Öffentliches Recht in Baden-Württemberg

Ennuschat / Ibler / Remmert

4. Auflage 2022 ISBN 978-3-406-79261-8 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.

vor, dass ihre Funktion rechtswidrig beeinträchtigt wird. Sperrt etwa ein Privater ein Grundstück, über das ein zur Benutzung durch die Allgemeinheit gewidmeter öffentlicher Weg (vgl. §§ 2 I, 5 LStrG) verläuft, beeinträchtigt er diese staatliche Einrichtung in ihrer Funktion⁸². Zu diesem dritten Teilschutzgut der öffentlichen Sicherheit zählt auch die in § 1 I PolG besonders erwähnte ("insbesondere") verfassungsmäßige Ordnung; deren Hervorhebung dort ist deshalb nur deklaratorisch. Die "verfassungsmäßige Ordnung" i.S. des § 1 I 2 PolG (nicht zu verwechseln mit der öffentlichen Ordnung i.S. des § 1 I 1 PolG!) besteht u.a. aus den in Art. 20 II, III GG und Art. 25 I, II LV genannten Verfassungsgrundsätzen (Gewaltenteilung, Verfassungsbindung des Parlaments) und der Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament (Art. 67 f. GG, Art. 54 LV). Zu beachten ist aber, dass in einem Rechtsstaat ein grundrechtskonformes Verhalten, z.B. eine durch Art. 5 I GG oder Art. 8 I GG gedeckte Kritik, nicht in polizeirechtlich relevanter Weise eine Gefahr verursachen kann (\rightarrow Rn. 265).

Vertiefungshinweise: Aufsätze zur Öffentlichen Sicherheit: Aubel, Das menschenunwürdi- 94 ge Laserdrome, Jura 2004, 255 ff.; Erbel, Öffentliche Sicherheit und Ordnung, DVBl. 2001, 1714ff.; Waechter, Die Schutzgüter des Polizeirechts, NVwZ 1997, 729ff.; Zimmermann, Der vollstreckbare Inhalt von Verwaltungsakten als (Teil-)Schutzgegenstand der öffentlichen Sicherheit im Polizei- und Ordnungsrecht?, SächsVBl. 2013, 59 ff.; vgl. auch noch die Literaturnachweise u. C.

Rechtsprechung: OVG NW, NJW 1997, 1596 – Warnung vor Radarkontrolle; BVerwGE 143, 74 ff. – Fotografieren des Einsatzes eines polizeilichen Sondereinsatzkommandos.

b) Offentliche Ordnung

Das zweite Hauptschutzgut des Polizei- und Ordnungsrechts ist die "öffentliche 95 Ordnung".

Merke: Öffentliche Ordnung ist die Gesamtheit außerrechtlicher ungeschriebener Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen für ein geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben unerlässlich ist.

Man ist sich einig, dass diese Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs "öf- 97 fentliche Ordnung" nur einen Auffangtatbestand beschreibt: Er kann nur dann eigenes Gewicht erhalten, wenn im konkreten Fall das erste Hauptschutzgut, die öffentliche Sicherheit, nicht gefährdet ist. Das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung ist also gegenüber dem der öffentlichen Sicherheit subsidiär.

Klausurhinweis: Für die Klausurbearbeitung folgt aus dem Verhältnis von öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung erstens, dass die öffentliche Sicherheit vor der öffentlichen Ordnung zu prüfen ist. Zweitens folgt daraus, dass die Prüfung der öffentlichen Ordnung äußerst kurz ausfallen sollte, falls eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit bejaht werden konnte.

Ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung kann unter Zugrundelegung der o.g. 99 Definition und der Subsidiarität dieses Schutzguts nur selten bejaht werden. In Betracht kommen unzumutbare Belästigungen in der Öffentlichkeit, soweit

96

98

⁸² VGH BW, VBIBW 2005, 478.

diese von der Definition der öffentlichen Sicherheit nicht oder nicht eindeutig erfasst werden⁸³. Beispiele sind öffentlicher exzessiver Alkoholgenuss oder aggressives Betteln – während das "stille" Betteln gewöhnlich geduldet wird⁸⁴. Ein Selbstmordversuch in der Öffentlichkeit kann, wenn er kein subjektives Recht Dritter beeinträchtigt, einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung darstellen (vgl. auch oben \rightarrow Rn. 92). Wohl kein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung, weil heute gesellschaftlich akzeptiert, liegt in simulierten Kampfspielen wie Lasertag und Paintball⁸⁵. In keinem Fall kann ein grundrechtskonformes Verhalten einer Person die öffentliche Ordnung verletzen. Schwierig einzuordnen ist das Zeigen der Flagge der kaiserlichen Reichswehr (Reichskriegsflagge). Es verstößt nicht gegen das StGB,86 ist also insoweit keine Verletzung der öffentlichen Sicherheit. Ein "Mustererlass zum Umgang mit dem öffentlichen Zeigen von Reichs(-kriegs)flaggen" der Innenminister der Länder nennt Voraussetzungen, unter denen das Zeigen dieser Flagge gegen die öffentliche Ordnung verstoßen soll. Dieser "Mustererlass" ist aber keine Rechtsvorschrift. Ein Verstoß gegen ihn kann also ebenfalls nicht die öffentliche Sicherheit verletzen. Erst recht nicht kann der Mustererlass selbst Ermächtigungsgrundlage für ein polizeiliches Einschreiten sein. Er könnte jedoch die herrschende Anschauung für ein geordnetes staatsbürgerliches Zusammenleben abbilden. Bejaht man dies, könnte man mit Hilfe dieses Musterlasses einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung begründen.

Beim Begriff der öffentlichen Ordnung ist (anders als bei dem der öffentlichen Sicherheit \rightarrow Rn. 84f.) **streitig, ob** er **mit** dem rechtsstaatlichen **Bestimmtheitsgebot des Art. 20 III GG vereinbar** ist oder dieses Gebot verletzt und verfassungswidrig ist. Es kommt darauf an, ob der Begriffsinhalt durch Gesetzesauslegung klar genug bestimmt werden kann. Seit Jahrzehnten wenden Gerichte diesen Begriff an und haben dabei die in \rightarrow Rn. 96 genannte Definition gefunden. Sie beschränkt den Anwendungsbereich dieses zweiten Hauptschutzguts streng ("unerlässlich") und ermöglicht es, in jedem Einzelfall zu erkennen, ob die öffentliche Ordnung betroffen ist. Einer etwa verbleibenden Unsicherheit kann verfassungskonform dadurch begegnet werden, dass im Zweifel der Begriff nicht einschlägig ist. Dies **genügt** dem rechtsstaatlichen **Bestimmtheitsgebot.**

Klausurhinweis: Für die Fallbearbeitung bedeutet dies, dass Sie in Ihrem Gutachten kurz den Begriff der öffentlichen Ordnung für verfassungsmäßig erklären, weil er jahrzehntelang von der Rechtsprechung angewandt wurde und dadurch ausreichende Bestimmtheit erlangt hat. Dann prüfen Sie seine Voraussetzungen. Auch wenn Sie den Begriff (vertretbar) für verfassungswidrig halten, müssen Sie – nunmehr hilfsgutachterlich – erörtern, ob seine Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Definition der öffentlichen Ordnung (→ Rn. 95) ist auch so klar, dass im Streitfall jeder Verwaltungsrichter beurteilen kann, ob die Polizei dieses polizeiliche Schutzgut als betroffen ansehen durfte. Deshalb ist auch für die öffentliche Ordnung anerkannt, dass der **Polizei** bei Auslegung und Anwendung dieses unbe-

⁸³ Götz/Geis, Allg. POR, § 5 Rn. 16, 28.

⁸⁴ VGH BW, NVwZ 2003, 115, 116.

⁸⁵ VG Weimar, ThürVBl. 2017, 21 m.w.N.; ausdrücklich offen lassend VGH BW, VBlBW 2004, 378; a. A. aber BVerwGE 115, 189; BVerwG, GewArch 2007, 247.

