

Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern

Möstl / Schwabenbauer

2. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-81844-8
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.

ebenenordnung, von einem allgemeinen Grundsatz auszugehen. Nicht zuletzt die Subjektivierung und Konstitutionalisierung des einfachen Rechts, insbesondere des Polizei- und Sicherheitsrechts (Mösl Sicherheitsgewährleistung Vor Rn. 24), durch die Grundrechte fordern eine **übergreifend anschlussfähige Methodik** ein. Die Frage ist lediglich, wie intensiv man sich für die konkrete Anwendung des Polizeirechts davon anleiten lässt.

Von **gleichbleibendem Wert** für das Polizeirecht ist daher trotz der genannten Kritik 9 sicher die Leistung der absichtenden Relationierung und Rationalisierung. Sie hat sich als kluges Instrument der methodischen und materiellen Konditionierung polizeilicher Gefahrenabwehr im Einzelfall erwiesen. Dies gilt heute, wie zu Zeiten des PrOVG im 19. Jahrhundert, weil sie als Methode unmittelbar den Polizisten bei der Ausübung zweckmäßiger Handlungsopportunität anspricht. Dies unterscheidet die Verhältnismäßigkeit des Art. 4 in vielem von den Problemtypologien, die das BVerfG, den EuGH und auch den EGMR beschäftigen.

Der erwähnten Kritik lässt sich im Polizeirecht am ehesten dadurch begegnen, wenn man 10 im Auge behält, dass der Grundsatz neben seinem materiellen Gehalt eben **auch Methode** ist (Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, S. 637; Koch, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe, 1996, 9 (10)) und als solche muss sie auf die **sachbereichsspezifischen Anwendungsbedingungen** achten, die in den kanonisierten Prüfungsstufen nicht immer zum Ausdruck kommen (Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 192 ff.; Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts/Lepsius, 2015, S. 1 ff. (16 ff., 39 f.)).

Konkret heißt das, dass wir es beim Polizeirecht einerseits mit einer geradezu luxuriösen 11 **Tatsachendichte** zu tun haben, die die Geeignetheit und Erforderlichkeit besonders herausstellen, während andererseits die **normativen Elemente** des Grundsatzes, nämlich der legitime Zweck und die Angemessenheitsprüfung weitgehend vom Gesetzgeber abstrakt-generell vorstrukturiert wurden. Der polizeiliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheidet sich daher (und anders als häufig bei der abstrakten Normenkontrolle) weitgehend auf der Tatsachenebene (vor allem Erforderlichkeit) und nicht als Abwägungsfrage (Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 44; ähnl. Gusy/Eichenhofer PolR Rn. 399) (→ Rn. 11.1).

Umgekehrt verleitet die einhellige Zubilligung des Verfassungsrangs – dessen Hauptfunktion wohl 11.1 in der Herstellung der bundesrechtlichen Revisibilität liegt (vgl. BVerfG NJW 1999, 231) – des Grundsatzes dazu, die unterschiedlichen sachbereichsspezifischen und institutionellen Anwendungsbedingungen zugunsten eines materialisierten Verständnisses zu vernachlässigen (vgl. dazu Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 192 ff.; Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts/Lepsius, 2015, S. 1 ff. (39 f.)).

IV. Insbesondere: Drohende Gefahr

In der aktuellen Entwicklung des Bayerischen Polizeirechts ist von besonderem Interesse, 12 welchen Beitrag die Verhältnismäßigkeit im Blick auf die Anwendung derjenigen Polizeibefugnisse leisten kann, die auf die sog. drohende Gefahr gestützt werden. Der Begriff ist Folge einer unnötig verengenden Definition der konkreten Gefahr in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG und der sich wiederum anschließenden Öffnung in Form der „drohenden“ Gefahr (vgl. BVerfGE 141, 220). Die Verfassungsmäßigkeit der Umsetzung in Gestalt der früheren Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 aF und des jetzigen Art. 11a sowie verschiedener weiterer Normen im Katalog der Standardmaßnahmen steht in Streit und soll hier nicht weiter dargestellt werden (vgl. insoweit die Einzelkommentierungen; vgl. ferner Möstl GSZ 2021, 89 ff.; Möstl BayVBl. 2018, 156 ff.; Löffelmann BayVBl. 2018, 145 ff.; Leisner-Egensberger DÖV 2018, 677 ff.; Waechter NVwZ 2018, 458 ff.; Schenke JuS 2018, 505 ff.).

