Doch gerade diese wurde für den vorliegenden Fall bejaht, sodass im Ergebnis das Betreten (und Durchsuchen) der Wohnung sowohl auf der Grundlage des § 21 I S. 1 Nr. 2 als auch der Nr. 3 und 4 rechtmäßig war. Insbesondere sind keine Gründe ersichtlich, die gegen die Einhaltung der Ermessensgrenzen bzw. des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sprechen.

Aus demselben Grund war auch die Sicherstellung der Musikanlage gem. § 23 Nr. 2 rechtmäßig.

- 553** Unabhängig von dem soeben behandelten Problem enthalten die Polizeigesetze Befugnisnormen, wonach die Polizei eine Wohnung zur Verhütung **dringender Gefahren** (Art. 13 VII GG) jederzeit **betreten** (nicht auch durchsuchen!) darf, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass dort bestimmte Personen oder Personengruppen

<sup>700</sup> Dass die Voraussetzungen des § 21 I S. 1 wieder „aufleben“, versteht sich von selbst; anderenfalls wären die Betretungsvoraussetzungen während der Nachtzeit geringer als bei Tage.

pen Straftaten von erheblicher Bedeutung verabreden, vorbereiten, verüben oder sich gesuchte Straftäter verbergen. Gleiches gilt, wenn es sich um Schlupfwinkel i.S.v. § 104 II StPO handelt.<sup>701</sup>

### bb.) Öffentlich zugängliche Räume („polizeirechtliche Nachschau“)

In Abstufung des Schutzbedürfnisses nach Art. 13 GG erlauben die Polizeigesetze schließlich das **Betret**en (nicht auch das Durchsuchen!) bestimmter Objekte aus jedem im Rahmen der polizeilichen Aufgabenerfüllung („zum Zwecke der Gefahrenabwehr“) sachlich gebotenen Grund.<sup>702</sup> Voraussetzung ist lediglich, dass die Polizei „zum Zwecke der Gefahrenabwehr“ handelt und die Räume als **Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume** gelten oder sonst **öffentlich zugänglich** sind („während der Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit sowie in der Zeit, in der sich Kunden, Arbeitnehmer oder andere Personen dort aufhalten“).<sup>703</sup> Es geht also um eine „polizeirechtliche Nachschau“, die subsidiär zu speziellen Nachschaurechten der Wirtschaftsaufsicht (siehe etwa § 22 II GastG; § 29 II GewO) ist.

554

- Diese Befugnis setzt also zunächst eine **einfache Gefahr** voraus, da die gesetzlichen Regelungen das Betreten „zum Zweck der Gefahrenabwehr“ zulassen.
- Des Weiteren bezieht sich das Betretungsrecht ausschließlich auf „**öffentlich zugängliche**“ Räume (und Grundstücke). Das sind Objekte, deren Besuch im Grundsatz jeder Person aufgrund einer tatsächlichen oder vermuteten Einwilligung des Inhabers freisteht wie z.B. bei Gaststätten, Kinos, Badeanstalten, Museen, Ausstellungen, Jugendheimen oder (sonstigen) Gemeinschaftshäusern mit Publikumsverkehr. Der Öffentlichkeit zugänglich sind auch Räume, deren Betreten bestimmten Personengruppen untersagt ist (z.B. Kindern, Jugendlichen, Personen in nicht erwünschter Kleidung) oder deren Betreten vom Verlangen eines Eintrittsgeldes oder vom Erwerb einer Eintrittskarte abhängig gemacht wird. *Nicht* öffentlich zugänglich sind dagegen Clubräume, Vereinslokale, Betriebskantinen, Restaurantküchen u.Ä., zu denen nur Mitglieder oder sonst besonders berechnete Personen Zutritt haben.
- Die „öffentlich zugänglichen“ Räume dürfen während der Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit **betreten** werden. Diesen Zeiten gleichgestellt ist die Zeit, in der sich Kunden, Arbeitnehmer oder andere Personen dort aufhalten. Mit der Ausdehnung des Betretungsrechts auf die „Aufenthaltszeit“ möchte der Gesetzgeber auch dann ein Betretungsrecht einräumen, wenn die Räume offenbar trotz Schließung weiterhin den Arbeitnehmern, Kunden oder anderen Personen des Publikums über die übliche Arbeits-, Betriebs- oder Öffnungszeit hinaus zur Verfügung stehen. Ein Betretungsrecht nur für die übliche Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit hätte nicht ausgereicht, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung häufig Gefahren gerade nach dieser Zeit entstehen (z.B. Sperrstundenübertretungen, Verstöße gegen Jugendschutzbestimmungen, Drogengeschäfte, illegale Prostitution etc.).

Aus diesem Grund sind (aus präventivpolizeilicher Sicht) sog. „Swingerclubs“ oder „Saunaclubs“ besonders praxisrelevant, weil sie trotz des Wortbestandteils „Club“ letztlich jedermann offenstehen, der sich an dem Geschehen beteiligen bzw. die angebotenen

<sup>701</sup> Vgl. Bund: § 45 IV BPolG; Bay: Art. 23 III PAG; Berl: § 36 IV ASOG; Brand: § 23 III PolG; Brem: § 19 III PolG; Hamb: § 16 IV SOG; Hess: § 38 VI SOG; Nds: § 24 V POG; NRW: § 41 III PolG; RhIPfI: § 20 III POG; Saar: § 19 III PolG; Sachs: § 29 IV PVDG; SachsAnh: § 43 VI SOG; SchlHolst: § 208 I LVwG; Thür: § 25 III PAG.

<sup>702</sup> Vgl. Bund: § 45 V BPolG; BW: § 36 VI PolG; Bay: Art. 23 IV PAG; Berl: § 36 V ASOG; Brand: § 23 IV PolG; Brem: § 19 IV PolG; Hamb: § 16 V SOG; Hess: § 38 VII SOG; MeckVor: § 59 II SOG; Nds: § 24 VI POG; NRW: § 41 IV PolG; RhIPfI: § 20 IV POG; Saar: § 19 IV PolG; Sachs: § 29 V PVDG; SachsAnh: § 43 VII SOG; SchlHolst: § 208 II LVwG; Thür: § 25 IV PAG.

<sup>703</sup> Zu beachten ist jedoch, dass sich das Betretungsrecht nicht abschließend aus gewerberechnlichen Gründen ergeben darf. Denn wie bereits gesagt, sperren das GastG und die GewO grds. die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizeirechts im gewerbespezifischen Gefahrenbereich (vgl. § 1 GewO). Die Sperrwirkung gilt jedoch nicht (1.) für die Polizei im Rahmen ihrer Eilzuständigkeit und (2.) für Gefahren, die nicht den Gewerbetreibenden betreffen.

Dienste in Anspruch nehmen möchte.<sup>704</sup> Geht man in diesen Fällen von **öffentlich zugänglich** (Arbeits-, Betriebs- oder Geschäfts-)Räumen aus, ist die Polizei **nur zum Betreten** (nicht auch zum Durchsuchen!) befugt und das auch nur **während der Aufenthaltzeit**.

Das erleichterte Betretungsrecht außerhalb der Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit ist somit ausgeschlossen, wenn die Polizei lediglich im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung handelt, wenn also lediglich eine einfache Gefahr vorliegt. Möchte die Polizei die betreffenden Räume außerhalb der Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit betreten (oder auch durchsuchen), darf sie dies nur unter den Voraussetzungen, unter denen sie Wohnungen betreten bzw. durchsuchen dürfte.

- Geht man bei den Räumlichkeiten indes von **nicht öffentlich zugänglichen** Räumen aus, kommt es von vornherein nicht auf die Arbeits-, Betriebs-, Geschäfts- oder Öffnungszeit an. Auch dann kommen lediglich ein Betreten und Durchsuchen nach anderen Bestimmungen der Befugnisnorm – freilich unter Beachtung der dort genannten Voraussetzungen – in Betracht.

**555** Vor nicht allzu langer Zeit musste sich das BVerfG erneut mit dem Betreten von Geschäftsräumen beschäftigen. Dabei hat es zunächst seine bisherige Auffassung bestätigt, dass (der Öffentlichkeit nicht gänzlich preisgegebene) Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume vom Schutzbereich des Art. 13 I GG umfasst seien. Sodann hat es aber festgestellt, dass in Bezug auf Geschäftsräume Betretungsrechte, die zu Kontrollzwecken bestünden und dezidiert gesetzlich geregelt seien, nicht als „Eingriffe und Beschränkungen i.S.d. Art. 13 VII GG und damit nicht als Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 13 I GG zu verstehen seien“.<sup>705</sup> Vielmehr gelte als Prüfungsmaßstab Art. 2 I GG. Daraus folgt:

- Es muss eine gesetzliche Befugnisnorm vorliegen, die dezidiert die Voraussetzungen für ein Betreten der Geschäftsräume regelt. Eine solche Vorschrift ist z.B. **§ 17 II HandwO**, die die Handwerkskammer befugt, bei den der Eintragung in die Handwerksrolle unterfallenden Handwerkern (§ 17 I S. 1 HandwO) nach Maßgabe des § 29 II GewO Grundstücke und Geschäftsräume zu betreten, um dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen.
- Liegen die Voraussetzungen des § 17 II HandwO vor, richtet sich – nach Auffassung des BVerfG – der Schutz nicht nach Art. 13 I, VII GG, sondern nach Art. 2 I GG (mit den im Vergleich zu Art. 13 I, VII GG sehr geringen Rechtfertigungsvoraussetzungen). Um aber eine übermäßige Einengung des Begriffs „Eingriffe und Beschränkungen“ i.S.d. Art. 13 VII GG und damit eine Aushöhlung des durch Art. 13 I GG gewährleisteten Schutzes zu vermeiden, fordert auch das BVerfG, dass die in BVerfGE 32, 54 ff. definierten Kriterien<sup>706</sup> im Allgemeinen und die vorliegend einschlägige Vorschrift des § 17 II i.V.m. I S. 1 HandwO im Besonderen eng ausgelegt werden. Sobald auch nur eine Tatbestandsvoraussetzung (etwa die Eintragungsfähigkeit einer bestimmten Tätigkeit) erkennbar nicht gegeben sei, scheidet ein Betretungsrecht der Handwerkskammern nach § 17 II HandwO aus.
- Liegen aber die Voraussetzungen der Spezialnorm (etwa § 17 II HandwO) nicht vor, lebt Art. 13 I GG mit den strengen Rechtfertigungsvoraussetzungen wieder auf.

**556** Diese Rechtsprechung erklärt sich vor dem Hintergrund, dass sich die gewerberechtliche Betretungs-, Besichtigungs- und Nachschaurechte kaum mit Art. 13 VII GG vereinbaren lassen, denn § 29 II GewO ermächtigt (wie § 22 II GastG) zur Betretung, ohne dies vom Vorliegen einer „gemeinen“ oder „dringenden“ Gefahr abhängig zu ma-

<sup>704</sup> Insbesondere wird die Bezeichnung „Club“ gewählt, um eine Gaststättenerlaubnispflichtigkeit zu umgehen.

<sup>705</sup> BVerfG DÖV 2007, 607, 608 ff.

<sup>706</sup> Dazu R. Schmidt, Grundrechte, Rn 843.

chen. Offenbar um dieses Ergebnis zu vermeiden<sup>707</sup>, hat das BVerfG entschieden, dass Betretungs-, Besichtigungs- und Nachschaurechte, die gesetzlich dezidiert geregelt sind, nicht als Eingriffe und Beschränkungen i.S.d. Art. 13 VII GG zu qualifizieren seien<sup>708</sup>, da sich Art. 13 VII GG lediglich auf die Wohnung i.e.S. beziehe und gewerberechtliche Betretungs- und Besichtigungsrechte nicht ausschließen wolle<sup>709</sup>.

### c.) Adressat der Maßnahme

**Adressat** einer Wohnungsbetretung bzw. Wohnungsdurchsuchung ist der Wohnungsinhaber, also derjenige, der berechtigterweise eine Wohnung bewohnt, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen. Dazu zählen auch Mieter, Untermieter, Pächter und Hotelgäste. Dies gilt auch für juristische Personen des Privatrechts und andere privatrechtliche Personenvereinigungen.<sup>710</sup> Bei den genannten Gemeinschaftsunterkünften ist i.d.R. nur der Leiter der Organisationseinheit Inhaber. Bei Wohngemeinschaften sind alle Bewohner berechtigt, sofern nicht nur ein Raum von der polizeilichen Maßnahme betroffen ist.

557

### cc. Rechtsschutz

Da die Durchsuchung der geschützten Räume nicht nur den (schlichtes Verwaltungshandeln darstellenden) tatsächlichen Vorgang der Durchsuchung in sich schließt, sondern zugleich den Betroffenen verpflichtet, die tatsächliche Durchsuchung zu dulden (die Duldungsverfügung ist ein Verwaltungsakt), kommt der Durchsuchung eine Doppelnatur zu. Aufgrund der gleichzeitigen konkludenten Duldungsverfügung sind daher solche Rechtsbehelfe zulässig, die allgemein gegen Verwaltungsakte zulässig sind. In Betracht kommt daher – da sich die Maßnahme im Zeitpunkt der Klageerhebung erledigt haben wird – die **Fortsetzungsfeststellungsklage** analog § 113 I S. 4 VwGO.

558

---

<sup>707</sup> An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass das BVerfG das Dilemma selbst zu verantworten hat, indem es undifferenziert den Schutzbereich des Art. 13 I GG auf Gewerberäume erstreckt.

<sup>708</sup> BVerfG DÖV 2007, 607, 608.

<sup>709</sup> Dies ergibt sich nicht direkt aus BVerfG DÖV 2007, 607, 608 ff., sondern aus der Entscheidung BVerfGE 32, 54, 72 ff., auf die das BVerfG in DÖV 2007, 607, 608 ff. verweist. In BVerfGE 32, 54, 72 ff. wird die Vorgehensweise mit historischen (gewohnheitsrechtlichen) Aspekten begründet und damit, dass der Verfassungsgeber die gewerberechtliche Betretung nicht bedacht habe, als er Art. 13 VII GG (damals: Art. 13 III GG) geschaffen habe, aber die Zulässigkeit gewerberechtlicher Betretungen und Besichtigungen nicht habe in Frage stellen wollen.

<sup>710</sup> BVerfGE 42, 212, 219 f. (Quick-Entscheidung; Durchsuchung).

## Prüfungsschema für das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen

### I. Rechtsgrundlage für das Durchsuchen von Wohnungen

Sofern mit dem Betreten und Durchsuchen einer Wohnung ein Grundrechtseingriff (insb. in Art. 13 I GG) vorliegt, bedarf die Behörde einer Rechtsgrundlage. Diese ist dem Polizeigesetz zu entnehmen. Zu beachten ist jedoch, dass ein Grundrechtseingriff nicht vorliegt, wenn der Wohnungsinhaber in das Betreten einwilligt, wobei die Einwilligung freiwillig sein muss. Willigt der Wohnungsinhaber unter dem Druck der Obrigkeit ein oder ist sich der Bedeutung des Grundrechtsverzichts nicht bewusst, ist ein Grundrechtsverzicht zu verneinen.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. **Zuständigkeit** der handelnden Behörde (Rn 607 ff.)
2. Ordnungsgemäßes **Verfahren** (Einhaltung der allg. Verfahrensvorschriften (Rn 618 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze in Ausprägung des Art. 13 II GG für Durchsuchungen einen **Richtervorbehalt**. Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung sind nur bei **Gefahr im Verzug** zulässig. Des Weiteren enthalten die Polizeigesetze das Recht des Wohnungsinhabers, bei der Durchsuchung **anwesend** zu sein. Auch ist ihm der **Grund** für die Durchsuchung bekannt zu geben, sofern dadurch nicht der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Ferner ist eine **Niederschrift** hinsichtlich der Durchführung der Maßnahme anzufertigen. Der Inhalt der Niederschrift ist dem Polizeigesetz zu entnehmen.
3. **Formvorschriften** (Rn 621 ff.) sind regelmäßig nicht zu beachten

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

#### 1. Tatbestand

Tatbestandlich muss die Durchsuchung dem Schutz eines polizeilichen **Rechtsguts** dienen. Da die Wohnungsdurchsuchung zumeist als Vorbereitungsmaßnahme für eine Vorführung, Ingewahrsamnahme oder Sicherstellung in Betracht kommt, gelten für sie die gleichen Schutzgüter wie für diese Maßnahmen. Sofern die Wohnung durchsucht wird, um Immissionen abzuwehren, die von der Wohnung ausgehen und die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, die Nachbarschaft erheblich zu belästigen, sind Schutzgüter die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung und die subjektiven Rechte und Rechtsgüter. Schließlich dient sie der Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit von Personen oder von Sachen von bedeutendem Wert.

Hinsichtlich der Gefahr gilt, dass wenn die Durchsuchung der Vorbereitung einer anderen Maßnahme dient, eine Gefahr für ein Rechtsgut vorliegen muss, das durch die andere Maßnahme geschützt wird. Insofern ermächtigt die Befugnisnorm zu einer Gefahrerforschung. Erfolgt die Durchsuchung aber als eigenständige Maßnahme, um Immissionen oder Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit von Personen oder von Sachen von bedeutendem Wert abzuwehren, muss eine **konkrete Gefahr** bestehen.

Als besondere Ausprägung des Persönlichkeitsrechts und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stellen die Polizeigesetze strenge Anforderungen an das Durchsuchen während der **Nachtzeit** (zur Definition vgl. die Polizeigesetze, die tw. auf § 104 III StPO verweisen). Hier darf die Polizei die Wohnung grds. nur zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit von Personen oder von Sachen von bedeutendem Wert betreten bzw. durchsuchen. Diese Einschränkung gilt nach den meisten Bestimmungen allerdings nicht, wenn von der Wohnung eine erhebliche, die Nachtruhe Dritter beeinträchtigende Störung ausgeht. Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 13 VII GG vgl. Rn 546 ff.

Eine Besonderheit besteht hinsichtlich des Betretens von öffentlich zugänglichen Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen, die ebenfalls dem Schutzbereich des Art. 13 I GG unterfallen. Allerdings dürfen diese während der gewöhnlichen Geschäfts- oder Aufenthaltszeit nur betreten, nicht auch durchsucht werden. Außerhalb dieser Zeiten sowie für Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, die nicht öffentlich zugänglich sind, gelten die Eingriffsrechte (Betretungen und Durchsuchungen), die allgemein für Wohnungen gelten.

#### 2. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgeseite ist der Polizei (wie stets) ein Ermessen eingeräumt. Wegen der großen Bedeutung des Wohnungsgrundrechts sind die Einhaltung der Ermessensgrenzen und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besonders wichtig.

## d. Sicherstellung (bzw. Beschlagnahme) von Sachen

In der Praxis kommt die Standardmaßnahme *Sicherstellung von Sachen* insbesondere nach einer *Durchsuchung von Personen, Sachen oder Wohnungen* in Betracht. Denn werden bei einer Durchsuchung Sachen gefunden, von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht, muss die Polizei die Möglichkeit haben, diese Sachen sicherzustellen und zu verwahren. 560

**Sicherstellung (Beschlagnahme)**<sup>711</sup> ist die **Begründung amtlichen Gewahrsams** (sog. **Verstrickung**) über eine bewegliche oder unbewegliche Sache ohne Einwilligung des Berechtigten.<sup>712</sup> 561

Eingriffsobjekt ist **Art. 14 I S. 1 GG**, da dieses Grundrecht nicht nur vor Eigentumsbeeinträchtigungen im engeren Sinne, sondern auch vor Besiztziehungen schützt. Rechtmäßige Sicherstellungen halten sich im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden. 562

Sichergestellt werden können **alle Arten von Sachen**, auch unbewegliche und flüssige. Auch Tiere können sichergestellt werden.<sup>713</sup> Bei beweglichen Sachen erfolgt die Begründung amtlichen Gewahrsams i.d.R. durch körperliche Entgegennahme oder durch Einschließen in einen Raum oder in ein Behältnis, bei unbeweglichen Sachen meist durch Anbringen eines Siegels. Eine Wohnung bzw. ein Haus können auch durch Einbau eines neuen Schließzylinders und Aufbewahrung der neuen Schlüssel in der Polizeidienststelle sichergestellt werden.<sup>714</sup> 563

Auch **Kameras** oder **Smartphones**, mittels derer **Polizeieinsätze** fotografiert bzw. aufgezeichnet werden, können unter bestimmten Voraussetzungen sichergestellt werden, zumal es nicht unüblich ist, dass Aufnahmen über Polizeieinsätze kurze Zeit später im Internet (insbesondere in sozialen Medien) veröffentlicht werden, vgl. dazu ausführlich Rn 580 ff. 564

Die Polizeigesetze befugen zur Sicherstellung von Sachen zu Zwecken der **Gefahrenabwehr**. Die Sicherstellung von Sachen, die als Beweismittel in **Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren** von Bedeutung sein können, richtet sich nach den §§ 94 ff. StPO bzw. § 46 OWiG i.V.m. §§ 94 ff. StPO. Für die Sicherstellung von Sachen, die der Einziehung unterliegen, gelten die §§ 111b ff. StPO i.V.m. §§ 73 ff. StGB (ggf. i.V.m. § 46 OWiG, sofern der Sicherstellung eine Ordnungswidrigkeit zugrunde liegt). Abgrenzungsprobleme entstehen im Einzelfall dann, wenn eine Sache verbotswidrig gebraucht wird und einerseits die Voraussetzungen für die Einziehung vorliegen, andererseits wegen des Gebrauchs eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht. 565

<sup>711</sup> Die meisten Polizeigesetze unterscheiden nicht zwischen Sicherstellung und Beschlagnahme. Wo aber vereinzelt eine Unterscheidung getroffen wird (namentlich in §§ 37, 38 PolG BW und §§ 26, 27 PolG Sachs), ist dies in Anlehnung an die Regelung der §§ 94 und 98 StPO geschehen. Danach ist Sicherstellung die Inverwahrnehmung eines Gegenstandes, d.h. die schlichte Begründung amtlichen Gewahrsams. Hingegen liegt eine Beschlagnahme vor, wenn die Sache nicht freiwillig herausgegeben wird und die Sicherstellung daher aufgrund einer ausdrücklichen Anordnung erfolgt. Im Folgenden wird aber in Anlehnung an die meisten Polizeigesetze von einem einheitlichen (Ober-)Begriff der *Sicherstellung* gesprochen, vgl. §§ 21 f. MEPolG; Bund: § 47 BPolG; BW: §§ 37, 38 PolG; Bay: Art. 25, 26, 28 PAG; Berl: §§ 38, 39, 41 ASOG; Brand: §§ 25, 26, 28 PolG; Brem: §§ 21, 22, 24 PolG; Hamb: § 14 SOG; Hess: §§ 40, 41, 43 SOG; Meck-Vor: §§ 61 ff. SOG; Nds: §§ 26, 27, 29 POG; NRW: §§ 43, 44, 46 PolG, 24 OBG; RhLPfl: §§ 22, 23, 25 POG; Saar: §§ 21, 22, 24 PolG; Sachs: §§ 31, 32, 34 PVDG; SachsAnh: §§ 45, 46, 48 SOG; SchlHolst: §§ 210-212 LVwG; Thür: §§ 27, 28, 30 PAG. Spezialvorschriften für die Sicherstellung, die wegen ihres abschließenden Charakters einen Rückgriff auf das allgemeine POR ausschließen, sind etwa in den Landespressesetzen zu finden (Rn 564/580 ff.).

<sup>712</sup> *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 26 Rn 11.

<sup>713</sup> Dem widerspricht nicht Art. 20a GG (hier: Tierschutz) und § 90a S. 1 und 2 BGB, da die für Sachen geltenden Vorschriften auch bei Tieren anwendbar sind (§ 90a S. 3 BGB). Daher kann z.B. ein bissiger Kampfhund sichergestellt werden, damit weitere Beißvorfälle verhindert werden (OVG Münster NVWZ 2001, 2227).

<sup>714</sup> Vgl. VGH Kassel Beschl. v. 29.2.2000 – 11 UE 4487/98.

In dieser Gemengelage präventiver und repressiver Aufgabenerfüllung ist eine Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem polizeilichem Handeln vorzunehmen.

**Beispiel:** Im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle erblickt die Polizei bei einem herausgewunkenen Pkw ein sog. Radarwarngerät (siehe dazu Rn 578), das mit Saugnapfen an der Innenseite der Frontscheibe befestigt ist. Polizeibeamter P greift sofort in das Wageninnere, zieht das Gerät von der Scheibe und nimmt es in Gewahrsam.

In diesem Fall könnte die Sicherstellung auf § 161 I StPO i.V.m. §§ 111b, 111c StPO i.V.m. §§ 46, 53 OWiG i.V.m. § 74 StGB basieren, sofern es der Polizei um die Ahndung einer Ordnungswidrigkeit geht. Denn der Autofahrer hat den Tatbestand des § 6 I Nr. 2 StVG i.V.m. § 23 Ic StVO und damit zugleich die Ordnungswidrigkeitsnorm des § 24 StVG i.V.m. § 49 I Nr. 22 StVO verwirklicht. Das Gerät kann somit eingezogen werden.

Da auf der anderen Seite der Rechtsverstoß im Zeitpunkt des Erblickens des Geräts durch P noch andauerte und damit gleichzeitig eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestand (es kann davon ausgegangen werden, dass der Fahrer das Gerät auch weiterhin benutzen würde), könnte sich die Sicherstellung auch auf die entsprechende polizeigesetzliche Befugnisnorm (vgl. z.B. Art. 25 Nr. 1 BayPAG, § 14 Nr. 1a HmbSOG, § 26 Nr. 1 NPOG) stützen lassen.

