

# Polizei- und Ordnungsrecht Hessen

Möstl / Bäuerle

2. Auflage 2025  
ISBN 978-3-406-81846-2  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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](https://www.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](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Hinweis von Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, IX, wonach es mehrere erforderliche Mittel geben könne). Die hier notwendige eigene **Ermessensentscheidung** (§ 5 HSOG 1954, § 5 HSOG 1964: „nach pflichtgemäßem Ermessen“) der Behörden kann vom Verwaltungsgericht nur **eingeschränkt** kontrolliert werden (DWVM Gefahrenabwehr 372, 426; Ossenbühl JURA 1997, 617 (619); Pausch/Dölger PolR Hessen 136; aA Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (456 ff.)).

Für die Entscheidung der Frage, ob eine Maßnahme zu einem Nachteil führen wird, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht (Abs. 2), gilt hingegen wieder das **Dogma** der **uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen** Kontrolle (EFP BesVerwR/Pünder § 69 Rn. 160). Diese Kontrolle hat jedoch zu beachten, dass das Gesetz nicht gebietet, ein **angemessenes** Verhältnis herzustellen, sondern es sich darauf beschränkt, lediglich ein **unangemessenes** Verhältnis zu verbieten (Merten/Papier Grundrechte-HdB/Merten § 68 Rn. 50). Die Gefahrenabwehr- oder Polizeibehörde braucht also nicht ein „optimales“ Ergebnis zu treffen, sondern es genügt, wenn sie ein untragbares Ergebnis vermeidet (Voßkuhle JuS 2007, 429 (430)). Das Gesetz nimmt damit die Anforderungen an das Ergebnis der behördlichen Abwägung zurück, womit es zugleich die **gerichtliche Kontrolldichte** (Terminus: Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 327) reduziert. Die Beurteilung der Schwere der Nachteile einer Maßnahme ist notwendig das Ergebnis einer **Wertung**. Da das Gesetz ein „voraussichtliches“ Außer-Verhältnis-Stehen verbietet, bedarf es auch hier einer **Prognose** über den Verlauf und die Wirkungen der Maßnahme. Das Erfordernis der „**Erkennbarkeit**“ des Missverhältnisses beschränkt das Gericht hierbei (wiederum) auf eine **negative Evidenzkontrolle** (Kloepfer FS 50 Jahre BVerwG, 2003, 329 (336)), was im Einzelnen eine Abwägungsprärogative der Behörde auch in dieser Frage bedeutet (krit. Schenke PolR Rn. 410).

Beim Erlass von **Verordnungen** zur Gefahrenabwehr (§§ 71 ff.) besitzen die Gefahrenabwehrbehörden in Hinblick auf die von ihnen ins Auge gefassten Regelungsziele wie auch bei der Beurteilung dessen, was sie zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten dürfen, einen weiten **Einschätzungs- und Prognosespielraum**, der je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und den auf dem Spiel stehenden **Rechtsgütern** nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann (OVG Lüneburg BeckRS 2017, 111238). Insbesondere bei der gerichtlichen Kontrolle der **Zwecktauglichkeit** einer Rechtsvorschrift ist Zurückhaltung geboten (VGH München BeckRS 2001, 25298 Rn. 20; BVerwG BeckRS 2008, 33761 Rn. 10). Bei der Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen, und bei der Beurteilung der Maßnahmen, die der Verhütung und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Entscheidungsspielraum des **Normgebers** erst überschritten, wenn die Erwägungen so fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die getroffenen Maßnahmen abgeben können (BVerfG NVwZ 2004, 597 (599); OVG Lüneburg BeckRS 2014, 48311).

## V. Abschichtung der Entscheidung des Gesetzgebers vom Handeln der Verwaltung

Unter dem Grundgesetz ist nicht nur die Verwaltung, sondern auch der **Gesetzgeber** an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden (BVerfGE 30, 292 (315 f.); 83, 1 (19); 90, 145 (172 f.)). Die alle staatlichen Funktionen erfassende Bindungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt damit nach einer Abschichtung der Entscheidung des Gesetzgebers vom Handeln der Verwaltung. Räumt das Gesetz der Verwaltung kein Ermessen ein, sondern sieht eine **gebundene** Entscheidung vor (zB § 14 Abs. 2 S. 2 HessHundeVO), signalisiert der Gesetzgeber damit, dass er den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge für rechtens und damit auch für verhältnismäßig hält. Eine Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Anwendung gebundener Entscheidungen kommt so nur ausnahmsweise in Betracht (Mehde DÖV 2014, 541 (544 ff.); zB im Ausländerrecht weitergehend aber BVerfG (K) NVwZ 2007, 1300 (1301)). Räumt das Gesetz der Verwaltung dagegen **Ermessen** ein, kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze der Wahlmöglichkeit der Verwaltung hingegen uneingeschränkt zum Tragen (Schoch JURA 2004, 462 (466 f.)). Genügt ein im Gesetz vorgesehenes Mittel den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, kann das Mittel im Falle seiner Festsetzung in einer Verwaltungsentscheidung

dabei jedoch grundsätzlich nicht mehr als solches als unverhältnismäßig angesehen werden (BVerfG NJW 1974, 807 (809)). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist, was die Frage der Verhältnismäßigkeit der im Gesetz genannten Maßnahme an sich betrifft, durch das Gesetz absorbiert.

