

1. Kapitel: Rahmenbedingungen des Polizei- und Ordnungsrechts

Das geltende Polizei- und Ordnungsrecht steht vor dem Hintergrund einer langen 1
Entwicklung und hat sich stets neuen Herausforderungen zu stellen, die diese
Entwicklung faktisch wie rechtlich weiter treiben. Rahmenbedingungen für das
Recht bilden die sozialen und normativen Gegebenheiten, unter denen staatliche
Stellen die Rechtspositionen der Bürger schützen und gewährleisten. Ausgangs-
und Ankerpunkt des Polizei- und Ordnungsrechts ist der individuelle Rechtsgüter-
schutz. Dieser erfordert nicht nur die Abwehr von Beeinträchtigungen für Rechts-
güter, sondern zu deren Schutz auch staatliches Tun und organisatorische Vorkeh-
rungen wie die Einrichtung von Polizei- und Ordnungsbehörden.

Die vielfältigen Rechtsgrundlagen des Bundes- und des Landesrechts formen 2
Inhalt und Struktur des Polizei- und Ordnungsrechts. Auf diesen Grundlagen las-
sen sich Grundstrukturen herausarbeiten und begriffliche Abgrenzungen vorneh-
men, die für das Verständnis der weiteren Erörterungen grundlegend sind. Aller-
dings stößt das Bemühen um begriffliche Trennschärfe an Grenzen. Diese folgen
aus der Komplexität des dynamischen Rechtsstoffes und aus der notwendigen Fle-
xibilität des Polizei- und Ordnungsrechts, das schnelle Reaktionen auf unvorher-
gesehene Situationen ermöglichen soll. Das Polizei- und Ordnungsrecht stellt kei-
ne Einheit dar, sondern präsentiert sich in normativer Vielfalt und inhaltlicher
Offenheit. Letztlich werden die Grenzen einer Darstellung aus einem Guss durch
den Gegenstand des Rechtsgebietes selbst gezogen.

Gegenstand des Polizei- und Ordnungsrechts ist die *Gefahrenabwehr*.¹ Die 3
Grundzüge des Rechtsgebietes werden von diesem Zweck und von der Abgren-
zung zu verwandten Rechtsgebieten bestimmt. Dabei sind viele Einzelheiten um-
stritten.² Differenzierungen ergeben sich auch aus den unterschiedlichen landes-
rechtlichen Regelungen, die nicht nur bei den Voraussetzungen einzelner
Befugnisnormen, sondern vor allem bei der Organisation und Zuständigkeit von

¹ § 1 Abs. 1 PolG BW; Art. 2 Abs. 1 BayPAG und Art. 6 Bay LStVG; § 1 Abs. 1 ASOG
Bln; § 1 Abs. 1 Satz 1 BbgPolG und § 1 Abs. 1 BbgOBG; § 1 Abs. 1 Satz 1 BremPolG;
§ 3 HbgSOG; § 1 Abs. 1 Satz 1 HessSOG; §§ 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 SOG MV; § 1
Abs. 1 Satz 1 NdsSOG; § 1 Abs. 1 Satz 1 PolG NW und § 1 Abs. 1 OBG NW; § 1 Abs. 1
Satz 1 POG RP; § 1 Abs. 2 SaarlPolG; § 1 Abs. 1 Satz 1 SächsPolG; § 1 Abs. 1 Satz 1
SOG LSA; § 162 Abs. 1 LVwG SH; § 2 Abs. 1 Satz 1 ThürPAG und § 2 Abs. 1 Thür-
OBG.

² Vgl. Gusy, POR, Rn. 2.

Behörden und der Vernetzung mit dem sonstigen Landesrecht vielfache Unterschiede aufweisen.