Die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem polizeilichem Handeln vollzieht die wohl h.M., indem sie auf den **Schwerpunkt der Maßnahme** abstellt.<sup>715</sup> Andere halten die Kriterien für die Bestimmung des Schwerpunkts für zu vage und beziehen sich auf den Wortlaut der gesetzlichen Aufgaben- und Befugnisnormen und nehmen die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Charakter einer polizeilichen Maßnahme anhand der mit ihr verfolgten **Zielsetzung** vor. Diese knüpfe an die **Finalität** des polizeilichen Handelns und damit an das subjektive Element des handelnden Polizeibeamten an. Nach der hier vertretenen Auffassung ist für die Bestimmung der Rechtsnatur der Maßnahme daher eine gemischt objektiv-subjektive Betrachtungsweise geboten. Danach ist Ausgangspunkt für die Ermittlung der Rechtsnatur der Maßnahme deren Schwerpunkt, wie er sich für einen unbeteiligten Dritten darstellt. Liegen danach Anhaltspunkte dafür vor, dass ein *dringender Tatverdacht* besteht und die Polizei weitere Sachverhaltsaufklärungen durchführt bzw. Maßnahmen ergreift, um den staatlichen Strafanspruch zu gewährleisten, ist von einer repressiv-polizeilichen Tätigkeit auszugehen. Geht es dagegen primär um Schadensabwendung und die Verhinderung weiterer Rechtsverstöße, ist die polizeiliche Maßnahme dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen. Freilich ist die Bestimmung der Rechtsnatur der Maßnahme auf eine Tatsachenbasis zu stützen, bei der *auch* die Intention der handelnden Beamten zu berücksichtigen ist.

Stellt man sich demgemäß auf den Standpunkt, dass es der Polizei im vorliegenden Fall primär um die Verhinderung weiterer Rechtsverstöße ging, liegt präventivpolizeiliches Handeln vor und als Rechtsgrundlage dient die entsprechende Vorschrift des Polizeigesetzes. Die Gefahr ist gegenwärtig, weil das schädigende Ereignis bereits stattfand und auch in die allernächste Zukunft wirken wird. Ermessensfehler und eine Missachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind nicht ersichtlich. Die Sicherstellung war mithin rechtmäßig.<sup>716</sup>

- 566** Unklar ist auch die **Rechtsnatur** der Sicherstellung. Sieht man in ihr ausschließlich das tatsächliche Ansichnehmen der sicherzustellenden Sache, handelt es sich um **schlichtes Verwaltungshandeln**.<sup>717</sup> Stellt man sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Ansichnahme der Sache zugleich die konkludente Verfügung in sich birgt, der Betroffene habe die Maßnahme zu dulden (sog. **Duldungsverfügung**),

<sup>715</sup> Zum Meinungsstand und zu den jeweiligen Nachweisen vgl. Rn 89 ff.

<sup>716</sup> Vgl. dazu Rn 578, R. Schmidt, Fälle zum POR, Fall 8 und später auch VGH München NJW 2008, 1549 f.

<sup>717</sup> Davon gehen Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 12 Rn 12c und Schwabe, NJW 1983, 369 ff. aus.

stellt sie einen **Verwaltungsakt** dar.<sup>718</sup> Relevant wird diese Unterscheidung immer dann, wenn der Betroffene sich weigert, die Sache herauszugeben bzw. von der Polizei herausnehmen zu lassen, und die Polizei Zwang anwenden muss. Denn eine Zwangsmaßnahme hat nur dienende Funktion und bedarf grundsätzlich einer zu vollstreckenden Grundverfügung. Sieht man in der Sicherstellung also lediglich schlichtes Verwaltungshandeln, kann sie nicht mit Mitteln des Zwangs durchgesetzt werden, weil schlichtes Verwaltungshandeln (mangels Regelungsanordnung) nicht vollstreckt werden kann. Weigert sich in diesem Fall der Betroffene, der Aufforderung Folge zu leisten und die Sache herauszugeben, bzw. verhindert er das Herausnehmen durch die Polizei, muss diese eine hypothetische Begleitverfügung auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel konstruieren, um an eine vollstreckungsfähige Grundverfügung zu gelangen. Eine derartige Konstruktion ist nicht nur überflüssig, sondern auch systemwidrig (vgl. dazu Rn 122). Denn die Vertreter dieser Konstruktion übersehen die Sperrwirkung der Standardmaßnahmen gegenüber der Befugnisgeneralklausel mit ihren weniger stringenten Tatbestandsvoraussetzungen. Das systemwidrige Zurückgreifen auf die Befugnisgeneralklausel vermeidet man aber, indem man in den Standardmaßnahmen nicht nur schlichtes Verwaltungshandeln, sondern gleichzeitig auch einen Verwaltungsakt auf Duldung der Maßnahme sieht.

Daher stellt im obigen **Beispiel** das Ergreifen des Radarwarngeräts durch P einen Verwaltungsakt dar, der auf Duldung der Sicherstellung gerichtet ist. Sollte sich der Betroffene weigern, der Duldungsverfügung Folge zu leisten, bzw. die Sicherstellung durch Festhalten des Geräts zu verhindern versuchen und muss P Zwang anwenden, um das Gerät in Gewahrsam zu nehmen, liegt **unmittelbarer Zwang** vor.<sup>719</sup>

Unabhängig von der gerade behandelten Problematik erfolgt die Sicherstellung in den meisten Fällen durch **Anordnung** („Geben Sie die Sache heraus“) und deren **Vollzug** (die Ansichnahme der Sache). Spricht die Polizei die Anordnung aus, der Inhaber der tatsächlichen Gewalt habe die sicherzustellende Sache herauszugeben, liegt definitiv ein **Verwaltungsakt** vor. Denn diese Anordnung ist auf eine ganz bestimmte Rechtsfolge gerichtet, nämlich auf die Herausgabe der Sache. Sollte sich der Betroffene weigern, die Sache herauszugeben, und nimmt die Polizei die Sache gewaltsam entgegen, liegt unmittelbarer Zwang vor (s.o.). Vollstreckbare Grundverfügung ist in diesem Fall nicht etwa eine konkludente Duldungsverfügung, sondern die tatsächlich ausgesprochene Anordnung, die Sache herauszugeben.

567

Würde im obigen **Beispiel** P den Autofahrer also auffordern, das Radarwarngerät herauszugeben, läge in dieser Aufforderung bereits eine Sicherstellung (sog. Sicherstellungsverfügung). Würde sich der Autofahrer dann weigern, das Gerät herauszugeben, und müsste P das Gerät selbst von der Windschutzscheibe abziehen und an sich nehmen, läge hierin (lediglich) der Ausführungsakt der Sicherstellung. Zusätzlicher unmittelbarer Zwang läge nur dann vor, wenn der Autofahrer das Gerät z.B. festhielte und P das Gerät nur unter Überwindung von Widerstand an sich nehmen könnte.

Abweichend von der hier favorisierten Vorgehensweise ist es konstruktiv auch möglich, in der von der Polizei ausgesprochenen **Anordnung**, die sicherzustellende Sache herauszugeben, nicht eine Sicherstellungsverfügung zu sehen, sondern eine Maßnahme auf der Grundlage der **Befugnisgeneralklausel**. Diese Konstruktion basiert auf der Vorstellung, dass eine Sicherstellung stets das tatsächliche Element der Begründung amtlichen Gewahrsams in sich berge. Schließt man sich dieser Konstruktionsmöglich-

568

<sup>718</sup> So OVG Bremen Nord ÖR 2003, 457, 458; *Schenke*, POR, Rn 128 f.; *Kopp/Schenke*, VwGO, Anh § 42 Rn 35; *Neuhäuser*, in: BeckOK NPOG, § 26 Rn 67; *Nolte*, NVwZ 2001, 147, 152; *Habler*, JuS 2001, 691, 692.

<sup>719</sup> Eine Ersatzvornahme in Form der Selbstvornahme scheidet aus, weil die Herausgabepflicht unvertretbar ist, eine Ersatzvornahme aber eine vertretbare Handlung verlangt.

keit an, ist die Anordnung, die Sache herauszugeben, zunächst am Maßstab der *Bezugnisgeneralklausel* zu prüfen. Sodann ist das tatsächliche Ansichnehmen als Standardmaßnahme *Sicherstellung* zu prüfen. Schließlich muss, sofern die Polizei zur Begründung amtlichen Gewahrsams Zwang anwendet, dieses Verhalten als *unmittelbarer Zwang* geprüft werden. Im Vergleich zu der hier favorisierten, bei Rn 566 erläuterten, Vorgehensweise ist also eine Maßnahme mehr zu prüfen.

- 569** Im Übrigen muss die Sicherstellung **auf die Begründung einer behördlichen Verwahrung gerichtet sein**.<sup>720</sup> Ob dies beim **Abschleppen verbotswidrig abgestellter Kfz** der Fall ist, muss bezweifelt werden. Denn die Gefahrenabwehr- bzw. Polizeibehörde verfolgt mit dem Abschleppen von Kfz im Allgemeinen nicht den Zweck, das betreffende Kfz in Verwahrung zu nehmen bzw. den Eigentümer, den Inhaber der tatsächlichen Gewalt oder Dritte von der Sachherrschaft auszuschließen. Regelmäßig wird es ihr nur darum gehen, das Kfz von seinem gegenwärtigen Standort zu entfernen, um eine dort bestehende Gefahr zu beseitigen. Wird das Kfz dazu lediglich an eine Stelle im öffentlichen Verkehrsraum verbracht, an der das Parken gestattet ist, spricht man von „**Umsetzung**“<sup>721</sup>, die von der Sicherstellung zu unterscheiden ist, da bei der Umsetzung gerade kein amtlicher Gewahrsam begründet wird. Eine Sicherstellung kann lediglich dann angenommen werden, wenn die Polizei das Kfz auf einen amtlichen Verwehrplatz verbringen lässt.

Gleichwohl nimmt die (noch) h.M.<sup>722</sup> eine **Ersatzvornahme** an. Schließt man sich dem an, dient als vollstreckbare Grundverfügung für dieses Zwangsmittel das Halteverbotszeichen, dem die h.M. das Gebot entnimmt, den Wagen weiterzufahren.<sup>723</sup> Sofern das Landesrecht (wie § 37a I S. 1 BerlASOG) die „**Umsetzung von Fahrzeugen**“ enthält, wonach die Ordnungsbehörden und die Polizei ein abgestelltes Fahrzeug zur Abwehr einer von diesem ausgehenden Gefahr selbst oder durch einen Beauftragten an eine Stelle im öffentlichen Verkehrsraum verbringen können, an der das Parken gestattet ist, dürfte das Abschleppen des Kfz schlicht als Standardmaßnahme „Umsetzung“ (und nicht als Zwangsmaßnahme in Form einer Ersatzvornahme) zu qualifizieren sein, siehe auch Rn 1031 f.

- 570** Eine Sicherstellung des Kfz kommt aber z.B. dann in Betracht, wenn das Fahren eines fahruntüchtigen Verkehrsteilnehmers nicht auf andere Weise (Sicherstellung des Zündschlüssels o.Ä.) verhindert werden kann oder wenn das Kfz nicht verkehrstüchtig oder nicht zugelassen ist und die Gefahr für die Allgemeinheit nicht anders abgewendet werden kann. Zu beachten ist dann aber die gegenüber der polizeigesetzlichen Sicherstellung vorrangige Regelung des § 17 I StVZO. Die Inverwahrungnahme eines Kfz, um den Eigentümer vor Verlust oder Beschädigung zu bewahren, ist aber vorzugswürdigerweise eine Sicherstellung nach Polizeirecht (Rn 577).
- 571** Der Streit über die Rechtsnatur der Abschleppmaßnahme ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat einen ganz konkreten praktischen Bezug: In den meisten Bundesländern sind nämlich die Kosten der Gefahrenabwehr (wozu auch die Sicherstellung gehört) von der Körperschaft zu tragen, deren Aufgaben die handelnde Behörde übernommen hat. Dagegen sind die Kosten der Ersatzvornahme stets von dem Pflichtigen zu übernehmen (Rn 1006 f.).

<sup>720</sup> Davon gehen auch die Polizeigesetze aus, siehe etwa § 39 I S. 1 BerlASOG.

<sup>721</sup> Siehe § 37a I S. 1 BerlASOG

<sup>722</sup> Für Ersatzvornahme insb. die höchstrichterliche Rspr., vgl. BGH NJW 2014, 2577, 2578; BVerwGE 102, 316, 318 f.; vgl. auch VGH Mannheim NJW 2010, 1898, 1899; OVG Greifswald NordÖR 2005, 328. Aus der Lit. *Schenke*, POR, Rn 611-613/658; *Schoch*, POR, Rn 145; *Muckel*, Fälle BesVerwR, S. 170 f.; *Martini*, JA 2002, 955, 960. Für Sicherstellung VGH München NVwZ 1990, 180 und NJW 2001, 1960; *Kingreen/Poscher*, POR, § 19 Rn 4; *Gusy*, POR, 290; *Götz/Geis*, POR, § 8 Rn 60 und § 14 Rn 26. Ist eine Sicherstellung indes gesetzlich angeordnet (wie in Hamburg, vgl. § 14 I S. 2 SOG), ist dies einwandfrei.

<sup>723</sup> BGH NJW 2014, 2577, 2578. Auf die hiermit verbundenen zahlreichen Probleme (Wirksamwerden nachträglich aufgestellter Verkehrsschilder; Überwindung der fehlenden Androhung etc.) wird bei Rn 1025 ff. eingegangen.

Aus den genannten Gründen ist auch die „**Beschlagnahme**“ von **Wohnraum**, etwa um **Obdachlose** oder **Flüchtlinge** unterzubringen, *keine* Sicherstellung, sondern sie ergeht auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel<sup>724</sup>, wobei wegen des Eingriffs in Art. 14 I S. 1 GG (und der Unbestimmtheit der Befugnisgeneralklausel) hohe Anforderungen an die Rechtmäßigkeit zu stellen sind<sup>725</sup>.

572

### aa. Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit gelten zunächst die allgemeinen Voraussetzungen (Zuständigkeit, Verfahren, Form, siehe Rn 607 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze, dass dem Betroffenen auf Verlangen eine **Bescheinigung** über die sichergestellten Sachen und den Grund für die Sicherstellung auszustellen ist.<sup>726</sup> An die Stelle der Bescheinigung tritt eine **Niederschrift**, wenn eine Bescheinigung „nach den Umständen des Falls“ nicht ausgestellt werden kann. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Inhaber der tatsächlichen Gewalt nicht ermittelt werden kann oder wenn es sich um Kinder oder um Geistesranke handelt. Die Niederschrift muss erkennen lassen, warum eine Bescheinigung nicht ausgestellt worden ist. Der Eigentümer oder der Inhaber der tatsächlichen Gewalt sind unverzüglich zu unterrichten. Der Begriff „unverzüglich“ sollte nicht in Anlehnung an § 121 I BGB („ohne schuldhaftes Zögern“) verstanden werden, sondern in Anlehnung an den in den Polizeigesetzen normierten Richtervorbehalt. Danach muss die Verzögerung sachlich zwingend geboten sein.<sup>727</sup> Die Unterrichtung hat also zu erfolgen, sobald und soweit die Polizei hierzu nach dem jeweiligen Stand der Dinge in der Lage ist. Einen Richtervorbehalt für die Sicherstellung sehen die Polizeigesetze (anders als § 98 StPO) nicht vor. Die unterschiedliche Regelung ist damit zu erklären, dass das Gefahrenabwehrrecht regelmäßig durch das Erfordernis schnellen Handelns geprägt ist und das Abwarten einer richterlichen Entscheidung dem Zweck der Gefahrenabwehr regelmäßig zuwiderliefe.

573

Ein Verstoß gegen diese Verfahrensvorschriften führt grds. zur **formellen Rechtswidrigkeit** der Sicherstellung. Eine **Heilung** gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG scheidet aus; in Betracht kommt aber eine Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG. Vgl. dazu Rn 607 ff.

574

### bb. Materielle Rechtmäßigkeit

Die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Befugnisnorm beschrieben (vgl. etwa Art. 25 I BayPAG; § 14 I S. 1 HmbSOG; § 26 NPOG; § 22 RhIPfPOG; §§ 31, 32 SächsPVDG). Danach kommt die Sicherstellung i.d.R. in folgenden Fällen in Betracht:

575

(1) zum Schutz des Eigentümers oder rechtmäßigen Inhabers der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung,

<sup>724</sup> Vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165 („Beschlagnahme“ eines privaten Grundstücks zur Bereitstellung von Unterkünften für Flüchtlinge) sowie (hinsichtlich der Obdachlosenunterbringung) *Volkman*, JuS 2001, 888, 890; *Muckel*, Fälle BesVerwR, S. 146 und *Erichsen/Biermann*, JuS 1998, 371, 376. Siehe auch *Beaucamp*, JA 2017, 728, 730. Dagegen für Sicherstellung *Schenke*, POR, Rn 38/322; *Götz/Geis*, POR, § 10 Rn 8. Unklar, aber wohl für Befugnisgeneralklausel *Knemeyer*, POR, Rn 444. Vgl. i.Ü. zu dieser Konstellation *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 12.

<sup>725</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165.

<sup>726</sup> Vgl. Bund: § 48 II BPolG; BW: § 38 III S. 2 PolG; Bay: Art. 26 II PAG; Berl: § 39 II ASOG; Brand: § 26 II PolG; Brem: § 22 II PolG; Hamb: § 14 II SOG; Hess: § 41 II SOG; MeckVor: § 62 II SOG; Nds: § 27 II POG; NRW: § 44 II PolG; RhIPf: § 23 II POG; Saar: § 22 II PolG; Sachs: § 32 II PVDG; SachsAnh: § 46 II SOG; SchlHolst: § 211 II LVwG; Thür: §§ 28 II PAG und 23 II OBG.

<sup>727</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 429; BVerwGE 45, 51, 63; vgl. auch BVerfGE 105, 239, 249; EGMR NJW 2001, 51, 53, jeweils zum Richtervorbehalt.

- (2) zur Abwehr einer *gegenwärtigen Gefahr*<sup>728</sup> für die *öffentliche Sicherheit (oder Ordnung)*<sup>729</sup> (unerheblich ist, ob die *Gefahr* von der Sache selbst ausgeht oder von ihrem Besitzer bzw. einem Dritten) und
- (3) zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung, wenn die Sache von einer rechtmäßig festgehaltenen Person mitgeführt wird.

**576** Zu beachten ist, dass der in der polizeigesetzlichen Befugnisnorm genannte Kanon abschließend ist. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, hat eine (präventivpolizeiliche) Sicherstellung zu unterbleiben. Ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel kommt aus systematischen Gründen nicht in Betracht.

**577** Die Sicherstellung nach **Nr. 1** ermöglicht zur Erfüllung der polizeilichen Aufgabe *Schutz privater Rechte* die Sicherstellung von Sachen, um den Eigentümer oder den Inhaber der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung der Sache zu schützen. Dabei ist – im Umkehrschluss zu Nr. 2 – keine gegenwärtige Gefahr erforderlich. Es genügt eine „einfache“ Gefahr, also die Wahrscheinlichkeit des Verlusts oder der Beeinträchtigung der Sache bei Nichteingreifen. Die Anwendung dieser Vorschrift, die an die zivilrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) erinnert, kommt insbesondere in Betracht, wenn eine **Hausbesetzung** droht, eine wertvolle Sache **dem Zugriff Dritter** ungeschützt **ausgesetzt** oder ein **Tier entlaufen** ist. In jedem Fall muss die Sicherstellung (wie die GoA) dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten entsprechen<sup>730</sup>; anderenfalls wäre der Eingriff in die Privatautonomie, die durch das in den Polizeigesetzen niedergelegte Subsidiaritätsprinzip gerade gewahrt werden soll, nicht zu rechtfertigen.

**Beispiel**<sup>731</sup>: Polizeibeamte stellten (über einen von ihnen beauftragten Abschleppunternehmer) einen am Straßenrand abgestellten Pkw, dessen hintere rechte Seitenscheibe heruntergelassen war, sicher, um ihn vor dem Zugriff durch Unberechtigte (Verhinderung eines Diebstahls von Gegenständen aus dem Auto, des Autos selbst oder von Beschädigungen am Auto) zu bewahren. Zuvor hatten sie vergeblich versucht, den Halter ausfindig zu machen.

In diesem Fall müsste die Polizei im Interesse des Berechtigten gehandelt haben. Wäre der Pkw z.B. auf einem gut besuchten und videoüberwachten Kundenparkplatz eines Supermarktes abgestellt gewesen<sup>732</sup>, hätte dies nicht ohne weiteres dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten entsprochen. Hätte es sich bei dem Abstellort aber um eine dunkle Seitengasse gehandelt, wäre das sicherlich anders zu beurteilen gewesen. In diesem Fall wäre ein etwaiger entgegenstehender Wille des Berechtigten, den er insbesondere mit Blick auf die Kostentragungspflicht<sup>733</sup> äußern könnte, unbeachtlich gewesen. Dann wäre auch kein Grund ersichtlich gewesen, warum die Maßnahme unverhältnismäßig gewesen sein könnte.

**578** Die Sicherstellung nach **Nr. 2** setzt eine gegenwärtige Gefahr voraus, also eine Sachlage, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht. Mög-

<sup>728</sup> So die Legaldefinition in Art. 11 I S. 2 BayPAG; ähnlich – d.h. textlich, aber nicht inhaltlich abweichend – § 2 Nr. 3a BremPolG, § 2 Nr. 1 NPOG, § 3 Nr. 3a SachsAnhSOG und § 54 Nr. 3a ThürOBG). Vgl. zuvor bereits BVerwGE 28, 310, 315 f.; 45, 51, 57; BVerwG NJW 1970, 1890, 1892. Aus der Lit. bspw. *Denninger*, in: Lisken/Denninger, D Rn 47; *Schenke*, POR, Rn 74; *Holzner*, in: BeckOK BayPAG, Art. 11 Rn 20 – dazu Rn 658 f. Art. 25 I BayPAG lässt auch eine drohende Gefahr genügen, sofern sie für ein bedeutendes Rechtsgut besteht (Art. 25 I Nr. 1b BayPAG – dazu Rn 581a).

<sup>729</sup> Das Bezugsobjekt „öffentliche Sicherheit (oder Ordnung)“ ist in den meisten polizeigesetzlichen Vorschriften über die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme zwar nicht genannt. Wegen der Grundaussage der polizeilichen Befugnisgeneralklausel ist die „öffentliche Sicherheit (oder Ordnung)“ aber Bezugsobjekt der Gefahr bei allen Standardmaßnahmen.

<sup>730</sup> So nun auch OVG Bautzen NJW 2016, 181, 182.

<sup>731</sup> Nach OVG Bautzen NJW 2016, 181 f.

<sup>732</sup> So im Fall OVG Bautzen NJW 2016, 181 f.

<sup>733</sup> Vgl. dazu Rn 1006 f.

licher Anwendungsfall ist das Sicherstellen eines Radarwarngeräts im Rahmen einer Verkehrskontrolle, weil in diesem Fall der Rechtsverstoß gegen § 6 I S. 1 Nr. 2 StVG i.V.m. § 23 Ic S. 1, S. 2 StVO nicht nur bereits vorliegt, sondern ohne die Sicherstellung wahrscheinlich fort dauern würde (vgl. bereits Rn 565). Das gilt auch dann, wenn das Gerät im Zeitpunkt der Verkehrskontrolle nicht eingeschaltet war. Denn § 23 Ic S. 1, S. 2 StVO lässt es genügen, wenn das Gerät betriebsbereit mitgeführt wird. Das wiederum ist der Fall, wenn das Gerät während der Fahrt jederzeit und ohne größeren technischen Aufwand eingesetzt werden kann (es z.B. nur noch an die Stromversorgung angeschlossen und eingeschaltet werden muss).<sup>734</sup>

Weiterführender Hinweis: Ob mit einer „Blitzer-App“ versehene **Smartphones** und **mobile Navigationsgeräte**, bei denen aufgrund einer Zusatzsoftware Standorte (sog. Points of Interest – POI) und damit auch zumindest stationäre Geschwindigkeitsmessanlagen angezeigt werden, unter die Verbotsnorm des § 23 Ic StVO fallen, ist zweifelhaft. Wenn, dann wäre § 23 Ic S. 3 StVO einschlägig, wobei die Ermächtigungsgrundlage des § 6 StVO (= Parlamentsgesetz) durchaus unbestimmte Formulierungen aufweist, die (ebenfalls) zur Beanstandung führen könnten. Denn § 6 StVG enthält eine Vielzahl von Ermächtigungen, die teilweise in groben Zügen, teilweise aber auch sehr genau beschreiben, welche Regelungen das Bundesministerium für Digitales und Verkehr erlassen darf. So ermächtigt § 6 I S. 1 Nr. 2 StVG das Bundesministerium für Digitales und Verkehr, soweit es zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen erforderlich ist, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen über das Verhalten im Verkehr. In dieser Ermächtigungsnorm werden Inhalt, Zweck und Ausmaß nur in groben Zügen genannt, womit der Vorgabe in Art. 80 I S. 2 GG kaum Rechnung getragen wird. Auch ist § 6 StVG nicht in allen Ermächtigungen hinreichend bestimmt und wird der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG nicht stets gerecht.