⁸⁶ VGH BW, NJW 2006, 635.

stimmten Gesetzesbegriffs kein Beurteilungsspielraum zukommt. In einem etwaigen Gerichtsprozess kontrolliert das Verwaltungsgericht umfassend, ob die öffentliche Ordnung betroffen war.

Klausurhinweis: In einer Klausur oder Hausarbeit müssen Sie selber prüfen und entscheiden, ob die Voraussetzungen der Definition der öffentlichen Ordnung (> Rn. 95) erfüllt sind. Sie dürfen also nicht eine entsprechende Ansicht der Polizeibehörde unbesehen übernehmen.

Vertiefungshinweise: Aufsätze zur Öffentlichen Ordnung: Beaucamp/Kroll, "Laserdrome" als 104 Gefahr für die öffentliche Ordnung, Jura 1996, 13 ff.; Fechner, "Öffentliche Ordnung" – Renaissance eines Begriffs, JuS 2003, 734ff.; Finger, Sicherheit, Sauberkeit und Ordnung im urbanen Raum - Zur Renaissance der "öffentlichen Ordnung" im Kampf gegen aggressive Bettelei, öffentliche Trinkgelage und ähnliche Nutzungsformen des innerstädtischen Raums, Die Verwaltung 40 (2007), 105 ff.; Götz, Die öffentliche Ordnung im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, in: FS Stober, 2008, S. 195 ff.; Hebeler, Das polizeiliche Schutzgut der öffentlichen Ordnung, JA 2002, 521 ff.

Rechtsprechung: VGH BW, VBIBW 1999, 101 ff. = NuR 1999, 221 ff. - Alkoholkonsum keine Gefahr für die öffentliche Ordnung; VGH BW, NVwZ 1999, 560 ff. – Verbot des Bettelns.

c) Gefahr

aa) Begriffsbestimmung

Merke: Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führen würde.

Diese Definition der Gefahr genügt dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsge- 106 bot des Art. 20 III GG, weil über ihre Einzelheiten durch Auslegung (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck, Geschichte, Verfassungskonformität) Klarheit geschaffen worden ist: Das Erfordernis einer bestimmten Sachlage verlangt, dass die Annahme einer Gefahr auf Tatsachen gestützt sein muss (→ Rn. 112). Die Tatsachen dienen als Grundlage für die Prognose (→ Rn. 113), dass ein Schaden an einem polizeilichen Schutzgut (an der öffentlichen Sicherheit oder an der öffentlichen Ordnung) eintritt. Für diese Gefahrenprognose wird ein Wahrscheinlichkeitsmaßstab - die "hinreichende Wahrscheinlichkeit" - benannt (→ Rn. 114 ff.). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber für besondere Fälle den Gefahrenbegriff durch Adjektive oder Zusätze präzisiert und enger bestimmt, z. B. § 36 I 1 PolG: dringende Gefahr, § 36 I 2 PolG: gemeine Gefahr, Lebensgefahr, schwere Gesundheitsgefahr, § 49 I 1 Nr. 1 PolG: Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person. Ferner ergibt die systematische Auslegung der §§ 3,1 und 17 I PolG, dass für den Erlass einer Polizeiverfügung nach §§ 3,1 PolG eine "konkrete" Gefahr Voraussetzung ist (→ Rn. 125, 127, 254 ff.), während für eine Polizeiverordnung nach § 17 I PolG eine "abstrakte" Gefahr genügt (→ Rn. 125 f., 474 ff.).

Schaden im Sinne dieser Begriffsbestimmung ist die Störung oder Schädigung 107 eines polizeilichen Schutzguts, d. h. dessen mehr als geringfügige Beeinträchtigung. Das polizeiliche Schutzgut muss in seinem rechtlich geschützten Bestand beeinträchtigt sein. Den nötigen Grad der Beeinträchtigung erreichen weder

103

105

eine sog. bloße Belästigung (→ Rn. 147) noch ein bloßer Nachteil, eine bloße Unbequemlichkeit oder eine bloße Geschmacklosigkeit⁸⁷; so einzuordnen ist auch ein Damenboxkampf "oben ohne".