1. Grundzüge, Kategorien und aktuelle Entwicklungen

- 4 Das Polizei- und Ordnungsrecht wird strukturell gekennzeichnet von dem Umgang mit Informationen und von eingreifenden Maßnahmen der Behörden. Die Eingriffe in die Rechtssphäre der Betroffenen dienen nicht der Sanktion, sondern der Prävention, weil der Eintritt von Gefahren verhindert werden soll. Ziel ist es, die Bürgerinnen und Bürger vor Beeinträchtigungen ihrer Rechtssphäre zu schützen, indem nicht erst Schäden abgewartet, sondern bereits Gefahren bekämpft und dadurch Schäden verhütet werden.³
- 5 Das *allgemeine* Polizei- und Ordnungsrecht beinhaltet die allgemeinen Vorschriften und Grundsätze der Gefahrenabwehr.⁴ Regelungen über die Gefahrenabwehr in einem bestimmten Sachbereich sind Gegenstand des *besonderen* Polizei- und Ordnungsrechts. Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung fand eine immer stärker werdende Ausdifferenzierung statt, die zur gegenwärtigen Vielfalt an Regelungen zur Gefahrenabwehr geführt hat. Die Abwehr von Gefahren durch Versammlungen regelt das Versammlungsgesetz, umweltrechtliche Gefahren betrifft etwa das Bundes-Immissionsschutzgesetz, baurechtliche Gefahren bekämpfen die Landesbauordnungen.⁵ Falls die Spezialregelungen Lücken aufweisen, kann auf die allgemeinen Grundsätze zurück gegriffen werden. So enthält das (Bundes-) Versammlungsgesetz keine Bestimmungen über die Verantwortlichkeit bestimmter Personen, weshalb insoweit die Regelungen des jeweiligen Landespolizeirechts herangezogen werden müssen.⁶
- 6 Unter *materiellem* Polizei- und Ordnungsrecht werden die Bestimmungen über die Aufgaben und Befugnisse verstanden. Demgegenüber umfasst das *formelle* Polizei- und Ordnungsrecht die Organisation der Behörden und damit ihre Zuständigkeiten sowie die Formen polizeilichen Handelns.⁷
- 7 *Verwandte Rechtsgebiete* sind auf der einen Seite das Strafrecht und Strafprozessrecht, die das Verhängen von Sanktionen und weitere staatliche Reaktionen nach einer Straftat betreffen.⁸ Auf der anderen Seite kann das Polizei- und Ordnungsrecht von verwaltungsrechtlichen Spezialmaterien wie dem Umwelt- oder Versammlungsrecht abgegrenzt werden, deren historischer Vorläufer es ist. Die speziellen verwaltungsrechtlichen Sachgebiete haben sich bei ihrem Entstehen und in ihrer Entwicklung an dem insoweit allgemeineren, weil grundsätzlich jede Ge-

³ Zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen 5. Kapitel Rn. 1 ff.

⁴ Vgl. BVerfGE 109, 190 (215).

⁵ Knemeyer, POR, Rn. 476 ff; s. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, § 11, Ziff. 2.

⁶ Dietel/Gintzel/Kniesel, Versammlungsgesetz, § 1 Rn. 249.

⁷ Schenke, POR, Rn. 22.

⁸ Zum Begriff des Strafrechts BVerfGE 109, 190 (212 f.).

fahr betreffenden Polizei- und Ordnungsrecht orientiert. Da sie die Bekämpfung spezieller Gefahren betreffen, z.B. Gefahren für die Umwelt, haben sie die polizeirechtlichen Instrumentarien allerdings sachbezogen weiter entwickelt und zum Teil eigene Instrumente entwickelt.

Die *jüngeren Entwicklungen* des Polizei- und Ordnungsrechts haben die Abgrenzung zum Strafrecht und Strafprozessrecht erschwert, weil die *Aufgaben* der Polizeibehörden im Vorfeld des Eintretens einer konkreten Gefahr erweitert wurden.⁹ An die Seite der Gefahrenabwehr sind die Aufgaben getreten, die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten zu betreiben und Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten zu treffen (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NW), wobei die Zuordnung der Gefahrenvorsorge zum Polizeirecht oder zum Recht der Strafverfolgung¹⁰ umstritten ist.¹¹

Diese Erweiterungen des Aufgabenkreises stehen in einem engen Zusammenhang mit den erweiterten Möglichkeiten, über welche die Polizeibehörden aufgrund der *Digitalisierung* von Informationen und Informationsübermittlung verfügen. Zwar war das Sammeln von Informationen schon immer ein wichtiger Teil der Polizeiarbeit, durch die modernen Kommunikationstechniken ist aber das Erheben und Verarbeiten von personenbezogenen Daten zum zentralen Schwerpunkt der polizeilichen Tätigkeit geworden (vgl. § 1 Abs. 5 Satz 2 PolG NW).¹² Das Polizeirecht der Informationsgesellschaft besteht zu großen Teilen aus Informationsverarbeitung und Informationseingriffen (vgl. §§ 8a ff. MEPolG).¹³ Zwingende Folge ist die steigende Bedeutung des Datenschutzes, der in den polizeirechtlichen Gesetzen selbst umfassend geregelt ist (z.B. §§ 29 ff. BPolG; §§ 22 ff. PolG NW; §§ 37 ff. PolG BW; §§ 10a ff. MEPolG).