- 13.1 Beispiel:** Nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 können die Polizeibehörden eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Da die Polizei die Aufgabe hat, den Einzelnen und das Gemeinwesen vor einer drohenden Verletzung des Rechts zu schützen und jede mit Strafe bedrohte Handlung die Rechtsordnung verletzt, fordert der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine weitere Konkretisierung der durch Polizeigewahrsam zu bekämpfenden Gefahr dahin, dass dieses Mittel nur zur Bekämpfung bestimmter – besonders schwerwiegender – strafbarer Handlungen angewendet werden dürfe (BVerfG NJW 1974, 807 (809)). Die gesetzliche Ermächtigung zur Verfügung des Abrisses formell und materiell baurechtswidriger Anlagen des § 72 Abs. 1 S. 1 HBO verleiht der Baubehörde die Befugnis, bauliche Anlagen auch mit einem hohen materiellen Wert abreißen zu lassen (VGH München BayVBl. 1981, 89 (90); VG Frankfurt a. M. LKRZ 2010, 383 (386); 2011, 436).
- 14** Lediglich aus Gründen der besonderen **Umstände** des **Einzelfalls** (zur Einzelfallgerechtigkeit als Ziel der Norm s. im Überblick) ist es möglich, eine im Gesetz vorgesehene Maßnahme als unverhältnismäßig zu qualifizieren.
- 14.1 Beispiel:** Die Anordnung der Beseitigung einer baulichen Anlage von hohem materiellem Wert kann im Einzelfall bei einer nur geringfügigen Überschreitung der Abstandsfläche unverhältnismäßig sein (OVG Lüneburg BauR 1984, 277 f.: baurechtswidrige Abweichung von 3–6 cm auf einer Länge von 6,11 m; Hornmann HSOG § 72 Rn. 122).

## VI. Begriffliches

### 1. Übermaßverbot

- 15** Abweichend von der Normüberschrift des § 4 werden die Grundsätze der Erforderlichkeit und Angemessenheit im Schrifttum vielfach **terminologisch** unter dem Oberbegriff **Übermaßverbot** zusammengefasst (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, 21; Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB/Schmidt-Aßmann § 26 Rn. 87; DWVM Gefahrenabwehr 389). Die Verwendung des Begriffs „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ macht es erforderlich, das Verbot des Abs. 2, einen erkennbar außer Verhältnis zum Erfolg stehenden Nachteil herbeizuführen, zur Unterscheidung als Verhältnismäßigkeit „im engeren Sinne“ (Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 44; Schenke PolR Rn. 410; s. auch Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 30 („Angemessenheit“)) zu bezeichnen.

### 2. Zumutbarkeit

- 16** Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dient auch der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. Einer Kategorie der **Zumutbarkeit** der Maßnahme, die nach deren Hinnehmbarkeit speziell für den Betroffenen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles fragt, bedarf es zusätzlich zum Erfordernis der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme damit nicht (Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (452 f.); aA Merten/Papier Grundrechte-HdB/Merten § 68 Rn. 76 mwN). Alle Gesichtspunkte, die unter dem Aspekt der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sein sollen, gehen in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im engeren Sinne (Abs. 3) ein (→ Rn. 56; → Rn. 70).

## VII. Parallelvorschriften im Bundes- und Landesrecht

- 17** Im Bundespolizeirecht findet sich mit § 15 BPolG eine inhaltsgleiche Vorschrift zu § 4. Andere Bundesländer haben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ebenfalls in ihren Polizeigesetzen bzw. Gesetzen über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in einer eigenen Vorschrift geregelt. So zB:
- Baden-Württemberg: § 5 BWPolG;
  - Bayern: Art. 4 BayPAG; Art. 8 LStVG;

- Niedersachsen: § 4 NPOG;
- Nordrhein-Westfalen: § 2 PolG NRW; § 15 NRWOBG.

## B. Verhältnis zu anderen Bestimmungen

Die Norm steht gleich am Anfang des Ersten Abschnitts des Ersten Teils des HSOG nach der Nennung der nach diesem Gesetz zu erledigenden Aufgaben und der mit diesen Aufgaben betrauten Behörden (§ 1), der Abgrenzung der Aufgaben (§ 2) und dem Geltungsbereich des Gesetzes (§ 3). Der hessische Landtag unterstreicht mit der ausdrücklichen Erwähnung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an dieser **herausgehobenen Stelle** im Gesetz dessen hohen **Rang** und zentrale **Bedeutung** für das behördliche Handeln zur Gefahrenabwehr (FLS PolR Hessen Abschn. I Rn. 27). Bei polizeirechtlichen Befugnisnormen, die wie die des § 11 an keine einschränkenden tatbestandlichen Voraussetzungen gebunden sind, bildet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neben dem Gleichheitsgrundsatz die einzig materielle Grenze (Hornmann HSOG Rn. 8).