Nur unter einer besonderen Voraussetzung stört schon eine Belästigung die öffentlichen Sicherheit: wenn ein spezielles Gesetz eine näher bestimmte "Belästigung" ausdrücklich untersagt. Dann ist durch einen Verstoß gegen dieses Gesetz die öffentliche Sicherheit verletzt. Beispielsweise verlangt § 1 StVO, dass sich jeder im Straßenverkehr so verhält, dass andere nicht mehr als nach den Umständen unvermeidbar belästigt werden. Vgl. ferner z.B. §§ 3 I, 5 I Nr. 1 BImSchG oder § 118 OWiG.

bb) Gefahrenprognose

Die Entscheidung der Polizei, zur Gefahrenabwehr tätig zu werden, setzt eine Gefahrenprognose voraus: Das Ergebnis eines in die Zukunft führenden Geschehensablaufs (die "Gefahr") ist im Vorhinein zu beurteilen. Wie jede **Prognose** ist auch die Voraussage, aus einer Sachlage entstehe hinreichend wahrscheinlich ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahrenprognose), regelmäßig mit Unsicherheiten der künftigen Entwicklung behaftet.

Manchmal fällt es leicht, eine Gefahr anzunehmen, nämlich dann, wenn der Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schon eingetreten ist und noch andauert. Dann bedarf es keiner besonderen Voraussage mehr, weil das polizeiliche Schutzgut schon verletzt ist. Die eingetretene und fortdauernde Störung ist gewissermaßen die intensivste Form der Gefahr. Dass bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit vorliegt, ist vergleichsweise häufig, etwa wenn das Verhalten einer Person oder der Zustand einer Sache gegen ein Ge- oder Verbot einer Norm (Gesetz, Verordnung oder Satzung) verstößt.

Liegt noch keine Störung vor, muss das Polizeirecht die mit der Gefahrenprognose verknüpften Unsicherheiten künftigen Geschehens meistern. Dazu sind unterschiedliche Interessen zu wahren: Die Polizei muss effektiv künftige Schäden der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung verhindern und darf doch Rechte der Bürger nur einschränken, wenn ein Schaden für ein polizeiliches Schutzgut hinreichend wahrscheinlich ist. Die Gefahrenprognose ist nur rechtmäßig, wenn die Tatsachengrundlage zuverlässig (→ Rn. 112) und die Wertung nachvollziehbar und zu billigen ist (→ Rn. 113).

(1) Zuverlässige Tatsachenbasis

Die Gefahrenprognose muss auf **Tatsachen** fußen; Vermutungen genügen nicht, erst recht nicht Unterstellungen (zum sog. Gefahrenverdacht → Rn. 132ff.). Der Sachverhalt ist gründlich von Amts wegen zu ermitteln (vgl. §§ 24, 26, 28 LVwVfG). Also ist die Prognose auf Grundlage aller **Erkenntnismöglichkeiten** zu treffen, die **im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung** zur Verfügung stehen. Bas sind die der Polizei bekannten Tatsachen und solche, die ihr bei ordnungsgemäßer Sachaufklärung bekannt sein müssten. Auch fachliche Erkenntnisse, die allgemeine Lebenserfahrung und die Denkgesetze sind zu nutzen.

⁸⁷ Vgl. z. B. BVerwG, DVBl. 1969, 586; VGH BW, NVwZ 2003, 115, 116.

⁸⁸ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 223.