Unbeschadet der verfassungsrechtlichen Problematik hat das Bundesministerium für Digitales und Verkehr von der Ermächtigung in § 6 I S. 1 Nr. 2 StVG durch Erlass des § 23 Ic StVO (= Rechtsverordnung) Gebrauch gemacht. Nach § 23 Ic S. 1 StVO ist es dem Führer eines Kfz untersagt, ein technisches Gerät zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen<sup>735</sup>, das dafür bestimmt ist, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören. Gedacht ist hierbei vor allem an die sog. Radarwarngeräte, was durch § 23 Ic S. 2 StVO verdeutlicht wird. Ob auch (jeweils mit Blitzer-Apps ausgestattete) Smartphones und Navigationsgeräte hierunter fallen, ist angesichts des Wortlauts des § 23 Ic S. 1 StVO zweifelhaft; denn diese Geräte sind in ihrer eigentlichen Funktion nicht dazu bestimmt, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören. Sie dienen der Kommunikation, Information, Organisation und der Unterhaltung. Die Warnung vor Verkehrsüberwachungsmaßnahmen geschieht nur durch Installation zusätzlicher Software („Blitzer-Apps“), womit in gewisser Weise vom Benutzer die Zweckbestimmung verändert wird.

§ 23 Ic S. 1 StVO ist also (wie § 6 I S. 1 Nr. 2 StVG) sehr weit und unbestimmt gefasst. Zieht man jedoch die präzisierende Vorschrift des § 23 Ic S. 2 StVO („insbesondere Radarwarn- oder Laserstörgeräte“) sowie die Regelung des § 23 Ia StVO („elektronisches Gerät, das der Kommunikation, Information oder Organisation dient oder zu dienen bestimmt ist“) vergleichend heran, wird in Abgrenzung zu diesen Vorschriften klar, dass von § 23 Ic S. 1, S. 2 StVO letztlich nur reine Radarwarngeräte und andere zur Anzeige und Störung von Verkehrsüberwachungsmaßnahmen bestimmte Geräte erfasst sein können. Smartphones sind zwar geeignet, nicht aber dazu bestimmt, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören, und damit vom Wortlaut des § 23 Ic S. 1, S. 2 StVO nicht erfasst. Gleichwohl hat sich die (bisherige) Rechtsprechung nicht davon abhalten lassen, in Über-

<sup>734</sup> König, in: Hentschel/König/Dauer, StVG, § 23 Rn 38; VGH München NJW 2008, 1549 f. An der Betriebsbereitschaft fehlt es z.B., wenn sich das erforderliche Stromkabel nicht im Wagen befindet (VGH München NJW 2008, 1549 f.; AG Lüdinghausen NJW 2008, 2134, 2135). Gleiches dürfte gelten, wenn sich das Gerät im von der Fahrgastzelle nicht erreichbaren Kofferraum befindet.

<sup>735</sup> Der reine Besitz oder das Beisichführen im nicht betriebsbereiten Zustand sind also nicht erfasst.

dehnung des Wortlauts des § 23 I c S. 1, S. 2 StVO Smartphones mit installierten Blitzer-Apps jedenfalls dann unter die Verbotsnorm zu fassen, wenn die Blitzer-App auch aktiviert ist.<sup>736</sup> Dem von der Rechtsprechung angeführten Erfordernis einer teleologischen Auslegung stehen nicht nur der Wortlaut („dafür bestimmt ist, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören“), sondern auch der aufgezeigte systematische Zusammenhang entgegen. Dass eine Regelungslücke besteht, ist ausweislich. Das befugt die Rechtsprechung freilich nicht, insbesondere im Sanktionenrecht Vorschriften jenseits ihres Wortlauts anzuwenden. Dass der Wortlaut einer Norm die sanktionierte Verhaltensweise explizit erfassen muss, sah offenbar auch der Ordnungsgeber, der später in § 23 I c StVO einen S. 3 angefügt hat, wonach bei anderen technischen Geräten, die neben anderen Nutzungszwecken auch zur Anzeige oder Störung von Verkehrsüberwachungsmaßnahmen verwendet werden können, die entsprechenden Gerätefunktionen nicht verwendet werden dürfen.<sup>737</sup> Von dieser Formulierung sind auch Navigationsgeräte und Smartphones mit jeweiliger Blitzer-App erfasst.

Offen ist damit noch die Problematik in Bezug auf § 23 I a StVO, soweit in der Vorschrift Geräte genannt werden, die nicht dafür bestimmt sind, die Verkehrsüberwachung zu beeinträchtigen (etwa ein Taschenrechner<sup>738</sup>). Denn der Wortlaut der Ermächtigungsnorm des § 6 I S. 1 Nr. 2 StVG lässt kaum vermuten, dass Regelungen über die Benutzung eines Taschenrechners erfasst sein könnten.

Aber auch auf dem Boden der aktuellen Gesetzeslage gilt hinsichtlich Smartphones mit Blitzer-Apps und Navigationsgeräte mit POI-Funktion: Hat die Polizei keine konkreten Hinweise auf die Benutzung der Zusatzfunktionen, fehlt ihr die Grundlage für weitere Maßnahmen. Insbesondere darf sie ohne konkrete Anhaltspunkte die Geräte nicht nach Vorhandensein solcher Zusatzfunktionen durchsuchen.

- 579** Eine gegenwärtige Gefahr besteht auch dann, wenn Fahrzeugschlüssel sichergestellt werden sollen, um einen fahruntüchtigen Autofahrer an der (Weiter-)Fahrt zu hindern. Verspricht die Sicherstellung der Schlüssel keinen Erfolg, kann sogar das Fahrzeug sichergestellt werden. Dagegen ist die Sicherstellung des Führerscheins i.d.R. nicht geeignet, eine Maßnahme auf der Grundlage der polizeigesetzlichen Befugnisnorm zu rechtfertigen, da dies den Autofahrer theoretisch ja nicht hindert, die Fahrt gleichwohl fortzusetzen.
- 580** Auch **Kameras** oder **Smartphones**, mittels derer **Polizeieinsätze** fotografiert bzw. aufgezeichnet werden, können unter bestimmten Voraussetzungen nach Nr. 2 (zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit) sichergestellt werden, zumal es nicht unüblich ist, dass Aufnahmen über Polizeieinsätze kurze Zeit später im Internet (d.h. in sozialen Medien) veröffentlicht werden, wodurch eine Rechtsverletzung vorliegen könnte. Tatbestandlich ist eine gegenwärtige Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit erforderlich. Zur öffentlichen Sicherheit gehören die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen und der Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt (Rn 628). Als polizeiliche Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit kommen vorliegend v.a. das staatliche Interesse an der Unge-störtheit des Polizeieinsatzes und Persönlichkeitsrechte der Polizeibeamten in Betracht, die durch das Fertigen von Foto- und Filmaufnahmen und das anschließende Posten im Internet verletzt sein könnten. Also ist zu prüfen, ob die Rechtsordnung eine Befugnis zur Fertigung und Veröffentlichung von Bild- und Filmaufnahmen verleiht. Diese könnte sich aus Art. 6 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ergeben, wobei

<sup>736</sup> Vgl. etwa OLG Celle NJW 2015, 3733; OLG Rostock DAR 2017, 718.

<sup>737</sup> Beschluss des Bundesrats v. 14.2.2020 (BR-Drs. 591/19).

<sup>738</sup> Siehe BGH NJW 2021, 1404, 1405 („Taschenrechner am Steuer verboten“).

(wegen der insoweit vollständigen unionsrechtlichen Determination<sup>739</sup>) die Unionsgrundrechte den Prüfungsmaßstab bilden.

Dazu müsste die DSGVO aber als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sein. Zwar ist für den Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei die DSGVO nicht anwendbar (siehe Art. 2 II lit. d) DSGVO), sondern es greift die Richtlinie zur Datenverarbeitung bei Polizei und Justiz (dazu Rn 136a ff.). Vorliegend geht es aber um Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten von Privaten über die Polizei, nicht um Datenverarbeitung durch die Polizei, sodass die Anwendbarkeit der DSGVO jedenfalls nicht wegen Art. 2 II lit. d) DSGVO ausgeschlossen ist. Ein Ausschluss der Anwendbarkeit könnte sich aber aufgrund von Art. 85 DSGVO (sog. „Medienprivileg“) ergeben, wonach sich die Rechtmäßigkeit journalistischer Datenverarbeitung nicht nach der DSGVO, sondern nach den nationalen (Presse-)Gesetzen richtet und dem hohen Schutzniveau der Pressefreiheit (siehe unter der Geltung des Grundgesetzes Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG) untersteht, was eine Abgrenzung zwischen „journalistischer“ und „privater“ Tätigkeit erforderlich macht. Zwar tendiert der EuGH dazu, den Begriff der „journalistischen Zwecke“ i.S.d. Art. 85 DSGVO weit auszulegen und es genügen zu lassen, wenn schlicht die Verbreitung von Informationen und Meinungen in der Öffentlichkeit bezweckt wird (der EuGH fordert also keinen „Berufsjournalismus“)<sup>740</sup>, jedoch ist dem entgegenzuhalten, dass anderenfalls nahezu jedes Fertigen von Bild- und Filmaufnahmen und jedes Veröffentlichen davon im Internet durch Personen, die ein „Mitteilungsbedürfnis“ verspüren, dem Medienprivileg unterfiele, was ersichtlich dem Zweck des Art. 85 DSGVO zuwiderliefe.<sup>741</sup> Verneint man das Medienprivileg bei Privatpersonen, ist damit aber noch nicht zwangsläufig die Rechtmäßigkeit am Maßstab des Art. 6 DSGVO zu prüfen, weil die DSGVO keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten (Art. 2 II lit. c) DSGVO) findet. Jedoch ist das Fotografieren bzw. Filmen von Polizeieinsätzen weder eine persönliche noch familiäre Tätigkeit.<sup>742</sup>

580a

Greift also das Medienprivileg nicht, richtet sich die Zulässigkeit nach Art. 6 DSGVO (mit den Unionsgrundrechten als Prüfungsmaßstab). Geht es um die mögliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Polizisten, kommt es (unterstellt, dass eine Einwilligung gem. Art. 6 I lit. a) DSGVO) nicht vorliegt<sup>743</sup>) auf das überwiegende „berechtignte Interesse“ i.S.d. Art. 6 I lit. f) DSGVO an. Die Polizisten müssen also die Aufnahmen bzw. Aufzeichnungen nicht dulden, wenn ihre Interessen oder Grundrechte überwiegen, was anhand einer umfassenden Abwägung festzustellen ist. Abzuwägen ist das Interesse der aufnehmenden bzw. aufzeichnenden Person (das z.B. in der Beweissicherung und dem Interesse an der Information der Öffentlichkeit bestehen kann<sup>744</sup>) mit den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Polizeibeamten. Das gilt auch bei Aufnahmen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes der Polizeibeamten.<sup>745</sup> Sollte sich danach die Rechtswidrigkeit der Datenerhebung ergeben, sind polizeiliche Maß-

580b

<sup>739</sup> Dazu oben Rn 136a ff.

<sup>740</sup> EuGH NJW 2019, 2451, 2454.

<sup>741</sup> Abzulehnen daher *Rennicke*, NJW 2022, 8, 10, der den „Wunsch, die Aufzeichnung zu veröffentlichen, um zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen,“ der journalistischen Tätigkeit (i.S.d. Art. 85 DSGVO) zuordnet und damit die Prüfungsgrundlage des Art. 6 DSGVO verneint. Das „Mitteilungsbedürfnis“ einer Privatperson ist nicht mit der Tätigkeit eines Pressevertreters gleichzusetzen.

<sup>742</sup> So auch *Rennicke*, NJW 2022, 8, 9.

<sup>743</sup> Wobei die Polizisten vor Ort ohnehin nur in die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einwilligen könnten, nicht in das staatliche Interesse an der Nichtverarbeitung der Daten.

<sup>744</sup> So *Rennicke*, NJW 2022, 8, 10.

<sup>745</sup> Darauf weist *Rennicke*, NJW 2022, 8, 12 hin.

nahmen (Untersagungsverfügung; Sicherstellung) gerechtfertigt.<sup>746</sup> Eine Durchsichtung des Aufnahmegeräts vor Ort, um eine Löschung der Aufnahmen vorzunehmen, wird dagegen wohl – wegen des tiefgreifenden Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre – als rechtswidrig anzusehen sein.

**580c** Keinesfalls überzeugt eine Entscheidung des BVerfG, in der das Gericht der Auffassung ist, man könne nicht ohne weiteres davon ausgehen, Personen (im konkreten Fall waren es Privatpersonen) würden Bildaufnahmen von einem Polizeieinsatz rechtswidrig ins Internet stellen, da dies ja gem. § 33 KUG strafbar sei.<sup>747</sup> Das überzeugt schon deshalb nicht, weil die Strafnorm des § 33 KUG den meisten Privatpersonen unbekannt sein dürfte und daher auch keine abschreckende Wirkung entfaltet. Zudem besteht ganz offensichtlich im Allgemeinen kein großes Unrechtsbewusstsein, wenn es um das Einstellen von Bildern unter Verletzung fremder Rechte ins Internet geht. Die Beantwortung der Frage, ob Polizeibeamte das Foto- und Videografieren ihrer Person dulden müssen, ist richtigerweise anhand der bereits ausgeführten Abwägung im Rahmen des Art. 6 DSGVO vorzunehmen.

**580d** Geht es um die Sicherstellung des Aufnahmegeräts eines **Pressevertreters** (Journalisten) sowie (generell) von **Presseerzeugnissen** wegen Gefahren, die von Inhalt oder Form dieser Erzeugnisse ausgehen, richtet sich – wie aufgezeigt – die Rechtslage nicht nach Art. 6 DSGVO, sondern – wegen Art. 85 II DSGVO – nach nationalem Recht. Das heißt aber nicht, dass die Sicherstellung auf der Grundlage der polizeigesetzlichen Befugnisnorm zulässig wäre. Denn anderenfalls könnten die Spezialvorschriften der Landespressegesetze (Presserecht ist Landesrecht), die die Beschlagnahme von Presseerzeugnissen nur unter bestimmten, in den jeweiligen Vorschriften aufgelisteten Voraussetzungen (insbesondere Richtervorbehalt oder Verwirklichung bestimmter Straftaten) zulassen, unterlaufen werden. Da die DSGVO und damit die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab ausscheiden, greift zum Schutz der Pressevertreter das Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG, welches einen hohen Verfassungsrang genießt.<sup>748</sup> Eingriffe in die Pressefreiheit sind nur unter den Voraussetzungen des Art. 5 II GG (allgemeine Gesetze, Jugend- und Ehrschutzgesetz) sowie den verfassungsimmanenten Schranken im Lichte des Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG zulässig; die Landespressegesetze mit ihren besonderen Voraussetzungen für Eingriffe in die Pressefreiheit werden diesen Anforderungen gerecht. Ein Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht ist insoweit ausgeschlossen (sog. **Polizeifestigkeit des Presserechts**). Insbesondere enthalten die Landespressegesetze Bestimmungen, wonach die Sicherstellung/Beschlagnahme von Presseerzeugnissen nur aufgrund einer richterlichen Verfügung und nur aus strafprozessualen Gründen zulässig ist. Insoweit stellt sich ein ähnliches Problem wie beim Versammlungsrecht, wonach im Anwendungsbereich des VersG der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht (ebenfalls) ausgeschlossen ist („Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“).<sup>749</sup> Bezüglich des Presserechts lässt sich demzufolge folgender Befund feststellen:

- Eine Sicherstellung von Presseerzeugnissen wegen Gefahren, die von **Inhalt** oder **Form** dieser Erzeugnisse ausgehen, ist auf der Grundlage der polizeigesetzlichen Befugnisnorm ausgeschlossen, sofern das **Landespressegesetz** Spezialvorschriften bereitstellt, die die Beschlagnahme nur unter bestimmten, in den presserechtlichen Vor-

<sup>746</sup> Wie hier *Rennicke*, NJW 2022, 8, 10 (wobei er aber zu pauschal lediglich von „polizeilichem Einschreiten“ spricht, ohne die Maßnahme zu benennen); a.A. *Kirchhoff*, NVwZ 2021, 1177, 1182 (der auf die – unterstellte – Unmöglichkeit der Beamten vor Ort abstellt, die Güterabwägung nach Art. 6 I lit. f) DSGVO rechtssicher vorzunehmen).

<sup>747</sup> BVerfG NVwZ 2016, 53 f.

<sup>748</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 7, 198, 203 (Lüth); später BVerfGE 117, 244, 258 (Cicero); BVerfG NJW 2001, 507 (Presserichtlicher Schutz von „Bekennerschreibern“); BVerfGE 20, 162, 174 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 66, 116, 133 (Springer/Wallraff). Vgl. auch EGMR NJW 2006, 591 (zur Bedeutung von Art. 8 EMRK); OVG Weimar NJW 2015, 1836. Siehe dazu ausführlich *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 461.

<sup>749</sup> Siehe dazu Rn 1034 ff.

schriften aufgelisteten Voraussetzungen (insbesondere Richtervorbehalt oder Verwirklichung bestimmter Straftaten) zulassen (sog. **Polizeifestigkeit des Presserechts**).

- Auf der Grundlage des Polizeigesetzes zulässig ist dagegen die Sicherstellung von Presseerzeugnissen, wenn es um die Abwehr von Gefahren geht, vor deren Verwirklichung die landespresserechtlichen Bestimmungen nicht schützen, bzw. wenn es nicht zielgerichtet um Eingriffe in die Pressefreiheit geht.

### Beispiele:

- (1) Ein mit Presseerzeugnissen beladener Kleintransporter ist verunglückt. Die Polizei stellt die auf der Fahrbahn liegenden Presseerzeugnisse auf der Grundlage des Polizeigesetzes sicher, um die Gefahr zu beseitigen.
- (2) Die Polizei erhält telefonisch eine Bombendrohung; der Anrufer teilt mit, die Pressekonzferenz der Bundesregierung werde „in die Luft fliegen“. Daraufhin räumt die Polizei auf der Grundlage des Polizeigesetzes das Gebäude und stellt in diesem Zusammenhang auch einige Unterlagen der Presse sicher (um diese vor Verlust bzw. Beschädigung zu schützen).

In Fällen dieser Art geht die Gefahr nicht vom Inhalt der Presseerzeugnisse aus. Daher können die Landespressegesetze auch keine abschließende Regelung entfalten. Der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht ist zulässig.

- Der Vorrang des Landespresserechts gilt auch, wenn die **Sicherstellung** von **Film- oder Fotomaterial** erfolgt, nachdem der Presseangehörige zuvor etwa einen **polizeilichen Einsatz gefilmt** oder **fotografiert** hat. Denn auch in diesem Fall geht die Gefahr (für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Polizisten, aber auch für die Funktionsfähigkeit einer staatlichen Einrichtung und Veranstaltung – dazu Rn 636) vom **Inhalt** des Presseerzeugnisses aus, sodass der Eingriff in die Pressefreiheit ausschließlich auf der Grundlage des Landespressegesetzes erfolgen könnte. Das ist aber nur dann der Fall, wenn das Pressegesetz abschließende Regelungen enthält, die einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht ausschließen. Auch ist der Polizeivollzugsdienst nicht zuständig für Maßnahmen nach dem Pressegesetz. Schließlich ist eine Beschlagnahme von Presseerzeugnissen nach den Pressegesetzen nur auf Grundlage einer richterlichen Verfügung zulässig; auf strafprozessualer Ebene sind die Restriktionen nach § 97 V StPO zu beachten. Daher könnte – um diese Wertungen nicht zu unterlaufen – eine Sicherstellung nach den Befugnisnormen des Polizeigesetzes ausgeschlossen sein. Dadurch könnten allerdings irreparable Schäden für bestimmte Rechtsgüter eintreten, insbesondere, weil eine richterliche Entscheidung so kurzfristig nicht eingeholt werden kann.

Daher bietet sich folgende Lösung an: Grundsätzlich sind das Filmen und Fotografieren auch polizeilicher Einsätze nicht verboten.<sup>750</sup> Andererseits darf nicht verkannt werden, dass durch das Filmen bzw. Fotografieren nicht nur einsatztaktische Belange der Polizei betroffen, sondern auch Persönlichkeitsrechte der gefilmten bzw. fotografierten Polizisten (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, die durch § 23 I Nr. 3 KUG einfachgesetzlich konkretisiert sind) verletzt sein können, wobei zu beachten ist, dass die Polizisten weniger als „Privatpersonen“ betroffen sind als als Teil eines staatlichen Einsatzes.<sup>751</sup> Staatliche Maßnahmen (auch und insbesondere Polizeimaßnahmen) müssen sich eher der öffentlichen Kritik bzw. Diskussion stellen, was die Möglichkeit des Fertigmachens von Bildaufnahmen impliziert. Davon unabhängig kann aber durch das Fertigmachen von Bildaufnahmen die Funktionsfähigkeit der Polizei beeinträchtigt werden, etwa, wenn durch das Fotografieren Zivilfahnder der Polizei enttarnt würden oder wenn Polizisten durch das Fotografieren später nicht mehr für bestimmte Verwendungen (Einsatz als Verdeckte Ermittler etc.) zur Verfügung stünden. Bei gegenwärtiger Gefahr für diese Schutzgüter kann daher die

<sup>750</sup> Davon geht auch der Gesetzgeber aus, indem er (generell) lediglich das Verbreiten bzw. Veröffentlichen von Bildaufnahmen regelt (vgl. §§ 22 ff. KUG) – vgl. dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 285.

<sup>751</sup> Vgl. auch dazu *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 285.

Sicherstellung auf der Grundlage des Polizeigesetzes mit der Begründung bejaht werden, die Aufnahmen würden die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen gefährden bzw. unter Verstoß gegen das Recht am eigenen Bild (als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) bzw. gegen das Kunsturhebergesetz später verbreitet (etwa ins Internet gestellt). Wegen Art. 5 I GG und des Erfordernisses einer „gegenwärtigen“ Gefahr müssen aber konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass gefertigte Bildaufnahmen Schutzgüter des Polizeirechts verletzen bzw. entgegen den Vorschriften des Kunsturhebergesetzes unter Missachtung des Rechts der gefilmten bzw. fotografierten Polizeibeamten am eigenen Bild auch veröffentlicht werden.<sup>752</sup> Wäre demnach eine Sicherstellung von Film- und Fotomaterial möglich, ist wiederum zu beachten, dass wegen §§ 20, 21 VwVfG die Sicherstellung nicht von denjenigen Polizisten vorgenommen werden darf, die persönlich vom Videografieren bzw. Fertigen der Bildaufnahmen betroffen sind.

Zumindest optimistisch ist die Auffassung des VGH Mannheim, wonach – soweit nicht im konkreten Fall gegenteilige Anhaltspunkte vorlägen – nicht davon ausgegangen werden könne, dass ein Pressefotograf unzulässige Lichtbilder veröffentlicht (Vermutung der Rechtstreue), sodass ein generelles Fotografierverbot gegenüber einem Pressefotografen daher grds. unzulässig sei. Noch zweifelhafter ist die Annahme einer Rechtstreue insbesondere dann, wenn es um einen Einsatz besonders gefährdeter SEK-Beamter geht und im Falle der Enttarnung der eingesetzten Beamten die Funktionsfähigkeit des SEK bedroht ist.<sup>753</sup>

**580e** Fazit: Die Einordnung einer Datenverarbeitung als „private“ oder „journalistische“ Tätigkeit hat nicht nur Einfluss auf das Schutzniveau, sondern auch auf den Prüfungsmaßstab. Denn bei einer „journalistischen“ Tätigkeit sehen gem. Art. 85 II DSGVO die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen u.a. von Kapitel II der DSGVO (und damit auch von Art. 6 DSGVO) vor. Das bedeutet:

- ⇒ Art. 85 DSGVO ist insoweit keine vollharmonisierende Regelung des sekundären Unionsrechts. In der Folge ist die Sicherstellung nicht unmittelbar am Maßstab der Unionsgrundrechte, sondern am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes zu prüfen, auch wenn das innerstaatliche Recht der Durchführung des Unionsrechts dient.
- ⇒ Die Abwägung widerstreitender Rechtsgüter ist in diesem Fall nicht anhand des Art. 6 DSGVO (am unmittelbaren Maßstab der Unionsgrundrechte) vorzunehmen, sondern anhand einer den Streit entscheidenden Norm des nationalen Rechts (hier: §§ 22 f. KUG) am unmittelbaren Maßstab der nationalen Grundrechte (hier: des Grundgesetzes). Nur, wenn die Persönlichkeitsrechte der Polizeibeamten überwiegen, liegt eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor, die grundsätzlich zur Sicherstellung der Kamera befugt.
- ⇒ Handelt es sich bei der Datenverarbeitung aber um eine private Tätigkeit, greift Art. 85 DSGVO nicht. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung richtet sich dann (sofern es sich nicht um eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten i.S.d. Art. 2 II lit. c) DSGVO handelt) nach (dem strengeren) Art. 6 DSGVO, wobei die Unionsgrundrechte den Prüfungsmaßstab bilden. Im Anwendungsbereich des Art. 6 DSGVO ist ein Rückgriff auf §§ 22 f. KUG nicht erforderlich (und wohl auch nicht zulässig). Überwiegen also die Persönlichkeitsrechte der Polizeibeamten, liegt eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor, die grundsätzlich zur Sicherstellung der Kamera befugt.

---

<sup>752</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 53 f.; BVerwG NJW 2012, 2676, 2677 f.; OVG Saarlouis AfP 2002, 545. Zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das auch Polizeibeamten im Dienst zusteht, und zur erlaubten Sicherstellung von Lichtbildfilmen (bei Digitalkameras: Speicherchip) vgl. auch VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 527; NVwZ 2001, 1292; VG Meiningen NVwZ-RR 2012, 551. Vgl. auch BVerfGE 115, 166, 183 ff. (oben Rn 294 ff.).

