

## A. Anwendbarkeit von OBG / PolG

### I. keine Spezialgesetze

#### 1. Versammlungsrecht

##### Versammlungsbegriffe

Art. 8 GG	§ 1 VersG
<ul style="list-style-type: none"><li>- nur Deutsche</li><li>- nur friedliche</li><li>- auch nicht-öffentliche</li><li>- Auswirkung auf An-/Abreise (keine wesentlichen Erschwernisse)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>- Jedermann</li><li>- z.T. auch unfriedliche</li><li>- nur öffentliche (h.M.)</li><li>- nur nach Versammlungsbeginn (h.M.)</li></ul>

#### **A:** Sperrwirkung des VersG

ist *lex specialis* für alle *versammlungsspezifischen Gefahren*. Maßnahmen nach POR bleiben möglich, wenn Gefahr außerhalb davon liegt

- Schutz der Versammlung
- Eingriffe gegen einzelne Teilnehmer (höchst streitig!!!)

**Folge-P:** falsche ErmGrdl (POR trotz Vorliegen einer Versammlung)

- BVerfG: wenn Maßnahme nach VersG möglich gewesen wäre OK
- a.A.: auch die ErmGrdl lenkt das zugrunde liegende Ermessen, d.h. bei falscher ErmGrdl ist die Entscheidung zumindest immer ermessensfehlerhaft

#### **P:** öffentliche Ordnung in § 15 I VersG

- BVerfG: wenn ein Verhalten nicht unter Abs. 2 fällt, kann daraus auch nicht ein Verbot der Versammlung gezogen werden. Nur Auflagen möglich.
- OVG Münster: nationalsozialistisch geprägte Versammlungen stören auch unter der Schwelle des Abs. 2 die öffentliche Ordnung (verfassungsimmanente Schranke). Sie können nach Abs. 1 verboten werden (aber: ist in Abs. 2 abschließend geregelt!)

#### **P:** Vorfeldmaßnahmen

- h.M.: allgemeines POR anwendbar, aber unter Beachtung des Art. 8 GG (d.h. nicht immer, wenn Art. 8 einschlägig ist, ist auch VersG anwendbar)
- m.M.: auch hier nur Maßnahmen nur nach dem VersG

#### **A:** nicht-öffentliche Versammlungen

"keine Begrenzung des Teilnehmerkreises" sind nicht polizeifest gem. VersG: Eingriffe nach POR sind also möglich. Denn auch wenn Art. 8 II nur Einschränkungen aufgrund GesVorb für öffentliche Versammlungen vorsieht, ist ein Eingriff nach POR zum Schutze kollidierenden VerfRechts möglich

#### **A:** Minus-Maßnahmen im VersG

nach ganz h.M./Rspr. sind auch nicht-normierte Maßnahmen i.R.d. VersG möglich, wenn die Voraussetzungen für ein schärferes Eingreifen (Auflösung/Auflage) vorliegen und diese milderer Maßnahmen dem Zweck besser gerecht werden

## II. zur Gefahrenabwehr

#### **P:** Abgrenzung zur Strafverfolgung

maßgeblich ist die verobjektivierte Zielrichtung des polizeilichen Handelns im Zeitpunkt des Einschreitens (bei doppelfunktionellen Maßnahmen: Schwerpunkt)

## III. Eilkompetenz bei PolG

ein Eingreifen der OB ist nicht rechtzeitig zu erwarten (§ 1 I 3 PolG), d.h. die Störungslage liegt bereits vor

- h.M.: aus Sicht der Polizei unter Berücksichtigung der obj. Umstände (Arg.: Wortlaut "erscheint")
- m.M.: objektiv zu bestimmen

## **B. ErmGrdl**

### **I. Standardmaßnahmen**

#### 1. Standardmaßnahme

##### **P:** Rechtsnatur

- h.M.: implizite Duldungs-VA } selbes Problem wie bei Vollstreckungsmaßnahmen
- m.M.: nur Realakte

#### 2. Begleitverfügungen

die auf das Ziel der Standardmaßnahme gerichtet sind, sind *a maiore ad minus* in der Standardermächtigung mit enthalten

#### 3. **P:** Vollzugshandlungen

- typische Zwangsanwendung noch gedeckt
- sobald aktiv ein Wille gebeugt werden muss (aktiver Widerstand): nur noch Vollstreckungsrecht einschlägig (Disziplinierung der Vollstreckungskräfte)