Von der verfassungsrechtlichen Frage abgesehen, erweist sich die Innovation jedoch als 13 guter Prüfstein der Leistungsfähigkeit und der Grenzen der Verhältnismäßigkeitskontrolle in der konkret-individuellen Anwendung, wie sie Art. 4 im Auge hat. Zunächst gilt auch hier, dass mit zunehmender Vorverlagerung polizeilicher Aktivität nicht nur die Gefahrenprognose, sondern auch die Aussagekraft der Zweck-Mittel-Rationalität schwächer werden muss. Viele Handlungen und Auffälligkeiten im Vorfeld sind ambivalent, das Risiko der Fehlprognose folglich hoch, mithin unterfällt ein Eingriff leichter der Unverhältnismäßigkeit (vgl. etwa BVerfGE 113, 348 (384) – vorbeugende TKÜ). Wurde aber zuvor schon die Gefahr –

welchen Grades auch immer – im Blick auf die Rechtsgüter und mithilfe der je-desto-Formel bejaht, dann verlagert sich andererseits das Schwergewicht der Diskussion vollends hin zur Abwägung. Die genannte Ambivalenz im Vorfeld droht nun durch Abwägung an Hand des Gewichts der bedrohten Rechtsgüter überwunden zu werden. Und damit würde die rationalisierende Funktion der Verhältnismäßigkeit letztlich unterlaufen. Darin liegt ein traditionelles Problem der Verhältnismäßigkeitsprüfung, das nicht erst mit der drohenden Gefahr aufgetreten ist, sondern im überkommenen Gefahrenbegriff zwischen Gefahrenverdacht und konkreter Gefahr immer zu bedenken war.

- 14 Insoweit bietet die Norm des Art. 11a – neben all ihren Angriffspunkten – gegenüber dem einheitlichen überkommenen Gefahrenbegriff einen Gewinn. Ihre Struktur (gerade auch im Verhältnis zur Vorgängernorm) enthält eine ausgesprochen tatsachenorientierte Absichtung und einen geschärften Rechtsgüterkatalog als Bezugspunkt der Relationierung (Mösl GSZ 2021, 89 (91)). Wo und wenn das Polizeirecht in der Vergangenheit im Gewande der je-desto-Formel sehr wertungslastig geworden ist, trifft eine Abstufung von drohender und konkreter Gefahr auf deutlich bessere, weil tatsachenorientierte Ansatzpunkte, um den traditionell schwierigen Umgang mit dem Übergang von Gefahrenverdacht und konkreter Gefahr auch aus der Sicht des Art. 4 zu bewältigen (vgl. zum fließenden Übergang Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 131 ff.). Darin liegt ein Freiheitsgewinn, denn der Betroffene kann sich vor einem klar relationierenden Rechtsgüterkatalog leichter wehren als in einem rein wertenden Diskurs zwischen Gefahr und Angemessenheit. Würde man dann noch – wie hier vorgeschlagen (→ Rn. 107 ff.) – bei der tatsachenbezogenen Stufe der Erforderlichkeit weniger von „gleicher Effektivität“ (die bei milderer Maßnahmen praktisch nie vorhanden ist) sprechen als von „hinreichender Effektivität“, so könnte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Blick auf die drohende Gefahr einen akzeptablen Ertrag liefern.

B. Funktion im Polizeirecht

I. Grundrechtsschutz

- 15 Ungeachtet weiterer Ableitungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 19 Abs. 2 GG und anderem mehr zieht der Grundsatz seinen Zweck ganz wesentlich aus den Grundrechten und erfüllt seine Hauptfunktion als **Schranken-Schranke** bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen. Im Polizeirecht, dem klassischen Eingriffsverwaltungsrecht, wird diese Methode von Art. 4 explizit angeordnet. Der polizeiliche Träger hoheitlicher Gewalt, der formell korrekt und auf der Basis eines Gesetzes in Grundrechte eingreift, wird so noch einmal mit einer materiellen Schranke konfrontiert, die die Maßnahme einer **Übermaßkontrolle** unterwirft. Mit der älteren Herleitung aus dem Willkürverbot kann man darin auch einen Maßstab der „Vernünftigkeit“ sehen, der den Grundrechten reflexartig Raum lässt, weil der Eingriff sachlich notwendig sein muss (→ Rn. 15.1 ff.).
- 15.1 **Beispiel** (VGH München BeckRS 2014, 50156): Das Verbot der Pferdehaltung greift in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wirkt als Schranken-Schranke.
- 15.2 **Beispiel** (VG Würzburg BeckRS 2001, 28037): Die ausnahmsweise Duldung der Haltung eines Hundes in einem besonders gelagerten Fall und trotz unterlassener Anzeige bei der Behörde war vor dem Hintergrund des hohen Alters des Tieres und der Gewöhnung an den Halter aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten.
- 15.3 Vergleiche dazu ausführlich Merten/Papier Grundrechte-HdB III/Merten § 68 Rn. 24 ff.; KMJ LStVG Art. 8 S. 2.
- 15.4 Neben Grundrechten sind natürlich auch einfache subjektive Rechte oder rechtlich geschützte Interessen von Relevanz, werden aber regelmäßig (wenigstens) von Art. 2 Abs. 1 GG mit umfasst.
- 16 Ungeachtet der Frage, ob es vor dem Hintergrund der Gemeinschaftsbezogenheit des Menschen (früh in BVerfGE 4, 7 (15) – Investitionshilfe (1954)) eine grundsätzliche Vermutung für die Freiheit gibt, kann man jedenfalls den Effekt, den die Anwendung des Grundsatzes erzielt, so beschreiben, dass er ein, diese Vermutung stützendes, **Regel-Ausnahme-Verhältnis** zugunsten der Freiheitsausübung bewirkt (Merten/Papier Grundrechte-HdB III/Merten § 68 Rn. 38) (→ Rn. 16.1).

