

# Einführung

Nachdem im Vorwort bereits etwas zur Idee des Buches gesagt wurde, soll nunmehr in einer Art „**Gebrauchsanleitung**“ erläutert werden, welcher Umgang mit diesem Werk empfohlen wird. Die Darstellung wird bestimmt von der Aufteilung des zu vermittelnden Wissens über das bayerische Polizei- und Sicherheitsrecht in das grundlegende Basiswissen sowie die darauf aufbauende Wiederholung und Vertiefung mittels größerer Fälle.

Der **erste Teil** bringt dem Leser also die nötigen **Grundkenntnisse** näher, nicht aber das volle Detailwissen, wie es sich z. B. in einem Kommentar findet. Denn diese Fülle von Informationen kann ohnehin kaum jemand wirklich im Kopf behalten – und muss es auch überhaupt nicht, denn mit gefestigten Grundkenntnissen verfügt man bereits über das hinreichende Rüstzeug zur Lösung auch komplizierter Fälle. Auf den folgenden Seiten findet sich mithin keine wissenschaftliche „Tiefgründigkeit“ in dem Sinn, dass umfangreiche Texte und Fußnoten jedes denkbare Rechtsproblem ausführlich darstellen. Ziel ist vielmehr die Vermittlung des zum Grundverständnis erforderlichen Wissens. Wer eine bestimmte Frage weiter vertiefen will, greife entweder zu einem der gängigen (im Laufe der Darstellung mehrfach erwähnten) Kommentare bzw. Kompendien oder zu einer der speziellen Quellen, die in den entsprechenden Fußnoten dafür genannt werden. Schon die Erläuterung des Stoffes erfolgt dabei mit Hilfe einiger **Fälle**, die zur besseren Hervorhebung im Schriftbild grau unterlegt sind. Sie dienen der Vertiefung und Veranschaulichung des zuvor abstrakt Erläuterten; zum Teil könnten sie aber durchaus schon Beispiele für typische juristische Klausuren oder Hausarbeiten sein. Wer in diesem Stadium der Beschäftigung mit dem bayerischen Polizei- und Sicherheitsrecht darüber hinaus noch selbst die Falllösung üben möchte (was natürlich zu empfehlen ist), sei auf die einschlägigen Ausbildungszeitschriften verwiesen, die auch dafür zumindest ab und zu „Material“ liefern. Den Abschluss jedes Kapitels bilden **Wiederholungsfragen** zu dem gerade Gelesenen, deren Antworten sich dann mit dem Verweis auf die genaue Textstelle ganz am Ende des Buches finden. Was die **inhaltliche Gliederung** anbetrifft, werden in diesem ersten Teil nach den allgemeinen polizeirechtlichen Grundsätzen die typischen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und deren Vollstreckung und zuletzt noch kurz das besondere Polizei- und Sicherheitsrecht in Gestalt des für die Praxis und das Studium durchaus wichtigen Versammlungsrechts behandelt, das im Bayerischen Versammlungsgesetz geregelt ist.

Im **zweiten Teil** geht es sodann um die gezielte Anwendung und Wiederholung des erlernten Basiswissens durch die Bearbeitung der insbesondere in der universitären Juristenausbildung üblichen **Fälle**. Deren Lösungen werden dabei allerdings in der für ein solches Werk gebotenen, etwas gerafften Form präsentiert; das heißt, um die Darstellung nicht zu überfrachten und ausufernd zu lassen, wird nicht jedes im Fall aufgeworfene Rechtsproblem immer in der für eine Prüfungsarbeit gebotenen Breite erörtert. Von daher bleibt für die eigene Kreativität bei der Ausformulierung immer noch genügend Raum. Außerdem wird teilweise zur angemessenen Verkürzung der Darstellung der in einem juristischen Gutachten an sich „verbotene“ Urteilsstil verwendet, was allerdings ausdrücklich keine „Anstiftung“ zu dessen vermehrtem Gebrauch sein soll! Der Umfang und der Schwierigkeitsgrad der vorgestellten Fälle orientieren sich an dem Standard der bayerischen Universitäten. Demgemäß werden Fälle, die typische Klausuren aus der „Übung im Öffentlichen Recht für Fortgeschrittene“ behandeln, aber auch Sachverhalte präsentieren, die ohne Weiteres eine fünfstündige Examensklausur oder eine Hausarbeit darstellen könnten. Eine Auseinandersetzung damit ist also eine gute Vorbereitung auf

1

2

3

die beiden **juristischen Staatsprüfungen**. Denn nicht nur für das Zweite juristische Staatsexamen spielt das Polizei- und Sicherheitsrecht eine große Rolle. Sie kommt ihm entgegen einer weit verbreiteten Ansicht auch schon im Ersten Examen zu. Dennoch oder gerade deshalb ist das Polizeirecht unter Studierenden nicht besonders beliebt. Dabei ist es ein Rechtsgebiet, das in der Praxis „mitten im Leben spielt“. Das zeigen schon die zumeist nicht der kruden Phantasie des Autors entsprungenen, sondern der Presse und verschiedenen Gerichtsentscheidungen entnommenen Sachverhalte in diesem Buch. Darüber hinaus ist das Polizei- und Sicherheitsrecht ein Teilgebiet des Besonderen Verwaltungsrechts, das hervorragend dafür geeignet ist, die im Staatsrecht, im Allgemeinen Verwaltungsrecht und im Verwaltungsprozessrecht erworbenen Kenntnisse zu vertiefen und auf lebensnahe Fälle anzuwenden. Selbst wenn also in einer Prüfung dieses Rechtsgebiet nicht „drankommen“ sollte, ist die Beschäftigung damit keine verlorene Zeit und Mühe. Das vorliegende Buch richtet sich jedoch, wie im Vorwort erwähnt, auch an **Menschen außerhalb des juristischen Staatsexamenstudienganges**, die mit dem Polizei- und Sicherheitsrecht im Rahmen ihrer praktischen Ausbildung, ihres Studiums oder in der Praxis befasst sind. Auch sie sollen in der folgenden Darstellung Antworten auf die in diesem Rechtsgebiet relevanten Fragen finden. Dazu dient hoffentlich der mit der gewählten Form angestrebte hohe **Praxisbezug** der Ausführungen. Für sie gilt insbesondere: Lassen Sie sich nicht von der Dogmatik und Theorie abschrecken – sie dient (hoffentlich) der Erzielung von gerechten, nachvollziehbaren und eingängigen Ergebnissen in der Praxis und hat daher auch ihre Berechtigung sowie Bedeutung.