Spezialermächtigungen (→ SystVorbPolRDe Rn. 1 ff. und → § 13 Rn. 1 ff.) zu Eingriffen im Bereich der Datenerhebung und -verarbeitung knüpfen die Zulässigkeit bestimmter Maßnahmen an Voraussetzungen, die nur sprachlich, nicht aber in der Sache vom Grundsatz der Erforderlichkeit abweichen. So geht etwa das Erfordernis des § 13 Abs. 6 S. 2 für die Beschaffung personenbezogener Daten von anderen Behörden oder öffentlichen Stellen oder von Dritten ohne Mitwirkung der betroffenen Person, dass sonst die Erfüllung gefahrenabwehrbehördlicher oder polizeilicher Aufgaben **gefährdet** oder **erheblich erschwert** würde, nicht über das Gebot der Erforderlichkeit hinaus (Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 10 Rn. 27; aA Albers, Die Determinanten polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001, 305 ff.). Auch der in dieser Norm genannte Eingriff ist, nicht anders als jede andere polizeiliche, dem Gebot der Erforderlichkeit unterstehende Maßnahme, nur zulässig, wenn es kein anderes Mittel gibt, dass mit gleicher Wirksamkeit, aber geringeren Belastungen den konkreten polizeilichen Zweck erreicht. Denn bei der Wirksamkeit der Maßnahme kommen Abstriche nicht in Betracht (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 27).

Genauso sind auch Regelungen wie die des § 20 Abs. 2, wonach die dort beschriebenen Datenverarbeitungsvorgänge nur erfolgen dürfen, wenn **tatsächliche Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ohne ihre Verarbeitung die Verhütung oder die Verfolgung einer schwerwiegenden Straftat gegen Leib, Leben oder Freiheit einer Person **aussichtslos** oder **wesentlich erschwert** wäre (Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 10 Rn. 27), oder die des § 32 Abs. 1, wonach die Polizeibehörden eine Person unter anderem dann in Gewahrsam nehmen können, wenn dies **unerlässlich** ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern, im Sinne von Erforderlichkeit zu verstehen (BVerwG NJW 1974, 807 (808); Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, § 10 Rn. 27; aA indes BVerfGE 83, 24 (35) für das Merkmal des „Unerlässlichen“).

Sachlich zur Verhältnismäßigkeit der polizeirechtlichen Maßnahme gehört der Anspruch des Bürgers gegen die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden, ein **Austauschmittel** anbieten zu dürfen. Dieses Recht hat das Gesetz in § 5 Abs. 2 S. 2 systematisch falsch platziert; richtigerweise wäre es in § 4 Abs. 1 in einem S. 2 zu normieren gewesen.

## I. Struktur der Vorschrift

Die verschiedenen Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes des § 4 bauen **logisch** aufeinander auf, sodass sie in der Reihenfolge des gesetzlichen Tatbestandes zu prüfen sind. So stellt sich die Frage nach der Möglichkeit einer Maßnahme nicht, wenn bereits der verfolgte Zweck nicht legitim ist, auf die Frage der Erforderlichkeit braucht nicht mehr eingegangen zu werden, wenn die Maßnahme schon nicht geeignet ist (ausf. Merten/Papier Grundrechte-HdB/Merten § 68 Rn. 51). Aus Gründen der Effizienz der Verwaltung (Müller-Franken, Maßvolles Verwalten, 2004, 74 ff.) kann in der Praxis die Prüfung eines vorrangigen Elements allerdings dahingestellt bleiben, wenn die Voraussetzungen eines folgenden

Elements eindeutig nicht gegeben sind (Merten/Papier Grundrechte-HdB/Merten § 68 Rn. 51; VG Wiesbaden BeckRS 2013, 45701).