<sup>753</sup> So aber vertreten von VGH Mannheim DVBl 2010, 1569 ff.

In der Praxis geht die Sicherstellung von Presseerzeugnissen zumeist mit einer Unter-  
sagungsverfügung einher, sodass bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit zu differenzieren  
ist.

580f

**Beispiel:** S ist Mitglied einer fremdenfeindlichen Organisation. Er verkauft in der Fuß-  
gängerzone regelmäßig das Presseorgan der Organisation. Als S eines Tages von dem  
auf Streife befindlichen Polizeibeamten P gefragt wird, ob er eine Erlaubnis für den Zei-  
tungsverkauf vorweisen könne, muss er dies verneinen. P fordert ihn daraufhin auf, den  
Verkauf der Zeitungen einzustellen. Als S sich dazu nicht bereift, ordnet P die Si-  
cherstellung der restlichen Exemplare an. S gibt diese heraus, ist aber der Auffassung,  
dass das Vorgehen des P rechtswidrig gewesen sei.

Unterstellt, der Zeitungsverkauf in der Fußgängerzone sei genehmigungspflichtig (d.h.  
sondererlaubnispflichtig)<sup>754</sup>, lag ein Verstoß gegen die landesrechtliche Bestimmung  
über den zulassungspflichtigen Sondergebrauch (vgl. etwa § 19 HmbWegegesetz) und  
damit gegen die öffentliche Sicherheit vor. P konnte daher auf der Grundlage des Poli-  
zeigesetzes (der Befugnisgeneralklausel) die Unterlassungsaufforderung aussprechen.

Etwas anderes könnte hinsichtlich der Sicherstellung der restlichen Zeitungen gelten, da  
das Landespressegesetz abschließende Regelungen über die Beschlagnahme von Pres-  
seerzeugnissen enthält und daher einen Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ord-  
nungsrecht ausschließt (Polizeifestigkeit des Presserechts). Jedoch verfolgte P nicht das  
Ziel der Abwehr von Gefahren, die möglicherweise von Inhalt oder Form der Presseer-  
zeugnisse ausgingen, sondern er wollte schlicht weitere Verstöße gegen die landesstra-  
ßenrechtliche Genehmigungspflicht verhindern. In derartigen Fällen entfalten die pres-  
serechtlichen Vorschriften keine Sperrwirkung, sodass P die Sicherstellung auf die ent-  
sprechende polizeigesetzliche Befugnisnorm stützen konnte.

Eine gegenwärtige Gefahr i.S.d. Sicherstellung nach Nr. 2 liegt dagegen unstrittig vor,  
wenn sich **Schusswaffen** oder **Explosivmittel** im Besitz nicht **sachkundiger oder**  
**unberechtigter Personen** befinden, **Giftmüll** unsachgemäß gelagert wird oder je-  
mand eine Sache besitzt, mit der eine **Straftat oder Ordnungswidrigkeit** begangen  
werden soll (Farbspraydose, Einbruchwerkzeug, nicht zugelassenes Funkgerät). Der  
Aspekt der Verhinderung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten erlaubt insbeson-  
dere auch die Sicherstellung von Waffen, die eine Person entgegen § 2 III VersG bei  
oder auf dem Weg zu einer Versammlung<sup>755</sup> oder entgegen § 42 I WaffG bei einer öf-  
fentlichen Veranstaltung mit sich führt, auch solchen, die keine Waffen im technischen  
Sinne sind. Ferner hat die Rechtsprechung die Sicherstellung von Traktoren auf der  
Grundlage der Nr. 2 für zulässig angesehen, weil diese für rechtswidrige Blockade-  
aktionen genutzt werden sollten.

581

Gemäß Art. 25 I Nr. 1b BayPAG ist auch eine **drohende Gefahr** ausreichend. Dabei  
geht es darum, dass eine Gefahr noch nicht besteht; diese soll an ihrer „Entstehung“  
gehindert werden. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor  
der abstrakten Gefahr (Rn 658 ff.) und dehnt die Möglichkeit einer Sicherstellung sehr  
weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus, was Zweifel an der Verfassungsmä-  
ßigkeit hervorrufen könnte (siehe dazu im Einzelnen Rn 673 ff.). Da die drohende Ge-  
fahr aber für ein bedeutendes Rechtsgut bestehen muss und darunter der Bestand  
und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die  
Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und

581a

<sup>754</sup> Ob der Verkauf von Presseerzeugnissen in Fußgängerzonen überhaupt genehmigungspflichtig ist (sog. Sondernut-  
zung) oder mit Blick auf die Bedeutung des Art. 5 I GG nicht als genehmigungsfreier Gemeingebrauch eingestuft wer-  
den muss, ist äußerst problematisch, im vorliegenden Zusammenhang aber nicht weiter zu verfolgen; vgl. dazu  
R. Schmidt, AllgVerwR, Rn 1022 ff.

<sup>755</sup> Die im Grundsatz geltende Polizeifestigkeit der Versammlungsfreiheit greift hier nicht unter dem Aspekt der „Minus-  
maßnahme“; vgl. dazu Rn 1034 ff.

Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang zu verstehen sind (Art. 11a II BayPAG), dürften die Bedenken im Ergebnis nicht zur Bejahung der Verfassungswidrigkeit führen, zumal der mit einer Sicherstellung verbundene Eingriff in aller Regel nicht so schwer wiegt wie bspw. eine heimliche Überwachungsmaßnahme wie Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Telekommunikationsüberwachung oder Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung. Geboten ist aber eine restriktive Handhabung der in Art. 11a I BayPAG genannten Ableitungsvoraussetzungen der drohenden Gefahr. So muss das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen, dass in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist, oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen müssen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit ein Angriff von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten ist. Nur dann ist eine Sicherstellung nach Art. 25 I Nr. 1b BayPAG grundrechtskonform.

**581b** Die Sicherstellung nach **Nr. 3** dient der Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung, wenn die Sache von einer rechtmäßig festgehaltenen Person mitgeführt wird. Aus welchem Grund die Person festgehalten werden darf, ist gleichgültig. Daher kommen als Rechtsgrundlage für das Festhalten die polizeigetzliche Standardmaßnahme *Gewahrsam* ebenso in Betracht wie die *Identitätsfeststellung* oder (repressivpolizeilich) §§ 127 oder 163 b I S. 2 StPO. Unter missbräuchlicher Verwendung versteht das Gesetz den Einsatz der Sache, um Personen anzugreifen, Selbstverletzungen herbeizuführen, eine Flucht zu ermöglichen und Sachen zu beschädigen.

**582** Für alle drei Nummern gilt, dass aufgrund der Formulierung „um“ in den Befugnisnormen die mitgeführten Sachen nicht tatsächlich in gefährlicher Weise verwendet werden müssen; vielmehr genügt es, dass die Sachen zu den genannten Zwecken **verwendet werden könnten**, sie also zu den in den Nrn. 1-3 beschriebenen Zwecken geeignet sind.

**Beispiel:** Die Lebensgefährtin L des S ruft die Polizei telefonisch zu Hilfe, da S sie körperlich misshandelt hatte. Beim Eintreffen der Polizeibeamten A und B verließ S mit einem Strick in der Hand das Haus und kündigte seine Selbsttötung wegen der Trennungsabsichten seiner Lebensgefährtin an. Daraufhin erklärten A und B dem S, dass sie ihn in Gewahrsam nehmen müssten, was S auch ohne Widerstand geschehen ließ. Bevor sie ihn in Gewahrsam nahmen, durchsuchten sie ihn nach Gegenständen, mit denen er seine Suizidabsichten hätte verwirklichen können. Die Beamten stellten ein Taschenmesser, eine Krawattennadel ein Feuerzeug und den Strick sicher. Schließlich nahmen sie ihm noch seinen Hosengürtel ab.

Alle genannten Maßnahmen waren rechtmäßig und stützten sich jeweils auf die entsprechende Befugnisnorm des Polizeigesetzes.

**583** Schließlich ist zu beachten, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen eine präventivpolizeiliche Sicherstellung nur dann in Betracht kommt, wenn sie auch „**erforderlich**“ ist. Auf den ersten Blick scheint dieses Tatbestandsmerkmal überflüssig zu sein, weil ohnehin jedes polizeiliche Handeln zu seiner Rechtmäßigkeit erforderlich sein muss. Ist eine Maßnahme nicht erforderlich, ist sie unverhältnismäßig. Die „Aufwertung“ zum Tatbestandsmerkmal kann also nur so verstanden werden, dass dem Rechtsanwender nochmals vor Augen geführt werden soll, dass die Sicherstellung nur dann als Mittel der Gefahrenabwehr in Betracht kommt, wenn kein anderes geeignetes Mittel zur Verhinderung der genannten Tatbestände zur Verfügung steht.

**cc. (Rechts-)Folgen einer Sicherstellung**

In Abhängigkeit von den landesrechtlichen Regelungen ist ein Kostenersatzanspruch der Behörde gegenüber dem Pflichtigen denkbar (vgl. etwa § 34 III S. 1 Sächs-PVDG).<sup>756</sup> Umgekehrt wird mit der Sicherstellung ein **öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis** begründet, das der sicherstellenden Behörde bestimmte Pflichten auferlegt.<sup>757</sup> Diese richten sich nach den zivilrechtlichen Vorschriften über die Verwahrung (§§ 688 ff. BGB). So ist die verwahrte Sache in erster Linie sorgfältig zu behandeln. Auch ist möglichen Wertminderungen im Rahmen eines vertretbaren Aufwands vorzubeugen. Die Werterhaltungspflicht beinhaltet insbesondere die Pflicht zur sachgerechten Lagerung, Wartung und Pflege der Sache sowie zu ihrem Schutz gegen Beeinträchtigungen durch Dritte. Bei Pflichtverletzungen kommen

584

- Schadensersatzansprüche nach den Polizeigesetzen,
- ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG,
- eine Ersatzpflicht nach den Grundsätzen über die Haftung in vertragsähnlichen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen (§§ 688 ff. BGB analog) und
- ein Schadensersatzanspruch aus §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. §§ 281, 282 BGB des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsvertrags

in Betracht. Da die Verwahrung jedoch nicht aufgrund einer freiwilligen Vertragserklärung, sondern durch die Sicherstellung der Polizei erfolgt, ist der abgeschwächte Verschuldensmaßstab des § 690 BGB nicht angemessen. Bei Verschlechterung oder Untergang der Sache ist daher der normale Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 BGB heranzuziehen.

Verwahrungsort ist i.d.R. die Dienststelle. Lässt die Beschaffenheit der sichergestellten Sache (z.B. wegen ihres Gewichts, ihres Umfangs oder ihrer leichten Verderblichkeit) die Verwahrung in den Diensträumen jedoch nicht zu oder ist die Verwahrung in den Diensträumen aus anderen Gründen unzweckmäßig, ist die Sache auf geeignete andere Weise aufzubewahren oder zu sichern. Dies ist etwa der Fall, wenn die Behörde nicht über Einrichtungen verfügt, die eine sachgerechte Verwahrung gewährleisten. In solchen Fällen ist die Verwahrung einer dritten (natürlichen oder juristischen) Person zu übertragen.

585

**Beispiel:** Die Polizei hat einen Kampfhund sichergestellt. Das Tier wird im städtischen Tierheim untergebracht, bis der Halter die erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung nachweisen kann.

Insbesondere bei großen oder unbeweglichen Sachen können die Sicherstellung und die Aufbewahrung bzw. Sicherung beispielsweise durch Anbringen eines Siegels, Absperrung eines Grundstücks oder (bei Gebäuden) durch Austausch des Schließzylinders (um das Betreten der Wohnung oder des Hauses zu verhindern) erfolgen.

586

Im Übrigen geht es der Behörde bei der Sicherstellung um die Begründung amtlichen Gewahrsams, um andere von der Einwirkungsmöglichkeit auszuschließen. Daher ist z.B. die bereits genannte **„Beschlagnahme“ von Wohnraum**, um **Obdachlose** oder **Flüchtlinge** unterzubringen, *keine* Sicherstellung, sondern sie ergeht auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel<sup>758</sup>, wobei wegen des Eingriffs in Art. 14 I S. 1

587

<sup>756</sup> Vgl. dazu bereits Rn 571, aber auch Rn 1006 f.

<sup>757</sup> Vgl. OLG Schleswig NVwZ 2000, 234, 235.

<sup>758</sup> Vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165 („Beschlagnahme“ eines privaten Grundstücks zur Bereitstellung von Unterkünten für Flüchtlinge) sowie (hinsichtlich der Obdachlosenunterbringung) *Volkman*, JuS 2001, 888, 890; *Muckel*, Fälle BesVerwR, S. 146 und *Erichsen/Biermann*, JuS 1998, 371, 376. Dagegen für Sicherstellung *Schenke*, POR, Rn 38/322; *Götz/Geis*, POR, § 10 Rn 8. Unklar, aber wohl für Befugnisgeneralklausel *Knemeyer*, POR, Rn 444. Vgl. i.Ü. zu dieser Konstellation *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 12.

GG (und der Unbestimmtheit der Befugnisgeneralklausel) hohe Anforderungen an die Rechtmäßigkeit zu stellen sind<sup>759</sup>. Vgl. dazu das Beispiel „Obdachlosenunterbringung“ bei Rn 635. Auch das **Abschleppen eines verbotswidrig abgestellten Kfz** ist grds. *keine* Sicherstellung, sondern eine Ersatzvornahme in Form einer unmittelbaren Ausführung bzw. eines Sofortvollzugs. Denn der Behörde wird es kaum darum gehen, ein amtliches Gewahrsamsverhältnis zu begründen, sondern lediglich darum, den Gefährzustand zu beseitigen (siehe Rn 569). Der der Ersatzvornahme zugrunde liegende hypothetische Grundverwaltungsakt stützt sich dabei auf das dem Verkehrsschild entnommenen Wegfahrgebot. Vgl. dazu insgesamt Rn 1025 ff.

Eine **Sicherstellung** des Kfz kommt aber dann in Betracht, wenn das Fahren eines fahruntüchtigen Verkehrsteilnehmers nicht auf andere Weise (Sicherstellung des Zündschlüssels o.Ä.) verhindert werden kann, oder wenn das Kfz nicht verkehrssicher oder nicht zugelassen ist und die Gefahr für die Allgemeinheit nicht anders abgewendet werden kann. Zu beachten ist aber die gegenüber der polizeigesetzlichen Sicherstellung vorrangige Regelung des § 17 I StVZO. Die Inverwahrnehmung des Kfz, um den Eigentümer vor Verlust oder Beschädigung zu bewahren, ist aber ein Fall der polizeirechtlichen Sicherstellung (Rn 577).

- 588** Ungeachtet der Problematik, ob das Abschleppen eines (verbotswidrig abgestellten) Kfz eine Sicherstellung oder eine Ersatzvornahme darstellt, besteht hinsichtlich des abgeschleppten Kfz ein Verwahrungsverhältnis. Fraglich ist lediglich, zwischen welchen Parteien es besteht. Wird der Wagen von der Polizei selbst abgeschleppt und auf einen behördeneigenen Verwahrungsplatz verbracht, besteht unstreitig ein Verwahrungsverhältnis zwischen dem Eigentümer des Kfz und der Behörde. In der Regel wird das Kfz aber durch einen von der Polizei beauftragten privaten Abschleppunternehmer (der weder Beliehener noch Verwaltungshelfer ist) abgeschleppt. Relevant wird die Frage bei Beschädigungen. Es ist zu unterscheiden:
- 589** ■ Beschädigungen, die während des Abschleppvorgangs entstehen, sind der Polizei zuzurechnen, da der private Abschleppunternehmer in diesem Fall als Verwaltungshelfer bzw. Erfüllungsgehilfe der Polizei tätig wird. Bei ihm handelt es sich trotz des privatrechtlichen Werk- oder Dienstvertrags mit der Behörde lediglich um einen Beauftragten oder Bevollmächtigten der Vollzugsbehörde.<sup>760</sup> Es liegt also kein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer des abgeschleppten Kfz und dem Abschleppunternehmer vor, sondern ein öffentlich-rechtliches zwischen dem Eigentümer und der Behörde. Ersatzansprüche (z.B. gem. § 117 I BremPolG bzw. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) sind daher gegen den Träger der Polizeibehörde (also gegen das Land) geltend zu machen. Auch liegt aufgrund der Sperrwirkung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG kein gesetzliches Schuldverhältnis vor, sodass ein Anspruch des Geschädigten gegen den Abschleppunternehmer nicht aus § 823 BGB in Betracht kommt.
- 590** ■ Anders verhält es sich nach Auffassung des OLG Hamm, wenn der Schaden erst später, d.h. im Zeitraum der Verwahrung auf dem Betriebshof des Abschleppunternehmers entsteht. In diesem Fall habe der Abschleppunternehmer nicht (mehr) als Erfüllungsgehilfe der Behörde gehandelt. Während dieser Zeit hätten die Beamten der Polizeibehörde nämlich keinen Einfluss mehr auf die Verwahrung. In solchen Fällen sei regelmäßig auch nicht davon auszugehen, dass die Beamten es pflichtwidrig unterlassen hätten, Überwachungsmaßnahmen durchzuführen. Denn sie treffe keine Verpflichtung, Aufsicht über die bei einem beauftragten Abschleppunternehmer abgestellten Fahrzeuge zu führen. Daher sei es auch angebracht, ein Verwahrungsverhältnis zwischen dem Eigentümer des Kfz und dem Abschleppunternehmer anzunehmen. Schäden am Fahrzeug, die

<sup>759</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165.

<sup>760</sup> So auch BGH NJW 2014, 2577, 2578.

auf dem Gelände des Abschleppunternehmers entstanden seien, müsse der Geschädigte beim Abschleppunternehmer zivilrechtlich geltend machen.<sup>761</sup>

Diese Rechtsauffassung ist abzulehnen. Sie verkennt, dass die *Polizei* es ist, die mit Mitteln des Verwaltungszwangs den Abschleppvorgang einleitet und einen privaten Abschleppunternehmer beauftragt. Beschädigt dieser fahrlässig oder vorsätzlich das Kfz, kann sich die Polizeibehörde nicht ihrer Verantwortung entziehen, indem sie auf die mangelnden Einflussmöglichkeiten verweist. Auch sonst werden ausnahmslos Rechtsbeziehungen nur im Innenverhältnis zwischen dem Unternehmer und der Behörde, nicht aber zwischen der betroffenen Person und dem von der Behörde beauftragten Unternehmer begründet. Nach der hier vertretenen Auffassung sind daher Ansprüche aus dem Verwahrungsverhältnis (z.B. wegen unsachgemäßer Behandlung des Kfz) stets gegen den Rechtsträger der Polizei, nicht gegen den von der Polizei beauftragten Unternehmer zu richten.<sup>762</sup> Vgl. im Übrigen die Ausführungen bei Rn 902 ff.

591

Die praktische Bedeutung dieser Streitfrage ist enorm, weil nach der Konstruktion des OLG Hamm der *Eigentümer des beschädigten Kfz* es ist, der das Risiko der Insolvenz des Abschleppunternehmers trägt. Demgegenüber trägt er ein solches Risiko nicht, wenn er seinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen den Rechtsträger der Polizei geltend machen kann.

### dd. Rechtsschutz

Die Sicherstellung erfolgt nach der auch hier vertretenen h.M. durch **Verwaltungsakt**, obwohl mit der Sicherstellung eine tatsächliche Ingewahrsamnahme („Ansichnahme“) der Sache einhergeht (Rn 566). Kommt der Inhaber der tatsächlichen Gewalt der Anordnung nicht nach, d.h. weigert er sich, die Sache herauszugeben, bedarf die Sicherstellung der Vollstreckung, d.h. der gewaltsamen Besitzergreifung durch **unmittelbaren Zwang** (s.o.). Fraglich ist der Rechtsschutz gegen die Sicherstellung. Hier ist nach den in Betracht kommenden Klagebegehren zu unterscheiden:

592

- Zunächst ist denkbar, dass es dem Betroffenen (lediglich) um die **Feststellung der Rechtswidrigkeit der Sicherstellung** geht. Sofern der Betroffene die Sache freiwillig an die Polizei übergeben hatte, ist lediglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung („Sicherstellungsverfügung“) zu überprüfen. Diese Überprüfung erfolgt grundsätzlich nicht im Rahmen einer Fortsetzungsfeststellungsklage, sondern im Rahmen einer Anfechtungsklage. Das folgt daraus, dass die Sicherstellungsverfügung einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung darstellt und dieser Verwaltungsakt sich aufgrund der noch bestehenden Rechtswirkung noch nicht erledigt hat. Sollte die Behörde die sichergestellte Sache nach Klageerhebung wieder herausgeben, kann der Kläger den Prozess dann als Fortsetzungsfeststellungsklage weiterführen. Sollte die Behörde die sichergestellte Sache aber bereits vor Klageerhebung wieder zurückgegeben haben, kann der Betroffene eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I S. 4 VwGO erheben (analog wegen der Erledigung *vor* Klageerhebung).
- Etwas anderes gilt, wenn die Polizei die Sache dem Betroffenen wegnehmen musste, um sie sicherstellen zu können. Hier ist es möglich, dass der Betroffene ausschließlich die mit der Sicherstellung verbundene gewaltsame Besitzergreifung der Sache überprüfen lassen möchte. Da die gewaltsame Ansichnahme juristisch als Zwangsmaßnahme zu werten ist (**unmittelbarer Zwang**) und eine Zwangsmaßnahme *nicht* zur Voraussetzung hat, dass ihre Grundverfügung rechtmäßig ist (keine Konnexität zwischen Primärmaßnahme und Vollstreckungsmaßnahme, s.o.), muss die Rechtmäßigkeit der Zwangsmaßnahme ausschließlich vollstreckungsrechtlich geprüft werden (Bestehen einer Rechtsgrundlage für das Zwangsmittel, Einhaltung des formalisierten Vollstreckungsverfahrens, Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes). Die Rechtmäßigkeit der

593

594

<sup>761</sup> So OLG Hamm NJW 2001, 375, 376.

<sup>762</sup> So bereits sämtliche Voraufagen; später auch BGH NJW 2014, 2577, 2578.

Grundverfügung muss dann (sofern das vom Klausurbearbeiter verlangt wird) separat geprüft werden. Richtige Klageart ist bezüglich der Grundverfügung die Anfechtungsklage (sofern sich die angegriffene Maßnahme noch nicht erledigt hat, anderenfalls die Fortsetzungsfeststellungsklage) und bezüglich der Anwendung des Zwangsmittels die allgemeine Leistungsklage bzw. die Feststellungsklage, wenn man eine Zwangsmaßnahme (zumindest im gestreckten Verfahren) ausschließlich als schlichtes Verwaltungshandeln behandelt. Nimmt man bei den Zwangsmaßnahmen dagegen zugleich eine konkludente Duldungsverfügung an, sind die Anfechtungsklage bzw. (bei Erledigung) die Fortsetzungsfeststellungsklage statthaft. Alle Klagen können aber zusammen erhoben werden (Fall der kumulativen Klagehäufung nach § 44 VwGO).

- 595 ■ Schließlich ist es möglich, dass der Betroffene schlicht die **Herausgabe der sichergestellten Sache** begehrt. Sollte sich die Sicherstellungsverfügung (wie regelmäßig) noch nicht erledigt haben, gilt Folgendes: Da die dem Betroffenen gegenüber vorgenommene tatsächliche Ansichnahme der Sache nur eine unvollständige Vollziehungsmaßnahme zum Verwaltungsakt darstellt, kann sie nur im Zusammenhang mit diesem erfolgreich angegriffen werden. Eine allgemeine Leistungsklage auf Herausgabe einer beschlagnahmten Sache (die Herausgabe ist kein Verwaltungsakt) kann somit schon von daher keinen Erfolg haben. Hinzu kommt, dass die Sicherstellungsverfügung einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung darstellt und somit noch Rechtswirkungen (namentlich den Rechtsgrund für den Gewahrsam) entfaltet. Der Betroffene muss also zunächst den Rechtsgrund für den Gewahrsam beseitigen. Dies kann er nur mit der Anfechtungsklage, verbunden mit dem Annexantrag auf Herausgabe der Sache erreichen (§ 113 I S. 1 i.V.m. S. 2 VwGO).<sup>763</sup> Sollte die Anfechtungsklage erfolgreich sein, ergeht als Annexentscheidung die Verpflichtung der Behörde, die beschlagnahmte Sache herauszugeben. Nur für den Fall, dass sich die Sicherstellungsverfügung bereits erledigt haben sollte, kann der Betroffene sein Rechtsschutzziel über die Fortsetzungsfeststellungsklage (analog) § 113 I S. 4 VwGO erreichen. Aber auch hier gilt, dass er über einen Annexantrag gem. § 113 I S. 2 VwGO (hier allerdings analog) die Herausgabe der Sache erreichen kann.

**Beispiel:** Im Rahmen einer polizeilichen Vorfeldkontrolle wird der anreisende Demonstrationsteilnehmer D durchsucht, wobei die Polizei einen Schlagstock und ein Klappmesser findet. Diese Gegenstände werden sofort sichergestellt und in Gewahrsam genommen. Nach Beendigung der Demonstration verlangt D die Gegenstände heraus.

