

Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern

Möstl / Schwabenbauer

2022

ISBN 978-3-406-74758-8

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Dies folgt daraus, dass der Grundsatz neben der Funktion des Grundrechtsschutzes auch einen objektiv polizeirechtlichen Handlungsmaßstab normiert (→ Rn. 23 ff.) und damit personell (Allgemeinheit, Dritte) wie sachlich (Beeinträchtigungen im weiteren Sinne, mittelbare Folgen) Auswirkungen in den Blick nimmt, die nicht stets vom Eingriffsbegriff abgebildet werden. Auch eine Handlung im Vorfeld, informierendes Handeln oder nicht-subjektivierbare Folgen von Maßnahmen, dürfen nicht unverhältnismäßig, also zB evident ungeeignet sein oder die Allgemeinheit übermäßig belästigen. **61**

Die Rechtsschutzintensität und damit korrelierend auch die prozessuale Klagebefugnis ist freilich in solchen Fällen bloßer Allgemeinheitsbetroffenheit geringer bzw. fehlt ganz. Die handlungsleitende objektive Bindung an Art. 4 bleibt davon aber unberührt. Daneben kann eine solche Verletzung immerhin noch eine Aufsichtsbeschwerde gem. Art. 12 Abs. 2 POG stützen (vgl. analog KMJ LStVG Art. 8 S. 2) (→ Rn. 62.1 ff.). **62**

Beispiel: Polizei betreibt Vorfeldarbeit, Abschreckung, Verfolgungsdruck oder „polizeiliche Präsenz“ durch Streifenfahrten und Streifengänge; gleiches gilt für Informationstätigkeit (vgl. zu diesen bisweilen rechtlich vernachlässigten Tätigkeiten mit hoher praktischer Bedeutung Lisken/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 100 ff.). Diese verursachen regelmäßig keine Eingriffe, wohl aber können sie Unannehmlichkeiten bilden und (mittelbare) Auswirkungen für Einzelne oder die Allgemeinheit haben. **62.1**

Im Fall etwa der automatisierten Kennzeichenerfassung fehlte es nach der alten Rechtsprechung an einem Eingriff, wenn bei fehlender Übereinstimmung die sofortige Löschung erfolgt (BVerwG NVwZ 2015, 906). Dennoch musste auch eine solche Maßnahme geeignet und erforderlich sein. Mit BVerfGE 150, 244 liegt nun ohnehin darin ein Grundrechtseingriff. **62.2**

Beispiel: Polizei rettet eine Entenfamilie, die sich inmitten eines mehrspurigen Verkehrskreuzes befindet. Dadurch kommt es in der Hauptverkehrszeit zu einem kilometerlangen Rückstau, der viele Pendler trifft. **62.3**

Der Begriff der Maßnahme verweist ferner schon hier auf die von ihr zu fordernde Bestimmtheit. Neben der einfachgesetzlichen Anordnung in Art. 5 Abs. 1 (und Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG, vgl. GLW BayPolR Rn. 582) sowie der verfassungsrechtlichen Ableitung gibt es damit eine dritte, nämlich methodisch begründete Quelle des Bestimmtheitsgebots, weil die Wirkungsweise des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine **bestimmte** Maßnahme (vgl. Nr. 4.2 VollzBek PAG) verlangt. Die erhoffte Zweck-Mittel-Rationalität verlöre schnell an Signifikanz, wenn eine Maßnahme diffus bliebe. Je konkreter sie dagegen definiert ist, desto besser kann man den Grundsatz prüfen und von ihm juristischen Ertrag erhoffen (→ Rn. 63.1). **63**

Beispiel: Der entlaufene „Kampfhund“ des Müller konnte – kurz bevor er den Passanten P attackieren konnte – wieder eingefangen werden. Weil die zuständige Sicherheitsbehörde am Wochenende nicht erreichbar war, ordnet die Polizei an, er, der Müller, müsse „alles tun, um Gefahren durch den Hund zu verhindern“. Diese Anordnung ist sachlich zwar gewiss nicht falsch, jedoch zu unbestimmt. Art. 4 läuft damit ins Leere, denn vor dem legitimen Ziel erweisen sich „breite“ Anordnungen immer als geeignet und erforderlich, weil es nie mildere Mittel gibt, die das Niveau der Sicherheit von „alles zu tun“ erreichen. Letztlich wäre die Anordnung wohl unverhältnismäßig, wenn man „alles“ ernst nähme – die Stufe der Abwägung sollte von solchen Ungenauigkeiten aber frei gehalten werden. Die Polizei hätte daher – situationsabhängig – Leinenzwang, Maulkorb, einstweilige Zwingerhaltung, persönliche Aufsicht durch den Halter etc anordnen müssen, also Maßnahmen, die sich kritisch auf ihre Eignung und Erforderlichkeit hin überprüfen lassen. Die Bestimmtheit der Maßnahme garantiert damit erst die sinnvolle Prüfung des Art. 4. **63.1**

F. Zweck

Das Erfordernis des legitimen Zwecks ist nicht explizit normiert. Mit der allgemeinen Dogmatik ergibt sich die große Bedeutung der präzisen Feststellung des bestimmten legitimen Zwecks jedoch einerseits aus der Funktion des Grundsatzes, eine Zweck-Mittel-Relation herzustellen. Andererseits folgt die Zweckgebundenheit aus dem „erstrebten Erfolg“ (Abs. 2) und aus dem „Zweck“ in zeitlicher Hinsicht (Abs. 3). **64**

Ungeachtet des insoweit fehlenden Wortlauts muss auch stets mit der genauen Identifikation des Zwecks begonnen werden. Dies ist das **A und O** einer jeden Verhältnismäßigkeits- **65**

prüfung. Auf den konkreten Zweck beziehen sich alle Stufen: die Eignung zum Zweck, die mildere Zweckerfüllung und das Verhältnis des Zweck-Erfolgs zu den Nachteilen.