- 4 Damit dieses Buch zum gewünschten **Lernerfolg** führt, ist es erforderlich, dass die folgenden Seiten nicht nur „konsumiert“, sondern wirklich **durchgearbeitet** werden. Dazu gehört insbesondere auch, dass die genannten Gesetzesvorschriften parallel **mitgelesen** werden. Als Erfolgskontrolle für diesen Abschnitt dienen die bereits erwähnten Wiederholungsfragen. Bei den Fällen empfiehlt sich nach der Lektüre des Sachverhaltes zunächst ein **eigenständiger Lösungsversuch** zumindest mit Hilfe einer Grobgliederung, auf der alle Prüfungspunkte und die relevanten Probleme des Falles wenigstens stichpunktartig vermerkt werden. Im zweiten Teil kann diese Skizze dann mit der am Ende eines jeden Falles abgedruckten Gliederungsübersicht verglichen werden, welche die Musterlösung anhand des gängigen Gliederungsschemas vorstellt. Am besten sollten die ausformulierten Lösungen erst danach gelesen und nachvollzogen werden. Falls sich dabei noch Kenntnislücken zeigen, können diese mit Hilfe der angegebenen Querverweise auf den ersten Teil und unter Zuhilfenahme der weiteren genannten Quellen geschlossen werden.

# 1. Teil: Die Grundzüge des bayerischen Polizei- und Sicherheitsrechts

## § 1 Der Begriff der Polizei

### I. Die Bedeutung des Polizeibegriffes

Am Beginn der Betrachtung des bayerischen Polizei- und Sicherheitsrechts steht die Frage, was eigentlich unter dem Begriff der „**Polizei**“, die diesem Rechtsgebiet seinen bezeichnenden Namensbestandteil gibt, zu verstehen ist. Eine entsprechende Umfrage in der Bevölkerung hätte heutzutage wohl zum Ergebnis, dass „man“ die Polizei als **Inbegriff der staatlichen Ordnungsmacht** erlebt und sieht, die **im Konfliktfeld mit Individualrechten des Einzelnen** steht. Auch der Gesetzgeber hat dieser Sichtweise Bedeutung zugemessen und etwa in Art. 100 PAG als Folge des sogenannten Zitiergebotes nach Art. 19 I 2 GG bestimmt, dass aufgrund dieses Gesetzes – also durch polizeiliche Maßnahmen nach dem PAG – bestimmte, im Einzelnen dort aufgezählte Grundrechte des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung eingeschränkt werden können. **5**

Bereits dieser Einstieg zeigt, dass die Polizei als Organ des Staates in einem rechtlich sehr sensiblen Bereich „operiert“. Das erklärt ihre **enorme tagespolitische Bedeutung**, macht zugleich aber auch die für jede und jeden (potenziell) immerzu spürbare Rolle deutlich, welche die vom Polizei- und Sicherheitsrecht geregelte Materie in einem modernen Staat wie der Bundesrepublik Deutschland spielt. **6**

### II. Das Spiegelbild der Verfassungsgeschichte

Zum besseren Verständnis des Polizei- und Sicherheitsrechts soll zunächst ein Blick in die Geschichte geworfen werden. Betrachtet man die historische Entwicklung des Polizeibegriffes,<sup>1</sup> so lassen sich verschiedene Zeitepochen mit unterschiedlichen Bedeutungen bzw. Sichtweisen des Wortes „Polizei“ festmachen, die den jeweiligen „Zeitgeist“ bzw. die herrschende Auffassung von der Aufgabe des Staates und den Rechten des Einzelnen in der Verfassungsgeschichte sehr deutlich widerspiegeln: In der **Antike** bezeichnete das griechische Wort „politeia“, auf das sich das heutige Wort „Polizei“ zurückführen lässt, die gesamte Staatsverwaltung, also alle Bereiche staatlichen Handelns. Abgeleitet wurde es von dem Verb „polizein“, das in etwa „miteinander eine Mauer um die Stadt bauen“ bedeutet und damit auf die gemeinsamen Bemühungen aller Staatsbürger zum Schutz des Gemeinwesens vor Gefahren „von außen“ abzielt. Im **Mittelalter** beschrieb der Begriff der „Polizey“ dann in ähnlicher Weise den „Zustand der guten Ordnung des Gemeinwesens“ und damit die gesamte rechtliche Ordnung des Zusammenlebens der Menschen ohne Differenzierung zwischen Öffentlichem und Privatem Recht. Das wird etwa an der so bezeichneten Reichspolizeiordnung von 1530 deutlich, in der sich – um nur einige Beispiele zu nennen – Regelungen zu Monopolen, Zöllen, Gewichten, Preisen und zum Lebensmittelrecht, aber auch zu Fragen, die den erlaubten Luxus, den Beruf, die Religion oder die Sittlichkeit betrafen, in trauter Gemeinschaft mit rechtlichen Bestimmungen über Verträge, die Vormundschaft, den Grundstücksverkehr und die Erbschaft fanden. Die Abwehr von Gefahren stand mithin schon damals **7**

1 Vgl. zur Geschichte des Polizeirechts insgesamt näher *Pauly*; Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin, 2000.

im Mittelpunkt des Begriffes der „Polizei“; es wurde dabei lediglich nicht nach den heutzutage gängigen Rechtsgebieten unterschieden.