Insoweit heißt es etwa im Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1 (44) – Volkszählung (1983)) treffend, 16.1
 der „mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz folgt bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“.

Dieser Effekt wird verstärkt und materiell sowie institutionell gesichert durch die umfassende 17
Subjektivierung (BVerfGE 6, 32 – Elfes) und **Konstitutionalisierung** (BVerfGE 7, 198 – Lüth) des einfachen Rechts. Insoweit ist es konsequent, wenn auch die zugehörige Grundrechtsmethodik und Prüfungsmaßstäbe auf das einfache Recht durchwirken. Art. 4 importiert damit in einfachrechtlicher Weise die Maßstäbe der grundrechtlichen Eingriffs-Rechtfertigungs-Prüfung in das Polizeirecht.

So wichtig die Funktion des Art. 4 aus grundrechtlicher Sicht ist und so nahe die verfassungsrechtliche Intensivierung dieser Norm damit liegt, so sehr entsteht dabei aber das Problem, dass eine konstitutionelle Überwölbung dazu neigt, die **Eigenrationalitäten** des einfachen Polizeirechts verfassungsrechtlich zu nivellieren. Art. 4 hätte dann nur noch deklaratorische Wirkung (vgl. Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 31 f.), was seiner weitergehenden Bedeutung aber nicht gerecht würde (vgl. → Rn. 22 und → Rn. 26) (→ Rn. 18.1). 18

Wie vor allem der weite Begriff der Beeinträchtigung (Art. 4 Abs. 1) und jener des Nachteils (Art. 4 Abs. 2) zeigen, entfaltet die Norm einen weitergehenden Anspruch als nur der Funktion der grundrechtlichen Schranken-Schranke. Sie gilt vielmehr für jedes polizeiliche Tätigwerden, also auch für bloß auf Art. 2 Abs. 1 gestützte Vorfeldmaßnahmen, Informationen, Aufklärung etc (streitig, so wohl auch Weber/Köppert BayPolR Rn. 107; anders Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 15: „eingreifendes Handeln“). 18.1

II. Unionsrecht und EMRK

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spielt ferner eine Rolle bei den vielfältigen Einflüssen 19
 des Unions- und Konventionsrechts (zB BBE LStVG/Kraft Art. 8 Anm. 3). Maßnahmen von Polizei- und Sicherheitsbehörden können sich insoweit als Eingriff in Grundfreiheiten, Charta-Grundrechte oder Menschenrechte der EMRK erweisen, deren Rechtfertigungen sich regelmäßig der Methode der Verhältnismäßigkeit bedienen.

Dies zeigte sich exemplarisch im Fall **Omega** (EuGH NVwZ 2004, 1471), bei dem die 20
 Behörde unter Anwendung der nordrhein-westfälischen ordnungsbehördlichen Generalklausel (§ 14 Abs. 1 NRWOBG) den Betrieb eines Laserdromes untersagte, weil sie in den dort simulierten Tötungshandlungen einen Verstoß gegen die Menschenwürde sah. Die damit einhergehende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV (Art. 49 EG aF)) eines in Großbritannien sitzenden Partners konnte aber gem. Art. 52 AEUV (Art. 46 aF) zum Schutz der öffentlichen Ordnung als verhältnismäßige Maßnahme gerechtfertigt werden (→ Rn. 20.1 f.).

Maßgeblich war indes die Annahme des EuGH in Rn. 37, dass es für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit nicht darauf ankomme, dass die Auffassung der mitgliedstaatlichen Behörde zum Schutz der Menschenwürde derjenigen aller Mitgliedstaaten entspreche (vgl. zum engen Spielraum der Mitgliedstaaten im Blick auf **elementare und unverzichtbare gesellschaftliche Grundregeln** Streinz/Müller-Graff, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 52 Rn. 8; vgl. auch schon EuGH Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337 Rn. 19 – Van Duyn; vgl. zur Verhältnismäßigkeit gem. Art. 8 im Falle eines österreichischen Sportwettenanbieters VGH München BeckRS 2007, 29902). 20.1

Kommt es im Gebiet eines Mitgliedstaates zur Blockade von Gütertransporten und damit zur faktischen Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV), so kann der betreffende Mitgliedstaat die Pflicht haben, dagegen vorzugehen (EuGH C-265/95, Slg. 1997, I-6959 Rn. 30 ff. (Kommission/Frankreich); vgl. dazu EuGH EuGRZ 2003, 492 Rn. 71 ff. (Schmidberger/Österreich)). 20.2

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet ferner ausdrücklich für die nationale Behörde 21
 gem. Art. 51 GRCh dann Anwendung, wenn sie im Anwendungsbereich der **Unionsgrundrechte** handelt (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh). Im Blick auf die EMRK knüpft die Rechtsprechung des EGMR insbesondere an den Tatbestand „notwendig“ in Art. 8–11 **EMRK** die Anwendung der Verhältnismäßigkeit (vgl. etwa Meyer-Ladewig/Nettesheim/

von Raumer, EMRK/Meyer-Ladewig/Nettesheim, 4. Aufl. 2017, EMRK Art. 8 Rn. 109 f.; Saurer Der Staat 2012, 3 (10); vgl. zu „racial profiling“ und EMRK → Art. 5 Rn. 40).

