

den; dabei gefundene gefährliche Gegenstände werden nach Polizeirecht sichergestellt, Beweismittel nach den §§ 94 ff. StPO beschlagnahmt.

- 45 Für die Zuordnung einer Maßnahme kommt es entscheidend darauf an, in welcher konkreten Funktion die Polizei eingeschritten ist. Wird der **Grund** des polizeilichen Handelns gegenüber der betroffenen Person **genannt oder ist er unschwer zu erkennen**, so ist der Würfel in der Regel gefallen (s. hierzu OVG Münster, Beschluss v. 6.8.2014 – 5 E 375/14 mit Anm. von *Vahle*, DVP 2018, S. 162). Anders liegen die Dinge hingegen in den Fällen, in denen die Polizei ohne „Bekanntnis“ zum Ziel ihres Eingreifens tätig wird. Dann kommt es darauf an, wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage der betroffenen Person bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt. Maßgebend ist der Gesamteindruck oder auch „**Schwerpunkt**“ der polizeilichen Maßnahmen (zur sog. Schwerpunkttheorie: *Möstl*, in: Möstl/Kugelman, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen Rn. 90 f.). Insoweit können der **Anlass des Einschreitens** und der „rechtliche Rahmen“ – etwa Handeln auf Grund einer Strafanzeige – den Ausschlag geben (VGH München, NVwZ 1986, S. 655).
Trotz dieser Kriterien ist die Zuordnung im Einzelfall nach wie vor schwierig und zuweilen (fast) unmöglich. Ist eine **nachvollziehbare Abgrenzung** auch im Nachhinein **ausgeschlossen**, so bleibt nichts anderes übrig, als die Maßnahme **sowohl unter polizeirechtlichen als auch unter strafprozessualen Gesichtspunkten** zu würdigen. Nach dieser pragmatischen Überlegung muss es dann genügen, dass sie entweder nach Gefahrenabwehrrecht oder nach Strafverfahrensrecht zulässig ist.

§ 2

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- (1) Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen hat die Polizei diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.
- (2) Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.
- (3) Eine Maßnahme ist nur solange zulässig, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann.

Erläuterungen:

1. Allgemeines

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat **Verfassungsrang** (s. Nr. 2.0 VVPoG NRW). Er ist Ausfluss des **Rechtsstaatsprinzips** und ergibt sich im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist (BVerfGE19, S. 348). Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist daher die wichtigste Voraussetzung für die **Rechtmäßigkeit** jedes polizeilichen Eingriffs. Im weiteren Sinne umfasst der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Erfordernis der Möglichkeit und Geeignetheit der Maßnahmen, den Grundsatz des geringsten Eingriffs (§ 2 Abs. 1) und den Grundsatz, dass Maßnahmen der Polizei nicht zu einem Nachteil führen dürfen, der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne, § 2 Abs. 2).

1

2. Möglichkeit, Geeignetheit und Grundsatz des geringsten Eingriffs (§ 2 Abs. 1)

Eine polizeiliche Maßnahme, insbesondere eine Anordnung, muss **möglich** sein.

2

An der **tatsächlichen** Möglichkeit fehlt es, wenn der Adressat – oder sogar jedermann – faktisch außerstande ist, einen Verwaltungsakt zu befolgen.

Beispiele:

1. Die Polizei verlangt Auskunft über Informationen, über die der Auskunftspflichtige gar nicht verfügt.
2. Die Polizei verlangt die Rückgabe einer Waffe, die bereits zerstört wurde.

Das gewünschte Verhalten muss dem Betroffenen auch **rechtlich** möglich sein.

Insbesondere strafbare Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten dürfen nicht verlangt werden; entsprechende **Verwaltungsakte** wären sogar **nichtig** (§ 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG NRW).

Beispiel: Die Polizei verlangt von einem Arzt oder Rechtsanwalt, Informationen herauszugeben, die durch das Berufsgeheimnis (§ 203 StGB) geschützt sind.

Es darf des Weiteren grundsätzlich keine Handlung gefordert werden, zu deren Vornahme der Betroffene privatrechtlich nicht befugt ist.

Beispiel: Die Polizei fordert einen Hauseigentümer (H) auf, eine Wohnung nicht mehr „zu benutzen oder nutzen zu lassen“, die sich in einem bauordnungswidrigen Zustand befindet. H hat die Wohnung auf Grund eines gültigen Mietvertrags an Dritte überlassen. Die Inanspruchnahme des H ist weder rechtlich möglich noch erforderlich, weil H mietvertraglich gebunden ist und die Gefahr dadurch unmittelbar beseitigt werden kann, dass die Nutzer herangezogen werden (OVG Münster, NWVBL 1993, S. 232). Richtigerweise war eine Räumungsverfügung deshalb an die Mieter zu richten.