- 8 Ein thematisch zumindest etwas stärker auf die heutige Vorstellung **begrenztes Polizeiverständnis** setzte sich erst zur Zeit des **Absolutismus** durch, als sich der Staat organisierte und von seinen Bürgern die bis dahin vornehmlich von diesen selbst erfüllte Aufgabe übernahm, für die Sicherheit nach innen und außen zu sorgen. In diese Periode fiel daher auch das Verbot der zuvor weit verbreiteten (privaten) Rache bzw. Sühne für zugefügte Schäden durch eine Fehde. Nunmehr bildete sich zudem eine stärker ausdifferenzierte staatliche Verwaltung heraus. Unter „Polizei“ verstand man jetzt das Hoheitsrecht des Herrschers, für das Wohl der Allgemeinheit und des Einzelnen mit allen Mitteln zu sorgen. Zu diesen Mitteln gehörte ebenfalls die „Sorge“ mittels Zwanges gegen den Willen des Betroffenen, wenn der Herrscher eine bestimmte Maßnahme für notwendig erachtete. Aus dieser Zeit stammt daher auch das „böse“ Wort des **Polizeistaates**, der ohne Gewaltenteilung, ohne Bindung des Herrschers an Recht und Gesetz und ohne große Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen<sup>2</sup> gegebenenfalls bevormundend für den Schutz und das Wohlergehen der Untertanen sorgte. Wichtig ist dabei vor allem, dass zu diesem Schutz auch die (notfalls sogar zwangsweise durchgesetzte) Sorge um die Wohlfahrt des einzelnen Menschen gehörte – ein Bereich, der heute regelmäßig der Leistungsverwaltung durch den Staat in Form der Sozialhilfe bzw. -fürsorge und nicht mehr der notfalls mit Zwangsmitteln handelnden Polizei zugerechnet wird.
- 9 In der folgenden Zeit setzte eine Art „Wellenbewegung“ hinsichtlich der Reichweite des Polizeibegriffes ein: Nach dessen noch sehr weiten Interpretation mit entsprechend umfangreichen Zugriffsrechten des Herrschers bzw. „seines“ absolutistischen Staates brachte die Zeit der **Aufklärung** eine Beschränkung des Aufgabengebietes der Polizei mit sich, das nun deutlicher auf staatliche Belange (heute würde man von „öffentlich-rechtlichen Zielrichtungen“ sprechen) als etwa im Mittelalter (s. oben Rn. 7) bezogen war. „Polizei“ meinte nunmehr wieder nur die **Gefahrenabwehr**. Der jetzt postulierte und im Lauf der folgenden Jahre und Jahrzehnte mit regionalen Unterschieden auch mehr oder weniger durchgesetzte liberale bürgerliche Rechtsstaat verfolgte keine Wohlfahrtzwecke mehr mit (Polizei-)Gewalt. Deutlich wird dieses gewandelte Verständnis von der Aufgabe der Polizei etwa in § 10 Teil 2 Titel 17 des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten (ALR) vom 1.6.1794, wo es heißt: „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey.“
- 10 Mit dem Beginn der Ära der sogenannten **Restauration** ging sodann aber wieder die Rückkehr zu dem aus der Zeit des Absolutismus (vgl. Rn. 8) bekannten Polizeistaat einher, wie etwa die preussische Polizeiverordnung von 1808 belegt, die erneut den Wohlfahrtsgedanken enthält: „Die Fürsorge wegen des Gemeinwohls unserer getreuen Untertanen sowohl in negativer als in positiver Hinsicht ... [ist Aufgabe der Polizei]“. Doch auch bei dieser Rückwärtsbewegung blieb es nicht für immer. Eine erneute Zurückdrängung des weiten Polizeiverständnisses ist allerdings erst ab der **Mitte des 19. Jahrhunderts** in Süddeutschland zu beobachten. Ein gutes Beispiel dafür ist das Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1862. In Preußen vollzog sich dieser Schritt später ab etwa 1875. Von dort stammen auch die sogenannten **Kreuzbergurteile** von 1880 bzw. 1882, die bis heute bedeutsam geblieben sind.<sup>3</sup> Ihnen lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach einer vor Gericht angegriffenen Polizeiverordnung

2 Als wichtigen Spruchkörper der Justiz gab es damals nur das Reichskammergericht in Wetzlar, das der einzelne Bürger jedoch überhaupt nicht ohne Weiteres mit seinen Klagen anrufen konnte.