(2) Nachvollziehbares Wahrscheinlichkeitsurteil

Jede Gefahrenprognose trifft – abwägend und zukunftsgerichtet wertend – ein 113 Wahrscheinlichkeitsurteil. Wegen der Vielfalt der Fakten und Vorgänge, die künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigen können und die im Voraus oft nicht zu erkennen sind, kann der Gesetzgeber das Ergebnis dieser Wertung nicht selbst für jeden Fall vorzeichnen. Im Rechtsstaat muss das Gesetz aber die Wertungsmaßstäbe für die Gefahrenabwehr und für den Rechtsschutz des von einer Gefahrenabwehrmaßnahme belasteten Bürgers so klar und verlässlich wie möglich vorgeben. Dies ist gelungen, weil der Gesetzesbegriff der Gefahr so auszulegen ist, dass ein Schaden für ein polizeiliches Schutzgut "hinreichend wahrscheinlich" sein muss und weil es Regeln und Differenzierungen (z.B. zwischen verschiedenen Gefahrenarten \rightarrow Rn. 121 ff.) gibt, die diese Wertung lenken.

cc) Wahrscheinlichkeitsgrad der "hinreichenden" Wahrscheinlichkeit

Der Wahrscheinlichkeitsgrad "hinreichend wahrscheinlich" hängt von 114 verschiedenen Größen und Regeln ab. Anerkanntermaßen verlangt "hinreichende Wahrscheinlichkeit" keine Gewissheit des Schadenseintritts. Das Maß der Wahrscheinlichkeit ("hinreichend") wird mitbestimmt von messbaren Größen: Vom Wert des bedrohten (und zu schützenden) Rechtsguts und von der Höhe des drohenden Schadens. Zum Wert eines Rechtsguts trägt bei, wie stark die Rechtsordnung es schützt: Durch einfaches Recht? Mit Verfassungsrang? Die Verfassung schützt wiederum Menschenwürde, Leben, Gesundheit, Eigentum und allgemeine Handlungsfreiheit verschieden stark. Auch das einfache Recht schützt unterschiedlich stark, etwa durch Straf-, Ordnungswidrigkeiten- oder Zivilrecht. Eingebürgert hat sich überdies eine Je-desto-Formel: Je höher der Wert des schutzbedürftigen Rechtsguts ist und je größer ein drohender Schaden, desto eher darf die Polizei einen Schaden für hinreichend wahrscheinlich halten. Je niedriger der Wert eines Rechtsguts und je kleiner der drohende Schaden, desto höher sind die Anforderungen an die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.

Grundsätzlich nicht "hinreichend" wahrscheinlich ist die bloße Möglich- 115 keit eines Schadens, insbesondere nicht eine nur hypothetische Annahme oder gar Spekulation. Auch eine latente Möglichkeit, bei der (erst) durch Hinzutreten neuer Umstände ein Schaden wahrscheinlich wird ("latente Gefahr" → Rn. 145 f.) ist keine Gefahr im Sinne der Generalklausel. Ebenfalls noch keine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts i.S. des polizeilichen Gefahrbegriffs besteht bei einem sog. **Risiko** (\rightarrow Rn. 148, 162).

Ebenfalls nicht "hinreichend" wahrscheinlich ist ein Schaden für ein poli- 116 zeiliches Schutzgut, wenn zwar der handelnde Polizeibeamte ("subjektiv") einen Schadenseintritt für hinreichend wahrscheinlich hält, ohne dass jedoch ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte diese Annahme objektiv rechtfertigen. Eine solche sog. **Scheingefahr** (→ Rn. 144) bzw. **Putativgefahr** bzw. vermeintliche Gefahr ist keine Gefahr im Sinne des Polizeirechts; darauf gestützte Gefahrenabwehrmaßnahmen der Polizei sind rechtswidrig⁸⁹.

Die hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Gefahr fehlt auch beim sog. 117 **Gefahrenverdacht** (\rightarrow Rn. 132 ff.).

⁸⁹ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 225.