- 66 Hinzu kommt, dass der Zweck als normative Voraussetzung der Prüfung die Qualität und Richtung der auf ihn bezogenen Ergebnisse beeinflusst. Finale, offene und weite Zwecke lassen das Rationalisierungsprogramm des Grundsatzes tendenziell ins Leere laufen oder verfälschen sein Ergebnis. Die polizeiliche Gefahrenabwehr ist daher jedenfalls beim Eingriff in der Zwecksetzung nicht frei, sondern auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung an den gesetzlichen Befugniszweck gebunden. Dies unterscheidet sie von der Gesetzgebung. Während diese grundsätzlich (vgl. etwa BVerfGE 30, 292 (316) – Erdölbevorratung (1971); vgl. aber zu Zweckbeschränkungen in einzelnen Grundrechten Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2019, Rn. 614 ff.) in der Zwecksetzung frei ist, also lediglich **irgendeinen** legitimen Zweck verfolgen muss, ist die Polizei an **den** legitimen Zweck gebunden. Dies klingt zunächst trivial, weil sich dieser Zweck schon unmittelbar aus der konkreten Aufgabe bzw. der Befugnis ergibt (PSK POR § 10 Rn. 12). Problematisch ist es jedoch, wenn dieser Zweck überschießende subjektive Gehalte aufweisen sollte (→ Rn. 73 ff.) (→ Rn. 66.1).
- 66.1 **Beispiel:** Der Platzverweis zur Abwehr einer Gefahr (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) muss sich auf eine Sachlage beziehen, bei der im konkreten Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Verletzung eines polizeilichen Schutzguts zu erwarten ist (vgl. dazu zur aF: Schmidbauer/Steiner, 5. Aufl. 2020, Art. 16 Rn. 14), zB aggressive Zusammenrottung vor einem Flüchtlingsheim. Auf diese konkrete Gefahr hin lässt sich Art. 4 prüfen. Kommt zur konkreten Gefahr aber noch der weitere Gedanke der Hebung des Sicherheitsgefühls oder der Generalprävention, so verwandelt sich die konkrete Zweck-Mittel-Kontrolle in eine abstrakte, alles-legitimierende Prüfung und genau dies soll die Fixierung auf die Gefahr und die daraus folgende konkrete Maßnahme verhindern.
- ### I. Gefahrenabwehr
- 67 Im Falle der **Abwehr konkreter Gefahren** liegt der Zweck darin, zu verhindern, dass es durch den ungehinderten Ablauf eines objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzgutes kommt (vgl. nunmehr Art. 11 Abs. 1 S. 2). Auch wenn ein Handeln rein tatsächlich oft und durchaus erwünschtermaßen weitere Effekte bewirkt (Sicherheitsgefühl, Generalprävention etc), kann sich der legitime Zweck einer Maßnahme nur auf die **unmittelbare Handlung** und deren unmittelbaren Erfolg beziehen (ebenso zur aF: HBH Rn. 3; vgl. auch Schmidbauer/Steiner, 5. Aufl. 2020, Rn. 7).
- 68 Bei unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahr zeigen sich der Geschehensverlauf und das Schadensausmaß schon so deutlich, dass der Zweck auf die Verhinderung oder Beendigung hin präzisiert werden kann. Geeignetheit, Erforderlichkeit und das Verhältnis der zu erwartenden Schäden und Erfolge lassen sich dann objektiv ex situatione beurteilen (vgl. Lischen/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 140) (→ Rn. 68.1 ff.).
- 68.1 **Beispiel:** Wenn eine öffentlichkeitswirksame Identitätsfeststellung nur zur Hebung des allgemeinen Sicherheitsgefühls und des Vertrauens auf die Polizei vorgenommen wird, dann handelt es sich nicht um einen legitimen Zweck.
- 68.2 Kommt ein Fall des Art. 13 hinzu, dann ergibt sich daraus alleine der legitime Zweck. Weitere, sekundäre Gründe, wie das Sicherheitsgefühl der Bevölkerung oder auch Gedanken der Generalprävention vermögen nicht den Zweck zu intensivieren (vgl. Lischen/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 100 ff.; HmbOVG BeckRS 2011, 52410) und auf den weiteren Stufen zugunsten der Maßnahme zu wirken (eine konkrete Gefahrenprävention ist freilich zulässig, BayVGH BeckRS 2013, 54573).
- 68.3 Der legitime Zweck kann sich auch aus dem Schutz privater Rechte (Art. 2 Abs. 2) ergeben. Dies gilt etwa für das Abschleppen gem. Art. 25 Nr. 2 eines mit offenem Seitenfenster geparkten Fahrzeugs aus Gründen der konkreten Gefahr für den Eigentümer oder den Sachherrschaftsinhaber (BayVGH NJW 2001, 1960).
- 69 Der Zweck einer Maßnahme liegt daher nicht in jeder für die Aufgabeneröffnung ausreichenden abstrakten Gefahr gem. Art. 2 Abs. 1 (so wohl GLW BayPolR Rn. 561) – es sei denn es handelt sich um eine eingrifflose Maßnahme, dann aber ist die geringe Bindung ohnehin unschädlich.
- 70 Dass die Polizei im Rahmen ihrer eigenen polizeitaktischen Motivsetzung darüber hinaus überschießende Tendenzen mit einer Maßnahme verbinden mag, wird sich weder vermeiden

lassen, noch ist dies verwerflich. Wichtig ist alleine, dass solche Motive kein Gewicht bei der Überprüfung einer **rechtlich** – nicht taktisch – gebundenen Verhältnismäßigkeit spielen dürfen (vgl. zur aF: HBH Rn. 3).