Dabei stehen innerstaatliche Gesetze zwar im Vordergrund, aber die Einbindung polizeilichen Handelns in *internationale* und insbesondere *europäische Zusammenhänge* verdient besondere Beachtung.¹⁴ Die Europäisierung der gesamten innerstaatlichen Rechtsordnung hat auch das Polizei- und Ordnungsrecht erfasst. Institutionell verkörpert das Europäische Polizeiamt Europol die Verbindung von Informationsverarbeitung und Datenschutz auf europäischer Ebene.¹⁵ Eines der beherrschenden Themen ist national, vor allem aber auch international die Bekämpfung des Terrorismus, die eine Bewährungsprobe für das Verhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit auf der Grundlage rechtsstaatlicher Prinzipien bildet.

⁹ Vgl. Waechter, JZ 2002, 854 (855).

¹⁰ S. BVerfGE 113, 348; dazu Gusy, NdsVBl. 2006, 65.

¹¹ Dazu 5. Kapitel Rn. 172 ff. Eingehend Albers, Straftatenverhütung, S. 121 ff.; Aulehner, Informationsvorsorge, S. 47 ff.; Möstl, DÖV 2007, 581 Zur unterschiedlichen Verwendung der Begriffe in den Landesgesetzen Rachor, in: Lisken/Denninger, F Rn. 164 ff.

¹² Kugelman, DÖV 2003, 781 (783); Kutscha, LKV 2008, 481; Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 24 ff.

¹³ S.u. 7. Kapitel Rn. 1 ff.

¹⁴ S.u. 14. und 15. Kapitel.

¹⁵ Zu Europol s.u. 14. Kapitel Rn. 132 ff.

2. Gefahrenabwehr durch Polizei- und Ordnungsbehörden

- 11 Das Polizei- und Ordnungsrecht ist im Kern das *Recht der Gefahrenabwehr*. Sein Ziel ist es, Gefahren für Rechtsgüter abzuwehren, also Störungen zu beseitigen und den Eintritt von weiteren oder neuen Schäden zu verhindern. Herkömmlich wird diese Aufgabe auch als Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezeichnet.¹⁶ Diese Aufgabenbeschreibung liegt allen landesrechtlichen Regelungen zu Grunde.¹⁷

- 12 **Beispiel:**
Der A fällt zwei Polizeibeamten auf, weil er mehrere Minuten vor der Schaufensterscheibe eines Uhren- und Schmuckgeschäfts in der Innenstadt steht und dabei einen Schraubenschlüssel in der Hand hat. Die Beamten halten ihn an, um die Personalien festzustellen. Rechtsgrundlage für die Identitätsfeststellung ist das Landespolizeigesetz, das den Polizeibeamten die Befugnis zur Feststellung der Personalien gewährt (z.B. § 12 PolG NW). Zweck ist es, eine Verletzung von Rechtsnormen, die Eigentum schützen zu verhindern und damit die Allgemeinheit zu schützen.

- 13 Nun können in einer derartigen Situation weitere Verdachtsmomente auftauchen: der A riecht nach Alkohol, er trägt einen Schlagring bei sich oder der Rauschgifthund schlägt an. Darin kann die Verletzung von Rechtsnormen liegen, wodurch eine Störung bereits eingetreten ist, oder die Verletzung von weiteren Rechtsnormen kann drohen. Sowohl der eingetretene Schaden wie die Abwehr des Eintretens von zukünftigen Schäden rechtfertigen weitere Maßnahmen der Polizei. Die Befragung, die Durchsuchung der Person oder die erkennungsdienstliche Behandlung sind eingreifende Maßnahmen, sie greifen in die Rechtssphäre der angehaltenen Person ein. Für jede eingreifende Maßnahme ist aufgrund des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts eine Rechtsgrundlage erforderlich, die rechtmäßig angewendet werden muss.¹⁸ Im Fall des Nichtbestehens einer Rechtsgrundlage oder ihrer fehlerhaften Anwendung ist die jeweilige Maßnahme rechtswidrig. Rechtsschutz gegen die Maßnahme muss gewährleistet sein.

- 14 **Klausurtyp¹⁹:** Das Thema studentischer Klausuren oder Hausarbeiten im Polizei- und Ordnungsrecht ist regelmäßig die rechtliche Prüfung von Maßnahmen der Polizei- und Ordnungsbehörden auf ihre Rechtmäßigkeit.²⁰

¹⁶ Der Begriff der öffentlichen Ordnung als Rechtsbegriff bedarf allerdings verfassungskonformer Beschränkungen, dazu 5. Kapitel Rn. 76 ff.