118 Eine "hinreichende" Wahrscheinlichkeit besteht demgegenüber bei der sog. Anscheinsgefahr (zum Begriff \rightarrow Rn.131, zu den Kosten \rightarrow Rn. 493, zur Entschädigung \rightarrow Rn. 517).

dd) Kein Beurteilungsspielraum der Polizei

Der Prognosebegriff der Gefahr ist durch seine o.g. Definition (→ Rn. 105) und durch die Vorgaben für die zu treffende Wertung gut präzisiert, und es wird zu Recht mehrheitlich anerkannt, dass der **Polizei** bei Auslegung und Anwendung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffs **kein Beurteilungsspielraum** zukommt⁹⁰. Dies gilt für alle Gefahrenarten (→ Rn. 130), also z.B. für die abstrakte wie für die konkrete Gefahr⁹¹. In einem etwaigen Gerichtsprozess **kontrolliert** deshalb das **Verwaltungsgericht umfassend**, ob die Polizei im Zeitpunkt ihres Einschreitens eine Gefahr bejahen durfte.

Klausurhinweis: Für die Fallbearbeitung bedeutet dies: Sie selbst müssen prüfen und entscheiden, ob eine Gefahr (für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung) vorlag. Sie dürfen also nicht eine entsprechende Ansicht der Polizeibehörde unbesehen übernehmen.

ee) Gefahrenarten

Das Polizeirecht unterscheidet verschiedene Gefahrenarten (→ Rn. 122 ff.). Die Unterscheidung trägt dazu bei, dass der Gefahrenbegriff rechtsstaatlich bestimmt genug ist (→ Rn. 106). Zugleich dient die Unterscheidung bestimmter Gefahrenarten der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Polizeirecht, denn zu besonders intensiven Grundrechtseingriffen wird die Polizei nur bei schwerwiegenderen Gefahren ermächtigt. Die Differenzierung verschiedener Gefahrenarten erleichtert es auch, eine Gefahr von einer Noch-nicht-Gefahr, z.B. von einer bloßen Belästigung (→ Rn. 147), von einer sog. Scheingefahr (→ Rn. 144) oder von einer noch nicht hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts (→ Rn. 114 ff.) abzugrenzen. Einige Gefahrenarten sind im Polizeigesetz als Tatbestandsmerkmal einer Eingriffsermächtigung ausdrücklich genannt, andere zählen als Ergebnis jahrzehntelanger Entwicklung und Anerkennung in Rechtsprechung und Literatur zur Dogmatik des Polizeirechts.

(1) Im PolG genannte Gefahrenarten

Manche spezielle polizeiliche Ermächtigungsgrundlage (z.B. zu sog. Einzel- bzw. Standardmaßnahmen oder zu Eingriffen durch Datenerhebung) gilt nur für eine bestimmte Gefahrenart. Die Gefahren-Klassifizierung trägt dazu bei, dass ein intensiver Grundrechtseingriff rechtsstaatlich, insbesondere verhältnismäßig, sein kann (→ Rn. 320). So darf ein Wohnungsverweis nach § 30 III 1 PolG nur zum Schutz "vor einer unmittelbar bevorstehenden erheblichen Gefahr" ausgesprochen werden. Für ein Rückkehrverbot und ein Annäherungsverbot muss diese "erhebliche Gefahr" fortbestehen, § 30 III 2 PolG. § 44 I 1, 2 Nr. 2 PolG ermöglicht dem Polizeivollzugsdienst bestimmte Bild- und Tonaufzeichnungen bei Veranstaltungen und Ansammlungen, wenn nach deren Art und Größe erfahrungsgemäß

 $^{^{90}}$ Unzutreffend und ohne Begründung anderer Ansicht VG Karlsruhe, Urt. v. 28.6.2010 – 3 K 2356/09 – juris Rn. 26 und 3 K 2444/09 – juris Rn. 24.

⁹¹VGH BW, BWGZ 2013, 77, 78 – Konstanzer Glasflaschenverbot.