II. Gefahrverdacht und Vorbeugung

Anders dagegen verhält es sich bei der vorbeugenden Straftatenbekämpfung und beim sog. Gefahrverdacht, die zu Gefahrforschungsmaßnahmen und vorläufigen Sicherungsmaßnahmen erlauben (vgl. dazu Weber/Köppert BayPolR Rn. 41 ff.; Schenke PolR Rn. 87). Beide Erscheinungsformen polizeilicher Tätigkeit zeichnen sich durch eine ungenaue Vorstellung über den künftigen Geschehensverlauf aus, wenn man als Gegenstand der Prognose der Gefahr eine konkrete Aussage über Ort, Zeit und Modus eines Schadens erwartet. Mit dem traditionellen Gefahrenbegriff, wie er nun in Art. 11 Abs. 1 S. 2 positiviert ist, sind jedoch seit je her auch Gefahrenprognosen zulässig, die – wie bei der Gefährderansprache – eine hinreichende Wahrscheinlichkeit begründen, nicht aber Ort, Zeit und Modus benennen. Daran hat sich prinzipiell auch nichts durch die neue Kategorie der drohenden Gefahr geändert (vgl. dazu Möstl GSZ 2021, 89 ff.). Insofern bleibt es bei den Fällen, die nicht unter die drohende Gefahr fallen, bzw. bei denen die Vorrangregel des Art. 11a Abs. 1 greift, in den Bahnen der herkömmlichen Je-Desto-Formel, die nicht nur für die Gefahr, sondern auch für die Verhältnismäßigkeit Bedeutung hat.

Das heißt zwar einerseits, dass eine Überprüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie eine Abwägung mit zunehmender Streubreite im Vorfeld schwächer werden (BVerfGE 113, 348 (385 f.) – Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung; Lischen/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 141 ff.; dazu Schoch Der Staat 2004, 347 (352 ff.)). Denn die Polizei greift in diesen Fällen ein, obwohl sie das Ziel nicht genau kennt bzw. die Tatsachen von Ambivalenz geprägt sind. Die Relationsleistung des Grundsatzes muss durch die Entgrenzung des Ziels ungenau werden. Darin liegt zunächst ein Problem, das es zu konzedieren gilt. Falsch wäre es daher also, mit dieser notwendigen Unbestimmtheit und Breite des Zwecks auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung leichter zugunsten der Maßnahme ausfallen zu lassen. Vielmehr ist das Gegenteil richtig: der unbestimmte Zweck erhöht die Schwere des Eingriffs (BVerfGE 113, 348 (385)) (→ Rn. 72.1). Das heißt, die Je-Desto-Formel setzt sich hier fort und lässt mit zunehmender Ambivalenz der Tatsachen im Vorbeugungsszenario nur noch sehr gute Gründe die Intensität des Eingriffs rechtfertigen. Anders formuliert: Die Vorbeugung muss kein Jota an Rechtsschutz einbüßen, solange nur der Wechsel der Bedeutung der letzten Stufe der Verhältnismäßigkeit sehr ernst genommen wird.

Im Falle des Gefahrverdachts ist der unmittelbare Zweck der näheren Aufklärung durchaus bestimmt und vom weiteren Zweck des nachgelagerten Umgangs mit der dann konkretisierten Gefahr unterscheidbar. Im Übrigen wird freilich die Abgrenzung zwischen konkreter Gefahr und Gefahrverdacht den Schattierungen der Realität nicht stets gerecht (Lischen/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 140), sodass jedenfalls – im Sinne einer dynamischen Regel – mit zunehmender Breite und Ungewissheit des konkreten Zwecks ein dennoch vorgenommener Eingriff schwerer wiegt und damit anspruchsvoller gerechtfertigt werden muss.

III. Insbesondere: Drohende Gefahr

Im Blick auf die Kategorie der drohenden Gefahr nimmt der Zweck eine ganz besonders wichtige Funktion ein. Nach der Generalklausel des Art. 11a Abs. 1 und dem Rechtsgüterkatalog gem. Art. 11a Abs. 2 hat man es hier ebenfalls mit einem Vorfeldszenario zu tun, das sich aber von der klassischen Gefahr in der herkömmlichen weiten Definition durch eine sehr viel präzisere Zweckrichtung mit einem vergleichsweise klaren Rechtsgüterkatalog unterscheidet. Während nicht auszuschließen ist, dass in Fällen des herkömmlichen Gefahrenbegriffs gem. Art. 11 (einschließlich des Gefahrverdachts) die Je-Desto-Formel vorschnell auf die Angemessenheit zusteuert, gibt die Struktur des Art. 11a mit zahlreichen Anknüpfungspunkten für Tatsachenfragen Raum für ertragreiche Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfungen. In dieser strengen Relationierung liegt ein Gewinn des Art. 11a, der wesentlich zur Verfassungsmäßigkeit der Norm wie deren Anwendung beitragen kann,

vorausgesetzt, man nimmt die Tatsachenfragen ernst und flüchtet nicht in das Je-Desto-Schema.