¹⁷ S. Fn. 1.

¹⁸ Zum Gesetzesvorbehalt BVerfGE 49, 89 (126 f.); Gusy, JA 2002, 610 (612 f.); Voßkuhle, JuS 2007, 118.

¹⁹ Zur Methodik der Fallbearbeitung vgl. Haug, Staats- und Verwaltungsrecht, Fallbearbeitung, Übersichten, Schemata, 7. Aufl. 2008; Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. Aufl. 2008; Tettinger/Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 4. Aufl. 2009.

²⁰ Näher zur Fallbearbeitung unten 1. Kapitel Rn. 80 ff.

Die Polizei- und Ordnungsbehörden sind Teil der staatlichen Verwaltung und unterliegen damit den Anforderungen der von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG geforderten Gewaltentrennung.²¹ Das Verhältnis der vollziehenden Gewalt zur *Rechtsprechung* ist dadurch gekennzeichnet, dass die Verwaltung die Gesetze ausführt, während die Rechtsprechung das Recht im Streitfall auslegt und die Rechtsanwendung kontrolliert. Beides betrifft grundsätzlich den Einzelfall. Maßnahmen der Polizei unterliegen der Rechtmäßigkeitskontrolle. Die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes ist in Art. 19 Abs. 4 GG verankert.²² Daher ist die Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle verfassungsmäßig zwingend.²³

Das Verhältnis der Polizei zur *Gesetzgebung* weist strukturell stärkere Spannungen auf, weil die Polizei auch Gesetze durchführen muss, die unpopulär oder gar unsinnig sind. Denn unsinnige Gesetze für unanwendbar erklären oder gar verwerfen, kann nur die Rechtsprechung. Allerdings verfügt die Verwaltung über Spielräume bei der Gesetzesanwendung, die einen vernunftgeleiteten Vollzug erlauben. Diese Spielräume finden ihre Grenze aber am Wortlaut und Sinn der Gesetze. Die Verwaltung muss Recht vollziehen. Sie darf es nicht kontrollieren und sich auch nicht an die Stelle des demokratisch legitimierten Gesetzgebers setzen.

Gerade für die Polizei- und Ordnungsbehörden kann diese Spannungslage zu Erschwerungen der praktischen Arbeit führen. Denn sie verfügen über weit reichende Zwangsbefugnisse bis hin zum Einsatz von Gewalt. Da sie diese Befugnisse zur Rechtsdurchsetzung nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einsetzen können, treten sie den Bürgern gegenüber als sichtbare Verkörperung staatlicher Hoheitsgewalt auf und ziehen sich gegebenenfalls deren Unmut zu. Fehler der Politik oder anderer Behörden in der Erkennung oder Bewältigung sozialer Probleme können auf die Polizei zurück fallen.

Die gesellschaftliche Diskussion über Nutzen und Gefahren der Kernenergie wurde und wird kontrovers geführt. Aufgabe der Polizei ist es aber, das geltende Recht zu verwirklichen. Dies gilt unabhängig davon, ob es auf die Förderung der Kernenergie oder, wie seit der Änderung des Atomgesetzes im Jahr 2002, auf den Ausstieg aus der Kernenergie angelegt ist.²⁴ Werden Laufzeitverlängerungen für Kernkraftwerke beschlossen (wie im Jahr 2010) und wieder teils zurückgenommen (wie im Jahr 2011) oder würde die Zwecksetzung des Atomgesetzes erneut vollständig geändert, wäre auch das eine Konsequenz aus der Wahlentscheidung in der Demokratie, die von den Polizei- und Ordnungsbehörden nachvollzogen werden müsste. Der Transport abgebrannter Brennstäbe in Wiederaufarbeitungsanlagen oder Zwischenlager (wie die sog. Castor-Transporte) muss von der Polizei gesichert werden. Fehlt es an Akzeptanz in Teilen der Bevölkerung, so hat die Po-

²¹ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR, § 2, Rn. 47 ff.

²² BVerfGE 35, 263 (274); 41, 23 (26); 60, 253 (269).

²³ BVerfGE 40, 272 (274 f.); s. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19, Rn. 22, 35a.

²⁴ Nach Art. 1 Ziff. 1 des AtG ist Zweck des Gesetzes, die Nutzung der Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität geordnet zu beenden und bis zum Zeitpunkt der Beendigung den geordneten Betrieb sicherzustellen. Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22.4.2002, BGBl. I 2002, S. 1351.