## **II. Generalklauseln**

### **III. ausreichende ErmGrdl**

dem Parlamentsvorbehalt wird nicht genügt, wenn ein schwerwiegender GR-Eingriff auf Generalklauseln gestützt wird

## **C. formell**

### **I. Zuständigkeit**

#### **P:** störende Hoheitsträger

grds.: keine Hoheitsgewalt gegen Hoheitsträger! Den Ordnungsbehörden fehlt die Kompetenz, um gegen andere Hoheitsträger vorzugehen, wenn diese öR handeln (formelle Polizeipflichtigkeit). Kirchen zählen NICHT zu den Hoheitsträgern, weil sie keine staatliche Aufgabe der Wahrung der öffentlichen Sicherheit wahrnehmen.

Davon zu unterscheiden ist die materielle Polizeirechtsbindung, d.h. natürlich sind auch Hoheitsträger an geltendes Recht gebunden und können Verurteilt werden.

#### **P:** BlmSchG

- t.v.A: Behörde nach § 24 I BlmSchG auch ermächtigt gegen andere Behörden vorzugehen, weil gerade bei Daseinsvorsorge die Betätigungsform zufällig ist und nicht dadurch die Kompetenz nach BlmSchG abhängen kann
- a.A.: nur öffentlichrechtlicher Unterlassungs- / Beseitigungsanspruch

## **II. Verfahren**

## **III. Form**

## **D. materiell**

### **I. TB der ErmGrdl**

**A:** bei Vollzugshilfe werden die Befugnisse der Polizei *nie* erweitert! D.h. die Eingriffe im Rahmen der Vollzugshilfe müssen immer nach PolG zulässig sein. Soweit Vollzugshilfe vorliegt, ist (außer für die Art und Weise der Durchführung) die ersuchende Behörde für das Handeln verantwortlich.

#### **1. Schutzgüter: öffentliche Sicherheit / öffentliche Ordnung**

## **a. öffentliche Sicherheit**

### I. Individualrechtsgüter

**P:** reine Selbstgefährdung

- h.M.: Bezug zur Öffentlichkeit fehlt
- a.A.: geschützt sind nur Individualrechtsgüter des Nichtstörers

**P:** Selbstmord

- h.M.: aus Respekt vor der freien Selbstbestimmung nur dann Gefahr, wenn in öffentlichem Raum / im Wirkungsbereich der Behörde
- m.M.: weil Unglücksfall i.S.d. § 323c StGB immer Gefahr (+)

### II. Staat und seine Einrichtungen

### III. die Rechtsordnung

unterbinden Zustände/Verhalten, die gegen positives (geschriebenes) Recht verstoßen

**P:** Radarfallen-Warnung

- h.M.: beeinträchtigen präventiv-polizeiliche Maßnahmen (bei Radio OK, weil nur ein abstraktes Bewusstsein für Kontrollen gegeben wird)
- m.M.: kein Verstoß gegen spezielles Recht, sondern Aufforderung zur Rechtstreue

## **b. öffentliche Ordnung (NICHT für Polizei)**

*Inbegriff der Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben angesehen wird*

- Rspr.: durch Rspr hinreichend konkretisiert (unbest. Rechtsbegriff) und aus prophylaktischen Gründen nötig
- a.A.: zu unbestimmt und Diktatur der Mehrheit ohne Bezug zum geschriebenen Recht

## **2. Gefahrenlage**

### **a. konkrete Gefahr** (nötig für HDU-Verfügungen)

*wenn ein Verhalten/Zustand aus der ex-ante Sicht der handelnden Behörde bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zukunft zu einem Schaden führt*

- ex-ante-Sicht eines gut ausgebildeten, erfahrenen Beamten
- je größer der drohende Schaden, desto geringer die Wahrscheinlichkeit
- Abwägung ist nach h.M. voll überprüfbar (unbest. Rechtsbegriff)

Qualifikationen:

#### i. gegenwärtige Gefahr

Schadenseintritt hat bereits begonnen oder steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevor

#### ii. erhebliche Gefahr

Schaden für bedeutsames Rechtsgut

### **b. abstrakte Gefahr** (nötig für Polizei-VOs)

*wenn bei abstrakt-genereller Betrachtung hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sind, dass auf den drohenden Eintritt von Schäden bei bestimmten Zuständen/Verhalten geschlossen werden kann*

### **c. Anscheins- /Putativgefahr**

*die Behörde denkt, sie wüsste alles*

**P:** Gefahr i.S.d. OrdnungsR?

- absol. m.M.: nein, weil in anderen Normen ausdrücklich genannt und es in der Generalklausel sonst eine (wg. Wesentlichkeitsgrundsatz) unzulässige Analogie wäre (*aber*: Gefahrbegriff ist subjektiv geprägt!!!)
- h.M.: ja, wenn die Behörde eine Gefahr nach verständiger Würdigung der Anhaltspunkte annehmen durfte (Anscheinsgefahr). Weil Gefahrenbegriff per Definition subjektiv ist. Dann...