## II. Anwendbarkeit

### 1. „Maßnahme“

- 23 Das Gesetz knüpft den sachlichen Anwendungsbereich des § 4 in seinen drei Absätzen an das Vorliegen einer **Maßnahme**. Die Verwendung des Plurals „Maßnahmen“ in Abs. 1 bedeutet nicht, dass die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden gegenüber den Betroffenen stets mehrere Entscheidungen zu treffen hätten. Vielmehr lässt die Norm, wie sich aus, einen Singular verwendenden, Abs. 2 und Abs. 3 indirekt erschließt, auch nur **eine** Maßnahme genügen (vgl. § 2 Abs. 1 MEPolG: „von mehreren und geeigneten Maßnahmen hat die Polizei diejenige zu treffen, die [...]“). Der Plural in Abs. 1 ist lediglich als Ausdruck der abstrakt generellen Wirkungsweise des Gesetzes zu verstehen.
- 24 Da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alles staatliche Handeln erfasst (→ Rn. 2), ist der Begriff **weit** zu verstehen. Gemeint sind **nicht nur** konkret-individuelle Akte zur Gefahrenabwehr in **rechtlicher** Form wie Verwaltungsakte (§ 35 S. 1 HVwVfG: „Maßnahme“), sondern **auch** zu diesem Zweck vorgenommene **tatsächliche** Handlungen (Realakte), sei es mit eigenen Mitteln der Polizei, sei es durch beauftragte Dritte (Fredrich Rn. 2; Kingreen/Poscher POR § 2 Rn. 47), wie etwa die Durchsuchung einer Wohnung (OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2007, 42) oder der Einsatz von Verwaltungszwang (§§ 47 ff.; Fredrich Rn. 2). Die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden haben daher auch bei tatsächlichen Handlungen wie zB dem Herantreten an eine Person als „Gefährder“, durch das diesem zwar nicht verbindlich aufgegeben, wohl aber ausdrücklich „nahelegt“ wird, sich an geplanten Ausschreitungen im Rahmen einer bevorstehenden Demonstration nicht zu beteiligen (OVG Lüneburg NJW 2006, 391), den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Ein solches „**Gefährderansprechen**“ setzt für die angesprochene Person zwar keine Rechtsfolge, ist mangels Regelung also kein Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 HVwVfG); es stellt jedoch gleichwohl einen Grundrechtseingriff dar, wenn und weil es auf die Willensentschließungsfreiheit seines Adressaten einwirken und diesen von der Ausübung seiner grundrechtlichen Freiheiten abbringen soll (VG München BeckRS 2020, 5093 Rn. 13; VGH Mannheim BeckRS 2017, 137291; OVG Lüneburg 22.9.1995 – 11 LC 51/04, juris Rn. 27 = BeckRS 2005, 30227 = NJW 2006, 391; Hebler NVwZ 2011, 1361 (1365)). Darüber hinaus haben nicht nur Einzelakte, sondern auch abstrakt-generelle Akte zur Gefahrenabwehr, wie **Verordnungen** zur Gefahrenabwehr (§§ 71 ff.), dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen (VGH Kassel NVwZ-RR 2002, 650 (651); VG Kassel BeckRS 2011, 56179; Fredrich Rn. 2).
- 25 Aufgrund der systematischen Stellung ist § 4 gleichermaßen anzuwenden bei einem Einschreiten aufgrund der **Generalklausel**, auf der Grundlage von **Spezialermächtigungen** (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 15) oder auf der Grundlage von **sondergesetzlichen Eingriffsbefugnissen** (Schoch BesVerwR Kap. 1 Rn. 307).
- 26 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt vor allem die **Ermessensausübung** der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden (§ 5 Abs. 1, Hermes/Reimer/Reimer § 5 Rn. 139) und wirkt sich aus bei **allen Entscheidungen** über polizeiliches Handeln: bei der Entscheidung über die **Auswahl** zwischen mehreren möglichen und geeigneten **Maßnahmen** (Abs. 1 und Abs. 2: Auswahlermessen in sachlicher Hinsicht), ob **überhaupt** zu **handeln** sei (Entschließungsermessen), zwischen den in **Anspruch zu nehmenden Personen** (Auswahlermessen in personeller Hinsicht), über die Heranziehung eines **Notstandspflichtigen** sowie ob und mit welchen Zwangsmitteln eine Maßnahme **vollstreckt** werden soll (Hornmann HSOG Rn. 3). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des § 4 wirkt sich jedoch nicht nur auf der **Rechtsfolgenseite** polizeirechtlicher Normen im Rahmen der Ermessensentscheidung, sondern außerdem auch auf der **Tatbestandsseite** bei der Auslegung und Anwendung der einzelnen Merkmale aus (Hornmann HSOG Rn. 6; DWVM Gefahrenabwehr 390: Beurteilung der Erforderlichkeit einer Maßnahme).

## 2. Staatlicher Binnenraum

Obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine verfassungsrechtliche Grundlage nicht nur in den Grundrechten, sondern auch im **Rechtsstaatsprinzip** besitzt (→ Rn. 2) und sich dessen Ausprägungen nicht nur gegenüber dem Bürger, sondern auch im **Binnenraum** des Staates zur Geltung bringen (BVerfGE 89, 132 (141) zum Willkürverbot), lehnt das **BVerfG** die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bund-Länder-Verhältnis ab; dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit komme „eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion zu“ (BVerfGE 81, 310 (338)). Danach bräuchten die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden in den Fällen, in denen sie Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gegenüber **Hoheitsträgern** ergreifen dürfen (Lisken/Denninger PolR-HdB/Bäcker D Rn. 18 ff.), den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zu wahren. Die **Verwaltungsgerichte** entscheiden in dieser Frage anders und wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch beim Eingreifen gegen Hoheitsträger an (VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 267 (269); sa das Urteil des BVerwG NVwZ 1999, 421, in der die Geltung des Übermaßverbotes im Verhältnis zwischen Hoheitsträgern als solches nicht in Zweifel gezogen wird). Sie tun dies zu Recht, denn ein maßloses Handeln muss einem Rechtsstaat in jedem Falle aus objektiv-verfassungsrechtlichen Gründen versagt sein (Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, XI).