3 *PrOVGE* 9, 353 ff.; erneut abgedruckt in DVBl. 1985, 216 ff.

durften die Bauten rings um das nationale Kriegerdenkmal auf dem Berliner Kreuzberg nur so hoch sein, dass die Aussicht auf das und von dem Denkmal nicht beeinträchtigt wurde. Das preußische Oberverwaltungsgericht entschied in damals gleichsam bahnbrechender Weise, die Aufgabe der Polizei und damit auch der Gegenstand der Polizeiverordnungen ergebe sich abschließend aus § 10 Teil 2 Titel 17 ALR (Rn. 9) und möglich, dabei zum Teil sehr weitreichenden spezialgesetzlichen Aufgabenzuweisungen; er umfasse aber nicht die Art und Höhe der Bebauung zum Schutz von Denkmälern. Damit wurden die Aufgaben der Polizei wieder stark auf den zur Zeit der Aufklärung erreichten Stand eingeschränkt. Die eigentliche „Sozialgestaltung“ erfolgte nunmehr erneut nur durch den allgemeinen Gesetzgeber im gewaltenteiligen Staat.

Doch auch mit diesem Fortschritt war die Entwicklung des Polizeibegriffes noch nicht zu Ende. Die **Gewaltherrschaft der Nationalsozialisten** fußte unter anderem auch auf einem (all-)mächtigen Staatsapparat. Die dazu etablierte zentralistische Organisation der Polizei diente der Erziehung des Volkes zur „Volksgemeinschaft“ in Abhängigkeit von der allgegenwärtigen nationalsozialistischen Partei. Aufgabe der Polizei war nun auch (wieder) die „Sicherung der Volksordnung gegen innere Störungen und Zerstörungen“.<sup>4</sup> Damit war die Polizei von einem an Recht und Gesetz gebundenen Staatsorgan unter anderem zur Gefahrenabwehr zu einem Unterdrückungs- und Machtinstrument der nationalsozialistischen Partei geworden. **11**

Gerade auch unter dem Eindruck dieser zuvor nicht für möglich gehaltenen Perversion des Rechts, des Staates und seiner Organe ist die Entwicklung des Polizeibegriffes in der **Nachkriegszeit** zu sehen. In Bayern begrenzte die zuständige amerikanische Besatzungsmacht die Aufgaben der Polizei und entzog ihr insbesondere die bisherigen verwaltungspolizeilichen Aufgaben (die sogenannte **Entpolizeilichung** der Verwaltung). Im Rahmen der Gefahrenabwehr war sie fortan nur noch für die eiligen Fälle zuständig, die meist besondere Mittel (z. B. auch den Einsatz von körperlicher Gewalt oder Waffen) erforderten. Darüber hinaus sollte der zuvor „monolithische Organisationsblock“ der Polizei dadurch in seiner Macht geschwächt werden, dass sie **dezentralisiert** wurde. Hierzu wurden auf der Ebene der (größeren) Kommunen in Bayern 150 selbstständige Polizeiorganisationen gebildet. Heute ist allerdings aus Gründen der Kostenersparnis und der „Stringenz“ wieder der Freistaat der alleinige Rechtsträger der Polizei (vgl. Art. 1 II POG). **12**

Seit der damals letzten umfangreichen Neufassung des bayerischen PAG im Jahre 1978 (in der Bekanntmachung vom 14.9.1990) wurden über Jahrzehnte nur kleinere Änderungen am Polizeirecht vorgenommen, bis in den Jahren 2017 und 2018 zwei große und stark umstrittene **Novellen** erfolgten, die in Bayern sogar zu landesweiten Protesten führten. Auslöser für diese Gesetzesänderungen waren mehrere Terroranschläge auf Ziele in Deutschland, die den bayerischen Gesetzgeber (nicht zuletzt aufgrund anstehender Landtagswahlen) zum Handeln in Form des Erlasses des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts“<sup>5</sup> veranlassten. Ihm folgte dann noch das „Gesetz zur Neuordnung des bayerischen Polizeirechts“.<sup>6</sup> Mit den Änderungsgesetzen wurde beispielsweise die „**drohende Gefahr**“ in das PAG aufgenommen, es wurden Kontaktverbote und Aufenthaltsverbote sowie -gebote normiert, die Haftdauer beim Präventivgewahrsam wurde faktisch unbegrenzt ausgeweitet, und die Polizei bekam vermehrte Befugnisse im Zusammenhang mit Asylbewerberunterkünften zugestanden. Während Befürworter der Novellen mit gesteigerten Gefahren für die Zivilbevölkerung durch Terrorismus und Extremismus **13**

4 So etwa *PrOVGE* 102, 180 ff.

5 BayGVBl. 2017, 388 ff.

6 BayGVBl. 2018, 301 ff.

jeglicher Art argumentierten,<sup>7</sup> beschwor die Kritik die Gefahr eines drohenden Überwachungsstaates, in dem Bürgerinnen und Bürger unter einen Generalverdacht gestellt würden. Zudem – so wurde moniert – verstießen die Neuregelungen gegen das Bestimmtheitsgebot und verkürzten Grundrechte in nicht hinnehmbare Weise.<sup>8</sup> Nachdem ein Antrag auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die maßgeblichen Bestimmungen der PAG-Reform gescheitert ist,<sup>9</sup> besteht aber nach wie vor die Möglichkeit, dass der BayVerfGH in dem noch anhängigen Hauptsacheverfahren die Unvereinbarkeit der Neuerungen mit der Bayerischen Verfassung feststellen wird. Prozessual wird dabei allerdings auch eine Rolle spielen, ob über die Teile des PAG, die nun durch die Novelle des Jahres 2021 (dazu die folgende Rn. 14) gleichsam schon wieder überholt sind, überhaupt noch entschieden wird.