15

16

17

18

lizei dennoch ihre Aufgaben zu erfüllen. Jedoch kann die Rechtsdurchsetzung in Situationen des aktiven Widerstands von Bürgern auch dazu führen, dass in der Polizei selbst Unmut über die Politik entsteht, die ihr eine derartige Rechtsdurchsetzung abverlangt.²⁵ Der mit den Demonstrationen gegen den Umbau des Stuttgarter Bahnhofs, dem Projekt „Stuttgart 21“, verbundene Polizeieinsatz hat für intensive Diskussionen gesorgt. Die Polizeikräfte gerieten insbesondere wegen ihres teils überzogenen Vorgehens zum Schutz der Arbeiten im Stuttgarter Schlosspark in die Kritik von Teilen der Öffentlichkeit.

- 19 Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben nicht nur Gesetzesänderungen nachzuvollziehen, sondern sie müssen auch Änderungen in der Rechtsprechung berücksichtigen.

20 **Beispiel:**

Nach Art. 104 Abs. 2 GG (und Art. 5 EMRK) darf eine Freiheitsentziehung nur aufgrund einer richterlichen Entscheidung vorgenommen werden.²⁶ Erfolgt die Freiheitsentziehung aufgrund nicht-richterlicher Anordnung, z.B. durch die Polizei, muss eine Entscheidung des Richters unverzüglich herbeigeführt werden. Diese verfassungsrechtliche Regelung der Unverzüglichkeit wurde offenbar in manchen Gerichtsbezirken dadurch teilweise ausgehebelt, dass an Wochenenden oder Feiertagen kein richterlicher Notdienst bestand und daher eine richterliche Entscheidung erst mit zeitlichem Abstand, etwa am nächsten Werktag, eingeholt werden konnte. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 20. Februar 2001 entschieden, dass es verfassungsrechtlich geboten ist, organisatorische Voraussetzungen für eine zeit- und sachangemessene Wahrnehmung der richterlichen Zuständigkeit zu schaffen.²⁷ Die verfassungswidrige Praxis musste dort, wo sie herrschte, geändert werden.

- 21 *Zuständig* zur Abwehr von Gefahren für von der Rechtsordnung geschützte Rechtsgüter sind sowohl die Polizeibehörden wie die Ordnungsbehörden, die abhängig vom Landesrecht auch als Sicherheitsbehörden (z.B. in Bayern), Gefahrenabwehrbehörden (z.B. in Hessen) oder Verwaltungsbehörden (z.B. in Niedersachsen) bezeichnet werden.²⁸ Die Polizeibehörden treten dem Bürger gegenüber typischerweise als uniformierte Polizei auf. Sie verkörpern damit auch nach außen, dass ihre Aufgabe in der Gewährleistung von Sicherheit besteht, die optische Präsenz umfasst. Ihr Tun betrifft auch Eilfälle und erfordert, wie das obige Beispiel zeigt, Flexibilität in der Auswahl von Maßnahmen und deren Umsetzung. So kommen die Regelungen des Verwaltungsverfahrens in den Ausprägungen zur Anwendung, die Ausnahmecharakter tragen, wie etwa zum Absehen von der Anhörung (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) oder zum Fehlen der schriftlichen Begründung (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG). Hintergrund ist der Zeitfaktor, da polizeiliches Handeln von großer Schnelligkeit geprägt sein kann.

²⁵ Gusy, PolR, Rn. 10.

²⁶ Einzelheiten im Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, FEVG (Sartorius Nr. 617).

²⁷ BVerfGE 105, 239 (248 f.); s. auch BVerfGE 103, 142 (152 f., 156).

²⁸ S.u. 4. Kapitel Rn. 48 ff.

Demgegenüber nehmen Ordnungsbehörden ihre Aufgaben des Rechtsgüterschutzes grundsätzlich mit den Mitteln der allgemeinen Verwaltung wahr. Sie treten dem Bürger in aller Regel schriftlich entgegen, indem sie z.B. Verwaltungsakte erlassen und den entsprechenden Bescheid dem Betroffenen zustellen. Dies bedingt die Anwendung der allgemeinen Regeln über das Verwaltungsverfahren, z.B. über die Beratung (§ 25 VwVfG), die Anhörung Beteiligter (§ 28 VwVfG) und deren Akteneinsicht (§§ 29, 30 VwVfG) oder die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes (§ 41 VwVfG). Ordnungsbehördliches Handeln ist in aller Regel zeitlich gestreckt und trägt den typischen Charakter verwaltungsbehördlicher Abläufe.