IV. Erleichterung behördlicher Arbeit und sekundäre Zwecke

- 73 Die Einbindung in einen konkreten Gefahrzusammenhang lässt es eigentlich nicht zu, dass die Polizei einen anderen Zweck verfolgt als jenen der durch die Befugnis ermöglichten Abwehrmaßnahme. Dennoch gibt es Fälle – und das Denken von der Verhältnismäßigkeit her ist hier nicht ganz unschuldig –, bei denen weitere, sekundäre Zwecke in die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einfließen und diese dadurch den Blick auf eine konkrete gefahrenbezogene Maßnahme verfälschen.
- 74 Ein solcher Effekt zeigt sich etwa bei dem Motiv der Erleichterung behördlicher Arbeit. Diese zunächst legitim klingende Zwecksetzung ist richtigerweise unzulässig im Kontext der Prüfung des Art. 4. Das Verbot ist zB in § 20 Abs. 2 S. 1 NRWOBG explizit normiert, gilt aber auch im Übrigen und ist revisibler bundesrechtlicher Grundsatz (BVerwGE 32, 204 (206 f.)). Der Grund hierfür liegt darin, dass andernfalls die enge Bindung an den Gefahrzusammenhang durch Zweckmäßigkeitserwägungen relativiert und die konkrete Rechtfertigung zum Sammelbecken „guter Gründe“ würde.
- 75 Damit soll vermieden werden, dass die Polizei Maßnahmen ergreift, die für sich genommen nicht verhältnismäßig sind, in einer Gesamtschau der Folgen diesen Makel aber überwinden lassen können. Damit aber könnte von einem im ursprünglichen Sinne liberalen und rechtsstaatlichen Polizeirecht nicht mehr die Rede sein, das durch den Gefahrenbezug den legitimen Zweck auf das unmittelbare Ziel hin diszipliniert (vgl. Schoch Der Staat 2004, 347 (350); Gusy PolR Rn. 389; Käab/Rösch Einf. Rn. 102; Liskan/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 100 ff.; HBH Rn. 3) (→ Rn. 75.1).
- 75.1 **Beispiel** (BayVGH BayVBl. 2006, 635 (637) = BeckRS, 2006, 23188 – Altkleidercontainer): Keine Verwaltungsvereinfachung durch pauschales Verbot des Aufstellens von Altkleidercontainern im ganzen Gemeindegebiet gegenüber der Einzelgenehmigung bzw. -verfolgung. „Praktische“ Maßnahmen aus Verwaltungssicht sind daher nicht notwendig legitim.
- 76 Ein ähnliches Problem besteht bei weiteren „**sekundären Zwecken**“, also solchen, die hinter der unmittelbaren Maßnahme stehen. Dazu zählen Maßnahmen zur Verbesserung des „Sicherheitsgefühls“ oder der „Generalprävention“. Sie sind aus dem gleichen Grund kein zulässiger Zweck der Verhältnismäßigkeitsprüfung, weil sie über den konkreten Gefahrzusammenhang hinausgehen (vgl. dazu Schoch Der Staat 2004, 347 (350)). Dem widerspricht nicht, dass rechtmäßige Maßnahmen – natürlich und begrüßenswerterweise – präventiven Charakter haben und das Sicherheitsgefühl heben. Dies aber ist erst die faktische, reflexartige Folge solcher Maßnahmen, die sich auf die unmittelbare Gefahr beziehen müssen, und nicht eine juristische Rechtfertigung derselben.

G. Mögliche und geeignete Mittel (Abs. 1 Hs. 1)

- 77 Aus mehreren möglichen und geeigneten Mitteln ist die Auswahl zu treffen. Als geeignete Maßnahme gilt gemeinhin eine solche, die das Erreichen des **Ziels befördert**, wobei es nicht darauf ankommt, ob dies später tatsächlich eintritt (Gusy PolR Rn. 397; PSK POR § 10 Rn. 17), sondern vielmehr, ob damit ein Schritt in die richtige Richtung unternommen wurde (BHKM ÖffR Bayern Rn. 156). Nur ganz ungeeignete Maßnahmen bestehen diesen Test nicht, der als Eignungsprognose des objektiven Durchschnittsbeamten **ex situatione** zu prüfen ist (→ Rn. 77.1).
- 77.1 **Beispiel** (BayVGH NVwZ 2001, 1291 (1292)): Ein Platzverweis gem. Art. 16 ist nicht deshalb ungeeignet und damit unverhältnismäßig, weil er zur Vorbeugung von Drogendelikten nicht ebenso effektiv ist wie ein dauerhaftes Betretungsverbot gem. Art. 11 Abs. 2 Nr. 1.
- 78 Die solchermaßen zugrunde zu legende Sicht ex ante ist aber nicht statische Konzession an die Entscheidungsnotwendigkeit; sie ist vielmehr mit **Zeitfortschritt** und auftretender Ungeeignetheit zu ändern (zeitliches Übermaßverbot gem. Abs. 3) und dem jeweiligen Stand **anzupassen** (Nr. 4.5 VollzBek PAG; vgl. PSK POR § 10 Rn. 24).