III. Normative Feinsteuerung

- 22 Mit der normativen Feinsteuerung erfüllt der Grundsatz zwei weitere Funktionen, die sich aus seiner besonderen Fähigkeit zur **tatsachen- und kontextabhängigen** Vermittlung des Allgemeinen mit dem Besonderen ergeben. Er verknüpft nicht nur – wie jeder Subsumtionsvorgang – Tatsachen mit Begriffen, sondern das abstrakt-generelle Recht mit der je individuellen polizeilichen Handlungssituation und ihren Erfordernissen pragmatischer Zweckmäßigkeit. Angesprochen ist damit die Fähigkeit zur Feinsteuerung in materieller wie normtechnischer Hinsicht. Der gewaltige **normative Sprung** zwischen allgemeiner und spezifischer Polizeipflichtigkeit einerseits (vgl. Gusy/Eichenhofer PolR Rn. 387 f.) und zwischen weiten Grundrechtsgarantien und deren Wert im konkreten Fall andererseits wird so nachvollziehbar und akzeptabel ermöglicht. (→ Rn. 22.1).
- 22.1 Freilich gilt es dabei stets zu bedenken, dass die punktuelle Korrektur durch einen distanzierten Grundsatz oder gar durch ein verfassungsrechtliches Prinzip die Gefahr der Verschleierung tatsächlicher oder wertungsmäßiger Ungewissheit enthält (vgl. so analog Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts/Reimer, Bd. 1, 2022, § 11 Rn. 83.). Diese Kritik an der Wertungs- und Abwägungsunsicherheit ist nicht neu, sie entbindet umgekehrt aber auch nicht von der konkreten Entscheidung. Art. 4 (und Art. 8 LStVG) begegnet dem durch die Anordnung konkreter Zwischenschritte. Ergänzt man dies um eine sachbereichsgerechte Methodik, so lassen sich einige der Bedenken entkräften (dazu → Rn. 26 ff. und → Rn. 33 ff.).
- 23 Der sehr weite und **lückenlose Grundrechtsschutz**, mit Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangnorm (BVerfGE 6, 32 (34 ff.) – Elfes (1957)), führt zum einen dazu, dass praktisch jedes nach außen gerichtete staatliche Handeln – oder auch Freiheitsausübungen Dritter – mit (irgend-)einem Schutzbereich kollidiert. Die umfassende Subjektivierung und Konstitutionalisierung der Rechtsordnung durch die Grundrechte (BVerfGE 7, 198 – Lüth (1958)) lässt so praktisch jede Rechtsfrage des einfachen Rechts zur Grundrechtsfrage werden. Solch breite Ansprüche können nicht absolut nebeneinander bestehen. Sie bedürfen daher einer Methodik des Ausgleichs im konkreten Fall, und dies bietet die Verhältnismäßigkeit.
- 24 Umgekehrt, und dies verstärkend, können die Gesetze nicht jeden **Einzelfall** antizipieren, müssen Typisierungen, generalisierende Annahmen und Abstraktionen vornehmen. Auch in den Grenzen des Gesetzesvorbehalts, des Bestimmtheitsgebots und der Wesentlichkeitslehre sind die einschlägigen Tatbestände unbestimmt und unterliegen in der Anwendung in der Regel dem behördlichen Ermessen (Art. 40 BayVwVfG).
- 25 Auch wenn der Gesetzgeber – wie es die jüngere Konjunktur sicherheitsrechtlicher Gesetzgebung zeigt – den ihn treffenden Maßgaben an die Konkretion eingreifender Gesetze nicht immer nachkommt, so liegt es doch jedenfalls zum Teil in der Natur der Gesetzgebung, dass Besonderheiten des Einzelfalls, zB gravierende individuelle Betroffenheit und Härten, nicht stets sach- und grundrechtsgerecht antizipiert werden können. Die Verhältnismäßigkeit erweist sich damit beim Gesetzesvollzug als **Korrektiv**, das in normtechnischer Sicht die rechtsstaatliche Rigidität zugunsten des Einzelfalls aufbricht und dadurch auf materieller Seite **Einzelfallgerechtigkeit** herstellen kann (vgl. Merten/Papier Grundrechte-HdB III/Merten § 68 Rn. 3 ff.; BeckOK PolR Hessen/Müller-Franken HSOG § 4 (Überblick)) (→ Rn. 25.1).
- 25.1 **Beispiel** (VG Würzburg BeckRS 2001, 28037): Die ausnahmsweise Duldung der Haltung eines Tieres war in einem besonders gelagerten Fall und trotz unterlassener Anzeige vor dem Hintergrund des hohen Alters des Tieres und der Gewöhnung an den Halter aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten.

IV. Maßstab polizeilicher Handlungsrationalität

- 26 Unbeschadet der geschilderten Verankerung im höherrangigen Recht ist Art. 4 (und insoweit parallel Art. 8 LStVG) zunächst und primär anzuwendendes **einfaches und objektives Recht** (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 2; BeckOK PolR Hessen/Müller-Franken HSOG

§ 4 Rn. 2; vgl. Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 4 Rn. 50). Die Norm gewinnt daraus eine originär polizeirechtliche Funktion und Bedeutung, die man als Maßstab polizeirechtlicher Handlungsrationalität bezeichnen kann und die nicht vollständig mit den vorgenannten Funktionen, vor allem mit jenem des Grundrechtsschutzes, zusammenfällt.