- 14** Wie soeben bereits angedeutet wurde, erfolgte 2021 eine **weitere Novelle** mit dem „Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes und weiterer Rechtsvorschriften“,<sup>10</sup> das an die Empfehlungen einer vom Ministerrat initiierten Expertenkommission anknüpft.<sup>11</sup> Damit wurden unter anderem die Voraussetzungen zum polizeilichen Einschreiten aufgrund einer „**drohenden Gefahr**“ verschärft (Art. 11a II PAG). Zudem wurde die Haftdauer beim Präventivgewahrsam auf höchstens zwei Monate begrenzt (Art. 20 II 2 PAG). Neu eingefügt wurde in Art. 60a PAG die sogenannte Zuverlässigkeitsprüfung, die es ermöglichen soll, Personen, die auf einer Großveranstaltung beruflich tätig sind, mit deren Zustimmung im Hinblick auf Sicherheitsrisiken zu überprüfen, um so Anschläge besser zu verhindern.<sup>12</sup> Außerdem wird ein neuer Neunter Abschnitt ab Art. 94 ff. PAG gebildet, in dem mehrere Vorschriften die Anforderungen für die im PAG an einigen Stellen angeordnete Mitwirkung eines Richters statt der früheren verstreuten Regelungen nun gleichsam „am Stück“ aufschlüsseln und so das entsprechende Verfahren sowie den Rechtsschutz gegen derartige Entscheidungen verdeutlichen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>13</sup> soll diese – inhaltlich allerdings weitgehend mit den früher über das PAG verteilten Vorgängerregelungen identische – Passage vor allem die Klarheit und Anwenderfreundlichkeit erhöhen. Auch diese Novelle zog allerdings wieder Proteste und Diskussionen nach sich. Befürworter sehen darin eine „weitere Optimierung“ des PAG im Hinblick auf Bürgerrechte und Transparenz,<sup>14</sup> wohingegen kritische Stimmen trotz der Änderungen immer noch mehrere Vorschriften als verfassungswidrig erachten.<sup>15</sup> Auch gegen die Neuregelungen sind bereits verschiedene verfassungsgerichtliche Rechtsbehelfe beim BVerfG und BayVerfGH angestrengt worden. In der Praxis wird sich zeigen, inwieweit von den neuen Kompetenzen in Zukunft tatsächlich Gebrauch gemacht wird und ob die Warnung vor einer Gefahr für

7 Vgl. etwa Bayerische Staatskanzlei, Pressemitteilung vom 24. Januar 2017 (<https://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-vom-24-januar-2017/>).

8 Vgl. beispielhaft *Löffelmann*, BayVBl. 2018, 145 (147 ff.); *Pham/Pongratz*, ZJS 5/2018, 396 ff.

9 *BayVerfGH*, Entsch. v. 7.3.2019 – Az.: Vf. 15-VII-18 (juris). Auch die Popularklage in der zugehörigen Hauptsache hat der *BayVerfGH* zuletzt für unzulässig erklärt (Entsch. v. 14.6.2023 – Az.: Vf. 15-VII-18). Es sind jedoch noch weitere Verfahren anhängig.

10 BayGVBl. 2021, 418 ff.

11 PAG-Kommission, Abschlussbericht vom 30.8.2019 ([https://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830\\_abschlussbericht\\_pag-kommission.pdf](https://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830_abschlussbericht_pag-kommission.pdf)).

12 Bayerisches Staatsministerium des Inneren, für Sport und Integration, Pressemitteilung vom 29. Juni 2021 (<https://www.bayern.de/herrmann-zu-zuverlaessigkeitsueberpruefungen-im-pag/?seite=2453>).

13 LT-Drs. 13716/18, 2, 37 ff.

14 Bayerisches Staatsministerium des Inneren, für Sport und Integration, Pressemitteilung vom 20. Juli 2021 (<https://www.bayern.de/bayerns-innenminister-joachim-herrmann-zur-beschlossenen-novelle-des-polizeiaufgabengesetzes/?seite=2453>).

15 S. nur „Polizeiaufgabengesetz bleibt Streitthema“, *Süddeutsche Zeitung* vom 21. Juli 2021 (<https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-politik-polizeiaufgabengesetz-spd-1.5358316>).

den Rechtsstaat durch „ausufernde“ Regelungen mit „verfrühten“ Eingriffsmöglichkeiten und erweiterten Kompetenzen tatsächlich als begründet erscheint.

### III. Die heutigen verschiedenen Polizeibegriffe

Die Kenntnis der soeben dargestellten historischen Entwicklung ist auch wichtig für das Verständnis der bis heute aktuellen verschiedenen Polizeibegriffe, die fast alle ihren Niederschlag in den Grundnormen des PAG gefunden haben. Das gilt allerdings nicht mehr für den alten und weitesten **Polizeibegriff**, der die gesamte rechtliche Ordnung des Zusammenlebens der Menschen ohne Differenzierung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht umfasst. Historisch überkommen, aber bis heute bedeutsam ist dagegen der **materielle Polizeibegriff** (vgl. etwa Art. 2 I PAG; dazu Rn. 17), der sich nach der Herauslösung der Sorge für die Wohlfahrt des Einzelnen aus den Polizeiaufgaben gebildet hat. Er umfasst alle Verwaltungstätigkeiten – unabhängig von der jeweils handelnden Institution und ihrer Organisation – zur **Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung** mit Befehls- und Zwangsmitteln sowie nötigenfalls auch die Beseitigung bereits eingetretener Störungen. Der Gegenbegriff ist für alle anderen Exekutivbereiche die „allgemeine Verwaltung“. Die Polizei wird zwar auch hier nach unterteilt in Vollzugs- und Verwaltungspolizei; der materielle Polizeibegriff erfasst aber beide Teile.<sup>16</sup> Verwendung findet diese Sicht beispielsweise in heute noch anzutreffenden Formulierungen wie „Baupolizei“, „Feuerpolizei“ oder auch „Sittenpolizei“. Daraus wird bereits deutlich, dass dieser Polizeibegriff sehr viel weiter ist als der heute landauf, landab gebräuchliche; der „Normalmensch“ würde viele der genannten Tätigkeiten gar nicht (mehr) mit der Polizei in Verbindung bringen.