Dass die Geeignetheit für sich genommen eine Selbstverständlichkeit ist, die man auch ohne den Grundsatz verlangen würde, trifft zwar zu, dennoch sollte man die Prüfungsstufe nicht unterschätzen, denn sie erst **stellt die Relation her**, die sachlich wie zeitlich unverbundene Tatsachen und dahinter stehende Rechtsgüter im konkreten Fall juristisch relevant gegenüberstellt und damit bewertbar und hierarchisierbar werden lässt (→ Rn. 79.1 f.).

Mit der Wahl einer bestimmten (Art. 5 Abs. 2 S. 1) Maßnahme verknüpft der Beamte ein konkretes Mittel, dh regelmäßig einen Eingriff, mit dem konkreten Zweck. Nicht der Eingriff alleine oder der Zweck alleine, sondern die Relation ist es, die in dieser Stufe und in den nachfolgenden Schritten überprüft wird.

Beispiel: Weder die Sicherheit im Straßenverkehr noch die Freiheit der Person können abstrakt hierarchisiert werden, eine solche Hierarchie gibt es nicht. Erst wenn wir wissen, dass es um eine Gewahrsamnahme eines Volltrunkenen geht, der willens ist, mit seinem Wagen in der Stadt nach Hause zu fahren, können wir eine Aussage über die Wertung der Freiheit der Person und der Sicherheit im Straßenverkehr treffen. Durch die Annahme einer geeigneten Maßnahme konkretisiert der Beamte aus der Fülle von Handlungsoptionen eine bestimmte, verbindet sie mit dem Zweck und unterwirft diese Relation der Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung.

Eine solche Relation nicht zu kreieren, vermögen **ungeeignete** Mittel. Dies betrifft in subjektiver wie objektiver (Art. 44 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG) Hinsicht tatsächlich und rechtlich Unmögliches (vgl. etwa Knemeyer PolR SuP Rn. 280), wobei das wirtschaftliche Unvermögen nicht aus der Schar zulässiger Handlungsoptionen herausfällt (OVG RhPf NVwZ 1987, 240). Sie kann aber gewiss im Rahmen der Stufen der Verhältnismäßigkeit, vor allem im Rahmen der Angemessenheit, Berücksichtigung finden (Schoch/Schneider/Goldhammer VwVfG § 44 Rn. 61).

Um einen Fall der **objektiven Unmöglichkeit** handelt es sich etwa dann, wenn Demonstranten die Auflage erteilt wird, Beeinträchtigungen des Fußgänger- und Fahrzeugverkehrs zu vermeiden, weil eine öffentliche Demonstration genau dies, die Beeinträchtigung, impliziert (BayVGH NJW 1984, 2116). Hingegen ist der Platzverweis an einen Rollstuhlfahrer **subjektiv unmöglich** ausführbar, wenn er aufgrund der örtlichen Gegebenheiten (zB fehlende Rampe) sich nicht entfernen kann (PSK POR § 10 Rn. 19).

Nicht als Form der subjektiven Unmöglichkeit gilt gemeinhin die **wirtschaftliche Unmöglichkeit** (Nr. 4.2 VollzBek PAG; SGR/Schenke BPolG § 15 Rn. 2; PSK POR § 10 Rn. 20 f.), wobei man hier im Einzelfall differenzieren muss. Es wäre schlicht ungeeignet, von einem völlig mittellosen und nicht kreditwürdigen Störer eine Maßnahme zu verlangen, die er ohne entsprechende Mittel nicht ausführen kann und wird (vgl. EFP BesVerwR § 69 Rn. 293). Aber das gilt sicher nur für klare Extremfälle; im Übrigen muss jeder Polizeipflichtige sich die Mittel, Fachwissen, Dienstleistungen etc verschaffen, freilich mit der weiteren Grenze des Art. 4 Abs. 2, dh der Unangemessenheit (vgl. Nr. 4.2 VollzBek PAG).

Im Fall der **rechtlichen Unmöglichkeit** steht – in subjektiver oder objektiver Hinsicht – die Rechtsordnung der Durchführung entgegen, wobei alleine zivilrechtliche Hürden, wie das Erfordernis des Mitwirkens einer weiteren Person, nicht an der Eignung hindern (→ Rn. 83.1).

Beispiel (nach BHKM ÖffR Bayern Rn. 148): Der betrunkene Autofahrer wird von der Polizei aufgefordert, seinen Wagen aus dem Halteverbot wegzufahren. Dadurch würde der Fahrer – Fahruntüchtigkeit vorausgesetzt – eine rechtswidrige Tat gem. § 316 StGB begehen.

H. Erforderlichkeit (Abs. 1 Hs. 2)

Der Erforderlichkeitstest ist die Prüfungsstufe im Polizeireicht, die am meisten normativen Ertrag verspricht (vgl. Liskan/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 164; Götz PolR § 11 Rn. 24) und in der Lage ist, in der konkreten Situation eine **signifikante Steuerungsleistung** zu entfalten. Weil dies daran liegt, dass es hier um Tatsachen und Handlungsalternativen geht und der handelnde Beamte dabei – anders als bei Abwägungsfragen – auf sehr gute Anwendungsbedingungen trifft, muss er sich umgekehrt auch daran messen lassen.