Beispiel:

Die zuständige städtische Ordnungsbehörde ordnet an, dass der Anlagenbetreiber A, der eine Lackiererei betreibt, neue Filter in den Rauchabzug seiner Anlage einbauen muss. Rechtsgrundlage ist § 17 BImSchG, der nachträgliche Anordnungen bei bereits errichteten Anlagen ermöglicht. Die Behörde hat alle verfahrensrechtlichen Anforderungen einzuhalten und die Rechte des A zu wahren, um im Ergebnis einen rechtmäßigen Bescheid zu erlassen, der dem A ordnungsgemäß zugestellt werden muss.

Klausurtyp: Typische Erscheinungsformen des Handelns der Polizei- und Ordnungsbehörden dürfen nicht ohne weiteres verallgemeinert und ungeprüft auf jede Fallkonstellation angewandt werden. Gerade in studentischen Übungsarbeiten wird oft nach dem untypischen Fall gefragt, um nicht nur das Wissen, sondern auch oder gerade die Transferfähigkeit der Bearbeiter zu testen.

Das *Verständnis von Gefahrenabwehr* ist Unklarheiten unterworfen, weil sich die Auffassungen von den zu schützenden Rechtsgütern wandeln könne. Sowohl die Frage, ob ein Rechtsgut schützenswert ist, als auch die Frage, welche Wichtigkeit dieser Schutz hat, werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlichen Gesellschaften auch unterschiedlich beantwortet.

Der Umweltschutz stellt erst seit dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts auf breiter Linie ein rechtlich beachtliches Ziel dar, wie seine Aufnahme in das Grundgesetz mit Art. 20a im Jahr 1994 beweist.²⁹ Ob zur Abwehr von Gefahren durch den Terrorismus Einschränkungen individueller Rechte gerechtfertigt sind und wie weit diese Einschränkungen gehen sollen, hängt von der Bewertung des Verhältnisses der betroffenen Rechtsgüter in einer konkreten Situation ab. Unsicherheiten über das zu erreichende Ziel bewirken Unsicherheiten über die anzuwendenden Mittel.

Die meisten Landesgesetze verstehen unter Gefahrenabwehr den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.³⁰ Der Zweck der Gefahrenabwehr besteht im

²⁹ Gesetz vom 27.10.1994, BGBl. I S. 3146.

³⁰ Vorschriften in Fn. 1. In Bremen (§ 1 Abs. 1 BremPolG) und Schleswig-Holstein (§ 162 Abs. 1 LVerwG SH) ist die „öffentliche Ordnung“ kein Bestandteil der Aufgabenzuweisungsnorm. In Nordrhein-Westfalen ist der Schutz der „öffentlichen Ordnung“ nach einer Änderung des Polizeigesetzes im Jahr 2010 nicht mehr nur Aufgabe der Ordnungsbehörden, sondern auch der Polizei (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PolG, § 1 Abs. 1 OBG NW).

Schutz der öffentlichen Sicherheit, also insbesondere der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung.³¹ Die vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber geschaffene und ausgestaltete Rechtsordnung soll in ihrer Integrität verteidigt werden. In diesem Zusammenhang ist die Bedeutung umstritten, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung zukommt.³²

- 28 Die Aufgabe der Polizei- und Ordnungsbehörden, Gefahrenabwehr zu betreiben, muss zudem vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Polizei- und Ordnungsbehörden daneben auch andere Aufgaben wahrnehmen. Praktisch bedeutsam und auch klausurtechnisch relevant ist insbesondere die Unterscheidung zwischen der polizeilichen Tätigkeit zur Gefahrenabwehr und der Tätigkeit der Strafverfolgung.

3. Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

- 29 Die Polizei handelt nicht nur aufgrund von Polizeigesetzen, sondern auch aufgrund ihrer Befugnisse zur Strafverfolgung (§ 163 Abs. 1 Satz 1 StPO). Während Maßnahmen der Ordnungsbehörden regelmäßig eindeutig der Verwaltungstätigkeit aufgrund der entsprechenden Rechtsgrundlagen zuzuordnen sind, kann eine Maßnahme der Polizeibehörde aufgrund unterschiedlicher Zwecke ergehen. Wird der Zweck der Gefahrenabwehr verfolgt, trägt die Maßnahme polizeirechtlichen Charakter und ist an den polizeirechtlichen Gesetzesgrundlagen zu messen. Wird dagegen mit der Maßnahme der Zweck der Strafverfolgung verfolgt, ist Rechtsgrundlage die Strafprozessordnung.