Das erklärt sich daraus, dass in der Umgangssprache eine andere Nomenklatur üblich ist, die aber auch im Polizei- und Sicherheitsrecht ihren Niederschlag gefunden hat. Mit der bereits erwähnten „Entpolizeilichung der Verwaltung“ seit 1945 erfolgte nämlich eine Trennung der Verwaltungsstruktur: Der darauf bezogene und häufig verwendete **formale Polizeibegriff** (vgl. Art. 1 PAG, Art. 3 I POG) erfasst alle Tätigkeiten der Polizei, die neben einem Teil der Aufgaben nach dem materiellen Polizeibegriff auch noch andere Pflichten erfüllen bzw. Zuständigkeiten wahrnehmen (Art. 2 IV PAG). Die übrigen Polizeiaufgaben im materiellen Sinn nehmen dagegen heute die Gefahrenabwehrbehörden in Gestalt der sogleich näher zu betrachtenden Sicherheitsbehörden als „entpolizeilichte Verwaltungsbehörden“ wahr. Salopp formuliert, unterfällt dem formalen Polizeibegriff damit – unabhängig von der Art der Tätigkeit – alles, woran eine grüne bzw. nunmehr blaue Uniform beteiligt ist. Eng mit dem formalen „verwandt“ ist der (uneingeschränkte) Begriff der **Polizeibehörden im institutionellen Sinn**, der auf alle Angehörigen der staatlichen Einrichtung „Polizei“, also Polizeivollzugs-, Polizeiverwaltungsbeamte und übrige Bedienstete der Polizei des Freistaates Bayern zielt und insbesondere für das diesen Aspekt regelnde POG maßgeblich ist (s. dazu. Art. 1 I POG). In Abgrenzung dazu gibt es schließlich noch den **eingeschränkt-institutionellen Polizeibegriff**, der nur die uniformierte Vollzugspolizei umfasst und für den Anwendungsbereich des PAG maßgeblich ist (vgl. Art. 1 PAG).

<sup>16</sup> Gängig ist insoweit zwar überdies die Unterscheidung der allgemeinen von der Sonderpolizei (wie z. B. die Wasserschutz- oder die sogenannte Alpinpolizei; vgl. zu den speziellen Polizeien <https://www.polizei.bayern.de/wir-ueber-uns/aufgaben/dienststellen-mit-speziellen-aufgaben/index.html>) sowie die Differenzierung zwischen der staatlichen und der (früheren) gemeindlichen Polizei; doch ändert das nichts an dem obigen Befund, denn alle die genannten Untergruppen fallen unter den materiellen Polizeibegriff.

15

16

#### IV. Die Doppelfunktion der Polizei

- 17 Aus dem formalen Begriff der „Polizei“ ergibt sich bereits, dass diese Institution verschiedene Aufgaben erfüllt. Auch ein Blick in die einschlägigen Rechtsgrundlagen bestätigt das: Danach kommt der Polizei die Aufgabe der Gefahrenabwehr (Art. 2 I PAG; das ist die in Rn. 15 erläuterte Polizei im materiellen Sinn), aber auch die der Erforschung bzw. Verfolgung von Straftaten (§ 163 StPO)<sup>17</sup> und Ordnungswidrigkeiten (§ 53 OWiG) zu. Sie hat somit eine Doppelfunktion: Einerseits wird sie zum Zweck der **Prävention**, andererseits mit dem Ziel der **Repression** tätig.
- 18 Diese beiden Aspekte polizeilichen Handelns sind strikt voneinander zu trennen. Das präventive Handeln zur **Gefahrenabwehr** dient dem Schutz der öffentlichen und privaten (vgl. zu Letzteren aber Art. 2 II PAG; dazu näher in Rn. 36) Rechtsgüter vor künftigen Schäden und gegebenenfalls der Beseitigung bereits eingetretener Schäden zur Vermeidung eines weiteren Schadens.<sup>18</sup> Zur Gefahrenabwehr in diesem Sinn zählt für die Polizei auch die Verhinderung von künftigen (im Unterschied zur Verfolgung bereits begangener) Straftaten. Wegen des unter anderem aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten hergeleiteten<sup>19</sup> Grundsatzes vom **Vorbehalt des Gesetzes** ist dabei eine Ermächtigungsgrundlage für das regelmäßig in die Rechte von Personen eingreifende Handeln der Polizei- und sonstigen Gefahrenabwehrbehörden erforderlich. Insoweit besteht aber das Problem, dass präventiv, also abhängig von einer noch nicht immer klar erkennbaren Gefahr und unter dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit gehandelt werden muss, denn möglicherweise wird ein „Unschuldiger“ übermäßig in Anspruch genommen. Demgemäß sind die jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen auszugestalten, deren Formulierung diesbezüglich aber oft auf Schwierigkeiten stößt (wie jüngst etwa die Diskussion um die „drohende Gefahr“ zeigt; dazu schon in Rn. 13 f.).
- 19 Demgegenüber dient das repressive Handeln der Polizei der **Strafverfolgung**, also der Ermittlung und Verfolgung bereits begangener Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, wobei darin allerdings auch der Gedanke der Abschreckung (i. S. einer Generalprävention) enthalten ist, so dass sich beide Facetten polizeilichen Handelns in diesem Bereich berühren. Für die Verfolgung von Straftaten ist § 163 StPO nur eine Aufgabenzuweisung an die Polizei. Deswegen bedarf es darüber hinaus zusätzlich noch besonderer Normen für die regelmäßig mit der repressiven Polizeitätigkeit verbundenen Rechtseingriffe. Dabei gilt, dass der Vorbehalt des Gesetzes die Effektivität polizeilichen Handelns bricht; es gibt keine „Wahrheitserforschung um jeden Preis.“<sup>20</sup> Die StPO enthält eine Vielzahl von speziellen Befugnisnormen für einzelne repressive Tätigkeiten der Polizei, welche die Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten teils aus eigener Befugnis (das jedoch manchmal nur bei Gefahr im Verzug) und teils als sogenannte Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft entweder nur auf deren Weisung oder auch – im Übrigen ähnlich wie bei der Gefahrenabwehr – nur mit richterlicher Genehmigung anwenden dürfen.
- 20 Für viele Handlungen der Polizei gibt es daher (mindestens) **zwei mögliche Ermächtigungsgrundlagen**, wie die folgende Tabelle verdeutlicht.