"erhebliche Gefahren" für die öffentliche Sicherheit entstehen können. Die Ingewahrsamnahme einer Person nach § 33 I PolG setzt eine "bereits eingetretene erhebliche Störung" (Nr. 1, 2. Alt.) oder eine "unmittelbar bevorstehende erhebliche Störung" (Nr. 1, 1. Alt.) voraus. Das Betreten einer Wohnung durch die Polizei erfordert nach § 36 I 1 PolG "dringende Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung"; für ein Betreten während der Nachtzeit bedarf es nach § 36 I 2 PolG sogar "einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr oder schweren Gesundheitsgefahr für einzelne Personen". Nach § 36 III PolG kann die Polizei bei einer Entführung Wohnungen durchsuchen, um eine Lebensgefahr oder Gesundheitsgefahr abzuwehren. Nach § 49 I, II PolG kann der Polizeivollzugsdienst durch verdeckt eingesetzte technische Mittel Daten erheben u.a. zur Abwehr einer "Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes …". In oder aus Wohnungen heraus darf dies nach § 50 I 1 PolG aber nur zur Abwehr einer dringenden Gefahr für diese Rechtsgüter erfolgen.

Das Einschreiten der Polizei gegen sog. Nichtstörer (§§ 3, 1, 9 PolG) setzt nicht 123 nur eine konkrete Gefahr voraus, sondern eine "unmittelbar bevorstehende Störung". Diese Gefahrenart (Polizeigesetze anderer Bundesländer sprechen gleichbedeutend von "gegenwärtiger Gefahr") stellt strenge Anforderungen an die zeitliche Nähe und an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, denn in diesen Fällen wird in Rechte unbeteiligter Dritter eingegriffen. Sie liegt nur vor, wenn die Störung nach allgemeiner Erfahrung sofort oder in allernächster Zeit bevorsteht und als gewiss anzusehen ist, falls nicht eingeschritten wird⁹².

Bei bestimmten intensiven Grundrechtseingriffen ergänzt oder verschiebt das PolG zur effektiveren Gefahrenabwehr die behördliche Zuständigkeit, sofern eine **Gefahr im Verzug** vorliegt (vgl. §§ 50 V, 36 V1 PolG). Generell schafft § 2 I PolG eine Eilzuständigkeit der Polizei bei **Gefahr im Verzug**, beschränkt die Polizei dann aber auf vorläufige Maßnahmen.

(2) In der Dogmatik des Allgemeinen Polizeirechts entwickelte Gefahrenarten

(a) Abstrakte Gefahr und konkrete Gefahr

Zu den dogmatischen Grundsätzen des Polizeirechts zählt die Unterscheidung von "konkreter Gefahr" und "abstrakter Gefahr". Früher sprach man sinngleich auch von dem Begriffspaar "aktueller" und "potentieller" Gefahr⁹³. Das PolG nennt keinen dieser Begriffe ausdrücklich; seine §§ 17 und 3 zeigen aber, dass es die Unterscheidung von abstrakter und konkreter Gefahr zugrunde legt. Deshalb prägen beide Gefahrenarten die Systematik des Polizeigesetzes und des Allgemeinen Polizeirechts mit, und sie sind wichtig für die Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns. Der Begriff der abstrakten Gefahr hat nur eine, aber eine mehrschichtige Aufgabe⁹⁴: Er soll Beweggrund, Anknüpfungspunkt und Rechtmäßigkeitsvoraussetzung von Gefahrenabwehrverordnungen sein, dadurch die Einsatzfelder von Polizeiverordnung und Polizeiverfügung möglichst eindeutig voneinander trennen und

⁹² VGH BW, VBIBW 2013, 178, 180.

⁹³ Z. B. Drews, Preußisches Polizeirecht, 3. Aufl. 1931, S. 11.

⁹⁴ Vgl. Götz/Geis, Allg.POR, § 6 Rn. 22.

so die rechtsstaatliche Bestimmtheit des Polizeirechts und den Rechtsschutz verbessern.