3.1. Polizeiliche Befugnisse zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- 30 Die Strafprozessordnung und die Polizeigesetze enthalten vielfach *parallele Ermächtigungsnormen*. Eine Wohnungsdurchsuchung, eine Identitätsfeststellung oder eine erkennungsdienstliche Behandlung können zur Strafverfolgung ebenso notwendig sein wie zur Gefahrenabwehr. Obwohl sich teils auch die Voraussetzungen für die Maßnahmen ähneln, hat die Unterscheidung doch erhebliche rechtliche Folgen, insbesondere für die Frage, wer die Maßnahme verantwortet und wie der Rechtsschutz ausgestaltet ist.³³
- 31 Bei der Strafverfolgung wirkt die Polizei mit der Staatsanwaltschaft zusammen, die das Ermittlungsverfahren lenkt (§ 161 StPO).³⁴ Für die Verwirklichung besonders einschneidender Maßnahmen bedarf es einer gerichtlichen Anordnung. Verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben ist die Notwendigkeit einer richterlichen

³¹ Dazu 5. Kapitel Rn. 35 ff.

³² Dazu 5. Kapitel Rn. 76 ff.

³³ Dazu unten 1. Kapitel Rn. 54 ff.

³⁴ *Hellmann*, Strafprozeßrecht II, § 3, Rn. 1; *Meyer-Goßner*, StPO, § 163, Rn. 3 und 17.

Anordnung für die Durchsuchung von Wohnungen (Art. 13 Abs. 2 GG) und für die Zulässigkeit und Fortdauer von Freiheitsentziehungen (Art. 104 Abs. 2 GG). Notkompetenzen werden der Polizei im Fall der Unerreichbarkeit von Staatsanwaltschaft und Gericht eingeräumt, falls Gefahr in Verzug ist (z.B. § 98 Abs. 1 Satz 1, § 105 Abs. 1 Satz 1, § 111 e Abs. 1 Satz 2 StPO).³⁵

Die Befugnisse nach der StPO sind insbesondere hinsichtlich der *Informations-erhebung* auch und gerade in grundrechtlich sensiblen Bereichen erweitert worden.³⁶ An die Seite der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten nach § 81a StPO ist die DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) an dem durch die körperliche Untersuchung gewonnenen Material getreten (§ 81e StPO). Einen weiteren Eingriff stellt die Entnahme von Körperzellen zu dem Zweck dar, DNA-Identifizierungsmuster festzustellen und sie in künftigen Strafverfahren zu verwenden (§ 81g StPO).³⁷ Das Bundesverfassungsgericht sieht darin Strafprozessrecht.³⁸ Die Daten werden zentral in einer Datei beim BKA gespeichert (§ 81g Abs. 5 StPO i.V.m. § 8 Abs. 6 BKAG).

Die Überwachung des Fernmeldeverkehrs (§§ 100a, 100b StPO) beinhaltet die Befugnis, Auskünfte von Unternehmen der Telekommunikation über Verbindungsdaten zu verlangen (§§ 100g StPO).³⁹ Gegenstand der Ermittlungen sind dabei insbesondere die mobile und die computergestützte Kommunikation, also Mobiltelefon und Internetverbindungen. In diesen Kontext gehören auch die Befugnisse zum heimlichen Herstellen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen (§ 100h StPO) sowie hinsichtlich des Abhörens und Aufzeichnens des gesprochenen Wortes (§ 100c StPO).⁴⁰ Soweit § 100g Abs. 1 S. 1 StPO die Erhebung von gespeicherten Daten nach § 113a TKG zulässt (sog. Vorratsdatenspeicherung), ist die Vorschrift nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 mit Art. 10 Abs. 1 GG unvereinbar und insoweit nichtig (dazu s.u. 7. Kap. Rn. 179 ff.).⁴¹

Parallele Sonderregeln enthält das *Ordnungswidrigkeitenrecht*,⁴² das ansonsten nach den Regeln der StPO durchzuführen ist (§ 46 Abs. 1 OWiG). Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 OWiG gehört es zu den Aufgaben der Polizei, nach pflichtgemäßem Ermessen Ordnungswidrigkeiten zu erforschen und dabei alle unaufschiebbaren Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Während also bei der Strafverfolgung das Legalitätsprinzip gilt und die Polizei tätig werden

³⁵ Str.; so *Schäfer*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 98, Rn. 31, 43; § 105, Rn. 21 und § 11e Rn. 3; a.A. *Meyer-Göfner*, StPO, § 98, Rn. 6f; § 105, Rn. 2 und § 111e, Rn. 3, der die Zuständigkeit der Polizei neben der Staatsanwaltschaft im Fall der Unerreichbarkeit des Gerichts bejaht.