Dieser Selbststand zeigt sich daran, dass der Realbereich der Norm mit „Beeinträchtigungen“ (Abs. 1) und dem „Nachteil“ (Abs. 2) auf eine **breitere Tatsachenbasis** Zugriff nimmt, als dies bei der eingriffsbezogenen Grundrechtsprüfung der Fall ist (ebenso analog KMJ LStVG Art. 8 S. 2). Hinzu kommt die Erstreckung der Beeinträchtigungsfrage auf die **Allgemeinheit**, während die Grundrechtsprüfung auf den unmittelbaren Eingriff bezogen bleibt (vgl. zB BVerfGE 39, 210 (230); BeckOK PolR Hessen/Müller-Franken HSOG § 4 Rn. 48; Gusy/Eichenhofer PolR Rn. 398) und die Auswirkungen auf die Allgemeinheit dort erst bei der Beurteilung von Alternativen aufwirft und typischerweise der Einschätzung des Gesetzgebers unterwirft (zB BVerfGE 109, 64 (86); 116, 96 (127)) (→ Rn. 27.1).

Beispiel (VGH München BeckRS 1994, 16489): Belastung der Allgemeinheit bei der Wahl zwischen katzensicherer Einzäunung eines Friedhofs oder äquivalenter Maßnahmen im Anwesen der Halterin. 27.1

Insofern hängen grundrechtlicher und einfachgesetzlicher Grundsatz gewiss zusammen (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 2), denn aufgrund der breiten Wirkung des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit (BVerfGE 6, 32 (34 ff.) – Elfes (1957)), die auch vermeintlich banale, aber durchaus polizei- und sicherheitsrechtlich relevante Tätigkeiten wie das Taubenfüttern (BVerfGE 54, 143) oder das Reiten im Walde (BVerfGE 80, 137) erfasst, haben beide sich sehr weitgehend überschneidende Realbereiche zum Gegenstand (vgl. Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 2; Götz/Geis PolR § 16 Rn. 14 f.). 28

Art. 4 geht aber weiter und insofern sind seine grundrechtliche und originär einfachgesetzliche Funktion nicht deckungsgleich. Denn neben unspezifischen Belästigungen für die Allgemeinheit, die bei der Grundrechtsprüfung typischerweise als Abwägungsgut (zB Volksgesundheit) auftreten, nicht aber schon auf der Eingriffs-Vergleichsebene (Abs. 1), treten bei Art. 4 Belästigungen, Erschwernisse und Nachteile, die bereits schon keinem Schutzbereich unterfallen, jedenfalls aber die Schwelle zum Eingriff nicht nehmen. Der davon betroffene, „grundrechtsblinde“ polizeiliche Handlungsraum ist keineswegs unbedeutend: Er betrifft den gesamten Bereich der eingriffslosen Maßnahmen und viele mittelbare Effekte polizeilicher Handlungen. 29

In diesem Bereich erledigt die Polizei einen nicht unerheblichen Teil ihrer Aufgaben, etwa durch Vorfeld- und Informationsmaßnahmen, durch „polizeiliche Präsenz“ mittels Streifenfahrten und -gängen, Abschreckung, Verfolgungsdruck etc (vgl. Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 62 ff.). Mangels Eingriffs bedürfen sie keiner Befugnis, man kann diesen Maßnahmen im Gegenzug aber auch keine rechtliche Neutralität zusprechen. Sie erzeugen im Vorfeld des Eingriffs Effekte nach außen. Daher ordnet Art. 4, in Ergänzung zur Nur-Aufgabe des Art. 2 Abs. 1, in objektiver Hinsicht die Berücksichtigung von Beeinträchtigungen und Nachteilen an (→ Rn. 30.1 ff.). 30

Beispiel: Durch massive polizeiliche Präsenz verlagert sich das kriminelle Milieu in einen bislang ruhigen Stadtteil, der nun weniger attraktiv ist. 30.1

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. 30.2

Beispiel (VGH München BayVBl. 2015, 17 (21)): Es ist ein abwägungsrelevanter Nachteil, wenn der Passant neben dem grundrechtseingreifenden Platzverweis von den Straßenbahngleisen darüber hinaus nicht mehr die Musikdarbietung der Straßenmusikanten hören kann. 30.3

Beispiel: Das Verteilen von Informationszetteln oder die deutliche Präsenz an einem Ort durch Streifenfahren und -gänge bedarf mangels Eingriffs keiner Befugnis. Dennoch müssen solche Maßnahmen geeignet und erforderlich sein. 30.4

Daneben sorgt Art. 4 für die rechtliche Relevanz **mittelbarer Effekte** polizeilicher Maßnahmen, wenn diese für weitere Einzelne oder für die Allgemeinheit (Abs. 1) Beeinträchtigungen verursachen. Auch ohne Eingriff in subjektive Rechte bleiben sie auf diese Weise objektiv selbst dort beachtlich, wo der moderne, mittelbar-faktische Eingriffsbegriff nicht 31

mehr hinreicht. Denn auch beim Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG nach dem weiten Eingriffsbegriff reicht nicht schon jede **unspezifische Beeinträchtigung** aus (vgl. Dreier/Dreier GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 56; DHS/Di Fabio GG Art. 2 Rn. 49; v. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer GG Art. 2 Rn. 34 ff.; Huber/Voßkuhle/Eichberger GG Art. 2 Rn. 55; → Rn. 31.1 f.).