Aus der Fülle der geeigneten Maßnahmen hat die Polizei nach dem **Gebot der geringsten Beeinträchtigung** diejenige zu wählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit objektiv und ex situatione am wenigsten beeinträchtigt (Abs. 1; vgl. etwa Knemeyer PolR

SuP Rn. 292). So setzt etwa die Sicherstellung eines Kraftfahrzeugs zur Eigentumssicherung (Art. 2 Abs. 2) regelmäßig voraus, dass vorher versucht wurde, den Halter zu benachrichtigen (BayVGH NJW 2014, 1466). Die Zweck-Mittel-Relation differenziert sich damit an dieser Stelle aus, weil sie einerseits neben dem Einzelnen auch die Allgemeinheit in den Blick nimmt und zum anderen die Wahl aus mehreren möglichen **Alternativen** zu erfolgen hat.

I. Tatsachengrundlage: Beeinträchtigung

- 86** Der Begriff der **Beeinträchtigung** geht weiter als jener des grundrechtlichen Eingriffes, obwohl er diese freilich zuvörderst mit umfasst. Er geht zudem über den Nachteilsbegriff des Abs. 2 hinaus (zur aF: HBH Rn. 8). Insoweit ist hier noch einmal die Funktion der Verhältnismäßigkeit in Erinnerung zu rufen, die auch jenseits der subjektiven Rechte von der Polizei eine sachgerechte und angemessene Aufgabenerfüllung verlangt. Zu diesem Zweck erweitert Art. 4 die zugehörige Tatsachenbasis sachlich und personell.
- 87** Neben den Grundrechtseingriffen, die im Blick auf Art. 2 Abs. 1 GG natürlich das ganze Feld der adressierten Maßnahmen und der zurechenbaren mittelbaren Eingriffe abdecken, sind für den verbleibenden Bereich der Beeinträchtigungen vor allem die **eingriffslosen Maßnahmen** von Relevanz, mittels derer die Polizei einen nicht unerheblichen Teil ihrer Aufgaben erledigt, so etwa durch Maßnahmen im Vorfeld oder durch Information (zB „polizeiliche Präsenz“, Abschreckung, Verfolgungsdruck etc, vgl. Liskan/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 100 ff.). Auch sie lösen Beeinträchtigungen aus, die in die Erforderlichkeitsprüfung einzustellen sind (→ Rn. 87.1 ff.).
- 87.1** **Beispiel:** Durch Warnungen, Streifengänge und -fahrten wird ein Gefühl der Unsicherheit in einem bestimmten Bezirk erzeugt, das den dort ansässigen Gastronomen und Einzelhändlern Einbußen beschert.
- 87.2** **Beispiel** (BayVGH BayVBl. 2015, 17 (21)): Es ist ein abwägungsrelevanter Nachteil, wenn der Passant durch grundrechtsrelevanten Platzverweis von den Straßenbahngleisen darüber hinaus nicht mehr die Musikdarbietung der Straßenmusikanten hören kann.
- 87.3** **Beispiel:** Das Verteilen von Informationszetteln oder die deutliche Präsenz an einem Ort durch Streifenfahrten und -gänge bedarf mangels Eingriffs keiner Befugnis. Dennoch müssen solche Maßnahmen geeignet und erforderlich sein.
- 88** Daneben verlangt Abs. 1 die Berücksichtigung **mittelbarer Effekte** polizeilicher Maßnahmen für Einzelne oder die Allgemeinheit (Abs. 1). Darunter sind Beeinträchtigungen zu verstehen, die – unabhängig von der Einstufung als subjektives Recht – reflexiv und faktisch eine Betroffenheit auslösen und auch vom „modernen Eingriffsbegriff“ der weiten allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG nicht mehr notwendig erfasst werden (vgl. → Rn. 28), aber gerade für polizeiliche Maßnahmen nicht untypisch sind (→ Rn. 88.1 f.).
- 88.1** **Beispiel:** Weil ein Hund beharrlich in der Nachbarwohnung bellt, ruft Nachbar N zur Nachtzeit die Polizei, die sogleich mit Blaulicht und Martinshorn zum Wohnhaus fährt, wodurch die weitere Anwohnerschaft im Schlaf gestört bzw. verunsichert wird.
- 88.2** **Beispiel:** Die Polizei rettet eine Entenfamilie aus einer misslichen Lage von einer Verkehrsinsel in einem mehrspurigen Verkehrskreisel im abendlichen Berufsverkehr. Aus diesem Grund kommt es zu Verkehrsbehinderungen und Rückstauungen, von denen etwa 1.000 Pendler betroffen sind.

II. Bezugspunkt: Einzelner und Allgemeinheit

- 89** In personeller Hinsicht bezieht sich die Beeinträchtigungsfrage auf den „**Einzelnen**“ und die „**Allgemeinheit**“, womit sich schon auf Tatsachenebene ein deutlicher Unterschied zur rein grundrechtlichen Prüfung ergibt (vgl. Gusy PolR Rn. 398). Der „Einzelne“ knüpft an individualisierbare Personen an. Dies wird regelmäßig der adressierte Störer sein, aber auch jede andere individualisiert und zurechenbar betroffene Person, zB ein Angehöriger (vgl. ebenso zur aF: HBH Rn. 9).
- 90** Bei konkret betroffenen Personen ergibt sich die Beeinträchtigung regelmäßig aus der **individualisierbaren Betroffenheit** in einem subjektiven Recht, einem rechtlich geschützten Interesse oder eben im vorstehenden Sinne in einer eingriffslosen Beeinträchtigung. Schwieriger ist dagegen die Bestimmung der Beeinträchtigung der Allgemeinheit, die im Rahmen der Erforderlichkeit ebenfalls zu berücksichtigen ist. Bei der Grundrechtsprüfung

tritt sie typischerweise als Abwägungsgegengut (zB Volksgesundheit) auf und nicht aber schon auf der Eingriffs-Vergleichsebene (vgl. etwa BVerfGE 39, 210 (230); BeckOK PolR Hessen/Müller-Franken HSOG § 4 Rn. 48). Allenfalls bei der Beurteilung von Alternativen kommen die Folgen für die Allgemeinheit ins Spiel und unterliegen in der Regel der Einschätzung des Gesetzgebers (BVerfGE 109, 64 (86); 116, 96 (127)).