³⁶ *Knemeyer*, POR, Rn. 405 f.

³⁷ S.u. 5. Kapitel Rn. 223, 225.

³⁸ BVerfG (3. Kammer des 1. Senats), DVBl. 2001, 454.

³⁹ BVerfGE 125, 260.

⁴⁰ Neu gefasst durch das Gesetz vom 24. Juni 2005 zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004, BGBl. I, S. 1841.

⁴¹ BVerfG, NJW 2010, 833 = DVBl. 2010, 503 = JZ 2010, 611.

⁴² *Schenke*, POR, Rn. 428 ff.

32

33

34

muss, greift im Ordnungswidrigkeitenrecht das Opportunitätsprinzip, wonach die Polizei eingreifen kann, aber in Ausübung ihres Ermessens nicht eingreifen muss. Soweit das OWiG der Polizei keine speziellen Befugnisse einräumt, hat sie die Befugnisse nach der StPO (§ 53 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 OWiG).

- 35** Im Gegensatz zur Strafverfolgung liegt die vorrangige Zuständigkeit zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten bei der Verwaltungsbehörde (§ 35 OWiG). Die Staatsanwaltschaft übernimmt die Verfolgung nur, wenn sie eine Straftat verfolgt, die mit der Ordnungswidrigkeit zusammenhängt (§ 42 OWiG). Im Bußgeldverfahren verfügt die Verwaltungsbehörde über dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten (§ 46 Abs. 2). Polizeibeamte, welche die Befugnisse der Verwaltungsbehörde im Außendienst wahrnehmen, können Verwarnungen aussprechen und ein Verwarngeld erheben (§§ 56-58 OWiG).
- 36** Vorschriften über einzelne Ordnungswidrigkeiten finden sich im OWiG selbst, etwa § 117 OWiG über unzulässigen Lärm, worunter auch Geräusche einer nächtlichen studentischen Party fallen können. Nach § 118 OWiG handelt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Dieser weite Tatbestand ist verfassungskonform auszulegen.⁴³ Er kann ein diskriminierendes Gaststätten-Zutrittsverbot („Kein Zutritt für Neger“) ebenso erfassen wie das missbräuchliche Herbeirufen eines Einsatzwagens der Polizei.⁴⁴
- 37** In Kontakt mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht kommen viele Bürger durch die Begehung von Verkehrsordnungswidrigkeiten nach den §§ 23 ff. des StVG. Neben unmittelbaren gesetzlichen Regelungen wie dem § 24a StVG über den zulässigen Alkoholgehalt im Blut sind die auf der Grundlage des Straßenverkehrsgesetzes ergangenen Rechtsverordnungen von quantitativ erheblicher Bedeutung, insbesondere die Straßenverkehrsordnung (StVO).
- 38** Vorschriften über Ordnungswidrigkeiten enthalten auch eine Vielzahl von Gesetzen als Schlussbestimmungen, um die Sanktionen bei Verstößen gegen die gesetzlichen Regelungen festzulegen. Eine derartige Regelung ist § 5 des Bundespersonalausweisgesetzes, wonach etwa derjenige ordnungswidrig handelt, der es unterlässt, einen Ausweis auf Verlangen einer zuständigen Stelle vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 PAuswG). Einen Katalog an Ordnungswidrigkeiten beinhalten z.B. auch § 43 BDSG, § 62 BImSchG oder § 53 WaffG, wobei diese Bestimmungen neben Strafvorschriften stehen, die im Fall erheblicherer Rechtsverletzungen stärkere Sanktionen zulassen.
- 39** Die Vielfalt an Vorschriften über Ordnungswidrigkeiten stößt an die Grenzen, die durch die Spielräume staatlicher Bußgeldgewalt gezogen sind, denn die Verhängung von Bußgeldern darf nicht zum Selbstzweck werden, sondern muss dazu

⁴³ Da BVerfGE 6, 41 (43) die abgeschaffte Vorgängervorschrift des § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB über „groben Unfug“ für verfassungsgemäß angesehen hat, ist auch die konkretere Regelung des § 118 OWiG verfassungsrechtlich haltbar.

⁴⁴ BGHSt 13, 241.

Polizei- und Ordnungsrecht

Kugelman, D.

2012, XXII, 395 S. 1 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-642-23374-6