Bei der Maßnahme Sicherstellung handelt es sich um einen Dauerverwaltungsakt. Dieser hat sich trotz seiner Vollziehung noch nicht erledigt, stellt also weiterhin den Rechtsgrund für die Verwahrung dar. D kann daher nicht schlicht eine allgemeine Leistungsklage auf Herausgabe der Sachen erheben, sondern muss zunächst den Rechtsgrund beseitigen. Er muss daher **Anfechtungsklage gegen die Sicherstellung** erheben, verbunden mit dem **Annexantrag** auf Herausgabe der Sachen (§ 113 I S. 1 i.V.m. S. 2 VwGO). Sollte die Anfechtungsklage erfolgreich sein, ergeht als Annexentscheidung die Verpflichtung der Behörde, die beschlagnahmte Sache herauszugeben.

- 596 Geht es dem Betroffenen primär um Entschädigung aus dem Verwahrungsverhältnis, ist hinsichtlich des Rechtswegs die Regelung des § 40 II S. 1 VwGO zu beachten, wonach für vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung der **ordentliche Rechtsweg** gegeben ist. Das in diesem Zusammenhang angerufene Zivilgericht prüft den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 II S. 1 GVG).

---

<sup>763</sup> Zu beachten ist aber, dass § 113 I S. 2 VwGO keine Rechtsgrundlage für den Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) darstellt, sondern eine solche voraussetzt. Die Basis für den FBA wird im Rechtsstaatsprinzip i.V.m. mit den Freiheitsgrundrechten gesehen. Sofern die polizeigesetzlichen Normen über die Sicherstellung die Regelung enthalten, dass die sichergestellten Sachen nach Entfallen der Voraussetzungen für die Sicherstellung herauszugeben sind (vgl. etwa § 24 BremPolG), stellt diese Regelung (nicht der FBA!) die Anspruchsgrundlage für die Herausgabe dar.

**Prüfungsschema für eine Sicherstellung von Sachen****I. Rechtsgrundlage für die Sicherstellung**

Da mit der Sicherstellung zumindest eine vorübergehende Besitzentziehung verbunden ist, liegt ein Eingriff in Art. 14 I S. 1 GG vor. Daher bedarf die Behörde einer Rechtsgrundlage. Diese ist als Standardmaßnahme dem Polizeigesetz zu entnehmen.

**II. Formelle Rechtmäßigkeit**

1. **Zuständigkeit** der handelnden Behörde (Rn 607 ff.)
2. Ordnungsgemäßes **Verfahren** (Einhaltung der allg. Verfahrensvorschriften (Rn 608 ff.). Als besondere (und zusätzlich zu prüfende) Verfahrensvorschrift normieren die Polizeigesetze, dass dem Betroffenen eine Bescheinigung auszustellen ist, die den Grund der Sicherstellung und die sichergestellten Sachen bezeichnet. Ein Verstoß gegen diese Verfahrensvorschriften führt grds. zur formellen Rechtswidrigkeit der Sicherstellung. Eine Heilung gem. § 45 I Nr. 2 VwVfG scheidet aus; in Betracht kommt aber eine Unbeachtlichkeit gem. § 46 VwVfG. Schließlich sind die Vorschriften des Polizeigesetzes über die Durchführung der Sicherstellung, der Verwertung, Einziehung und Vernichtung sowie über die Herausgabe sichergestellter Sachen zu beachten. Allerdings ist es zweckmäßig, diese Vorschrift erst nach der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit zu prüfen.
3. **Formvorschriften** (Rn 621 ff.) sind regelmäßig nicht zu beachten.

**III. Materielle Rechtmäßigkeit****1. Tatbestand**

Die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Befugnisnorm beschrieben. Danach kommt die Sicherstellung in drei Fällen in Betracht:

- (1) zum Schutz des Eigentümers oder rechtmäßigen Inhabers der tatsächlichen Gewalt vor Verlust oder Beschädigung,
- (2) zur Abwehr einer *gegenwärtigen Gefahr* für die *öffentliche Sicherheit*. Unerheblich ist, ob die *Gefahr* von der Sache selbst ausgeht oder von ihrem Besitzer bzw. einem Dritten und
- (3) zur Verhinderung einer missbräuchlichen Verwendung, wenn die Sache von einer rechtmäßig festgehaltenen Person mitgeführt wird.

**2. Rechtsfolge**

Auf der Rechtsfolgeseite ist der Polizei (wie stets) ein Ermessen eingeräumt. Zu prüfen sind die Einhaltung der Ermessensgrenzen und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

## 6. Gefährderansprachen/Gefährderschreiben und Meldeauflagen

- 597a** Relativ neue Phänomene stellen die sog. Gefährderansprachen/Gefährderschreiben und die Meldeauflagen dar.
- 597b** Unter einer **Gefährderansprache** ist eine Maßnahme zu verstehen, bei der die Polizei (oder die Ordnungsbehörde) eine Person zur Abwehr einer von ihr ausgehenden Gefahr über die Rechtslage informiert und ihr mitteilt, welche Maßnahmen sie ihr gegenüber zur Abwehr der Gefahr bei ungehindertem Geschehensablauf oder im Rahmen strafprozessualer Maßnahmen bei Verwirklichung einer Straftat voraussichtlich ergreifen würde (siehe etwa § 18b S. 1 BerIASOG). Das **Gefährderschreiben** unterscheidet sich von der Gefährderansprache dadurch, dass der Inhalt in Schriftform übermittelt wird.
- 597c** In der Regel erfolgt die Gefährderansprache an scenebekannte oder in polizeilichen Ermittlungs- bzw. Fahndungsdateien (z.B. „Gewalttäter Sport“) gespeicherte Personen (etwa Fans oder Hooligans) in deren privatem oder beruflichem Umfeld.<sup>764</sup> Auf den ersten Blick scheinen Gefährderansprachen rechtlich unproblematisch zu sein, da sie nur auf eine spätere Rechtsfolge hinweisen, die ohnehin vom Gesetz vorgesehen ist und deren Eintritt allein vom Fehlverhalten des Betroffenen abhängt. Mithin könnte es bereits am Grundrechtseingriff fehlen, was jede weitere Diskussion (Erfordernis einer Rechtsgrundlage; Vorliegen einer konkreten Gefahr; Verantwortlichkeit des Adressaten etc.) entbehrlich machte.
- 597d** Gleichwohl muss von einem Grundrechtseingriff ausgegangen werden, was auch die Landesgesetzgeber so sehen, die die Gefährderansprache in ihre Polizeigesetze aufgenommen haben. Gerade nach dem modernen Eingriffsverständnis liegt ein Grundrechtseingriff nämlich auch dann vor, wenn eine staatliche Maßnahme für den Betroffenen eine Wirkung entfaltet, die einer imperativen Maßnahme in Form eines Verbots oder Gebots gleichkommt.<sup>765</sup> Im vorliegenden Zusammenhang wird man dies annehmen müssen, wenn der Betroffene (z.B. ein Hooligan) von der Polizei zu Hause oder am Arbeitsplatz aufgesucht und somit vor den Nachbarn bzw. vor Vorgesetzten und Kollegen „bloßgestellt“ wird. Von etwaigen beruflichen Konsequenzen einmal abgesehen, ist damit zumindest ein Grundrechtseingriff in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG (allg. Persönlichkeitsrecht) gegeben. Für diesen Fall bedarf die Polizei einer Rechtsgrundlage.<sup>766</sup> In jedem Fall aber liegt eine Verhaltensbeeinflussung vor, was einen Grundrechtseingriff in Art. 2 I GG impliziert. Da es um Gefahrenabwehr geht (die Polizei möchte mit dem „sanften“ Mittel des Hinweises auf die strafrechtlichen Konsequenzen die Begehung von Gewalttätigkeiten verhindern), kommt, sofern – wie etwa in Berlin (§ 18b ASOG) – spezialgesetzliche Befugnisse nicht ersichtlich sind, die **polizeigesetzliche Befugnisgeneralklausel** in Betracht<sup>767</sup>, die jedoch eine **konkrete Gefahr** voraussetzt. Ob es für deren Annahme genügt, dass die betroffene Person in der Szene bekannt oder in der Datei „Gewalttäter Sport“ gespeichert ist, darf bezweifelt werden. Richtigerweise wird man in einem solchen Fall lediglich von einem **Gefahrenverdacht** ausgehen können, der zwar zu Gefahrerforschungseingriffen<sup>768</sup> befugt, nicht aber zu Maßnahmen, die gerade die Gefährderansprachen ausmachen. Mithin wird man von einer Rechtswidrigkeit ausgehen müssen, sofern keine konkrete Gefahr vorliegt oder keine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht (wie § 18b BerIASOG).

<sup>764</sup> Ähnlich wie hier später auch *Kreuter-Kirchhof*, AöR 139 (2014), 257, 258.

<sup>765</sup> Vgl. *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 151.

<sup>766</sup> Anders wäre es nur, wenn allein ein allgemeiner Hinweis auf die Rechtslage erfolgte ohne jegliche „Bloßstellung“ (so auch *Winkler/Schadtle*, JuS 2015, 435, 436).

<sup>767</sup> Wie hier *Deutsch*, Die Polizei 2006, 145 ff.; *Breucker*, NJW 2006, 1233, 1234. Diese Auffassung wurde auch schon vom OVG Lüneburg (NJW 2006, 391, 392 f.) in Bezug auf das Gefährderschreiben vertreten.

<sup>768</sup> Zum Gefahrenverdacht und zu den Gefahrerforschungseingriffen vgl. Rn 689 ff.

Liegt ausnahmsweise ein Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen *nicht* vor, etwa weil es bei einem bloßen allgemeinen Hinweis auf die Rechtslage verbleibt und der Betroffene weder vor Nachbarn noch vor Vorgesetzten oder Kollegen bloßgestellt wird, reicht jedenfalls die polizeiliche Aufgabennorm zur Rechtfertigung aus.<sup>769</sup> **597e**

Da man hinsichtlich der Gefährderansprache eine Regelungswirkung i.S.d. § 35 VwVfG verneinen muss, handelt es sich um schlichtes Verwaltungshandeln. Rechtsschutz bieten daher die Leistungsunterlassungsklage bzw. die Feststellungsklage sowie im vorläufigen Rechtsschutz der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. **597f**

Bei den **Meldeauflagen** handelt es sich um ein (noch) effektiveres Mittel, jemanden daran zu hindern, einen bestimmten Ort aufzusuchen. **597g**

Unter einer **Meldeauflage** ist eine gegenüber einer Person erfolgte Anordnung zu verstehen, sich an bestimmten Tagen zu bestimmten Zeiten bei einer bestimmten Polizeidienststelle zu melden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person im Zusammenhang mit einem zeitlich oder örtlich begrenzten Geschehen eine Straftat begehen wird und die Meldeauflage zur vorbeugenden Bekämpfung der Straftat erforderlich ist.<sup>770</sup> **597h**

Hauptanwendungsfeld von Meldeauflagen ist die Eindämmung der Gewalt im Umfeld von Sportveranstaltungen, insbesondere von Fußballspielen. Sie kommen aber auch im Vorfeld von Versammlungen in Betracht. Gewaltbereite Fans, Ultras, Hooligans, Autonome etc. werden angewiesen, sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums unter Vorlage eines gültigen Ausweisdokuments auf einer Polizeidienststelle (in der Nähe ihres Heimatortes) zu melden.<sup>771</sup> Dadurch werden sie daran gehindert, dass sie bei den Veranstaltungen an Ausschreitungen teilnehmen bzw. dort Gewalttaten verüben können. **597i**

Mit der Meldeauflage greift die Polizei bzw. die Ordnungsbehörde in das Grundrecht der Freiheit der Person ein.<sup>772</sup> Denn mit ihr wird das von Art. 2 II S. 2 GG geschützte Recht, jeden beliebigen Ort aufzusuchen<sup>773</sup>, zumindest mittelbar beeinträchtigt.<sup>774</sup> Fraglich ist, ob darüber hinaus auch das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 I GG) betroffen ist. Das BVerfG nimmt dies an, wenn Meldeauflagen wiederholt erfolgen.<sup>775</sup> Die überwiegende Literatur verneint einen Eingriff in Art. 11 I GG jedenfalls dann, wenn sich der Betroffene auf einer beliebigen Polizeidienststelle im Bundesgebiet melden darf.<sup>776</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch das Recht auf Freizügigkeit (Art. 11 I GG) betroffen, weil davon ausgegangen werden darf, dass die mit einer Meldeauflage verbundene Hinderung, die Veranstaltung aufzusuchen, für den Betroffenen von so erheblicher Bedeutung ist, dass dem nur durch die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 11 I GG Rechnung getragen werden kann.<sup>777</sup> **597j**

<sup>769</sup> Franz/Günther, NWVBl 2006, 201, 206.

<sup>770</sup> So die Legaldefinition in § 29c S. 1 BerlASOG.

<sup>771</sup> Vgl. auch Schucht, NVwZ 2011, 709.

<sup>772</sup> Wie hier Brenneisen, Kriminalistik 1999, 483, 485; a.A. Schucht, NVwZ 2011, 709, 711, allerdings ohne Begründung, sondern nur mit Verweis auf BVerfGE 22, 21, 26, wonach ein staatliches Gebot, sich zu einem bestimmten Zeitraum an einem bestimmten Ort einzufinden, kein Eingriff in das Grundrecht der Freiheit der Person darstelle. Doch liest man die Entscheidung, lassen sich keine (zwingenden) Gründe finden, sie auf Meldeauflagen zu übertragen.

<sup>773</sup> Vgl. BVerfGE 94, 166, 198; 105, 239, 248; BVerfG NJW 2013, 3228, 3229; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 74.

<sup>774</sup> Lässt man bei Art. 2 II S. 2 GG mittelbare Eingriffe nicht genügen, verbleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG (so BVerfGE 129, 142, 150).

<sup>775</sup> BVerfGE 127, 142, 149

<sup>776</sup> Breucker, NJW 2004, 1631, 1632 f.; Arzt, Die Polizei 2006, 156, 159.

<sup>777</sup> Vgl. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 11 Rn 7; Hetzer, JR 2000, 1 ff. (jeweils zu polizeilichen Aufenthaltsverboten). Mit Einschränkung auch Schucht, NVwZ 2011, 709, 711. Später auch Winkler/Schadtle, JuS 2015, 435, 437.

- 597k** Folgt man der hier vertretenen Auffassung und hält Art. 11 I GG für einschlägig, stellt sich die Frage, ob Meldeauflagen – in Ermangelung einer speziellen Rechtsgrundlage<sup>778</sup> – auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel ergehen können. Das BVerwG hält die Befugnisgeneralklausel für ausreichend. Die Grundrechtsrelevanz von Meldeauflagen sei nicht so groß, dass eine spezielle Befugnisnorm erforderlich wäre.<sup>779</sup> Diese Rechtsauffassung ist jedenfalls hinsichtlich der Fälle bedenklich, in denen auch das BVerwG Art. 11 I GG für einschlägig erachtet, denn Eingriffe in dieses Grundrecht dürfen nur unter den Voraussetzungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 11 II GG ergehen. Dies wirft wiederum zwei Probleme auf, die fehlende Gesetzgebungskompetenz der Länder für Beschränkungen des Art. 11 I GG und die Unbestimmtheit der Befugnisgeneralklausel (dazu Rn 600 ff.).
- 597l** Die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Freizügigkeit unterfällt ausschließlich dem Bund (Art. 73 I Nr. 3 GG). Da aber der Kriminalvorbehalt des Art. 11 II GG einen Aspekt des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts bezeichnet, das wiederum in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt (Art. 30, 70 I GG), folgt daraus, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung der Freizügigkeit sich nicht auf das allgemeine Gefahrenabwehrrecht bezieht. Da das Grundgesetz die Voraussetzungen für eine Einschränkung des Art. 11 I GG unter dem Aspekt der Vorbeugung strafbarer Handlungen aber in Art. 11 II GG geregelt hat, müssen sich auch die Befugnisnormen der Polizeigesetze am Maßstab des Art. 11 II GG messen lassen. Die landesrechtlichen Befugnisgeneralklauseln haben in Bezug auf Meldeauflagen also nur dann Bestand, wenn sie verfassungskonform dahingehend interpretiert werden, dass sie zu Eingriffen in Art. 11 I GG nur unter den Voraussetzungen des Art. 11 II GG ermächtigen. Damit wäre zugleich das Problem der Unbestimmtheit überwunden. Erfolgt eine Meldeauflage also zur Verhinderung von Straftaten, knüpft dabei an ganz konkrete Tatsachen, die den Schluss zulassen, dass die von der Meldeauflage betroffene Person anderenfalls eine Straftat verüben würde, und ist sie im Übrigen unter Beachtung der Bedeutung des Art. 11 I GG verhältnismäßig, kann sie auf der Grundlage der polizeilichen Befugnisgeneralklausel ergehen. Freilich sind die Landesgesetzgeber aufgefordert, aus Gründen der Rechtsklarheit spezielle Befugnisnormen zu schaffen, etwa systematisch verortet in der Nähe der Aufenthalts- bzw. Betretungsverbote. Rheinland-Pfalz und Berlin bspw. sind dem – wie aufgezeigt – mit § 12a POG und § 29c ASOG nachgekommen.
- 597m** Da man – anders als bei der Gefährderansprache – bei der Meldeauflage eine Regelungswirkung i.S.d. § 35 VwVfG annehmen muss, handelt es sich um einen **Verwaltungsakt**, der entsprechend mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann. Rechtsschutz bieten die allgemein gegen Verwaltungsakte und deren Vollstreckungsakte zulässigen Rechtsbehelfe.
- 597n** Sofern (sowohl hinsichtlich der Gefährderansprache als auch hinsichtlich der Meldeauflage) ein Bezug zur **Versammlungsfreiheit** besteht (etwa wenn die Anreise zu einer Versammlung verhindert werden soll), sind die versammlungsrechtlichen Besonderheiten zu beachten, vgl. dazu Rn 1101 ff.

<sup>778</sup> Soweit ersichtlich, haben gegenwärtig Berlin, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein eine Standardmaßnahme „Meldeauflage“ normiert (vgl. § 29c BerlASOG, § 15a BrandPolG, § 11a HmbSOG, § 30a HessSOG, § 52b MeckVorSOG, § 16a NPOG, § 12a RhIPfPOG, § 20 SächsPVDG, § 35a SachsAnhSOG, § 201 SchlHolstLVwG). Die polizeigesetzliche Standardmaßnahme „Vorladung“ erfüllt einen anderen Zweck und passt nicht auf die Meldeauflage (wie hier später auch *Winkler/Schadtke*, JuS 2015, 435, 437).

<sup>779</sup> BVerwGE 129, 142, 149.

## 7. Zusammenfassung und Abgrenzung zur Befugnisgeneralklausel

Präventivpolizeiliche Standardmaßnahmen („polizeigesetzliche Spezialbefugnisse“) knüpfen an Sachverhalte mit erhöhter Grundrechtsrelevanz an und stellen folgerichtig höhere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen. Systematisch stellen sie daher auch im Rahmen ihres jeweiligen Anwendungsbereichs eine *abschließende* Regelung dar, sodass ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel auch dann ausscheidet, wenn die (vielfach engeren) Eingriffsvoraussetzungen für ein Eingreifen nach den Standardmaßnahmen nicht vorliegen (Sperrwirkung der Spezialbefugnisse). Nur wenn der Sachverhalt nicht abschließend mit Hilfe der Spezialbefugnisse (Standardmaßnahmen) gewürdigt werden kann, ist subsidiär auf die Befugnisgeneralklausel zurückzugreifen.<sup>780</sup> Schließlich ist zu beachten, dass die präventivpolizeilichen Standardmaßnahmen oftmals denen der repressivpolizeilichen Normen sehr ähnlich und insb. bei doppelfunktionaler Tätigkeit der Polizei von diesen abzugrenzen sind:

- Bei den (repressivpolizeilichen) Standardmaßnahmen der StPO handelt es sich um abschließende Normierungen (vgl. § 6 EGStPO), die einen primär strafprozessualen Regelungsbereich umfassen und eine Anwendung der primär präventivpolizeilichen Standardbefugnisse des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts grundsätzlich ausschließen.
- Nur wenn der Sachverhalt *außerhalb* von Strafverfolgungsmaßnahmen auch ein präventives Vorgehen zum Zweck der Gefahrenabwehr erfordert, ist für diesen Bereich das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht anwendbar.
- Schließlich ist zu beachten, dass ein Teilbereich des Sachverhalts repressiv-polizeilich und ein anderer Teilbereich präventiv-polizeilich zu beurteilen sein kann (Doppelfunktionalität der Polizei, Rn 88).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei der Frage nach dem Rechtsschutz muss in einer Klausur daher zuerst geprüft werden, ob die Polizei präventiv oder repressiv tätig ist. Nur bei präventivem Handeln ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und das Polizei- und Ordnungsrecht einschlägig. Vgl. dazu ausführlich Rn 87 ff. sowie *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 25 ff. Sodann ist die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach anwendbarem Recht zu prüfen.

**Beispiel:** T wurde wiederholt wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) strafgerichtlich verurteilt. In diesem Zusammenhang wurde ihm auch die von einer deutschen Behörde erteilte Fahrerlaubnis entzogen (§ 69 StGB). Gleichwohl nahm T weiterhin am Straßenverkehr teil und geriet (zufällig) in eine allgemeine Verkehrskontrolle, bei der er seinen isländischen Führerschein vorzeigte. Der die Kontrolle durchführende Polizeibeamte P wurde skeptisch und veranlasste eine INPOL-Abfrage, aus der sich ergab, dass T nicht mehr Inhaber einer deutschen Fahrerlaubnis war. T war der Auffassung, dass Island ein Vertragsstaat des EWR (Europäischer Wirtschaftsraum) sei und dass daher die isländische Fahrerlaubnis auch in Deutschland gelte. P war indes der Meinung, dass bei Entziehung der deutschen Fahrerlaubnis auch die isländische Fahrerlaubnis nicht mehr gelte, was bei T ein Fahren ohne Fahrerlaubnis – eine Straftat gem. § 21 I Nr. 1 Var. 1 StVG – zur Folge habe. P stellte daher das von T gefahren Kfz sicher und verfasste eine Strafanzeige wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis.

Hinsichtlich der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen ist zu differenzieren: Das Stellen der Strafanzeige ist eine strafprozessuale Handlung und wegen § 163 I S. 1 StPO korrekt. Zwar hat T insofern Recht, dass Island ein Vertragsstaat des EWR ist und dass daher die isländische Fahrerlaubnis auch in Deutschland gilt. Allerdings gilt diese Fahrerlaubnis nicht, wenn nach deutschem Recht die Fahr-

598

599

<sup>780</sup> Siehe auch *Rachor*, in: Lisken/Denninger, E Rn 716 f.; *Schenke*, POR, Rn 37/38; *Beaucamp*, JA 2017, 728.

erlaubnis entzogen wurde (§ 29 III S. 1 Nr. 3 FeV). T fuhr damit ohne gültige Fahrerlaubnis.

Unklar ist die Einordnung der Sicherstellung des Kfz. Diese könnte sich entweder auf §§ 94, 98 StPO oder auf die landespolizeiliche Befugnisnorm über die Sicherstellung von Sachen stützen lassen. Bei der erforderlichen Einordnung ist nach der hier vertretenen Auffassung eine gemischte objektiv-subjektive Betrachtungsweise geboten. Danach ist Ausgangspunkt für die Ermittlung der Rechtsnatur der Maßnahme deren Schwerpunkt, allerdings wie er sich aus der Sicht eines durchschnittlichen Polizeibeamten darstellt. Danach gilt: Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass ein *Tatverdacht* besteht und führt die Polizei weitere Sachverhaltsaufklärungen durch bzw. ergreift Maßnahmen, um den staatlichen Strafanspruch zu gewährleisten, ist von einer repressiv-polizeilichen Tätigkeit auszugehen. Geht es dagegen primär um Schadensabwendung, ist die polizeiliche Maßnahme dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen. Freilich ist die Bestimmung der Rechtsnatur der Maßnahme auf eine Tatsachenbasis zu stützen, bei der *auch* die Intention des handelnden Beamten zu berücksichtigen ist.<sup>781</sup> Vorliegend ging es P wohl kaum um die Beschlagnahme des Kfz, um es als Beweismittel in amtlichen Gewahrsam zu nehmen. Denn hierzu bestand keine Veranlassung. Daher konnte er die Sicherstellung auch nicht auf §§ 94, 98 StPO stützen. Vielmehr wird es P darum gegangen sein, T faktisch an der Weiterfahrt zu hindern und dadurch (andere) Verkehrsteilnehmer zu schützen. Mithin ging es um Gefahrenabwehr. Die gefahrenabwehrrechtliche Sicherstellung richtet sich nach der Vorschrift über die Standardmaßnahme Sicherstellung nach anwendbarem Landespolizeigesetz (z.B. nach § 14 I S. 1 Nr. 1a HmbSOG, § 43 Nr. 1 NRWPolG oder § 26 Nr. 1 NPOG). Danach kann die Polizei eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren (so gem. § 43 Nr. 1 NRWPolG und § 26 Nr. 1 NPOG) bzw. wenn dies erforderlich ist zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung (so § 14 I S. 1 Nr. 1a HmbSOG). Da diese Voraussetzungen vorlagen, konnte P das Kfz des T rechtmäßig sicherstellen. Ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel kommt daher nicht in Frage.

---

<sup>781</sup> Oben Rn 88.

### III. Befugnisgeneralklausel

#### 1. Erfordernis einer generalklauselartigen Ermächtigung

Da der Gesetzgeber auf der einen Seite nicht alle erdenklichen Lebenssachverhalte und Gefahrentatbestände antizipiert spezialgesetzlich normieren kann, auf der anderen Seite jedoch den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes beachten muss, der besagt, dass die mit einem Rechtseingriff verbundenen Gefahrenabwehrmaßnahmen stets einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedürfen, ermächtigt er die Polizei- und Ordnungsbehörden zumindest auch generalklauselartig.<sup>782</sup> Danach dürfen Polizei und Ordnungsbehörden die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im konkreten Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung<sup>783</sup>) abzuwehren.