Im Rahmen der polizeilichen Prüfung können Belästigungen, Erschwernisse und Nachteile denkbar und juristisch relevant sein. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen zu **mittelbaren Effekten** polizeilicher Tätigkeit verwiesen werden (→ Rn. 89), die zeigen, dass Maßnahmen selbst nur für sich wirken, sondern im **öffentlichen Raum** Nebeneffekte erzeugen. Diese sind regelmäßig geringfügig, zB wenn die Polizei mit Martinshorn zum Einsatz fährt und dadurch Ruhestörungen auslöst. Sie können aber auch intensiveren Ausmaßes sein, zB wenn sich durch massive polizeiliche Präsenz das kriminelle Milieu in einen bislang ruhigen Stadtteil verlagert, mit der Folge, dass dieser nun an Attraktivität verliert und dadurch eventuelle stadtplanerische Gesamtkonzepte der Kommune konterkariert werden (vgl. Liskan/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 100 ff., 107).

Damit tut sich ein weiteres, schon vom legitimen Zweck her bekanntes Problem auf. Denn Maßnahmen könnten nun mit dem Argument von Fernwirkungen für die Allgemeinheit eine Unwucht in der Erforderlichkeitsprüfung zu Lasten Einzelner erfahren. Da es aber nicht Aufgabe der Polizei ist, eigene Konzepte des Allgemeinwohls zu verfolgen (analog für den Zweck Liskan/Denninger PolR-HdB/Rachor/Graulich E Rn. 113), schreiben die Befugnisnormen eine Engführung auf die der Maßnahme zurechenbaren Folgen für den Betroffenen und die Allgemeinheit vor (→ Rn. 92.1).

Daher dürfte die „Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ an sich zu weit greifen, wohl aber können konkrete Nachahmungseffekte Gründe bilden.

III. Zielkonflikt: Einzelner vs. Allgemeinheit

Problematisch ist die Beurteilung, wenn die Belastungswirkungen, wie es regelmäßig der Fall sein wird, zwischen dem oder den Einzelnen und der Allgemeinheit nicht parallel verlaufen, sondern sie gar konträr zueinander stehen (dazu Gusy PolR Rn. 398; Knemeyer PolR SuP Rn. 292). Ein einfaches Verrechnen von kollektiven und individuellen Interessen reicht dazu nicht aus, um Abs. 1 zu genügen (→ Rn. 93.1 ff.).

Beispiel: Eine Individualverfügung (zB Aufenthaltsverbot) kann milderer Mittel gegenüber der Allgemeinverfügung sein (VGH BW NVwZ 2003, 116; PSK POR § 10 Rn. 26).

Beispiel (Gusy PolR Rn. 398): Gegenüber einer Untersagungsanordnung ist die Aufforderung, eine Genehmigung einzuholen, milderer Mittel, sofern die Allgemeinheit durch weitere Gefahren beeinträchtigt wird.

Insoweit wirkt sich auch der Ermittlungsaufwand aus. So sind die Anforderungen an Halterermittlung nicht sehr hoch, wenn es um eine Abschleppmaßnahme im Kontext eines mobilen Halteverbots geht. Die ungewissen Erfolgsaussichten und die dadurch entstehenden Verzögerungen stellen eine Belastung der Allgemeinheit dar, sodass die intensive Nachforschung nach dem Halter zwar für diesen milder wäre, nicht aber für die Allgemeinheit (vgl. VG München BeckRS 2016, 114084).

Zur Entscheidung dieses Zielkonflikts wird Unterschiedliches vorgeschlagen. Weder die Geeignetheit (PSK POR § 10 Rn. 25, Schenke PolR Rn. 335) noch die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Gusy PolR 398) sind jedoch dogmatisch geeignete Standorte für das Problem, was mildere Mittel sein können, wenn die Interessen von Betroffenen und Allgemeinheit auseinanderfallen. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine Ermessensfrage (Art. 5), die die Polizei pflichtgemäß, aber mit Spielraum zu beantworten hat und die schließlich immer noch den Test der Proportionalität bestehen muss (Ossenbühl DÖV 1976, 464; ähnlich Schmidt NJW 1975, 1753; aA Götz Rn. 333; dazu Knemeyer PolR SuP Rn. 293; vgl. ähnlich zum Ermessen bei der Erforderlichkeit OVG NRW NJW 1980, 2210 (2211); VG München BeckRS 2010, 48112). In den Grenzen der rechtlichen Überprüfbarkeit entscheidet die handelnde Polizei damit, welche Gewichtung innerhalb eines etwaigen Zielkonflikts zweckmäßig ist (BeckOK PolR Hessen/Müller-Franken HSOG § 4 Rn. 52).