Von dieser Frage zu unterscheiden ist die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für den Inhalt innengerichteter Akte in Form konkret-individueller oder abstrakt-genereller **Weisungen**. Da Weisungen der übergeordneten an die nachgeordneten Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden deren Verhalten nach außen gegenüber den Bürgern steuern sollen, hängt deren Rechtmäßigkeit ab von der Einhaltung der im Außenverhältnis bestehenden rechtlichen Bindungen (DWVM Gefahrenabwehr 394). Um rechtmäßig zu sein, müssen sie daher unter anderem auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren (DWVM Gefahrenabwehr 395 f.).

## 3. Notwehr und Notstand

Für die zivil- und strafrechtlichen Regeln über **Notwehr** und **Notstand** (§§ 226 ff. BGB, §§ 32 ff. StGB) gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 4 nicht (Fredrich Rn. 21). Jene Normen, die nach § 54 Abs. 2 durch das HSOG nicht berührt werden, sind keine Ermächtigungsgrundlagen für ein polizeiliches Tätigwerden, sondern besitzen Bedeutung allein für die persönliche Verantwortlichkeit des handelnden Beamten nach Zivil- oder Strafrecht (hM; statt aller: Schenke PolR Rn. 621).

## III. Elemente des Grundsatzes der Erforderlichkeit (Abs. 1)

### 1. Gebot der Zweckverfolgung; Legitimität des Zwecks

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschreibt eine Mittel-Zweck-Relation. Damit setzt das Gesetz implizit voraus, dass die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden nur handeln dürfen, wenn sie einen Zweck verfolgen. Der rechtsstaatliche Grundsatz der **Rationalität** steht einem irrationalen, dh nicht auf einen vernunftgeleiteten Zweck hin orientierten Handeln entgegen (Löwer, Cessante ratione legis cessat ipsa lex, 1989, 12 f.). Erste Voraussetzung ist mithin die Verfolgung eines **Zwecks**.

**Beispiel:** Einem Polizeibeamten ist es versagt, ins Blaue hinein, aus Langeweile ausführlich eine Person zu durchsuchen (§ 36). Dieser Fall berührt sich zwar mit der Frage des Entschließungsermessens (→ § 5 Rn. 8); anders als dort geht es hier jedoch nicht um das „Ob“ des Handelns, sondern um das „Warum“ (BHKM BayÖffR/Heckmann Teil 3 Rn. 153).

Der angestrebte Zweck muss sodann als **legitim** anzusehen sein (Kugelman PolR Kap. 8 Rn. 35). Anders als der Gesetzgeber, der im Rahmen der Verfassung die Zwecke seines Handelns selbst wählen kann, sind der Verwaltung die von ihr zu verfolgenden Zwecke vorgegeben durch das **Gesetz**. Im Rahmen des Polizei- und Ordnungsrechts ergibt sich damit folgende Weichenstellung: Die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden können grundsätzlich überhaupt nur dann legitim handeln, wenn sie zur Verfolgung des ihr im HSOG

vorgegebenen Zwecks der **Gefahrenabwehr** tätig werden (Ipsen NdsPolR Rn. 293; zur Legitimität des Zwecks des Polizeirechts → SystVorbPolRDe Rn. 1.). Wird eine Gefahrenabwehr- oder Polizeibehörde hingegen nicht tätig, um einen polizeilichen Zweck zu erreichen, so handelt sie grundsätzlich (zu den Ausnahmen → § 1 Rn. 1) ohne Ermächtigungsgrundlage; auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme kommt es dann nicht mehr an (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 16).