→ Primärebene: Maßnahmen rechtmäßig

→ Sekundärebene: Kostenersatz nur, wenn Anscheinstörer zum Verdacht Anlass gegeben und diesen zu vertreten hat

Zur Störereigenschaft: [siehe Anscheinstörer](#)

#### d. Gefahrverdacht

*die Behörde weiß, dass sie nicht alles weiß*

##### I. P: in ErmGrdl

- t.v.A.: keine "Gefahr", weil sonst Überdehnung des Eingriffsinstrumentariums. Aber in Generalklausel ist in diesen Fällen eine Befugnis zu Gefahrerforschungseingriffen enthalten.
- a.A.: ist Gefahr von geringerem Wahrscheinlichkeitsgrad, d.h. nach der Prognose besteht die (geringe) Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts = Gefahr
- a.A.: nur dann Gefahr, wenn bedeutende Rechtsgüter gefährdet erscheinen
- a.A.: nein, weil in Spezialgesetzen ausdrücklich geregelt

##### II. P: in Mittelauswahl (Ermessen)

- m.M.: kann immer aktive Aufklärung verlangen, weil nach § 24 I 2 VwVfG die Behörde selbst bestimmen kann, wie aufgeklärt werden soll
- a.A.: immer nur Auferlegen von Duldungspflichten bei Gefahrverdacht
- h.M.: grds. muss Behörde als milderer Mittel selber aufklären (der Betroffene ist erstmal als Nichtstörer anzusehen), es sei denn die Störereigenschaft ist klar:

<u>nur Umfang der Gefahr unklar</u>	<u>Vorliegen einer Gefahr unklar</u>
= Gefahr / Störereigenschaft klar → Pflicht zur Aufklärung / Beseitigung	= Gefahr / Störereigenschaft ungewiss → Pflicht der Behörde (§ 24 VwVfG)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• aktive Pflicht des Störers zur Aufklärung</li> <li>• Kostentragungspflicht</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nur Duldungspflicht (§ 26 I 1 VwVfG nicht ErmGrdl)</li> <li>• Kostentragung nur, wenn zum Verdacht Anlass gegeben wurde und dieser zu vertreten ist</li> </ul>

**A:** Spezialgesetze beachten  
§ 9 BBodSchG

#### II. Entschließungsermessen

**P:** Recht auf fehlerfreies Ermessen / Einschreiten

- Grds. Opportunitätsprinzip!
- Geltendmachung durch Verpflichtungsklage § 42 I VwGO
- **A:** Rechtsschutzbedürfnis: grds. Zivilrechtsweg gegen Störer vorrangig (§ 1 II PolG)
  - I. POR schützt Individualinteressen  
immer (+), da auch Individualrechtsgüter geschützt
  - II. gehört zum Kreis der Geschützten  
ASt richtet sich nicht nur gegen eine Gefahr für die Allgemeinheit, sondern gegen eine Gefahr für ein individuelles Rechtsgut des ASt
  - III. fehlerfreie Ermessensausübung
    - Anspruch auf Einschreiten nur bei Reduzierung auf 0
    - sonst ggf. Amtshaftung bei fehlerhaftem Untätigbleiben / Tätig werden

### III. Auswahlermessen: Adressat

Ermessensgesichtspunkte:

- Effektivität der Gefahrenabwehr
  - wer steht der Gefahrenquelle näher?
  - wer ist leistungsfähiger?
- Verhältnismäßigkeit  
insb. wer die wesentliche Ursache gesetzt hat

#### 1. Handlungsstörer

##### I. unmittelbare Verursachung

*Derjenige, dessen Verhalten selbst die konkrete Gefahr unmittelbar herbeigeführt und wer in eigener Person die Gefahrenschwelle überschritten hat.*

- auch Aufsichtspflichtige / Geschäftsherren für ihre Untergebenen § 4 II, III PolG