- 31.1 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 weitere Anwohner im Schlaf gestört bzw. verunsichert werden.
- 31.2 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.
- 32** Daher enthält die Norm eine **objektive Maxime**, mit „Maß und Ziel“ auch dann vorzugehen, wenn keine Grundrechtseingriffe damit verbunden sind, oder wenn Maßnahmen, wie regelmäßig, Effekte für die Allgemeinheit erzeugen, die sich wiederum nicht von subjektiven Rechten her erklären und verarbeiten lassen. Dies gibt Art. 4 (ebenso wie Art. 8 LStVG) als einfacher Norm funktionalen und methodischen **Selbststand**, der dem Sachbereich geschuldet ist und nicht mit dem in letzter prozeduraler Konsequenz **spezifischen Verfassungsrecht** grundrechtlicher Provenienz zusammenfällt (→ Rn. 32.1 ff.).
- 32.1** Anstatt daher die Norm als weiteren Beleg eines einheitlichen Metaprinzip mit Verfassungsrang zu sehen, scheint es überzeugender zu sein, sie im Falle ihrer wichtigen grundrechtlichen Funktion und wie stets beim einfachen Recht verfassungsrechtlich ausulegen.
- 32.2** Ergänzen kann man diese Überlegung durch den Hinweis, dass auch der „grundrechtliche“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine einheitliche Methodik aufweist, sondern ebenfalls, abhängig von der Handlungsform und dem institutionellen Zuschnitt, modifiziert werden muss. So ist bei der Kontrolle der Gesetzgebung regelmäßig auf Tatsachenebene (Eignung und Erforderlichkeit) ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen, ggf. ergänzt durch Beobachtungspflichten (klassisch BVerfGE 49, 89 – Kalkar I (1978)), während der Grundsatz bei der Überprüfung von Einzelfällen seinen Schwerpunkt auf der Tatsachenebene findet (vgl. zB BVerfG NVwZ 2013, 3228 – Mollath).
- 32.3** Wiederum anders verhält es sich im Vergleich der Normsetzungen durch Verordnung und Gesetz. Der Verordnungsgeber kann und muss zwar auch typisieren im Sinne der abstrakten Gefahr, die Tatsachendichte (als Begründungslast der Behörde) im Blick auf die Wahrscheinlichkeit unterscheidet sich aber nicht von der konkreten Gefahr (vgl. etwa VGH München BeckRS 2001, 25333 – Hundeverordnung; VGH Mannheim NVwZ-RR 2015, 55 – Alkoholverbot in Innenstadt).

C. Sachbereich und Methode

- 33** Die vorstehenden Leistungsversprechen und Funktionen können nicht ohne Berücksichtigung der sich aus dem Sachbereich ergebenden Anwendungsbedingungen und Besonderheiten realisiert werden. Der weitgehend konsentrierte, allgemeine Prüfungsaufbau muss sich daher eine methodische Sensibilität für die polizeirechtlichen Problemtypologien und Handlungsbedingungen bewahren.

I. Grundelemente und -probleme der Verhältnismäßigkeit

- 34** Der Grundsatz ist **materieller Maßstab** im Sinne eines „rechten Maßes“ und zugleich Methode zur inhaltlichen – möglichst akzeptablen, vernünftigen und überzeugenden – Bestimmung dieses Maßes (Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1994, 637; Erbuth/Oebbecke/Rengeling/Schulte/Koch, Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe, 1996, 9 (10)). Weil das Gesetz also selbst durch Anordnung der methodischen Zwischenschritte in Art. 4 die unmittelbare Erkennbarkeit der Verhältnismäßigkeit ausschließt, liegt die Bedeutung des Grundsatzes – aber auch seine Schwachstelle – in seinem **methodischen Beitrag** zur Herstellung des Ergebnisses.
- 35** Dieses **Grundproblem** prägt die **Grundstruktur** der Prüfung. Sie besteht im Wesentlichen aus zweierlei **Relationierung** – nämlich in faktischer Hinsicht zwischen Mittel und Zweck (Geeignetheit und Erforderlichkeit) und in normativer Weise zwischen den beteiligten Rechtsgütern (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Die Inbezugsetzung ist einerseits konstitutiv für eine sinnvolle Anwendung des Art. 4. Sie setzt aber andererseits auch die Kenntnis der zu relationierenden Daten und Rechtsgüter voraus.