- 32 Um über die Mittel-Zweck-Relation des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit etwas sagen zu können, genügt es jedoch **nicht**, nur **abstrakt** auf das Ziel „Gefahrenabwehr“ zu verweisen. Es muss vielmehr, nicht anders als dies beim eingesetzten Mittel der Fall ist, der **konkret** verfolgte Zweck feststehen (Ossenbühl JURA 1997, 617 (618); Ipsen NdsPolR Rn. 292). Der Zweck der konkreten Maßnahme muss stets benannt, das abstrakte Ziel der Gefahrenabwehr also heruntergebrochen werden auf die konkrete Lage, die ein Handeln einer Gefahrenabwehr- oder Polizeibehörde verlangt. Dieses Ziel ist sodann zu verankern im geltenden Recht (Hermes/Reimer/Reimer § 5 Rn. 140).
- 33 Geht es um einen Eingriff in ein Grundrecht mit einem **qualifizierten Gesetzesvorbehalt** (→ Rn. 5), so müssen die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden zum Schutz eines Gutes tätig werden, das den Anforderungen dieses Gesetzesvorbehaltes genügt. Bei einem Eingriff in ein **vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht** muss die Behörde das Ziel verfolgen, ein Grundrecht oder ein anderes Gut von Verfassungsrang zu schützen (Schmidt-Bleibtreu/Müller-Franken GG Vor Art. 1 Rn. 48). Bei Grundrechten mit einem **einfachen Gesetzesvorbehalt** ist es der Behörde hingegen möglich, nicht nur zum Schutz solcher Güter tätig zu werden, die unabhängig von konkreten Entscheidungen des handelnden Gesetzgebers aus verfassungsrechtlichen Gründen schützenswert sind („absolute Gemeinwohlziele“), sondern auch zum Schutze solcher Güter, die erst durch eine Entscheidung des Gesetzgebers zu schützenswerten Gütern werden („relative Gemeinwohlziele“, Pausch/Dölger PolR Hessen 134 im Anschluss an BVerfGE 13, 97 (107)).
- 34 Neben dem **präventiven** Handeln zum Zweck der Gefahrenabwehr auf der Grundlage des HSOG haben die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden auch **repressiv** zum Zweck der Strafverfolgung tätig zu werden (§ 1 Abs. 2; → SystVorbPolRDe Rn. 1). Die den Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden außerdem aufgebene „**vorbeugende Bekämpfung von Straftaten**“ (§ 1 Abs. 4) umfasst zum einen die Verhütung zu erwartender Straftaten (§ 1 Abs. 4 Alt. 1), die noch zu den klassischen Aufgaben der Gefahrenabwehr gehört (Fredrich § 1 Rn. 40; DWVM Gefahrenabwehr 132). Die von der Polizei ebenso zu betreibende Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten (§ 1 Abs. 4 Alt. 2) ermöglicht dieser dagegen ein **repressives** Handeln in Lagen, in denen noch keine den Verdacht einer Straftat begründenden Tatsachen gegeben sind (Fredrich § 1 Rn. 41). Um hier Aussagen über die Verhältnismäßigkeit polizeilichen Handelns treffen zu können, ist die gesetzlich wenig konturierte Zweckbestimmung durch Anschauung der geregelten Tätigkeit zu konkretisieren (Lisken/Denninger PolR-HdB/Graulich E Rn. 173 f.).

## 2. Möglichkeit der Maßnahme

- 35 Abs. 1 gibt den Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden auf, von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen diejenigen zu treffen, die die einzelne Person und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Ohne dies besonders hervorzuheben, fordert das Gesetz mit dem Gebot, von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen die am wenigsten beeinträchtigende einzusetzen zugleich, dass die Maßnahme zunächst einmal überhaupt **möglich** ist (Grundsatz der Möglichkeit der Maßnahme). Maßnahmen der Polizei- und Gefahrenabwehrbehörden haben mithin möglich, dh überhaupt einsetzbar zu sein (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 17). Das mit der Maßnahme dem Bürger **Aufgebene** muss von diesem verwirklicht werden können. Dies bedeute zunächst die Möglichkeit in **tatsächlicher** Hinsicht (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 18). Die Maßnahme muss sowohl **objektiv**, dh unabhängig von der Person des Adressaten jedermann, als auch **subjektiv**, dh dem Adressaten selbst, tatsächlich zu verwirklichen sein.
- 35.1 **Beispiel:** Auf einem Grundstück soll eine Anlage angebracht werden, die aufgrund der Beschaffenheit des Grundstücks dort nicht ausführbar ist (PrOVGE 52, 419 (420 f.)): objektive tatsächliche Unmöglichkeit. An einem Ort, an dem Wohnungsmangel herrscht, wird einem Obdachlosen aufgegeben,

sich binnen einer bestimmten Frist eine Wohnung zu beschaffen (PrOVGE 95, 121 (123)): subjektive tatsächliche Unmöglichkeit.

Die tatsächliche Möglichkeit einer Maßnahme beurteilt sich auf der Grundlage einer **Prognose** aus der Sicht **ex ante**. Die Rechtsfolge einer Verletzung des Gebotes, nur mögliche Maßnahmen zu setzen, regelt § 44 Abs. 2 Nr. 4 HVwVfG. Danach ist ein Verwaltungsakt, der etwas verlangt, „was aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann“, nichtig. **36**

Allein das wirtschaftliche, dh aus seiner fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit herrührende, Unvermögen des **Adressaten** ist für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme dagegen unerheblich (OVG Koblenz NVwZ 1987, 240; 1992, 499 (500); Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 18). So kann der Betroffene zB einen Kredit aufnehmen, um die Kosten der Maßnahme zu decken. Ist er dazu außerstande, können die Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden die Verfügung im Wege der Ersatzvornahme vollstrecken (DWVM Gefahrenabwehr 418). Nur in der Begründung, nicht aber am Ergebnis ändert sich etwas, wenn man in Fällen der wirtschaftlichen Unmöglichkeit die Maßnahme zwar als ungeeignet und damit rechtswidrig, den Betroffenen wohl aber weiterhin als Störer und damit als verantwortlich für die Kosten einer behördlichen unmittelbaren Ausführung ansehen will (EFP BesVerwR/Würtenberger, 3. Aufl. 2013, § 69 Rn. 293). **37**