600

Zu beachten bleibt aber, dass **spezialgesetzliche** Befugnisnormen und polizeigesetzliche Standardmaßnahmen weitestgehend **Anwendungsvorrang** vor der Generalklausel genießen (vgl. bereits Rn 113/598). Daraus folgt, dass die Befugnisgeneralklausel im Anwendungsbereich einer Spezialnorm grundsätzlich verdrängt ist (Subsidiarität der Generalklausel).

601

**Beispiel:** Nimmt die Polizei eine Person in Gewahrsam, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen der Standardmaßnahme *Ingewahrsamnahme* nicht vorliegen, kann sie ihr Vorgehen nicht damit rechtfertigen, dass die Ingewahrsamnahme eine erforderliche Maßnahme gemäß der Befugnisgeneralklausel gewesen sei. Es besteht ein polizeirechtliches Umgehungsverbot.

Ein Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel ist nur dann zulässig, wenn der Sachverhalt nicht oder nicht abschließend mit Hilfe der Standardmaßnahmen einer Lösung zugeführt werden kann.

602

**Beispiel:** Die Polizei wird während eines Streifengangs am Elbufer auf einen Mann aufmerksam, der seinen Hund frei herumlaufen lässt. Sie weist ihn auf die bestehende Satzung der Stadt hin, wonach ein Leinenzwang am Elbufer besteht, und fordert ihn auf, seinen Hund sofort an die Leine zu nehmen.

Da in diesem Fall keine spezielle Rechtsgrundlage existiert, konnte die Polizei ihre Anordnung auf die Befugnisgeneralklausel stützen.

Im Übrigen ist zu beachten, dass in Fällen, in denen im Polizeigesetz bestimmte Standardbefugnisse geregelt werden, hierin regelmäßig zugleich ein konkludenter Ausschluss anderer ähnlicher oder sogar noch schwerwiegenderer Maßnahmen liegt und diese sich deshalb auch nicht unter Rückgriff auf die Befugnisgeneralklausel rechtfertigen lassen.

603

#### **Beispiele:**

(1) Im Polizeigesetz ist als Standardmaßnahme zwar die „Durchsuchung“ von Personen, nicht aber auch die „Untersuchung“ geregelt. Daraus lässt sich ableiten, dass eine „Untersuchung“ auch nicht auf die Befugnisgeneralklausel gestützt werden kann.

<sup>782</sup> Vgl. Bund: § 14 BPolG; Bay: Art. 11 PAG; BW: § 3 PolG; Berl: § 17 I ASOG; Brand: §§ 10 I PolG, 13 I OBG; Brem: § 10 I PolG; Hamb: § 3 SOG; Hess: § 11 SOG; MeckVor: § 13 SOG; Nds: § 11 POG; NW: §§ 8 I PolG, 14 OBG; RhLPfl: § 9 I POG; Saar: § 8 I PolG; Sachs: § 12 I PVDG; SachsAnh: § 13 SOG; SchlHolst: §§ 174, 176 LVwG; Thür: §§ 12 I PAG, 5 I OBG.

<sup>783</sup> Die öffentliche Ordnung als 2. Schutzgut ist nicht in allen Polizeigesetzen enthalten. Sie fehlt in § 10 I BremPolG und in § 162 I SchlHolstLVwG.

- (2) Ebenso kann aus der Formulierung „vorübergehend“ in der Befugnisnorm hinsichtlich der *Platzverweisung* geschlossen werden, dass ein (längerfristiges) Aufenthaltsverbot auch nicht auf die Generalklausel gestützt werden kann.<sup>784</sup>

**604** Ein wichtiger Anwendungsbereich der Befugnisgeneralklausel besteht bei Verstößen gegen Gesetze, die zwar ein **Verbot** aussprechen, aber **keine materielle Rechtsgrundlage** zum behördlichen Einschreiten zwecks Durchsetzung der Regelung vorsehen und somit keine Befugnisnorm bereitstellen (sog. *leges imperfectae*). Hier liegt eine wesentliche Funktion der Befugnisgeneralklausel als Rechtsgrundlage.

**Beispiel**<sup>785</sup>: A betreibt in der Stadt S einige Bräunungsstudios mit Münzautomaten. Vornehmlich an den Wochenenden und an den Feiertagen ist der stärkste Kundenandrang zu verzeichnen. S sieht darin einen Verstoß gegen das Landesfeiertagsgesetz und beabsichtigt, mit einer Verbotsverfügung zu reagieren.

Für die Frage, ob eine solche Verbotsverfügung rechtmäßig wäre, müsste wegen des Eingriffs in Art. 12 I GG zunächst eine Rechtsgrundlage bestimmt werden. Das Feiertagsgesetz verbietet zwar grundsätzlich öffentlich bemerkbare Arbeiten an Sonn- und Feiertagen, die geeignet sind, die Ruhe des Tages zu beeinträchtigen. Bei Zuwiderhandlungen gegen die Verbotsnorm ist dem Gesetz jedoch keine Rechtsgrundlage zum behördlichen Einschreiten zu entnehmen. Die Gesetzesverletzung ist lediglich über das OWiG bußgeldbewehrt. Daher stellt die Befugnisgeneralklausel des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts eine geeignete Rechtsgrundlage dar. Es müssten aber auch ihre Voraussetzungen vorliegen. Läge ein Verstoß gegen das Feiertagsgesetz vor, wäre das Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ verletzt. Vor dem Hintergrund des Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV sollen nach der Rechtsprechung des BVerwG nur solche Tätigkeiten durch das Feiertagsgesetz sanktioniert werden, die *typischerweise* werktägliche Lebensvorgänge darstellen. Unter Berücksichtigung der Freiheit zur persönlichen Lebensgestaltung seien aber auch gewerbliche Tätigkeiten mit der Zweckbestimmung der Sonn- und Feiertage vereinbar, sofern sie der Befriedigung sonn- und feiertäglicher Bedürfnisse dienen. Das sei bei einem Bräunungsstudio der Fall. Eine Verbotsverfügung wäre somit rechtswidrig.

**605** **Fazit:** Verbotsnormen, d.h. Gesetze, die zwar ein Verbot aussprechen oder ein bestimmtes Verhalten unter Strafe stellen oder mit Bußgeld belegen, erteilen der Verwaltung i.d.R. keine Befugnis, zum Zweck der Unterbindung einzuschreiten. Da sie jedoch Bestandteil der objektiven Rechtsordnung und damit der öffentlichen Sicherheit sind, und diese wiederum Schutzgut der polizeigesetzlichen Befugnisgeneralklausel ist, können Verstöße gegen Verbotsnormen letztlich mit der Generalklausel unterbunden werden. Vgl. dazu auch Rn 629 ff.

## 2. Vereinbarkeit der Generalklausel mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

**606** Obwohl eine generalklauselartige Ermächtigung seit vielen Jahrzehnten in den Polizei- und Ordnungsgesetzen aller Länder enthalten ist, werden nach wie vor verfassungsrechtliche Bedenken, insbesondere unter dem Aspekt des **Bestimmtheitsgebots**, geäußert. Das Bestimmtheitsgebot ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips. Es besagt, dass eine Rechtsvorschrift klar zum Ausdruck bringen muss, welche Auswirkungen die gesetzliche Regelung für den Bürger hat.<sup>786</sup> Ist eine Norm, die zu Grundrechtseingriffen befugt (also eine Befugnisnorm), zu unklar und zu unbestimmt, ist sie jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn Maßnahmen mit erhöhter Grundrechtsrelevanz darauf ge-

<sup>784</sup> Wie hier VGH Kassel NVwZ 2003, 1392; Hecker, NVwZ 2003, 1334, 1335 f.; ders., NVwZ 1999, 261, 262; Cremer, NVwZ 2001, 1218, 1219 f.; Schenke, POR, Rn 145; anders aber OVG Bremen NVwZ 1999, 314, 315 f. (richtig dagegen das dem Urteil des OVG vorangegangene Urteil des VG Bremen v. 29.5.1997 – 2 A 149/96). Immerhin hat der bremische Gesetzgeber darauf reagiert und seinerzeit einen Abs. 2 in die Befugnisnorm eingefügt.

<sup>785</sup> Nachgebildet BVerwGE 90, 337 ff.

<sup>786</sup> Vgl. BVerfGE 49, 168, 181; 59, 104, 114; 62, 169, 182 f.; 80, 103, 107 f.; 114, 1, 53; BVerfG NVwZ 2011, 94, 99 f.

stützt werden. Es ist jedoch herrschende Rechtsauffassung, dass unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht entgegenstehen, wenn nur „minder schwere“ Grundrechtseingriffe darauf gestützt werden und die Einhaltung polizeilicher Spielräume richterlicher Überprüfung zugänglich ist. Das ist bei der ordnungsbehördlichen bzw. polizeigesetzlichen Befugnisgeneralklausel jedenfalls in der Modalität *öffentliche Sicherheit* der Fall.<sup>787</sup> Bei dieser ist das zulässige Maß an Abstraktheit nicht überschritten und das Bestimmtheitsgebot nicht verletzt, da sich die Bedeutung der öffentlichen Sicherheit aus den Legaldefinitionen der Ordnungsbehörden- bzw. Polizeigesetze ergibt bzw. durch Rechtsprechung und Literatur hinreichende Konkretisierung erfahren hat und zudem der Anwendungsbereich der Befugnisgeneralklausel infolge der Aufnahme zahlreicher Spezialbefugnisse in den jeweiligen Polizeigesetzen mittlerweile stark eingeschränkt ist.

Wenn daher teilweise auch heute noch ausführlich die Verfassungsmäßigkeit der Generalklausel (jedenfalls unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit) diskutiert oder ernsthaft in Frage gestellt wird, ist dies nicht praxisnah und vermittelt im Übrigen auch ein falsches Bild von dem tatsächlichen Anwendungsbereich der Generalklausel. Denn wie ausgeführt, hat sich gerade in der neueren Gesetzgebung die Tendenz durchgesetzt, zur Bekämpfung einzelner polizeilicher Gefahren nicht nur neue Spezialgesetze zu schaffen, sondern auch die Zahl der Standardmaßnahmen zu erhöhen und damit den Anwendungsbereich der Befugnisgeneralklausel zu verringern.<sup>788</sup> Das betrifft nicht nur solche Maßnahmen, die beim Betroffenen zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen oder zu Eingriffen in bedeutende Grundrechte führen, sondern insbesondere – in Konsequenz der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, die bereichsspezifische Regelungen verlangt<sup>789</sup> – auch die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>790</sup> Die Länder haben auf diese Rechtsprechung reagiert und zahlreiche detailliert ausformulierte Standardmaßnahmen in Bezug auf die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten in die Polizeigesetze aufgenommen. Die breite Darstellung zu den Datenerhebungsmaßnahmen (Rn 127 ff.), aber auch zu den traditionellen Standardmaßnahmen (Rn 401 ff.), sollte dies verdeutlicht haben. Einer Diskussion bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bedarf es lediglich hinsichtlich solcher Befugnisgeneralklauseln, die zusätzlich das Schutzgut *öffentliche Ordnung* beinhalten, vgl. dazu Rn 637 ff.

<sup>787</sup> Einer Diskussion bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bedarf es lediglich hinsichtlich solcher Befugnisgeneralklauseln, die zusätzlich das Schutzgut *öffentliche Ordnung* beinhalten.

<sup>788</sup> Aus diesem Grund wird auch in Klausuren und Hausarbeiten – jedenfalls in Bezug auf das Schutzgut *öffentliche Sicherheit* – keine Diskussion darüber erwartet, ob die Generalklausel zu unbestimmt und damit verfassungswidrig sein könnte. Vielmehr wird erwartet, dass der Bearbeiter die unbestimmten Rechtsbegriffe *öffentliche Sicherheit* und *erforderliche Maßnahmen* entsprechend der Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts einerseits und der Intensität des Grundrechtseingriffs auf Seiten des in Anspruch Genommenen andererseits auslegt. Denn nur auf diese Weise lassen sich Interessenkonflikte adäquat lösen, was sich letztlich auch in der Bewertung der Arbeit niederschlägt.

<sup>789</sup> BVerfGE 65, 1 ff. Vgl. auch BVerfGE 109, 279, 325 ff. (Teilweise Verfassungswidrigkeit des sog. großen Lauschangriffs); BVerfG NJW 2005, 2603 ff. (Verfassungswidrigkeit der vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung); BVerfGE 115, 166, 183 ff. (Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Beschlagnahme von Handy und Computer mit gespeicherten persönlichen Daten).

<sup>790</sup> *Schenke*, POR, Rn 50.

## B. Formelle Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme

- 607 Wie alle staatlichen Maßnahmen müssen auch Gefahrenabwehrmaßnahmen formelle und materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllen. Zur Prüffolge vgl. das Aufbauschema bei Rn 107, auf dem die nachfolgenden Ausführungen fußen. Zu den zunächst zu erörternden formellen Voraussetzungen zählen daher die Beachtung von Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- und (ggf.) Begründungsvorschriften.

### I. Zuständigkeit der Gefahrenabwehrbehörde

- 608 Die Zuständigkeit der handelnden Gefahrenabwehrbehörde ergibt sich i.d.R. aus der einschlägigen Rechtsgrundlage bzw. deren Normengefüge. Besonders zu beachten ist die **vorrangige sachliche Zuständigkeit** (Primärkompetenz) der **Sonderordnungsbehörden**. Das sind i.d.R. die örtlichen Sicherheitsbehörden, Ordnungsbehörden, Ortspolizeibehörden, Magistrate etc. (z.B. Wasserbehörden, Gewerbebehörden, Umweltbehörden, Ausländerbehörden etc.), wobei unerheblich ist, ob diese Sonderordnungsbehörden ihre Maßnahmen auf eine **spezielle Eingriffsbefugnis** (z.B. nach WassG, GastG, GewO, AufenthG etc.) oder auf die ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche **Befugnisgeneralklausel** stützen.
- 609 Zur Gefahrenabwehr ist aber gerade (auch) die **Vollzugspolizei** berufen, wobei diese in den überwiegenden Fällen ihre Maßnahmen jedoch ausschließlich nach dem **Polizeigesetz** treffen kann.
- 610 Hieraus kann sich eine Konkurrenzsituation in Bezug auf die Zuständigkeit ergeben, die über die sog. Eilfallkompetenz gelöst wird: Die Vollzugspolizei ist nur dann zuständig, wenn eine Gefahrenabwehr unter Dringlichkeits- und Effektivitätsgesichtspunkten unaufschiebbar erscheint; anderenfalls fällt die Aufgabe der Gefahrenabwehr in den Zuständigkeitsbereich der fachlich einschlägigen (Sonder-)Ordnungsbehörde.<sup>791</sup>
- 611 Um einen Eilfall festzustellen, ist eine **Verlaufsprognose** anzustellen: Gelangt ein objektiver Beobachter in der Rolle des handelnden Beamten zu dem Ergebnis, dass die mit bürokratischen Mitteln arbeitende (Sonder-)Ordnungsbehörde nicht ebenso wirksam und rechtzeitig einschreiten könnte wie die Vollzugspolizei, sind deren Eilfallkompetenz und damit deren sachliche Zuständigkeit zu bejahen.

**Beispiel:** Der Betreiber einer Gaststätte (G) lässt in den Hinterräumen den Handel mit Drogen zu. Als die Vollzugspolizei eines Nachts einen entsprechenden Hinweis erhält, begibt sie sich sofort in die Gaststätte und stellt eine erhebliche Menge Kokain sicher.

Ginge es um die Frage nach der gaststättenrechtlichen Zuverlässigkeit des G bzw. nach der Entziehung der gaststättenrechtlichen Erlaubnis (siehe § 15 II GastG), wäre die Gewerbebehörde als Sonderordnungsbehörde zuständig. Die Vollzugspolizei wäre sachlich nicht zuständig. Das ergibt sich nicht nur aus den verwaltungsorganisatorischen Regelungen über den Vollzug des Gaststättenrechts, die die Gaststättenbehörden für zuständig erklären, sondern auch daraus, dass insoweit kein Eilfall vorliegt, dem von der Vollzugspolizei zu begegnen wäre.

Etwas anderes gilt, wenn es um unaufschiebbare Maßnahmen geht bzw. um solche, für die wiederum die Sonderordnungsbehörde nicht zuständig ist. Das ist bei der Beschlagnahme der Drogen der Fall. Illegale Drogen müssen sofort beschlagnahmt werden. Zum einen gilt es, eine Gefahr für Leben und Gesundheit abzuwehren, und zum anderen sind

---

<sup>791</sup> Vgl. dazu den Wortlaut der meisten Polizeigesetze: „Die Polizei wird außer den in den Gesetzen vorgesehenen Fällen nur tätig, soweit die Abwehr der Gefahr durch eine andere Behörde (das ist also die (Sonder-)Ordnungsbehörde) nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.“ Freilich verliert die (Sonder-)Ordnungsbehörde bei Vorliegen eines Eilfalls ihre Zuständigkeit nicht.

die Drogen als Beweismittel in ein einzuleitendes Strafverfahren einzubringen. Das Unterlassen einer sofortigen Beschlagnahme würde diesen Zwecken zuwiderlaufen.

Besteht ein sog. Eilfall, bedeutet das nicht, dass die (Sonder-)Ordnungsbehörde automatisch ihre Zuständigkeit verliert. Vielmehr behält sie ihre Zuständigkeit und ist *neben* der Vollzugspolizei zuständig. Um in derartigen Fällen ein „Kompetenzgerangel vor Ort“ auszuschließen, gilt das „**Recht des ersten Zugriffs**“ (auch **Grundsatz der Erstbefassung** genannt). Es besagt, dass von mehreren zuständigen Behörden diejenige zur Gefahrenabwehr befugt ist, die zuerst vor Ort ist und aktiv wird. Das schließt freilich nicht aus, dass die andere Behörde gebeten wird, Amtshilfe zu leisten.

612

**Zusammenfassung:**

- Besteht **kein Eilfall**, ist ausschließlich die (**Sonder-)Ordnungsbehörde** zuständig. Diese kann sich dabei nicht nur auf Sonderordnungsrecht (Spezialgesetze) stützen, sondern i.d.R. auch auf das Polizeigesetz (oder Ordnungsbehördengesetz).
- Ist hingegen ein **Eilfall** gegeben, greift die Zuständigkeit der **Vollzugspolizei**, die i.d.R. jedoch nur Maßnahmen nach dem Polizeigesetz treffen kann (die Spezialgesetze erklären in erster Linie nur die Sonderordnungsbehörden für zuständig; Ausnahmen bestehen nur dort, wo das Spezialgesetz von „Polizei“ spricht). Durch die Zuständigkeit der Vollzugspolizei verliert die Sonderordnungsbehörde jedoch nicht ihre Zuständigkeit. Es besteht eine parallele Zuständigkeit. Um in derartigen Fällen ein „Kompetenzgerangel vor Ort“ auszuschließen, gilt das „**Recht des ersten Zugriffs**“. Es besagt, dass von mehreren zuständigen Behörden diejenige zur Gefahrenabwehr befugt ist, die zuerst vor Ort ist und aktiv wird. In der Praxis wird dies die Vollzugspolizei sein, was jedoch nicht ausschließt, dass diese die Zuständigkeit an die (fachlich ausgebildete und ausgestattete) Fachbehörde abgibt und sich auf Vollzugshilfe beschränkt.

613

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die **Eilfallkompetenz** (d.h. die sachliche Zuständigkeit) der Polizei ist immer eine Frage der **formellen Rechtmäßigkeit** einer Maßnahme. Dies wirft aber folgendes Aufbauproblem auf: Da die Zuständigkeit der Polizei nur in Eilfällen (die Polizeigesetze sprechen von „Unaufschiebbarkeit“) gegeben ist und ein Eilfall nur bei einer „Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ vorliegt, dürfte man die Zuständigkeit der Polizei streng genommen nur dann bejahen, wenn eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** durch eine entsprechende (inzidente) Prüfung bejaht wurde. Das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist aber (trotz ihrer Nennung im Tatbestand der Zuständigkeitsnorm) eine Frage der materiellen Rechtmäßigkeit. Man vermeidet das Problem einer inzidenten Prüfung, indem man die Gefahr unter Hinweis auf die Möglichkeit ihres Vorliegens als gegeben unterstellt (sog. abstrakte Prüfung).<sup>792</sup> Diese Vorgehensweise ist deswegen möglich, weil der Ausgang des Gutachtens (zumindest gedanklich) bereits feststeht.

614

In der Regel ist der **Polizeivollzugsdienst** trotz Vorliegens eines Eilfalls **nicht zuständig**, Gefahrenabwehrmaßnahmen auf **spezielle Gefahrenabwehrgesetze** zu stützen (s.o.). Denn diese Gesetze erklären meist nur die Sonderordnungsbehörden für zuständig. Das trifft jedenfalls auf die meisten Rechtsgrundlagen des GastG, der GewO, des ProdSG, des StVG und der StVO zu. Ist also eine Maßnahme des Polizeivollzugsdienstes zu prüfen, muss bei der Frage nach der Rechtsgrundlage zwar stets der Grundsatz beachtet werden, dass das Spezialgesetz die Anwendung eines allgemeinen Gesetzes ausschließt (lex specialis derogat legi generali), wenn aber der Polizeivollzugsdienst schon nicht zuständig ist, das Spezialgesetz anzuwenden, kann die-

615

<sup>792</sup> Muckel, Fälle BesVerwR, S. 20.

ses für das Handeln des Beamten keine Sperrwirkung zulasten des allgemeinen Gesetzes entfalten. Wenn aber das Spezialgesetz (ausnahmsweise) auch die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes begründet, bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Polizeivollzugsdienst seine Maßnahme auf das Spezialgesetz stützen muss. In diesem Fall gehen Anwendbarkeit des Spezialgesetzes und sachliche Zuständigkeit der Behörde einher.

616

**Beispiel:** An einem kalten Sonntagabend im Januar 2022 ereignet sich ein schwerer Verkehrsunfall in der Innenstadt. Unmittelbar nach dem Ereignis erreichen die beiden Polizeivollzugsbeamten A und B den Unfallort, an dem sich bereits mehrere Kraftfahrzeuge gestaut haben und sich eine Menschentraube gebildet hat. Um zum Ort des Geschehens vordringen zu können, schalten die Beamten Martinshorn und Blaulicht ihres Dienstwagens kurz ein, sodass sich die Fahrzeuge und die Schaulustigen tatsächlich zur Seite bewegen. Ist diese Maßnahme rechtmäßig?

Der Einsatz des Martinshorns ist ein Platzverweis. Denn durch einen solchen wird eine Person vorübergehend eines Ortes verwiesen oder ihr wird vorübergehend das Betreten eines Ortes verboten.

Die Platzverweisung greift in Art. 2 II S. 2 GG ein. Denn die Freiheit der Person schützt trotz ihres weiten Wortlauts („Freiheit“) die *körperliche Bewegungsfreiheit*. Damit ist das Recht gemeint, jeden beliebigen Ort aufzusuchen oder ihn zu verlassen.<sup>793</sup> Eine Platzverweisung stellt daher einen Eingriff dar, weil der Betroffene, auch wenn er zunächst nur verpflichtet wird, den Ort zu verlassen, daran gehindert wird, an den Ort zurückzukehren, ihn also aufzusuchen.<sup>794</sup>

Daher ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Bevor jedoch auf die polizeigesetzliche Standardmaßnahme *Platzverweisung*<sup>795</sup> zurückgegriffen werden kann, ist zunächst zu untersuchen, ob eine Spezialvorschrift außerhalb des allgemeinen POR greift. In Betracht kommt § 38 I StVO. Danach ist das Einschalten des Martinshorns und des Blaulichts im Fall von höchster Eile gestattet, wenn Menschenleben zu retten, schwere gesundheitliche Schäden oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwenden sind. § 38 I StVO ist auch eine gefahrenabwehrrechtliche Vorschrift, sofern auf die genannten Schutzgüter abgestellt wird.

Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 44 StVO i.V.m. der Vorschrift des Polizeigesetzes, die die Polizei auch dann für zuständig erklärt, wenn andere Rechtsvorschriften dies zulassen (vgl. z.B. Art. 2 IV BayPAG, § 1 IV HmbSOG). Eine solche andere Rechtsvorschrift ist gerade § 38 I StVO.

Als allgemeine Verfahrensvorschrift ist zwar an § 28 I VwVfG zu denken, doch eine Anhörung ist ohnehin wegen § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich. Denn wegen des ausschließlichen Einschreitens aufgrund der Eilfallkompetenz ist das „öffentliche Interesse“ zu bejahen. Zudem liegt „Gefahr im Verzug“ vor. Darüber hinaus ergibt sich die Entbehrlichkeit der vorherigen Anhörung aus § 28 II Nr. 4 VwVfG, da sich die mit dem Einschalten des Martinshorns verbundene Aufforderung, zur Seite zu treten, an jeden richtet, der sich im Gefahrenbereich aufhält.

Auch die materiellen Voraussetzungen sind erfüllt. Das Martinshorn enthält die technisierte Aufforderung, zur Seite zu treten; auf die Voraussetzungen eines „normalen“ Platzverweises nach dem Polizeigesetz kommt es nicht an, daher ist nicht entscheidend, dass die vom Martinshorn zum „Zurseitretreten“ Aufgeforderten keine Störer i.S.d. Poli-

<sup>793</sup> BVerfGE 94, 166, 198; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 74.