Damit kennzeichnen **drei Problemfelder** den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: **Wissen**, **Wertung** und **Zeit**. Legitimer Zweck und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sind normative Fragen der Wertung, während Geeignetheit und Erforderlichkeit in der Hauptsache tatsachenbezogen sind. Im Polizeirecht kommt typischerweise das prognostische Element in zeitlicher Hinsicht (vor allem Gefahr, Folgen, Geeignetheit) hinzu. 36

Die Inkaufnahme dieser Probleme ist der Preis der Verrechtlichung allgemein-ethischer Maßstäbe, wie sich auch an Nr. 4.3 und 4.4 VollzBek PAG zeigt, wenn dort von „**vernünftiger Einschätzung**“ die Rede ist. Das spricht nicht gegen die Methode, zumindest nicht, solange man beachtet, dass auch eine verrechtlichte Verhältnismäßigkeit stets „ein Sonderfall allgemeiner Zweckmäßigkeit“ bleibt (Ehlers/Pünder/Jestaedt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 10 Rn. 4.; zur „Auszehrung“ der Zweckmäßigkeitsmaßstäbe durch Verrechtlichung Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, Kap. 5 Rn. 23). 37

Die Verhältnismäßigkeit weist damit trotz umfassender gerichtlicher Überprüfbarkeit nicht die Schärfe von Konditionalprogrammen auf, sondern führt bisweilen zu einer Asymmetrie zwischen Erwartung und juristischer Leistungsfähigkeit (vgl. zum „Trugschluss“ der Verrechtlichung Ehlers/Pünder/Jestaedt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 10 Rn. 3; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, Kap. 5 Rn. 23). Ganz praktisch äußert sich dies oft darin, dass die Prüfung des Art. 4 in der Praxis mit der Tatbestands- oder Ermessensprüfung verschmilzt, wenn und weil sie keinen eigenen Beitrag leisten kann (→ Rn. 38.1). 38

Auch im Alltag können Heuristiken, wie „Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen!“ (zur aF: HBH BayPAG Rn. 4; Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 30) das materielle Ergebnis nur annäherungsweise bestimmen und sind häufig genug nur höchst individuell verständlich. 38.1

Daran ändert auch die vielbeschworene Verankerung des Grundsatzes im Verfassungsrecht nichts. Im Gegenteil: diese führt, wie oft genug beklagt wird, zu einer „Flucht in die Abwägung“ und lenkt den Blick davon ab, dass der Grundsatz und seine Methode zunächst und überwiegend Tatsachenfragen aufwerfen, zu deren Beantwortung weniger die Verfassung(en) als der Sachbereich und die dort geltenden Handlungsbedingungen (→ Rn. 40 ff.) beitragen. 39

II. Polizeiliche Handlungssituation und Entscheidungsparameter

Die Entscheidungsbedingungen der handelnden Beamten in der polizeilichen Gefahrenabwehr sind zunächst davon geprägt, dass sie es mit einem **konkreten Sachverhalt** zu tun haben. Das unterscheidet die Anwendung schon deutlich von der Gesetzgebung. Während gesetzgeberische Annahmen bei der Verhältnismäßigkeit traditionell im Bereich der Geeignetheit und Erforderlichkeit wenig intensiv überprüft werden können (Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 148 ff., 159 ff.; Goldhammer, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 312 ff.), ist die Tatsachendichte im Einzelfall der Gefahrenabwehr im Rahmen des Anwendungsbereichs des Art. 4 sehr hoch und fordert folglich eine genaue Prüfung dieser Stufen ein. 40

Daran ändert sich auch nichts durch den Prognosecharakter der Gefahr, denn der Sachverhalt, aus dem heraus sich die Gefahr begründet, bleibt schließlich konkret und ist nie nur prognostischer, sondern auch diagnostischer Natur (Goldhammer, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021, S. 152 ff.). Daher kann man auch nicht sagen, die Polizei unterliege nur einer abgeschwächten Pflicht zur Untersuchung des Sachverhalts (Art. 24 BayVwVfG; aA GLW BayPolR Rn. 566). Sie ist vielmehr an eine **volle Amtsermittlung** des Sachverhalts der Gefahr und der darauf bezogenen Prüfung des Art. 4 gebunden. Natürlich unterscheiden sich diese Tatsachen von der retrospektiven Feststellung eines Sachverhalts oder der Ausermittlung des gegenwärtigen „wahren“ Sachverhalts. 41

Die polizeiliche Beurteilungssituation ist ferner regelmäßig bzw. typologisch durch **Zeitknappheit** und gefahrenbedingten Handlungsdruck gekennzeichnet (vgl. insoweit Art. 3; vgl. SGR/Schenke BPolG § 15 Rn. 4; Schenke PolR Rn. 405). Der Auftrag zur Gefahrenabwehr ließe sich häufig nicht erfüllen, würde man zu lange ermitteln und Entscheidungen zögerlich treffen. Mit diesen polizeitypischen Handlungsbedingungen korrespondieren folglich verwaltungsverfahrenrechtliche „Privilegien“. So ist etwa die **Anhörung** (Art. 28 BayVwVfG) häufig ebenso entbehrlich wie die **Begründung** (Art. 39 Abs. 1 BayVwVfG). 42