IV. Alternativendiskurs

- 95 Damit die handelnde Polizei überhaupt eine Auswahl treffen kann, muss sie Alternativen haben. Das „gute“ Ergebnis entsteht dann, wenn der Beamte vor Ort aus einem Optionenpool auswählen kann; umgekehrt sind gezwungene Maßnahmen aus Gründen der Handlungsrationalität selten wünschenswert, auch wenn sie sich gelegentlich nicht vermeiden lassen. Davon geht auch das Gesetz aus, wenn es die Pflicht zum Nachsteuern (Abs. 3) und die Ersetzungsbefugnis (Art. 5 Abs. 2 S. 2) als Instrumente der Alternativenerzeugung normiert und damit sogar Handlungsmöglichkeiten schafft und angewendet wissen will, die objektiv zwar schwerer wiegen mögen, aber für den Betroffenen subjektiv erträglicher sind (Grupp VerwArch 1978, 125 (147 f.); VG Bayreuth BeckRS 2020, 43456).
- 96 Gestützt wird dies durch die im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung erforderliche, sorgfältige und vollständige Ermittlung des Sachverhalts (Art. 24 BayVwVfG). Diese muss die **Frage nach Handlungsalternativen** mit einschließen, weil darin sich als **wesentlich aufdrängende** Gesichtspunkte für die Sachentscheidung liegen (BeckOK VwGO/Decker VwGO § 114 Rn. 22; BVerwGE 102, 63 (70)). Die Frage, ob es (grundrechts-)schonendere Mittel gibt, ist „wesentlich“ in diesem Sinne. Das Konzept von Art. 4 und Art. 5 setzt also auf Schaffung von Alternativen und nicht auf Verengung; entsprechend sind die Fälle der Reduktion des Ermessens und des Untermaßverbots atypische und aus Sicht polizeilicher Handlungsrationalität nicht erstrebenswerte Fälle.
- 97 Dabei stellt das Gesetz selbst mit all seinen Maßnahmen und Befugnissen ein Alternativenbündel zur Verfügung. Dieses muss die handelnde Polizei aufgreifen, anhand der Tatsachen des konkreten Falles daraus hypothetische Wenn-Dann-Relationen bilden und der Erforderlichkeitsprüfung unterwerfen (→ Rn. 97.1).
- 97.1 Dies lässt sich am Standardbeispiel der Erforderlichkeit demonstrieren (vgl. etwa zur aF: HBH Rn. 6 f.): Polizeibeamte beobachten einen sichtlich alkoholisierten Mann, der sich anschiekt, mit seinem Kfz nach Hause zu fahren. Nun können wenigstens folgende denkbare Maßnahmen in Betracht gezogen werden: Anordnung gem. Art. 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 nicht loszufahren, Platzverweisung gem. Art. 16 PAG, Sicherstellung des Zündschlüssels gem. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1, Sicherstellung des Fahrzeugs gem. Art. 25 Abs. 1 Nr. 1 oder Gewahrsamnahme des Fahrers gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 2. Diese nicht abschließende Variantenvielfalt lässt eine echte Erforderlichkeitsdiskussion zu, die die Frage nach dem milderen Mittel zum wichtigen Prüfstein werden lässt.
- 98 Die Polizei darf ihre Handlungsoptionen deshalb nicht frühzeitig auf eine Variante verengen, sondern muss, wie das Gesetz es in abstrakt-genereller Weise vorgibt, mit den konkreten Tatsachen des Sachverhalts Alternativen bilden, sich Handlungsmöglichkeiten verschaffen und auf ihre Eignung hin vergleichen. Andernfalls liefe das abgestufte Instrumentarium des Gesetzes ins Leere. Mit anderen Worten: Sensibilität für Alternativen gehört zur gewissenhaften Sachverhaltsermittlung.
- 99 Dem steht nicht entgegen, dass der Polizeibeamte kein Hellseher zu sein braucht (zur aF: HBH Rn. 12). Gerade weil er das nicht sein kann, gehört zur **Amtsermittlung** im Rahmen der Erforderlichkeit, in alle Richtungen und inkrementell zu denken. Sich nur darauf zu beschränken, dass keine entgegenstehenden Hinweise vorliegen – sie werden von Betroffenen möglicherweise nicht vorgetragen – hinterließe das Gebot der **geringstmöglichen Beeinträchtigung** als leere Hülle und korrespondierte mit einem Ermessensdefizit (→ Art. 5 Rn. 23 ff.).
- 100 Kommt nun einmal wirklich von vorneherein nur **eine Maßnahme** in Betracht, um das Ziel der Gefahrenabwehr zu erreichen, dann stellt sich die Frage nach der Mittelauswahl natürlich nicht. Dies dürfte aber nur sehr selten der Fall sein, insbesondere ist dann der Funktion des Art. 5 Abs. 2 S. 2, der Ersetzungsbefugnis (dazu VG Bayreuth BeckRS 2020, 43456), Achtung zu schenken und darauf zu achten, dass Optionen nicht vorschnell mangels gleicher Effizienz verworfen werden, wo eine kooperative und inkrementelle Vorgehensweise hinreichend geeignet wäre (→ Rn. 102 ff.).

V. Problem: milderes Mittel hinreichender Eignung

- 101 Wenn die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit trotz guter Voraussetzungen oft unter Wert zu verkauft werden droht, so auch deshalb, weil viele weniger belastende Handlungsoptionen