17 Der Begriff der „Straftaten“ umfasst dabei nach § 12 I, II StGB Verbrechen und Vergehen.

18 Die Schadensbeseitigung wird von der präventiven Aufgabe allerdings nur erfasst, wenn diesbezüglich noch eine weitere Gefahr bei einer Nichtbeseitigung des Schadens besteht. Das ist beispielsweise problematisch beim Abschleppen eines Fahrzeuges, das zwar falsch geparkt ist, von dem jedoch keine Verkehrsbeeinträchtigung bzw. Verkehrsgefährdung ausgeht.

19 Vgl. dazu nur eingehend *Maurer*, in: *Maurer/Waldhoff*, § 6 Rn. 4 ff.

20 Ganz deutlich wird das am Fall des etwa die Tatbegehung leugnenden Verdächtigen, dem kein Geständnis beispielsweise mit Gewalt abgepresst werden darf, selbst wenn nur auf diesem Wege ein Beweis für seine Täterschaft gefunden werden kann; vgl. insoweit auch § 136a StPO.



## Die möglichen Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Handeln

Das Polizeihandeln	Präventiv: Gefahrenabwehr	Repressiv: Strafverfolgung
<b>Standardmaßnahmen</b>	<b>Normen</b> (Wer ordnet an?)	<b>Normen</b> (Wer ordnet an?)
Datenerhebung, Datenverarbeitung	Art. 30 ff., 53 ff. PAG (Polizei)	§§ 163d, 483 ff., 496 ff, 500 StPO (bei der Datenerhebung grundsätzlich Richter),
Durchsuchung der Person	Art. 21 PAG (meist Polizei)	§§ 163b I 3, 102, 105 StPO (bei Nichtverdächtigen kein Zwang bei der Durchsuchung; <sup>21</sup> Polizei; Staatsanwaltschaft; Richter)
Durchsuchung der Wohnung	Art. 23 f. PAG (grundsätzlich Richter)	§§ 102 ff., 105 StPO (grundsätzlich Richter)
Einrichtung von Kontrollstellen	Art. 13 I Nr. 4 PAG (Polizei)	§ 111 I 1, II StPO (grundsätzlich Richter)
Erkennungsdienstliche Maßnahmen	Art. 14 PAG (Polizei)	§ 81 b StPO (Polizei)
Gewahrsam	Art. 17, 18 PAG (Polizei, aber zumindest Bestätigung durch Richter)	§§ 127, 164, 112, 114 StPO (Anordnung der Haft: grundsätzlich Richter)
Identitätsfeststellung	Art. 13 PAG (Polizei)	§§ 111 I 2, III; 163b, c StPO (teilweise Polizei, teilweise Staatsanwaltschaft, teilweise Richter)
Platzverweis	Art. 16 I PAG (Polizei)	als „Minus“ in § 164 StPO enthalten (Polizei oder Staatsanwaltschaft oder Richter: „Beamter“ ist offen)
Sicherstellung (präventiv), Beschlagnahme (repressiv)	Art. 25 ff. PAG (Polizei)	§§ 94 ff., 108, 111b ff. StPO (grundsätzlich Richter)
Vorladung	Art. 15 PAG (Polizei)	§§ 133 ff., 163a III StPO (Polizei; Zwang: Staatsanwaltschaft oder Richter)
<b>Generalklausel</b>	Art. 11 I, II, 11a PAG (Polizei)	§ 161 bzw. § 163 StPO (streitig) (Staatsanwaltschaft; Polizei)