- 43 Zu den **normativen Entscheidungsparametern** gehört ferner, dass die beiden verbleibenden Stufen des legitimen Zwecks und der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) bei der Prüfung des Art. 4 wenig zusätzlichen normativen Ertrag liefern, weil die Polizei – anders als etwa der Gesetzgeber – nicht frei in der Zwecksetzung und in der Zuordnung der Rechtsgüter ist. Sowohl der legitime Zweck wie auch die Angemessenheit sind weitgehend – im Sinne des **Bestimmtheitsgebots** und der **Wesentlichkeitslehre** – gesetzgeberisch vorstrukturiert (vgl. dazu Gusy/Eichenhofer PolR Rn. 399, Götz/Geis PolR § 16 Rn. 30; Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 30).
- 44 Damit verschiebt sich im Polizeirecht der Schwerpunkt der Methodik: Tatsachenfragen nehmen in der konkreten Handlungssituation an Bedeutung zu, während die Angemessenheit im „Normalbereich“ vorgeprägter Standardmaßnahmen oft nur noch die Funktion einer „Notbremse“ hat.

III. Strategien

- 45 Das Polizeirecht hat verschiedene Mittel zur Verfügung, um mit den Spezifika der polizeilichen Handlungssituationen umzugehen. Zunächst setzt es auf eine Strategie der **Objektivierung**. Anerkanntermaßen gilt für die Beurteilung aller Stufen der Verhältnismäßigkeit die Sicht ex ante eines objektiven „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ (Knemeyer PolR SuP Rn. 297; SGR/Schenke BPoLG § 15 Rn. 4; GLW BayPolR Rn. 566). Die im Grundsatz angelegten Relationen und Wirkungsweisen werden so erst intersubjektiv vermittelbar und für Gerichte überprüfbar, etwa mittels allgemeiner Lebenserfahrung oder modellhafter (Alltags-)Heuristik, objektiver Erfahrungssätze (KMJ LStVG Art. 8 Rn. 2) oder komplexerer Prognosen (vgl. Schoch Der Staat 2004, 347 (350)) (→ Rn. 45.1).
- 45.1 Dies be- und entlastet den handelnden Beamten, wie auch den von der Maßnahme Betroffenen. Denn die objektive Sicht muss natürlich nicht stets den konkreten subjektiven Einschätzungen entsprechen. Polizei wie (Grundrechts-)Betroffene müssen sich dies, dh den objektiven Maßstab, aber dennoch entgegenhalten lassen und werden dabei auch nicht ungebührlich belastet.
- 46 Zur Kompensation der mit der Objektivierung verbundenen Wissensverluste und der Diskrepanz zwischen individueller und objektiver Wahrnehmung einer Beeinträchtigung bedient sich das Gesetz mit der Möglichkeit des Austauschmittels (Art. 5 Abs. 2 S. 2) einer **Subjektivierungsstrategie**. Dadurch anerkennt es zum einen das latent defizitäre und grundrechtsbeeinträchtigende Auseinanderfallen von objektiv und subjektiv weniger belastendem Mittel. Zum anderen zwingt es damit auf verfahrensrechtlichem Wege zur grundrechtsfreundlichen Harmonisierung der beiden, womöglich disparaten Einschätzung (→ Rn. 46.1 f.).
- 46.1 Selbst wenn der Betroffene ein „objektiv“ schwerer belastendes Mittel anbietet, ist das von der Polizei gewählte nicht mehr erforderlich (Grupp VerwArch 1978, 125 (143)), weil nachgerade im Grundrechtsbereich die subjektive Beurteilung über die eigene Betroffenheit Priorität haben muss (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 30 f.). Was sie vorher nicht wissen konnte, ist der Polizei mit dem Austauschangebot bekannt und sie muss es beachten.
- 46.2 Denn dem Betroffenen wird so schließlich die Möglichkeit eingeräumt, anstelle des immerhin schon objektiv ex ante erforderlichen Mittels, ein subjektiv ebenso erforderliches Mittel vorzuschlagen (vgl. dazu SGR/Schenke BPoLG § 15 Rn. 9; Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 28). Das Recht sanktioniert die Missachtung dieser subjektiven Einschätzung des Betroffenen mit dem schärfsten Schwert, nämlich der Rechtswidrigkeit der Maßnahme insgesamt (vgl. instruktiv VG Bayreuth BeckRS 2020, 43456).
- 47 Hinzu kommt ferner der objektive Effekt zugunsten der Sachgerechtigkeit einer Maßnahme, die primär von der Kenntnis des Sachverhalts abhängt und häufig auf ein Gefälle zwischen der Behörde und den Betroffenen stoßen wird. Indem sich die Polizei durch Art. 5 Abs. 2 S. 2 gewissermaßen das Spezialwissen der Betroffenen in einer konkreten Gefahrensituation zunutze machen kann und muss, handelt es sich bei der Ersetzungsbefugnis um ein subjektiv-rechtlich abgesichertes Instrument der Wissensgenerierung.
- 48 Mit dem Verbot zeitlichen Übermaßes gem. Art. 4 Abs. 3 reagiert der Grundsatz ferner auf die tatsächliche Unsicherheit und die situativen Entscheidungszwänge. Darin liegt eine **Dynamisierungsstrategie**, die es zunächst erlaubt, nach objektiven Maßstäben schnell und