**Beispiel:** Dem Betroffenen wird aufgegeben, eine rechtswidrig errichtete bauliche Anlage zu beseitigen. Ob er den hiermit verbundenen Aufwand finanzieren kann, ist für die Rechtmäßigkeit einer entsprechenden Verfügung ohne Bedeutung (OVG Münster NJW 1984, 883 (885)). **37.1**

Das Erfordernis meint zudem die Möglichkeit in **rechtlicher** Hinsicht. Die Maßnahme darf dem Adressaten nicht etwas abverlangen, was dieser aus rechtlichen Gründen nicht vornehmen kann (DWVM Gefahrenabwehr 418 f.). Wie beim Erfordernis der tatsächlichen Möglichkeit der Maßnahme (→ Rn. 35) ist wiederum zwischen einer **objektiven**, dh einer für jedermann, und einer **subjektiven**, dh einer nur in der Person des Adressaten bestehenden, rechtlichen Unmöglichkeit des Aufgebeneden zu unterscheiden (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 20). Die subjektive Unmöglichkeit kann sich hierbei vor allem aus privatrechtlichen Hindernissen ergeben (DWVM Gefahrenabwehr 418). **38**

**Beispiele:** Dem Besitzer eines ständig durch Bellen die Ruhe störenden Hundes wird aufgegeben, seinen Hund ausschließlich in geschlossenen Räumen zu halten; wegen eines Verstoßes gegen § 2 Nr. 1 und Nr. 2 TierSchG wäre diese Maßnahme **objektiv rechtlich unmöglich** (OVG Lüneburg OVGE 27, 321 (325)). Dem Mieter eines baufälligen Gebäudes wird aufgegeben, dieses abzureißen; wegen fehlenden Eigentums wäre die Maßnahme dem Betroffenen **subjektiv rechtlich unmöglich** (Pausch/Dölger PolR Hessen 135). **38.1**

Ist der Pflichtige mit anderen Personen an der Sache privatrechtlich berechtigt, die Objekt einer Maßnahme zur Gefahrenabwehr sein soll, ist nicht zwingend rechtliche Unmöglichkeit für jenen gegeben (Schoch BesVerwR Kap. 1 Rn. 312). In diesen Fällen liegt es anders, wenn sich das rechtliche Hindernis durch die **Zustimmung** der Mitberechtigten oder den Erlass einer (Duldungs-)Verfügung gegen diese beheben lässt (BVerwGE 40, 101 (103); VGH Kassel HessVGRspr. 1990, 73 (74)). Ein hier bestehendes zeitweiliges Unvermögen führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme, sondern hindert nur deren Vollstreckung (VGH Kassel NJW 1983, 2282). Zudem kann in solchen Fällen auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Dritten die Maßnahme rechtmäßig sein, wenn sich das Einverständnis des Dritten mit der Maßnahme aus dessen bisherigem Verhalten schließen lässt (DWVM Gefahrenabwehr 419 mwN). **39**

Ein Verstoß gegen das Gebot rechtlicher Möglichkeit des Aufgebeneden macht die Maßnahme rechtswidrig, unter Umständen auch nur nicht vollstreckbar, nicht aber ist die Maßnahme nichtig; § 44 Abs. 2 Nr. 4 HVwVfG gilt in diesem Fall nicht (Kopp/Ramsauer VwVfG § 44 Rn. 40 mwN). **40**

### 3. Geeignetheit der Maßnahme

Eine Maßnahme ist **geeignet**, wenn sie die Erreichung des Zieles **fördert**, zu dessen Erreichung **beiträgt**. Dass sie das Ziel voraussichtlich vollständig oder auch nur besonders effektiv erreicht, ist nicht nötig (VGH Kassel DÖV 1987, 260). Die Gefahrenabwehr- und **41**

Polizeibehörden können sich auch darauf beschränken, die Gefahr nur zu mindern, sofern ihr Beitrag nicht ganz unwesentlich ist (DWVM Gefahrenabwehr 420 f.). Eine nur teilweise Beseitigung der Gefahr ist für das Merkmal der Eignung genügend (OVG Münster OVGE 17, 85 (87)).