Schon vor diesem Hintergrund ist also eine Unterscheidung beider Alternativen polizeilichen Handelns geboten. Darüber hinaus dient die Differenzierung aber auch der Bestimmung des zulässigen **Rechtsweges**. Denn nur bei einem präventiven, dem PAG unterfallenden polizeilichen Agieren liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vor, für die mangels abdrängender Sonderzuweisung der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet ist. Bei Maßnahmen, die auf Bestimmungen der StPO gestützt werden, ist demgegenüber zu beachten, dass der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (zumeist zum Oberlandesgericht nach § 25 EGGVG, wenn nicht nach den insoweit vorrangigen Regeln in §§ 23 I, III EGGVG, 98 II 2, 3, 162 StPO das Amtsgericht zuständig ist) „abgedrängt“ ist, weil es sich um sogenannte **Justizverwaltungsakte** i. S. der §§ 23 ff. EGGVG handelt. Die Polizei nimmt hier nämlich als „Justizbehörde im funktionellen Sinn“ typische Aufgaben der Strafrechtspflege wahr. Die §§ 23 ff. EGGVG sind damit eine sogenannte **abdrängende Sonderzuweisung**. Diese Bezeichnung beruht auf der Terminologie des Verwaltungsprozessrechts im Zusammenhang mit der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges: Es gibt Normen (wie etwa § 54 I BeamtStG), die als „aufdrängende Sonderzuweisungen“ ausdrücklich die Verwal-

21 Vgl. § 163b II 2 Hs. 2 StPO.

tungsgerichtsbarkeit zur Entscheidung bestimmter Rechtsstreitigkeiten berufen. In allen anderen Fällen beurteilt sich deren Zuständigkeit nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Selbst wenn aber danach eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt, hat der Gesetzgeber in einigen Fällen aus bestimmten Gründen eine besondere Zuständigkeit anderer Gerichte durch solche abdrängenden Sonderzuweisungen begründet (als dritte – negative – Voraussetzung der Generalklausel). So ist das auch hier: Materiell handelt es sich beim Strafrecht um Öffentliches Recht, für das nur aus historischen Gründen (die Strafgerichte als vom jeweiligen Herrscher unabhängige Spruchkörper wurden vom Volk im Lauf der Geschichte mühsam erkämpft und lange vor den Verwaltungsgerichten eingerichtet) eine abdrängende Sonderzuweisung zu den traditionell damit befassten ordentlichen Gerichten besteht. Ähnliches gilt für das beim repressiven Polizeihandeln anzuwendende Strafprozessrecht, für dessen Kontrolle aus Gründen der Sachnähe zum Strafrecht auch die ordentlichen Gerichte zuständig sind (s. §§ 23 III EGGVG, 98 II 2, 3 StPO).<sup>22</sup>

- 22** An die Frage des zulässigen Rechtsweges knüpft die Problematik des **statthaften Rechtsbehelfes** unmittelbar an. Denn je nach der einschlägigen Verfahrensordnung gibt es hier gerade bei Verwaltungsakten (zum Rechtsschutz gegen Realakte noch näher in Rn. 89) verschiedene Möglichkeiten: So ist einerseits zu klären, ob gegen den Verwaltungsakt einer Polizeibehörde (zum Rechtsschutz bei Maßnahmen der Sicherheitsbehörde Rn. 90) ein **Widerspruchsverfahren** etwa nach §§ 68 ff. VwGO statthaft und daher vor der Anrufung des Gerichts durchzuführen ist. § 24 II EGGVG sieht für (repressive) Justizverwaltungsakte einen solchen Widerspruch oder einen ähnlichen Rechtsbehelf nur bei einer besonderen gesetzlichen Anordnung vor, die vorliegend aber gerade fehlt. Bei den an sich den §§ 68 ff. VwGO unterliegenden präventiven Polizeiverwaltungsakten ist ein Vorverfahren in Bayern allerdings nach § 68 I 2 Fall 1 VwGO i. V. mit Art. 12 II AGVwGO grundsätzlich (Ausnahmen dazu finden sich in Art. 12 I AGVwGO) unstatthaft. Andererseits ist bei einer Anrufung des jeweils zuständigen Gerichts der zutreffende **Klageantrag** zu stellen, der davon abhängt, ob der angegriffene polizeiliche Verwaltungsakt noch andauert, schon erledigt ist oder ihre Folgen beseitigt werden sollen. Die nachfolgende Übersicht verdeutlicht den jeweils passenden Antrag bzw. die zugehörigen Normen der betreffenden Prozessrechtsordnung (der Eilrechtsschutz erfolgt entsprechend; genauere Ausführungen zum Rechtsschutz gegen präventiv-polizeiliches Handeln finden sich in Rn. 83 ff.):

Rechtsschutz gegen Polizei- maßnahmen in folgender Situation	Bei präventivem Polizeihandeln zur Gefahrenabwehr	Bei repressivem Polizeihandeln zur Strafverfolgung
Die Maßnahme dauert noch weiter an.	Anfechtungsklage, §§ 42 I Fall 1, 113 I 1 VwGO	Antrag nach § 28 I 1 EGGVG bzw. § 98 II 2 StPO (direkt oder analog)
Die Maßnahme ist schon erledigt.	Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO (gegebenenfalls analog)	Antrag nach § 28 I 4 EGGVG oder § 98 II 2 StPO analog (streitig)
Es geht um die Beseitigung der Folgen.	Anfechtungsklage mit (Folgen- beseitigungs-, meist als Leistungs-)Annexantrag, § 113 I 1–3 VwGO	Antrag nach § 28 I 2, 3 EGGVG bzw. Antrag auf Erlass eines Auf- hebungsbeschlusses

- 23** Damit stellt sich die Frage, wie beide Handlungsalternativen voneinander **abgegrenzt** werden können. In Kollisionsfällen fällt die Entscheidung zwischen Prävention und

<sup>22</sup> Anders liegt der Fall bei einer sogenannten Sperrerklärung analog § 96 StPO, die kein Justizverwaltungsakt ist; s. *VG München*, BeckRS 2017, 117926; *VG Schwerin*, NVwZ 2007, 852 f.; *VG Dresden*, NVwZ-RR 2003, 649 f.