##### II. P: Zweckstörer

- h.M.: braucht man nicht, weil eh unmittelbare Verursachung
- t.v.A.: bei mittelbaren Verursachungen, wenn andere gezielt, bzw. billigend in Kauf nehmend andere zu Störern gemacht werden (sehr zurückhaltend im VersR anzuwenden)

##### III. P: Theorie der rechtswidrigen Verursachung

- t.v.A.: wer eine rechtmäßige Genehmigung hat kann für Gefahren, die sich aus deren Ausübung ergeben (insb. Betrieb einer Anlage) nicht mehr ordnungsrechtlich verantwortlich sein
- Rspr.: keine Privilegierung kraft Legalisierung

#### 2. Zustandsstörer

Verantwortlichkeit des Eigentümers / Inhabers der tatsächlichen Gewalt für Gefahren, die von Sachen (unmittelbar kausal) ausgehen

- ist Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, deshalb u.U. Grenzen bei ruinöser Inanspruchnahme
- keine Dereliktion

##### P: sachliche Einschränkungen

- Rspr.: keinerlei Einschränkungen
- t.v.A.: nicht bei Ereignissen, die in der Risikosphäre der Allgemeinheit liegen, weil sonst unverhältnismäßige Sozialbindung des Eigentums

#### 3. Anscheinsstörer

##### I. P: Primärebene (Adressat der Maßnahme)

- Rspr.: er ist Störer, weil auch Anscheinsgefahr konkrete Gefahr ist
- h.L.: nur Störer, wenn er die Anscheinsgefahr zurechenbar verursacht hat; sonst ist er Nichtstörer und kann nur nach §§ 19 OBG / 6 PolG in Anspruch genommen werden

##### II. Sekundärebene (Kosten)

- h.M.: Störer, wenn Gefahrverdacht zurechenbar gesetzt
- m.M.: er ist Nichtstörer (strenge ex-post-Betrachtung). Bei zurechenbar gesetztem Gefahrverdacht bekommt er zwar wegen überwiegendem Mitverschulden keine Entschädigung (s.u.), aber da er Nichtstörer ist können ihm keine Kosten auferlegt werden<sup>1</sup>

##### III. P: Entschädigung

jeweils wegen überwiegendem Mitverschulden (-), wenn der Gefahrverdacht zurechenbar gesetzt wurde

- Rspr.: er bleibt Störer (einheitlicher Störer-Begriff), aber Entschädigung nach § 39 I a OBG *analog* wegen Aufopferung

- h.L.: aus ex-post Sicht Nichtstörer (Störer-Begriff fällt auseinander), Entschädigung nach § 39 I a OBG direkt

#### 4. Rechtsnachfolge bei Ordnungspflichten

= Bindungswirkung behördlicher Verfügungen ggü. einem Rechtsnachfolger?

##### I. Übergang möglich?

- h.M.: ja, weil eine Ordnungsverfügung bezieht sich primär immer um eine Gefahr, weniger um die Person des Pflichtigen
- m.M.: nein, weil immer personenbezogene Ermessensentscheidungen eine Rolle spielen

##### II. Nachfolgefähigkeit (sonst fehlt schon Klagebefugnis)

###### 1. P: Handlungshaftung

- m.M.: nicht übergangsfähig, weil Haftung für eigenes Verhalten; ergibt sich auch aus Existenz von Spezialregeln (§ 4 III BBodSchG und § 75 II BauO)
- h.M.: übergangsfähig bei vertretbaren Handlungen, weil nur Entstehen der Pflicht höchstpersönlich war, nicht aber die Erfüllung (Effektivität)

Folge-P: "Entstehung"

- h.M.: durch Handlung, weil Pflicht Kraft Gesetzes entsteht (materielle Polizeipflicht)
- m.M.: durch Festlegung der Behörde (formelle Polizeipflicht)

###### 2. Zustandshaftung

übergangsfähig bei vertretbaren Handlungen

###### 3. zwangsweise Durchsetzung (Androhung/Festsetzung)

nicht übergangsfähig, weil grds. höchstpersönlich

##### III. NachfolgeTB

###### 1. Gesamtrechtsnachfolge

immer (+)

###### 2. P: Einzelrechtsnachfolge

- Rspr.: möglich bei Zustandshaftung für Grundstücke, weil dringendes Praktisches Bedürfnis dafür und Pflicht ist Annex zum Eigentum
- h.L.: nein, weil nach Art. 14 GG eine ausdrückliche Übergangsregel nötig ist