- 41.1 Beispiele:** Ein Aufenthaltsverbot für Drogenhändler in bestimmten Stadtteilen leistet zur Bekämpfung der offenen Drogenszene einen Beitrag, auch wenn es an dem allem zugrundeliegenden Problem, der Verfügbarkeit von Drogen auf der einen und der Abhängigkeit der Süchtigen von diesen Drogen auf deren Seite, nichts ändert. Der Verfestigung einer Drogenszene wird entgegengewirkt und der Drogenhandel erschwert (VGH München NVwZ 2000, 454 (456)). Eine Allgemeinverfügung, die das öffentliche Konsumieren von Cannabis auf einer (auch) an Familien gerichteten Großveranstaltung (Hessentag) verbietet, ist geeignet, das Ziel des Gesundheits- sowie des Kinder- und Jugendschutzes zu erreichen, da bei einem Verbot des öffentlichen Konsumierens von Cannabis insoweit keine Gesundheitsgefahren insbesondere für Kinder und Jugendliche eintreten können, VG Kassel NVwZ 2024, 1036 Rn. 23.
- 42** Die Maßnahme ist ungeeignet, wenn sie etwas völlig Untaugliches auferlegt, etwas, womit der Zweck überhaupt nicht erreicht werden kann (DWVM Gefahrenabwehr 421).
- 42.1 Beispiele:** Der Zwang zur Anlegung eines Maulkorbs für einen ruhestörenden Hund ist nicht geeignet, das Ziel einer Beendigung der Ruhestörung zu erreichen, da ein Maulkorb Bellen und Jaulen eines Hundes nicht verhindern kann (Pausch/Dölger PolR Hessen 135). Das Gebot, an einem Steilhang ein Geländer anzubringen, ist nicht geeignet, bei Glatteis oder Nebel Kfz vor einem Abstürzen zu bewahren (OVG Münster DVBl 1972, 508 (509)). Bei einer Wohnungsdurchsuchung zum Zweck der Beschlagnahme von Computern und Routern mit dem Ziel, die Versendung von E-Mails an die Polizei zu unterbinden, ist es angesichts der weit verbreiteten Möglichkeiten der Versendung von E-Mails insbesondere mit Mobilgeräten zweifelhaft, ob sie als tauglich anzusehen ist (OLG Karlsruhe NJW 2017, 90 (92)).
- 43** Die Beurteilung der Eignung einer Maßnahme bedarf wie die Möglichkeit der Maßnahme (→ Rn. 36) einer **Prognose**, keiner **Wertung** (Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (456)). Sie ist eine **Rechtsfrage** und steht damit nicht im Ermessen der Gefahrenabwehr- und Polizeibehörden (§ 5).
- 43.1 Beispiel:** So kann ein Zwangsgeld auch gegen einen mittellosen Vollstreckungsschuldner in einer dessen Verhältnissen angemessenen Höhe festgesetzt werden, da dieser sich sonst unter Hinweis auf seine Mittellosigkeit seiner Ordnungspflicht entziehen könnte (VG Gelsenkirchen BeckRS 2016, 50004). Etwas anderes gilt nur dann, wenn von vornherein feststeht, dass der Betroffene nicht in der Lage ist, ein solches Zwangsgeld aufzubringen; das Zwangsgeld ist als ein ungeeignetes Beugemittel dann unzulässig (VG Gelsenkirchen BeckRS 2016, 50004).
- 44** Die Zweckförderlichkeit hängt ab vom vorhandenen **gesellschaftlichen Wissen** über die Wirklichkeit (Schlink FS 50 Jahre BVerfG II, 2001, 445 (453)), in der Verwaltungspraxis regelmäßig von der Alltagserfahrung eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten. Die Erkenntnisse der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ mögen hier ein Betätigungsfeld finden (Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts/Voßkuhle, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 29 ff., 32 ff.). Die Eignung unterliegt uneingeschränkt der Kontrolle der Verwaltungsgerichte (OVGE 7, 27 (34); DWVM Gefahrenabwehr 420; Pausch/Dölger PolR Hessen 135). Maßgebend ist wie bei der Entscheidung der Frage auf der Primärebene, ob eine Gefahr vorliegt (§§ 1, 11), die Sicht im Zeitpunkt des Erlasses der Maßnahme, dh die Sicht **ex ante**. Der Umstand, dass sich eine Maßnahme im Nachhinein, dh aus der Sicht **ex post**, als nicht förderlich erweist, stellt die Rechtmäßigkeit der Maßnahme daher nicht in Frage. Eine solche Erkenntnis ist jedoch ein Grund, eine noch andauernde Maßnahme nicht weiter aufrecht zu erhalten (Abs. 3, → Rn. 78).
- 45** Das Erfordernis der Eignung hat eine Dimension in der **Zeit**. Einer Maßnahme kann zur Erreichung des Zwecks nichts mehr beitragen und damit nicht mehr geeignet sein, wenn der Zweck erreicht ist; eine Maßnahme kann die Erreichung des Zwecks zudem dann nicht fördern, wenn sich zeigt, dass sich der Zweck überhaupt nicht erreichen lässt (Kingreen/Poscher POR § 10 Rn. 24). Das HSOG regelt diese Fragen speziell in Abs. 3 (→ Rn. 78).