<sup>794</sup> Wie hier nun auch *Kingreen/Poscher*, POR, § 16 Rn 4; a.A. VGH München NVwZ 2000, 454, 455 f. (Eingriff nur in Art. 2 I GG). Nach *Hetzler*, JR 2000, 1, liegt sogar ein Eingriff in Art. 11 GG vor.

<sup>795</sup> Vgl. zum vorübergehenden Platzverweis § 12 MEPolG; Bund: § 38 BPolG; Bay: Art. 16 PAG; BW: § 30 PolG; Berl: § 29 I ASOG; Brand: § 16 PolG; Brem: § 11 PolG; Hamb: § 12a SOG; Hess: § 31 SOG; MeckVor: § 52 SOG; Nds: § 17 I POG; NRW: § 34 PolG, § 24 OBG; RhPf: § 13 POG; Saar: § 12 PolG; Sachs: § 18 PVDG; SachsAnh: § 36 I SOG; Schl-Holst: § 201 LVwG; Thür: § 18 PAG.

zeirechts sind. Zudem lassen auch die meisten Polizeigesetze den Platzverweis gegenüber jedermann zu.

Da auch an der Einhaltung der Ermessensgrenzen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit keine Bedenken bestehen, ist das Einschalten von Martinshorn und Blaulicht rechtmäßig.

## II. Verfahren/Form/Begründung

Da eine exakte Unterscheidung zwischen Verfahren und Form i.d.R. nicht zweifelsfrei vorgenommen werden kann, ist es gut vertretbar, (im Rahmen einer Falllösung) diese beiden Prüfungspunkte zusammenzufassen. 617

### 1. Allgemeine Verfahrensvorschriften, insbesondere Anhörung

Die wichtigsten Verfahrensregeln des (allgemeinen) Verwaltungsverfahrens enthalten die §§ 9-30 VwVfG mit dem überaus bedeutsamen § 28 VwVfG. Nach § 28 I VwVfG ist dem Betroffenen, in dessen Rechtssphäre durch einen Verwaltungsakt eingegriffen werden soll, zuvor Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Diese Regelung trägt insbesondere bei Ermessensverwaltungsakten dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde Rechnung, da der Bürger nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf. Außerdem erfordert eine fehlerfreie Ermessensausübung die vollständige Aufklärung des Sachverhalts (vgl. § 24 VwVfG), dem insbesondere die Anhörung des Betroffenen dient. Daraus folgt, dass die grundsätzliche Anhörungspflicht analog § 28 I VwVfG auch für schlichtes Verwaltungshandeln gilt.<sup>796</sup> Von dem Grundsatz der vorherigen Anhörung *kann* bzw. *muss* unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden, vgl. § 28 II/III VwVfG. Im Gefahrenabwehrrecht ist insbesondere **§ 28 II Nr. 1 VwVfG** von Bedeutung, da eine vorherige Anhörung des Polizeipflichtigen dem eigentlichen Zweck der Gefahrenabwehr – rasches Handeln zur effektiven Abwehr einer Gefahr – oft zuwiderlaufen würde. Ist demnach die vorherige Anhörung entbehrlich, kann auch aus diesem Grund die Frage, ob es sich bei der zu prüfenden Maßnahme um einen Verwaltungsakt handelt (zur Erinnerung: § 28 I VwVfG setzt nach seinem Wortlaut einen Verwaltungsakt voraus, ist aber analog auch auf schlichtes Verwaltungshandeln anwendbar), dahinstehen. Auch auf die Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 3 VwVfG bzw. auf die Unbeachtlichkeitsregelung des § 46 VwVfG kommt es dann nicht an. 618

### 2. Besondere Verfahrensvorschriften

Neben den allgemeinen sind die besonderen Verfahrensvorschriften zu beachten. Das sind solche, die sich aus dem bereichsspezifischen Normengefüge ergeben, dem die Rechtsgrundlage entnommen wurde. 619

- So sind etwa im Rahmen einer freiheitsentziehenden Maßnahme (Polizeigewahrsam) insbesondere der Richtervorbehalt und die zeitliche Höchstdauer zu beachten (vgl. etwa §§ 13a, 13b, 13c HmbSOG).
- Im Rahmen einer Datenerhebungsmaßnahme sind die „Grundsätze der Datenerhebung“ zu beachten (vgl. etwa § 10 HmbPolDVG).
- Bei einer Wohnungsdurchsuchung besteht neben dem Richtervorbehalt (vgl. etwa § 16a I HmbSOG) ein grundsätzliches Anwesenheitsrecht des Betroffenen (vgl. etwa § 16a II HmbSOG); weiterhin bestehen die Pflicht zur Mitteilung des Grundes (vgl. etwa § 16a III HmbSOG) und zur Fertigung einer Niederschrift (vgl. etwa § 16a IV HmbSOG).
- Über die Sicherstellung der Sache ist dem Betroffenen auf Verlangen eine Bescheinigung auszustellen (vgl. etwa § 14 II HmbSOG).

<sup>796</sup> Vgl. BVerwGE 82, 76, 96; VG Köln NVwZ 1999, 912.

- Eine Durchsuchung einer Person soll nur von Personen gleichen Geschlechts oder von Ärzten vorgenommen werden (es sei denn, die sofortige Durchsuchung ist zum Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich, vgl. etwa § 15 III HmbSOG).
- Eine körperliche Untersuchung bedarf außer bei Gefahr im Verzug der richterlichen Anordnung (vgl. etwa § 15 IV S. 3 HmbSOG).
- Bei einer Durchsuchung einer Sache hat der Inhaber der tatsächlichen Gewalt das grundsätzliche Recht, anwesend zu sein (vgl. etwa § 15a II S. 1 HmbSOG); zudem ist ihm auf Verlangen eine Bescheinigung über die Durchsuchung und ihren Grund zu erteilen (vgl. etwa § 15a II S. 3 HmbSOG).
- Ferner sind bei einigen Maßnahmen Begründungserfordernisse und Dokumentationspflichten einzuhalten.
- Keine Verfahrensvorschrift ist § 41 I S. 1 VwVfG. Denn die Bekanntgabe ist Wirksamkeitsvoraussetzung, nicht bloße Verfahrensangelegenheit.

620

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ob und inwieweit solche besonderen Verfahrensbestimmungen für die Fallbearbeitung eine Rolle spielen, ist der zu prüfenden Maßnahme und den Sachverhaltsangaben zu entnehmen. Stets von Bedeutung dürfte jedenfalls das Anhörungserfordernis sein. In einer Klausur ist daher kurz festzustellen, dass der Betroffene grundsätzlich nach § 28 I VwVfG anzuhören ist, die Anhörung aber wegen § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich gewesen sein könnte. Sodann sind die dort normierten Voraussetzungen zu prüfen. In den meisten Polizeirechtsklausuren kann festgestellt werden, dass eine Anhörung (jedenfalls unter dem Aspekt des „öffentlichen Interesses“) **entbehrlich** war, weshalb (unter diesem Aspekt) auch die Frage, ob die zu prüfende Maßnahme einen Verwaltungsakt darstellt, dahinstehen konnte. Sollte sich in überaus seltenen Fällen das Gegenteil herausstellen, bleibt immer noch die Möglichkeit der **Unbeachtlichkeit** nach § 46 VwVfG oder der **Heilung** nach § 45 VwVfG. Vgl. dazu auch die eingehenden Erläuterungen bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 559 ff. Für das obligatorische Unterbleiben der Anhörung (§ 28 III VwVfG) gilt Entsprechendes.

### 3. Form und Begründung

- 621 Es gilt grundsätzlich die **Formfreiheit** der Verfügung (§ 37 II S. 1 VwVfG). Schriftform bzw. elektronische Form sind nur dann erforderlich, wenn das materielle Recht dies fordert oder zulässt. Im allgemeinen POR ist das i.d.R. jedoch kaum der Fall.
- 622 Das **Begründungserfordernis** (§ 39 I VwVfG) kommt nur bei schriftlichen (und elektronischen) oder schriftlich (oder elektronisch) bestätigten Verwaltungsakten in Betracht (§ 37 II S. 2, § 39 I VwVfG). Im Gefahrenabwehrrecht ergehen aufgrund der regelmäßig vorliegenden Gefahr im Verzug und der damit verbundenen Eilbedürftigkeit zumeist nur mündliche Verfügungen, sodass ein Begründungserfordernis zumindest dort nicht gegeben ist.
- 623 Handelt es sich bei der Gefahrenabwehrmaßnahme um einen Verwaltungsakt, kommt dem **Bestimmtheitsgrundsatz** (§ 37 I VwVfG) eine gewisse Bedeutung zu. Das notwendige Maß der Konkretisierung hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Dies ist erfüllt, wenn der Adressat u.U. auch durch Auslegung erkennen kann, was von ihm gefordert wird. Die Verfügung muss auch deshalb verständlich sein, weil sie den Vollstreckungstitel zur zwangsweisen Durchsetzung des Verbots/Gebots darstellt und auch Grundlage für die spätere Geltendmachung eines behördlichen Kostenersatzanspruchs sein kann (dazu später). Der Bestimmtheitsgrundsatz ist aber ein materiell-rechtliches Erfordernis und daher eine Frage der **materiellen**, nicht der formellen Rechtmäßigkeit.

**Zusammenfassender Hinweis für die Fallbearbeitung:** In aller Regel ergeben sich bei der **formellen** Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme keine allzu großen Probleme.

- Die **sachliche Zuständigkeit** ist eine Frage der Gefahr für die öffentliche Sicherheit (oder Ordnung) und bei Vorliegen einer solchen gegeben (vgl. nur die Aufgabenzuweisungs- bzw. Kompetenznorm des jeweiligen Polizeigesetzes). Das Problem ist, dass man den Prüfungspunkt „Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ bzw. „Gefahrenabwehr“ aufgrund seines materiell-rechtlichen Charakters nicht vorziehen sollte, obwohl dieser Begriff in den Kompetenznormen verwendet wird, also eigentlich schon hier Tatbestandsmerkmal ist. Man umgeht dieses Problem im Regelfall damit, dass man die Gefahr unter Hinweis auf die Möglichkeit ihres Vorliegens als gegeben unterstellt oder gar nicht erst erwähnt (zur gutachtlichen Prüfung vgl. den Klausurhinweis bei Rn 614). Handelt die Vollzugspolizei, ist zudem zu beachten, dass diese nur für unaufschiebbare Maßnahmen, also im sog. Eilfall, zuständig ist.
- Die **örtliche Zuständigkeit** ist deshalb unerheblich, weil die Vollzugsbeamten der Polizei im gesamten Gebiet des jeweiligen Bundeslandes befugt sind (über das Gebiet hinaus nur aufgrund eines entsprechenden Staatsvertrags bzw. aufgrund einer (gesetzlichen) „Freigabeerklärung“ des entsprechenden Bundeslandes, die sich in dessen Landespolizeigesetz befindet, vgl. etwa § 30b HmbSOG).
- Auch die Prüfung des **Verfahrens** und der **Form** bereiten nur selten Schwierigkeiten: Die **Anhörung** des Betroffenen ist möglicherweise wegen vorliegender Gefahr im Verzug entbehrlich (§ 28 II Nr. 1 Var. 1 VwVfG), regelmäßig aber wegen Vorliegens des öffentlichen Interesses (§ 28 II Nr. 1 Var. 2 VwVfG). Sonstige Verfahrensverstöße sind nur dann zu prüfen, wenn der Sachverhalt Anlass dazu bietet. Hinsichtlich der Form gilt, dass vollzugspolizeiliche Verwaltungsakte insbesondere **mündlich** erlassen werden können (vgl. § 37 II S. 1 VwVfG) und sie dann **keiner Begründung** bedürfen (vgl. § 39 I S. 1 VwVfG). Ist die **Rechtsbehelfsbelehrung** unterblieben oder fehlerhaft (etwa weil es entgegen § 58 I VwGO an der Schriftlichkeit der Rechtsbehelfsbelehrung fehlt), hat dies nur die Verlängerung der Rechtsbehelfsfristen auf **ein Jahr** zur Folge (§ 58 II VwGO).

Aus diesen Überlegungen folgt, dass längere Ausführungen zur formellen Rechtmäßigkeit einer Gefahrenabwehrmaßnahme meist fehl am Platz sind. Vielmehr genügt i.d.R. eine kurze Darstellung der obigen Ausführungen.

## C. Materielle Rechtmäßigkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme

- 625 Damit eine Gefahrenabwehrverfügung materiell gerechtfertigt ist, müssen zunächst die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage vorliegen.

### I. Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

#### 1. Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung)

- 626 Nach den Befugnisgeneralklauseln (und den meisten klassischen Standardmaßnahmen<sup>797</sup>) muss im einzelnen Fall die Gefahr bestehen, dass am Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ (oder „öffentliche Ordnung“) ein Schaden eintritt.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Auch die polizeigesetzlichen Spezialermächtigungen (Standardmaßnahmen) stehen in vielen Fällen *innerhalb* des Schutzguts „öffentliche Sicherheit“: Wenn beispielsweise die Identitätsfeststellung *zur Abwehr einer Gefahr* erfolgt (vgl. § 13 I Nr. 1 NPOG) und eine Gefahr durch „eine Sachlage, bei der im einzelnen Falle die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die *öffentliche Sicherheit* eintreten wird“ definiert wird (vgl. § 2 Nr. 1 NPOG), hat auch in Fällen, in denen die Befugnisgeneralklausel zugunsten einer entsprechenden Standardmaßnahme subsidiär zurücktritt, die Voraussetzung *öffentliche Sicherheit* vorzuliegen.

- 627 In Ergänzung zum Aufbauschema, das bei Rn 107 vorgestellt wurde, empfiehlt sich am Beispiel der Generalklausel folgendes Aufbauschema, wobei in der Prüffolge durchaus Abweichungen angebracht sein können (etwa, wenn keine Verantwortlichenauswahl getroffen werden muss, weil es nur einen Verantwortlichen gibt):

### Materielle Voraussetzungen der Befugnisgeneralklausel

#### 1. Voraussetzungen der Rechtsgrundlage

⇒ eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentl. Sicherheit (oder Ordnung):

##### a. Schutzgut „öffentliche Sicherheit“

- Unverletzlichkeit der Rechtsordnung
- Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen
- Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt

##### b. subsidiär Schutzgut „öffentliche Ordnung“ (nicht in allen Bundesländern)

- Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird

##### c. Gefahr eines Schadenseintritts (bzw. Störung als realisierte Gefahr)

- Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für eines der Schutzgüter eintreten wird. „Hinreichende Wahrscheinlichkeit“ meint eine Gefahrenprognose. Dabei gilt als „Faustformel“: Je hochwertiger das bedrohte Rechtsgut ist, desto geringere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit zu stellen.<sup>798</sup> Zu den speziellen Gefahren (ge-

<sup>797</sup> Zu beachten ist, dass die Landesgesetzgeber zunehmend dazu übergehen, neue Tatbestände (insbesondere im Bereich der Datenerhebung; aber auch zur Bekämpfung der internationalen Terrorismusgefahr) zu schaffen und dabei lediglich eine abstrakte Gefahr zu fordern. Bayern lässt tw. sogar eine drohende Gefahr zu. Ob diese Aufweichung der Eingriffsvoraussetzungen verfassungsgemäß ist, wurde bei den betreffenden Standardmaßnahmen erläutert. Zu den Gefahrenbegriffen vgl. im Übrigen Rn 658 ff.

<sup>798</sup> BVerwGE 116, 347, 356; OVG Lüneburg 14.4.2020 – 13 MN 63/20 Rn 43.

genwärtige Gefahr, erhebliche Gefahr, Gefahr für Leib oder Leben, gemeine Gefahr, dringende Gefahr, Gefahr im Verzug, latente Gefahr) vgl. Rn 667 ff. Zur abstrakten Gefahr, die bei bestimmten Eingriffsbefugnissen genügt, vgl. Rn 658 ff. Zur „drohenden“ Gefahr siehe Rn 673 ff.

Im Übrigen sind folgende **Gefahrenlagen** möglich:

- ⇒ Objektive Gefahrensituation
- ⇒ Anscheinsgefahr
- ⇒ Putativgefahr (Scheingefahr)
- ⇒ Gefahrenverdacht (Verdachtsgefahr)

**d. Pflichtigkeit** des in Anspruch Genommenen (Störer, Nichtstörer oder Jedermann)

Es kommen folgende Verantwortlichkeiten/Problemkreise in Betracht:

- ⇒ Verhaltensverantwortlichkeit
- ⇒ Zustandsverantwortlichkeit
- ⇒ Inanspruchnahme eines Nichtverantwortlichen
- ⇒ Rechtsnachfolge in die Polizei- und Ordnungspflicht
- ⇒ Sonderproblem objektiv nicht gegebene Störereigenschaft (Anscheinstörer, Scheinstörer (Putativstörer), Verdachtsstörer)

**2. Rechtsfolge: Ermessen/Verhältnismäßigkeit**

**a. Entschließungsermessen** (Frage, ob eingeschritten werden soll)

**b. Auswahlermessen** (Frage, welches Mittel das Richtige ist; Frage, gegen wen eingeschritten werden muss)

Bei beiden Ermessensarten sind folgende **Ermessensfehler** möglich:

- ⇒ Ermessensunterschreitung (Ermessensnichtgebrauch)  
Der Beamte stellt keinerlei Ermessenserwägungen an, obwohl das Gesetz ihm ein Ermessen einräumt.
- ⇒ Ermessens Fehlgebrauch  
Zwar wählt der Beamte eine abstrakt zulässige Rechtsfolge, diese Rechtsfolge ist jedoch nicht vom Zweck der Ermächtigung gedeckt.
- ⇒ Ermessensüberschreitung  
Der Beamte wählt eine andere Rechtsfolge, als vom Gesetz vorgesehen. Dasselbe gilt, wenn die Maßnahme den Grundsatz des Vertrauensschutzes oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit missachtet oder gegen Grundrechte verstößt. Die Ermessensüberschreitung beinhaltet aus folgendem Grund die Verhältnismäßigkeit: Handelt ein Polizeibeamter unverhältnismäßig, überschreitet er auch das ihm eingeräumte Ermessen (vgl. zum Ermessen und zur Verhältnismäßigkeit Rn 705 ff., 729 ff.). Komponenten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind:
  - ⇒ Geeignetheit  
Die Gefahrenabwehrmaßnahme ist geeignet, wenn sie zur Gefahrenbekämpfung bzw. Störungsbeseitigung beiträgt, den Zweck, der legitim sein muss, also wenigstens fördert („Schritt in die richtige Richtung“).
  - ⇒ Erforderlichkeit  
Die Gefahrenabwehrmaßnahme ist erforderlich, wenn sie von mehreren möglichen und gleich geeigneten Mitteln dasjenige ist, das den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt (Gebot des Interventionsminimums).
  - ⇒ Angemessenheit  
Angemessen ist eine Gefahrenabwehrmaßnahme, wenn das mit ihr verfolgte Ziel in seiner Wertigkeit nicht außer Verhältnis zur Intensität des Eingriffs steht (Zumutbarkeit der Maßnahme = Verhältnismäßigkeit i.e.S.).

Bei mehreren polizei- und ordnungsrechtlich Verantwortlichen ist die **Auswahl des richtigen Adressaten** zu überprüfen.

Sieht man die Verhältnismäßigkeit nicht als einen Fall der Ermessensüberschreitung an, ist sie folgerichtig neben dem Ermessen zu prüfen.

### a. Schutzgut „öffentliche Sicherheit“

**628** Einige Polizeigesetze haben – in Anlehnung an § 14 PreußPVG und die hergebrachte Rechtsprechung – das Schutzgut öffentliche Sicherheit legaldefiniert. Dieses umfasst drei Teilschutzgüter:

- die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung,
- die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen
- sowie den Bestand (und das Funktionieren) des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt.<sup>799</sup>

**629** Die Teilschutzgüter können nicht immer scharf getrennt werden; in vielen Fällen überschneiden sie sich sogar. Findet z.B. ein körperlicher Übergriff statt, sind sowohl die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als auch die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen betroffen. Denn verwirklicht der Täter einen Straftatbestand der §§ 223 ff. StGB, verletzt er nicht nur die Rechtsordnung (Strafnormen sind Bestandteil der Rechtsordnung), sondern auch subjektive Rechte bzw. Rechtsgüter des Opfers (das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist ein subjektives Recht).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Kommt eine Verletzung bzw. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit unter mehreren Aspekten in Betracht, sind sämtliche Teilschutzgüter, die betroffen sind oder zumindest betroffen sein könnten, zu prüfen.

Eine inhaltliche Ausgestaltung der drei Fallgruppen haben die Gesetze hingegen nicht vorgenommen. Dies ist weiterhin Rechtsprechung und Literatur überlassen.

### aa. Unverletzlichkeit der Rechtsordnung

**630** Nach allgemeiner Auffassung besteht das Schutzgut „Unverletzlichkeit der Rechtsordnung“ aus der Gesamtheit des geschriebenen Rechts, also letztlich aus der objektiven Rechtsordnung.<sup>800</sup> Diese besteht aus der Verfassung, den einfachen formellen Gesetzen und den nur-materiellen Gesetzen wie den Rechtsverordnungen und Satzungen. Da aber vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit nur die „Unverletzlichkeit“ der Rechtsordnung erfasst ist, sind aus der unüberschaubaren Vielzahl von Rechtsvorschriften nur solche polizeirechtlich relevant, die dem Bürger eine bestimmte Verhaltenspflicht auferlegen. Nur wenn der Bürger gegen eine gesetzlich normierte Verhaltenspflicht verstößt, ist die Rechtsordnung verletzt und die Polizei zum Einschreiten befugt. Denn Gegenstand des Schutzguts ist nicht die Rechtsordnung, sondern deren Unverletzlichkeit. Als Rechtsvorschriften, deren Verletzung polizeilich relevant werden kann, kommen insbesondere in Betracht:

**631** ▪ **Strafnormen** und Normen des **Ordnungswidrigkeitenrechts**: Verwirklicht jemand den Tatbestand einer Strafnorm (z.B. §§ 223 ff. StGB, s.o.) oder begeht eine Ordnungswidrigkeit (indem er etwa einen der Tatbestände der §§ 116 ff. OWiG verwirklicht), liegt eine Verletzung und damit Störung der öffentlichen Sicherheit vor. Da es jedoch stets um Gefahrenabwehr geht, braucht die Behörde keinen Rechtsverstoß abzuwarten, um einzuschreiten. Es genügt die „Gefahr“ für ein Schutzgut (zum Begriff der „Gefahr“ vgl. Rn 657 ff.).

**a.)** Über das Schutzgut öffentliche Sicherheit ist also die Verbindung zu Vorschriften außerhalb des Polizeigesetzes herzustellen. Bei der gutachtlichen Prüfung eines Falls ist

<sup>799</sup> Vgl. die Legaldefinitionen bspw. in § 2 Nr. 2 BremPolG (allerdings ohne den „Bestand des Staates“, was jedoch unschädlich ist, sofern man die „Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates“ dementsprechend weit auslegt), in § 3 Nr. 1 SachsAnhSOG und in § 54 ThürOBG. Für die Polizeigesetze der anderen Länder entfalten diese Vorschriften zwar keine normative Wirkung, allerdings gelten dort dieselben Grundsätze infolge ständiger Rechtsprechung.

<sup>800</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 2010, 2193 f.

aufbautechnisch die betreffende Vorschrift, gegen die der Pflichtige verstoßen hat oder haben könnte, inzident zu prüfen, d.h. im Rahmen der Prüfung, ob die Polizei auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel einschreiten und ein Ge- oder Verbot aussprechen durfte.

**Beispiel:** Die Polizei wird zu einem Straßenfest gerufen, weil ein Angetrunkener randaliert, lautstark herumpöbelt und einige Leute aggressiv beschimpft. Nachdem die Polizei vor Ort eingetroffen ist und den Mann nicht zur Vernunft bringen können, erteilt sie ihm einen Platzverweis.

Ein Platzverweis in der vorliegenden Form stellt eine polizeiliche Standardmaßnahme dar. Freilich setzt ein Einschreiten eine Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit voraus. Zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gehört u.a. die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung. Zur Rechtsordnung, deren Verletzung zum polizeilichen Einschreiten befugt, zählen insbesondere Normen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts. Ob der Randalierer gegen ein Strafgesetz verstoßen und damit die Rechtsordnung verletzt hat, ist unklar. Auf jeden Fall hat er eine grob ungehörige Handlung vorgenommen, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Damit hat er den Tatbestand des § 118 I OWiG verwirklicht und unter diesem Gesichtspunkt die Rechtsordnung verletzt. Weil auch weder ein Ermessensfehler noch ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ersichtlich sind, durfte die Polizei den Platzverweis erteilen.

**b.)** Damit jedoch überhaupt der Anwendungsbereich des allgemeinen Polizeirechts eröffnet ist, darf es sich im konkreten Fall nicht um eine Strafverfolgung oder Ordnungswidrigkeitenahndung handeln, sondern es muss um eine Abwehr oder Verhinderung der Straftat oder der Ordnungswidrigkeit bzw. der daraus entstandenen Gefahren gehen. Anderenfalls handelt es sich um eine repressivpolizeiliche Aufgabe i.S.d. §§ 163 StPO und 53 OWiG, für die sich die Einschreibefugnis aus der StPO bzw. dem OWiG ergibt und für die gem. § 23 EGGVG bzw. § 98 II S. 2 StPO analog der ordentliche Rechtsweg offensteht (vgl. Rn 598 sowie *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 23 ff.).