#### IV. Auswahlermessen: Maßnahme

##### Abschleppmaßnahmen

###### I. P: ErmGrdl

- h.M.: Sicherstellung (§ 43 PolG), wenn es der Behörde gerade darum geht Gewahrsam an dem Kfz zu begründen. Grds. Vorrangig vor Ersatzvornahme, weil Spezialermächtigungen vorgehen und es auch dem äußeren Erscheinungsbild entspricht. Bei bloßer Versetzung des Fahrzeugs aber Ersatzvornahme.
- a.A.: Sicherstellung nur, wenn Kfz auf öffentlichen Verwehrplatz verbracht wird

###### II. formell

bei Sicherstellung: Verstoß gegen Verwahrungsformvorschriften § 44 II (Bescheinigung etc.) macht Sicherstellung nicht rechtswidrig/unwirksam, sondern kann nur eine Amtshaftung begründen

###### III. materiell

**P:** Verstoß gegen nachträglich aufgestellte Verkehrsschilder

der Halter des zunächst ordnungsgemäß geparkten Kfz verstößt nur dann gegen die Rechtsordnung (§ 12 I Nr. 6a StVO), wenn ihm das fliegende Zeichen bekannt gemacht wurde:

- h.M.: wenn man es üblicher Weise hätte wahrnehmen können (ca. 3 Tage), vgl. § 1 II StVO, weil auch der Parkende noch Verkehrsteilnehmer ist und die übliche Sorgfalt walten lassen und mit Verkehrsänderungen rechnen muss
- m.M.: unabhängig von individueller Wahrnehmbarkeit bereits mit Aufstellung, § 41 III 2 VwVG (Bekanntgabe einer AV)

## Folter im Rechtsstaat

### **A. keine ErmGrdl**

#### I. § 163a StPO

- gilt natürlich nicht für Schmerzzufügung / widerspricht § 55 StPO (nemo tenetur)
- im Bereich der Gefahrenabwehr schon nicht anwendbar

#### II. § 9 PolG

- keine Auskunftspflicht über personenbezogene Daten hinaus
- widerspräche auch § 55 StPO

#### III. § 8 PolG

- § 9 ist lex specialis

#### IV. Regeln des polizeilichen Todesschusses

- in NRW nicht normiert
- auch bei gesetzl. Grundlage dafür scheidet ein Argumentum a maiore ad minus daran, dass die Folter qualitativ anders ist als die Tötung
- analoge Anwendung eindeutig mangels Regelungslücke (-)

#### V. aus GR-Schutzpflichten

- GR sind nicht selber ErmGrdl. für den Staat für schwere GR-Eingriffe
- außerdem krasser Verstoß gegen Bestimmtheitsgrundsatz

#### VI. §§ 32, 34 StGB

##### 1. Anwendbarkeit auf Hoheitsträger?

- t.v.A.: ja, weil Einheitlichkeit der Rechtswidrigkeit: was strafrechtlich rechtmäßig ist kann nicht auf anderen Gebieten rechtswidrig sein
- a.A.: RechtfertigungsTB sind KEINE ErmGrdl! Widerspricht dem Vorbehalt des Gesetzes!

##### 2. analoge Anwendung

- Vorbehalt des Gesetzes widerspricht dem
- §§ 32, 34 StGB beschränken staatliche Macht (Gewaltmonopol) und erweitern sie nicht

### **B. keine Vereinbarkeit mit GR**

#### I. Art. 104 I 2 GG

als Spezialfall des Art. 2 II

1. Schranken: mangels Schrankenübertragung keine geschriebenen vorhanden
2. praktische Konkordanz

kann nicht dazu führen, dass ein GR komplett zurück stehen muss. Aber auch dann wäre der individuell-absolute Wesensgehalt betroffen; damit Verstoß gegen Art. 19 II

#### II. Art. 2 II 1 GG

nur unterhalb der Intensität der "Misshandlung" ansprechbar, weil sonst Art. 104 I 2 lex specialis ist

#### III. Art. 1 I GG

mit der systematischen Brechung des menschlichen Willens wird dessen Fähigkeit sich selbst zu bestimmten beseitigt und er Gefangene zum bloßen Objekt staatlicher Schutzverpflichtung gemacht

#### IV. Verstoß gegen Art. 3 und Art. 15 EMRK