- 126 Abstrakt ist die Gefahr, die "in gedachten, typischen Fällen, d.h. aus bestimmten Arten von Handlungen oder Zuständen, (in abstracto) zu entstehen pflegt"95. Eine abstrakte Gefahr darf die Polizei nur durch Rechtsverordnung (§ 17 PolG) bekämpfen (→ Rn. 474 f.). Eine solche Polizeiverordnung stellt in einem abstrakt normierten Tatbestand im Voraus Ge- und Verbote auf, und zwar für eine unbestimmte Vielzahl künftiger Einzelfälle, die typischerweise hinreichend wahrscheinlich zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führen und dadurch (schon z. Zt. des Verordnungserlasses) eine abstrakte Gefahr bilden. In diesem Sinne abstrakt gefährlich sind z.B. fahrkorblose Aufzüge⁹⁶ oder das Füttern von verwilderten Haustauben, die Krankheiten auf den Menschen übertragen können⁹⁷. Nach Ansicht des VGH BW rechtfertigt der Konsum alkoholischer Getränke noch nicht die Annahme einer abstrakten Gefahr. 98 Deshalb hat der badenwürttembergische Gesetzgeber, um übermäßigen Alkoholkonsum in der Offentlichkeit angemessen bekämpfen zu können, im Jahr 2017 mit § 18 PolG (damals § 10a PolG) eine gegenüber dem § 17 PolG spezielle Verordnungsermächtigung zum Erlass örtlicher Alkoholkonsumverbote geschaffen (→ Rn. 477).
- Dagegen bekämpft eine Polizeiverfügung eine konkrete Gefahr. 99 Konkret ist die Gefahr, die in dem betreffenden Einzelfall tatsächlich (in concreto) besteht, und zwar in dem Zeitpunkt, in dem die Polizei ihre Verfügung dem Adressaten bekannt gibt. Eine konkrete Gefahr liegt z.B. vor, wenn der Aufzug im Mensagebäude der Universität Konstanz im Zeitpunkt des Erlasses der polizeilichen Stilllegungsverfügung keinen Fahrkorb hat oder wenn der Polizist P einer alten Dame, die gegen das im Stadtgebiet geltende Taubenfütterungsverbot verstößt, das weitere Füttern untersagt.
- Wie jede andere Polizeiverfügung darf auch ein Dauerverwaltungsakt nur zur Regelung (Bekämpfung) einer konkreten Gefahr erlassen werden, z.B. wenn im Zeitpunkt des Erlasses hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Adressat dauerhaft gegen das Verbot einer Polizeiverordnung verstoßen wird¹⁰⁰.
- Auch eine Allgemeinverfügung (vgl. § 35 S. 2 LVwVfG, → Rn. 182) darf nur zur Regelung einer konkreten Gefahr erlassen werden¹⁰¹.
- Kein Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Gefahr besteht bei den Anforderungen der Prognose für einen Schaden an einem polizeilichen Schutzgut¹¹²². Bei beiden Gefahrenarten muss ein Schaden "hinreichend wahrscheinlich" (→ Rn. 114ff.) sein. Um diese Wahrscheinlichkeit zu bestimmen, steht der Polizei weder bei der konkreten noch bei der abstrakten Gefahr eine Einschätzungsprärogative zu¹¹³ (→ Rn. 119 f.). Hier wie dort gilt die Je-desto-Formel (→ Rn. 114).¹¹⁴

 $^{^{95} \}rm VGH$ BW, ESVGH 21, 216, 218; BVerwG, NJW 1970, 1890, 1892.

⁹⁶ Vgl. BVerwG, DVBl. 1973, 857, 858 f.

⁹⁷Vgl.VGH BW, NVwZ-RR 2006, 398, 398; VGH BW, NVwZ-RR 1992, 19, 20.

⁹⁸ VGH BW, NVwZ-RR 2010, 55, 56 f.; anders Nds. OVG, NdsVBl. 2013, 68.

⁹⁹ BVerwGE 12, 87, 90.

¹⁰⁰VGH BW, NVwZ-RR 2006, 398, 398 ff.

¹⁰¹VGH BW, NVwZ 2003, 115, 115.

¹⁰²Vgl. BVerwGE 116, 347, 351.

¹⁰³ VGH BW, BWGZ 2013, 77, 78 – Konstanzer Glasflaschenverbot.

¹⁰⁴VGH BW, BWGZ 2013, 77, 78; VGH BW, VBlBW 2008, 134, 135.