- **Verwaltungsrechtliche Verbotsnormen**, die selbst keine Ermächtigung zum präventiven Einschreiten gegen bevorstehende oder andauernde Normverstöße enthalten (*leges imperfectae*): Voraussetzung ist aber, dass sie ein Gebot oder Verbot enthalten, weil die Rechtsordnung nur vor Verstößen gegen Gebots- oder Verbotsvorschriften, nicht vor Verstößen gegen Verfahrens- oder Formvorschriften schützt. Missachtet also jemand eine verwaltungsrechtliche Gebots- oder Verbotsnorm, liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit vor, die zum Einschreiten auf der Grundlage des Polizeigesetzes ermächtigt. Vgl. dazu das bei Rn 604 dargestellte **Beispiel** zu den Bräunungsstudios. 632
- **Polizeiverordnungen** (= Rechtsverordnungen) und kommunale **Satzungen**: Da diese Regelwerke Gebote und Verbote beinhalten, liegt bei einer Missachtung eine Störung der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung vor, die durch Polizeiverfügung auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel beseitigt werden kann. 633

**Beispiel:** Der Gemeinderat der Wesergemeinde hat auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes eine Satzung über die öffentliche Ordnung erlassen, die u.a. in § 6 eine Leinenpflicht für Hunde auf dem Weserdeich vorsieht.<sup>801</sup> Die beiden Polizeibeamten A und B befinden sich auf einem Streifengang auf dem Weserdeich, als sie einen Mann (M) erblicken, der seinen Hund auf dem Deich frei herumlaufen lässt. Sie fordern ihn auf, das Tier anzuleinen.

Die Aufforderung, den Hund anzuleinen, greift in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) auf Seiten des Mannes ein und bedarf einer Rechtsgrundlage.

<sup>801</sup> Vgl. auch VGH Mannheim NVwZ 1999, 560 zu einer Polizeiverordnung, die das Betteln auf öffentlichen Straßen und in öffentlichen Anlagen schlechthin untersagt.

Diese ist in der polizeigesetzlichen Befugnisgeneralklausel zu sehen. Materielle Voraussetzung für die Verfügung ist eine Gefahr für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit. In Betracht kommt ein Verstoß des Mannes gegen die geschriebene Rechtsordnung. Zu dieser zählen nicht nur Vorschriften des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, sondern auch solche des Verwaltungsrechts inklusive Polizeiverordnungen und Satzungen.

M hat die in § 6 der genannten Satzung genannte Leinenpflicht missachtet; er hat damit gegen eine Vorschrift der objektiven Rechtsordnung verstoßen und somit ein polizeiliches Schutzgut verletzt. Zur Beseitigung dieser Störung konnten A und B daher die Anforderung aussprechen.

## **bb. Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen**

**634** Weiteres Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit ist die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen. Dazu zählen insbesondere Leib, Leben und Gesundheit von Personen. Aber auch Ehre, Eigentum und Freiheit sind erfasst. Überhaupt sind durch die öffentliche Sicherheit **Grundrechte** geschützt. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass nur staatliche Stellen grundrechtsverpflichtet sind; zwischen Privaten gelten die Grundrechte i.d.R. nur mittelbar. Daher können Private jedenfalls unmittelbar keine Grundrechte verletzen, was zum Anlass polizeilichen Einschreitens genommen werden könnte. Allerdings ist eine *mittelbare* Grundrechtsverletzung möglich, nämlich bei Missachtung von Strafrechts- und/oder Privatrechtsnormen. In diesen Fällen ist eine Betroffenheit der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt *subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen* denkbar. Dann jedoch ist wiederum die bereits Rn 68 ff. erläuterte **Subsidiarität** des staatlichen Schutzes zu beachten: **Privatrechtsnormen** bzw. **private Rechte** sind nur dann geschützt und berechtigen die Polizei nur dann zum Einschreiten, wenn Öffentlichkeitsbezug besteht oder wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert würde.

**635** Ein paradigmatischer Fall der Variante *subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen* ist die **Obdachlosenunterbringung**. Jedenfalls die unfreiwillige Obdachlosigkeit in der Winterzeit stellt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, weil die Rechtsgüter *Leben, Gesundheit und Vermögen* dessen, der ohne Obdach „auf der Straße steht“, gefährdet sind.<sup>802</sup> Als Eingriffsmaßnahme kommt zwar zunächst die Standardmaßnahme Sicherstellung (Beschlagnahme) von Wohnraum zugunsten des Obdachlosen in Betracht, wobei der Wohnungsinhaber/Eigentümer regelmäßig als Nichtstörer in Anspruch genommen wird. Da es bei der Standardmaßnahme Sicherstellung aber um die Begründung amtlichen Gewahrsams an der Sache geht (die Polizei will andere von der Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache ausschließen), kann sie letztlich nicht als Eingriffsgrundlage herangezogen werden.<sup>803</sup> In Ermangelung auch sonstiger Standardbefugnisse kann hier nur die Befugnisgeneralklausel taugliche Rechtsgrundlage sein, aufgrund derer eine entsprechende „Beschlagnahmeverfügung“ (Duldungsverfügung) erlassen wird.<sup>804</sup> Aus denselben Erwägungen heraus ist auch die „Beschlagnahme“ von Wohnraum, um **Flüchtlinge** unterzubringen, *keine* Sicherstellung, sondern sie ergeht (ebenfalls) auf der Grundlage der Befugnisgeneralklausel<sup>805</sup>, wobei (wie bei der Obdachlosenunterbringung) wegen des Eingriffs in Art. 14 I S. 1 GG (und der

<sup>802</sup> Vgl. bereits die 1. Aufl. 1997; später auch OVG Bremen NVwZ-RR 2013, 361; OVG Bautzen 30.7.2013 – 3 B 380/13. Bei freiwilliger Obdachlosigkeit führt das Selbstbestimmungsrecht zur Verneinung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit (vgl. dazu *Ruder*, NVwZ 2012, 1283, 1284 und unten Rn 837).

<sup>803</sup> Wie hier *Volkman*, JuS 2001, 888, 890; *Muckel*, Fälle BesVerwR, S. 136, und *Erichsen/Biermann*, JuS 1998, 371, 376. Dagegen für Sicherstellung (Beschlagnahme) *Schenke*, POR, Rn 37/177, mit dem Argument, dass der Befugnisgeneralklausel der Grundsatz der Subsidiarität entgegenstehe. Vgl. zur Unterbringung von Obdachlosen auch unten Rn 727 f., 827, 837 sowie ausführlich *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 12.

<sup>804</sup> Vgl. dazu auch OVG Bremen DÖV 1994, 221; VG Bremen NVwZ 1991, 706; OVG Greifswald NJW 2010, 1096 f.; OVG Lüneburg NJW 2010, 1094, 1095 f.

<sup>805</sup> Vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165 („Beschlagnahme“ eines privaten Grundstücks zur Bereitstellung von Unterkünften für Flüchtlinge).

Unbestimmtheit der Befugnisgeneralklausel) hohe Anforderungen an die Rechtmäßigkeit zu stellen sind<sup>806</sup>. Vgl. dazu auch Rn 727a/827/837.

### cc. Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt

636

Drittes und letztes Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit ist der Bestand des Staates<sup>807</sup> und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. Unter „**Bestand des Staates**“ fallen die territoriale Unversehrtheit der Bundesrepublik Deutschland und die Handlungsfähigkeit der Staatsorgane. Unter „**Einrichtungen**“ sind räumliche Gebilde („Funktionseinrichtungen“ wie etwa öffentliche Gebäude, aber auch Wohnheime für Asylbewerber) zu verstehen; bei „**Veranstaltungen**“ steht die menschliche Teilnahme im Vordergrund. Darunter fallen etwa Staatsbesuche, Große Zapfenstreiche, Ausstellungen, Polizeieinsätze etc. Da es bei all den genannten Begriffen aber letztlich um den Schutz der staatlichen Organisationshoheit geht, ist im Zweifel eine großzügige Auslegung geboten. So kann bspw. auch die Gewährung eines sicheren und reibungslosen Straßenverkehrs als *staatliche Veranstaltung* gesehen werden. Werden Anlagen, die der Sicherung der Verkehrsführung oder ganz allgemein der Verkehrssicherheit dienen, beschädigt oder in ihrer Funktion beeinträchtigt, liegt eine Störung der öffentlichen Sicherheit unter dem Aspekt *Einrichtungen des Staates* vor.

**Beispiel**<sup>808</sup>: Zwei Reporter einer lokalen Zeitung beobachteten einen SEK-Polizeinsatz; sie gingen auf den Kommandoführer zu und fragten ihn nach dem Grund des Einsatzes. Dieser gab zwar die erbetene Auskunft, untersagte ihnen aber die Anfertigung von Bildaufnahmen und kündigte die Beschlagnahme der Kamera an für den Fall, dass die Reporter gleichwohl Aufnahmen fertigen würden. Die beiden Reporter befolgten das Fotografierverbot und betrachteten das weitere Geschehen aus der Ferne.

Das Fotografierverbot und die „Ankündigung“ der Beschlagnahme stellen einen Eingriff in die Pressefreiheit (Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG) dar, der aber gem. Art. 5 II GG (hier: allgemeine Gesetze) gerechtfertigt sein könnte. Das Fotografierverbot könnte sich auf die polizeirechtliche Befugnisgeneralklausel (etwa § 11 NPOG oder § 3 I HmbSOG) stützen lassen. Dazu hätte eine Gefahr für ein in der Vorschrift genanntes Schutzgut vorgelegen haben müssen. Als Schutzgut in Betracht kommt zunächst die Funktionsfähigkeit des SEK-Einsatzes als Bestand des Staates und seiner Einrichtungen und Veranstaltungen. Die Einsatzfähigkeit der Polizeiorganisation ist Teil der Sicherheit des Staates und seiner Einrichtungen. Eine Gefahr für dieses Schutzgut könnte in der zu erwartenden Enttarnung der SEK-Beamten gesehen werden. Eben um die Verhinderung einer Enttarnung der eingesetzten Polizeibeamten ging es dem Einsatzleiter bei der Fotografierverbotserfügung. Die Beamten sollten nicht abgelichtet werden, um ihre Identität zu schützen. Er sah offenbar die Gefahr, dass die Identität der SEK-Beamten aufgedeckt wird und dadurch Leben und Gesundheit der Beamten und ihrer Familienangehörigen sowie die Einsatzfähigkeit des SEK bedroht sein könnten.

Weiteres Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist das Recht der eingesetzten Beamten am eigenen Bild (als Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG). Die Persönlichkeitsrechte sind subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen. Da bei einer Bildveröffentlichung eine Beeinträchtigung des Bildnisschutzes nicht ausgeschlossen werden kann, liegt eine Gefahr auch für dieses Schutzgut vor.

Eine Rechtstreue von Journalisten beim Umgang mit Bildmaterial zu vermuten und daher eine Gefahr für die genannten Schutzgüter zu verneinen, wäre sicherlich naiv (Rn

<sup>806</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2016, 164, 165.

<sup>807</sup> Nicht in allen Bundesländern, vgl. Rn 628.

<sup>808</sup> Nach BVerwG NVwZ 2012, 2676.

**Polizei und Ordnungsrecht 1 ff.**

Abschleppen von Kfz 587, 1025 ff.  
 abstrakte Gefahr 658 ff.  
 allgemeine Aufgaben der Polizei 50 ff.  
 allgemeine Ordnungsbehörden 32  
 allgemeine Regeln der Datenerhebung 137  
 Altlasten 801, 814, 824  
 Amtshilfe 79, 84  
 Androhung des Zwangs 939, 970  
 Anhalten von Personen 190, 220  
 Anhörung des Betroffenen 618  
 Anscheinsgefahr 881  
 Anscheinsstörer 776  
 Anscheinszustandsstörer 803  
 Anschlusskennung 309  
 Anspruch auf Einschreiten 712, 726, 727  
 Antiterrordatei 375  
 Anwendung des Zwangsmittels 945  
 Aufenthaltsverbote 429 ff.  
 Aufgabenübertragung 84  
 Aufgabenzuweisungsnormen 50 ff.  
 Aufsichtspflicht 781  
 Auskunftsverweigerungsrecht 191  
 Ausschreibung 325 ff.  
 Austauschmittel 739  
 Auswahlermessen 709, 713  
 Ausweispapiere 222  
 Ausweispflicht 137  
 automatisiertes Kennzeichenlesesystem (AKLS) 177c  
**Befragung** 179 ff.  
 befriedetes Besitztum 528  
 Befugnisgeneralklausel 600 ff.  
 Befugnisse 111 ff.  
 Begründungserfordernis 622  
 Berechtigungsscheine 199  
 Berichtigung von Daten 400  
 Beschlagnahme von Sachen 560 ff.  
 Bestandsdaten 309  
 Bestimmtheitsgrundsatz 623  
 Betreten von Wohnungen 510 ff.  
 Betretungsverbote 429 ff.  
 Betreuung 783  
 Betriebsräume 530, 543  
 Bewegungsbild 294  
 Bild und Tonaufzeichnungen 144 ff.  
 Bildaufnahmen 290  
 Bodenschutz 801, 821, 823, 891 ff.  
 Bodycam 168 ff.  
**Datenabgleich** 355, 360  
 Datenberichtigung 400  
 Datenerhebung 127, 339 ff.  
 Datenerhebungsgeneralklausel 334 ff.  
 Datenkennzeichnung 346  
 Datenlöschung 346, 398  
 Datennutzung 346  
 Datenschutzgesetz 135  
 Datenspeicherung 346, 348  
 Datensperrung 398  
 Datenübermittlung 346, 388  
 Datenverarbeitung 347

Datenverwertung 394  
 Dereliktion 812  
 Distanzimpulsgerät 966  
 doppelfunktionale Tätigkeit der Polizei 93  
 dringende Gefahr 672 ff.  
 drohende Gefahr 673 ff.  
 Durchsetzungsgewahrsam 468  
 Durchsuchung von Personen 489 ff.  
 Durchsuchung von Sachen 502 ff.  
 Durchsuchung von Wohnungen 510  
**Eigensicherung** 171, 498  
 Eigentümerhaftung 806  
 Eilfallkompetenz 18, 38, 52, 610 ff.  
 Einheitssystem 14 ff.  
 Einrichtungen des Staates 636  
 elektronische Aufenthaltsüberwachung 486  
 Entschädigung 1013 ff.  
 Entschließungsermessen 709  
 erhebliche Gefahr 669 ff.  
 erkennungsdienstliche Maßnahmen 22d, 93a, 236 ff.  
 Ermessen 705 ff.  
 Ermessensfehler 714 ff.  
 Ermessensreduzierung auf Null 722, 726, 727  
 Ersatzansprüche 992 ff.  
 Ersatzvornahme 914  
 Explosivmittel 498, 508, 581, 965  
**Fahndungsdateien** 355, 358  
 Fangschaltung 294g  
 Fernmeldegeheimnis 257, 271, 293  
 Festhalten von Personen 220  
 Festnahme 449 ff.  
 Festsetzung des Zwangsmittels 942  
 fiktive Grundverfügung 955  
 finaler Rettungsschuss 981  
 Flashmob 1047  
 Formfreiheit 621  
 Freiheitsbeschränkung 190, 404  
 Freiheitsentziehung 190, 220, 404  
 Freiheitsentziehungsgesetz 484  
 Fußfessel 486  
**Gefahr** 59, 657 ff.  
 Gefahr für Leib oder Leben 671 ff.  
 Gefahr im Verzug 282, 674, 674a  
 Gefährderansprachen 597a ff., 1101  
 gefährdete Objekte 215, 228  
 gefährliche Orte 215, 227  
 Gefahrenabwehrmaßnahmen (Prüfung) 103 ff.  
 Gefahrenabwehrverordnung 860 ff.  
 Gefahrenverdacht 689 ff.  
 Gefahrenvorsorge 22c, 66  
 gegenwärtige Gefahr 667 ff.  
 gemeine Gefahr 671b f.  
 Generalklausel 600 ff.  
 Geschäftsräume 530, 543  
 geschichtliche Entwicklung des Polizeirechts 3  
 Gesetzesvorbehalt 111 ff.  
 Gesetzgebungskompetenzen 19 ff.  
 gestrecktes Zwangsverfahren 928 ff.  
 Gewaltschutzgesetz 433  
 Glykolwein 851

## Sachverzeichnis

- grenzüberschreitende Kriminalität 229  
großer Lauschangriff 268  
Grundsatz der Erstbefassung 53  
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 718, 729 ff.
- H**  
Halterabfrage 360  
Handy-Ortung 294f, 305, 496  
herrenlose Sachen 812  
Hilfsmittel des Zwangs 963  
hypothetische Grundverfügung 955
- I**  
Identitätsfeststellung 189, 207 ff.  
IMSI-Catcher 294f  
Informationelle Selbstbestimmung 42, 133, 346,  
Informationsbeschaffung 127 ff.  
Informationssystem der Polizei (INPOL) 211, 219, 350, 362  
Ingewahrsamnahme 449 ff.  
Innenausgleich bei Störermehrheit 822  
INPOL 325 ff., 362  
internationaler Verkehr 229
- J**  
Justizhilfe 81
- K**  
Kennzeichen von Kfz 358  
Kennzeichnung von Daten 346  
Kernbereich privater Lebensgestaltung 257, 280  
Konnexitätsprinzip 346, 906  
Kontrollstelle 215, 225  
körperliche Durchsuchung 489 ff.  
körperliche Untersuchung 490  
Kostenlast 992 ff.  
Kraftfahrtbundesamt 358
- l**  
längerfristige Observation 258  
Laserpistolen 648  
latente Gefahr 675 f., 800  
Lauschangriff 268  
Legalitätsprinzip 85 ff., 97, 708  
Legende 316  
Legendierte Kontrollen 490  
Löschen von Daten 346, 398
- M**  
Malicious Call Identification (MCID) 294g  
Mehrheit von Störern 816, 774  
Meldeauflagen 597g ff., 1101  
Menschenwürde 653  
Minderjährige 780a  
Musterentwurf Polizeigesetz 39  
nachträgliche Unterrichtung 284
- N**  
Nachtzeit 537  
Nichtstörer 826  
Notstand (polizeilicher) 826  
Notwehr 983  
Nutzung von Daten 346
- o**  
objektive Gefahr 679  
objektive Rechtsordnung 631  
Objektschutz 491  
Observation 258  
Occupy 1048, 1057  
Offene Bildaufzeichnung 171
- öffentlich zugängliche Räume 543  
öffentliche Ordnung 58, 637 ff.  
öffentliche Sicherheit 56, 629 ff.  
öffentliche Warnungen 850 ff.  
öffentlicher Verkehrsraum 193  
Online-Durchsuchung 308  
Opportunitätsprinzip 75, 705 ff.  
Ordnungsbehörden 28 ff., 51  
Ordnungswidrigkeitenahndung 97
- P**  
Personalienfeststellung 220  
personenbezogene Daten 127 ff.  
Personenkontrollen 193  
Platzverweisung 415 ff.  
Platzverweisungsgewahrsam 471  
Polizeibegriff 3 ff.  
polizeiliche Befugnisse 111 ff.  
polizeiliche Beobachtung 325 ff.  
polizeilicher Notstand 826  
Polizeikontrolle 490  
Polizeipflichtigkeit 749 ff.  
Polizeiverordnung 633, 860 ff.  
Polizeivollzugsdienst 52  
private Rechte 68, 634  
Prüfungsschemata 103 ff.  
Putativgefahr 687  
Putativstörer 779
- Q**  
Quellen-Telekommunikationsüberwachung 308t  
Quasar 648
- R**  
Radarwarngerät 565, 578  
Rasterfahndung 376 ff.  
Razzia 491  
Realakt (schlichtes Verwaltungshandeln) 121  
Recht auf Einschreiten 726  
Recht des ersten Zugriffs 53  
Rechtmäßigkeitszusammenhang 346, 906  
Rechtsgüter des Einzelnen 634  
Rechtsnachfolge 875 ff.  
Rechtsschutz 108 ff.  
Rechtsverordnung 860 ff.  
richterliche Entscheidung 282, 295, 308q, 308u, 309s, 413, 478, 526a ff.  
Rückkehrverbot 432 ff.
- S**  
Schaden 678  
Scheingefahr 687  
Scheinstörer 779  
Schleierfahndung 229  
Schusswaffengebrauch 957, 977  
Schutz privater Rechte 68, 212, 634  
Schutzgewahrsam 460  
Schutznormtheorie 727  
Schutzpflicht des Staates 73  
Schwerpunkttheorie 89 ff.  
Section Control 117c  
Sektenwarnung 850 ff.  
Selbstbindung der Verwaltung 722  
Sicherstellung von Sachen 560 ff.  
simulierte Tötungshandlung 648  
Sistierung 220  
Smartmob 1047  
Sofortvollzug 952 ff.

- Sonderordnungsbehörden 29, 51
- Speicherung von Daten 346, 348
- Sperrung von Daten 398
- spezialgesetzliche Eingriffsermächtigung 114 ff.
- staatlicher Schutzauftrag 73
- Standardmaßnahmen 115 ff.
- Standortermittlung 294f, 305
- Straftatenverhütung 22b
- Strafverfolgungsvorsorge 22, 22a, 93
- Störer 749 ff.
- Störmehrheit 774, 816
- Störung 59, 677
- Strafverfolgung 85
- Strafverfolgungsvorsorge 22, 158
- Straßenverkehrsüberwachung 101
- subjektive Rechte 634
- Subsidiarität polizeilichen Handelns 68, 212, 634
- Suizid 74, 461
- Taser 966**
- Tatsachen die Annahme rechtfertigen 150
- Telefonüberwachung 271
- Telekommunikation 354
- Telekommunikationsüberwachung 293, 510
- Trennungssystem 14 ff.
- Übermittlung von Daten 346, 388**
- ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz des Bundes 23
- unmittelbare Ausführung 952 ff., 962
- unmittelbare Verursachung 766 ff.
- unmittelbarer Zwang 919, 963 ff.
- Untersuchung von Personen 490
- unverzüglich 478
- Veranstaltungen des Staates 636**
- Verantwortlichkeit 749 ff.
- Verbotnormen 632
- Verbringung zur Dienststelle 190, 220, 423
- Verdachtsgefahr 689
- Verdachtsstörer 780
- verdeckte Datenerhebung durch besondere Mittel 256
- verdeckte Ermittler 314 ff.
- Verhaltensverantwortlichkeit 763 ff.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 718, 729 ff.
- Verhinderungsgewahrsam 462, 471
- Verhütung von Straftaten 67
- Verkehrsdatenspeicherung 309 ff.
- Verlaufsprognose 611
- Verrichtungsgehilfenhaftung 784
- verrufene Orte 215, 227
- Vertrauenspersonen 310 ff.
- Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 308 ff.
- Verursacherbegriff 766
- Verwahrung von Sachen 584
- Verwaltungsakt 120
- Verwaltungskompetenzen 19 ff.
- Verwaltungsvollstreckung 902 ff.
- Verwarnung 100
- Videoüberwachung 144 ff., 153
- Video-Verkehrsüberwachung 174 ff.
- Vollzählungsurteil 42, 133
- Vollzugshilfe 76, 84
- Vollzugspolizei 52
- Vorbehalt des Gesetzes 111 ff.
- Vorbereitungsmaßnahmen 66
- Vorbeugende Verbrechensbekämpfung 22b, 239
- Vorführung 413
- Vorführungsgewahrsam 474
- Vorladung 402 ff.
- Vorratsdatenspeicherung 309 ff.
- Waffen 498, 963**
- Warnschuss 974
- Warnungen 850 ff.
- Wohnungsbegriff 512
- Wohnungsbetretungen 510 ff.
- Wohnungsdurchsuchungen 510 ff.
- Wohnungsgrundrecht 257, 510 ff.
- Wohnungsverweisung 432 ff.
- Zentrales Fahrzeugregister 359**
- Zentrales Verkehrsinformationssystem (ZEVIS) 358
- zero tolerance 725
- Zuführungsgewahrsam 475
- Zulassungsbescheinigungen 579
- Zusatzverantwortlichkeit 781, 784
- Zuständigkeiten 50 ff.
- Zustandsverantwortlichkeit 789
- Zwang 902 ff.
- Zwangandrohung 939
- Zwangsgeld 912
- Zwangshaft 912
- Zweckidentität 389
- Zweckveranlasser 768
- Versammlungsrecht 1034 ff.**
- Allgemeinverfügung 1089a
- Auflagen 1087, 1091 f.
- Auflösung Versammlung 1115
- auführerischer Verlauf 1062
- Ausschluss aus Versammlung 1105, 1115
- Bannmeile 1119
- Beendigungsphase 1115
- Befriedete Bezirke 1119
- Blockupy 1048, 1057
- Brokdorf 1045, 1056, 1061
- Eilversammlung 1082
- Flächenverbote 1096
- Flashmob 1047
- Friedlichkeit 1062 ff.
- Minusmaßnahmen 1111
- Nicht öffentliche Versammlung 1123 ff.
- Occupy 1048, 1057
- Öffentliche Ordnung 1088, 1194
- Öffentliche Versammlungen 1074 ff.
- Paraden 1047
- Polizeifestigkeit der Versammlungsfreiheit 1034 f.
- präventives Versammlungsverbot 1089a
- Protestcamp 1048a, 1088
- Sitzblockade 1063

## Sachverzeichnis

Smartmob 1047  
Spaziergänger 1048b, 1089a  
Spontanversammlung 1081  
Versammlungsbegriff 1041 ff.  
Versammlungsgesetz 1072 ff.  
Versammlungsverbot 1087 ff.  
Vorfeldmaßnahmen 1038, 1101 ff.  
Waffen 1062 ff., 1065  
Waffenlosigkeit 1065