Private **Rechte Dritter** können jedoch auch lediglich ein **Vollzugshindernis** darstellen, das die Rechtmäßigkeit des (Grund-) Verwaltungsakts nicht berührt; dies gilt insbesondere bei mehreren Verantwortlichen (*Sadler/Tillmanns*, § 15 VwVG RN. 10; *Thiel*, § 13 Rn. 15, S. 248).

Beispiel: A und B sind Miteigentümer einer eine Gefahr verursachenden Sache. Die Polizei trifft gegenüber A eine auf die Sache bezogene Verfügung zur Gefahrenabwehr. Das Miteigentum des B berührt die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts selbst nicht. Wohl aber stellt es ein Vollzugshindernis dar, das bereits eine Zwangsandrohung ausschließt. Dieses Hindernis kann durch eine (vollziehbare) Duldungsverfügung gegenüber B ausgeräumt werden. In Eilfällen (§ 50 Abs. 2) ist auch eine solche ergänzende Verfügung entbehrlich.

- 3 Das Erfordernis der **Eignung** setzt voraus, dass die Maßnahme zur Erreichung des (Gefahrenabwehr-)Zwecks **zumindest beitragen kann**; sie muss einen Schritt in die richtige Richtung darstellen.

Beispiele:

1. Die Aufforderung an den Gastgeber einer Lärm verursachenden Party, die „Musikanlage im Wohnzimmer leiser zu stellen“, ist auch dann geeignet, wenn der Lärm zugleich durch eine zweite Anlage im Nebenzimmer hervorgerufen wird, die der Polizeibeamte übersehen hat.
2. Demgegenüber ist die Verbringung einer Gruppe von Randalierern aus dem Innenstadtbereich einer Stadt in einen Vorort sehr problematisch, soweit davon auszugehen ist, dass die Störer ihr Verhalten dort fortsetzen werden (Verdrängungseffekt).
3. Zweifelhaft wäre auch der Einsatz einer sog. Parkkralle zwecks Blockierung von falsch geparkten Pkw, denn hierdurch würde die Dauer des Rechtsverstoßes – Verletzung des § 12 StVO – verlängert.

- 4 Der Grundsatz der **Erforderlichkeit** verlangt, dass die Polizei von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige trifft, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Zu prüfen ist also,

ob zur Bereinigung der Gefahrenlage **mildere** – weniger belastende – **Mittel** zur Verfügung stehen.

Beispiel: Ein Kraftfahrzeug ist vor der Einfahrt einer Feuerwache abgestellt worden. Dadurch kann ein Krankentransportwagen nicht herausfahren. Die Polizei lässt das Fahrzeug zum Sicherstellungsgelände des Abschleppunternehmens abschleppen, obwohl unmittelbar neben der Einfahrt andere Abstellmöglichkeiten bestehen. Dieses Abschleppen ist geeignet, die eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit zu beseitigen. Wenn aber in so unmittelbarer Nähe der Feuerwache andere Abstellplätze vorhanden sind, hätte nach § 2 Abs. 1 nur das Versetzen des Fahrzeugs an einen der anderen Abstellplätze veranlasst werden dürfen (Ermächtigungsgrundlage § 8). Das wäre für den Betroffenen weniger beeinträchtigend gewesen (Kostenersparnis, keine Suche nach dem Fahrzeug), und für die Allgemeinheit ist kein Nachteil erkennbar. Das Abschleppen zum Sicherstellungsgelände war daher wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 1 rechtswidrig.

3. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (§ 2 Abs. 2)

Auch wenn eine Maßnahme geeignet ist und der Forderung des am wenigsten beeinträchtigenden Eingriffs nach § 2 Abs. 1 entspricht, kann sie im Einzelfall rechtlich unzulässig sein, wenn die Maßnahme zu einem Nachteil führt, der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit setzt eine **Güterabwägung** voraus, die sich an den Umständen des Einzelfalls orientiert. Der Zweck des Eingriffs und die hierdurch bewirkten Belastungen müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen; es darf kurz gesagt nicht „mit Kanonen auf Spatzen geschossen“ werden.

5

Beispiele:

1. Unverhältnismäßig wäre es, wenn die Polizei einem Pkw-Fahrer, der ohne Führerschein unmittelbar vor seinem Wohnhaus (Fahrziel) angehalten wird, das Weiterfahren lediglich wegen Nichtmitführens des Führerscheins verbieten würde.
2. Einer Polizeistreife fällt nachts die defekte Heckbeleuchtung eines Pkw auf. Nachdem die Beamten das Fahrzeug angehalten haben, erklärt der Fahrer glaubhaft, er habe den Schaden nicht bemerkt und wolle direkt zu seiner nur wenige hundert Meter entfernt liegenden Wohnung fahren. Bei der Güterabwägung (Sicherheit des Straßenverkehrs, Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit der betroffenen Person) kommt es darauf an, ob durch die Weiterfahrt mit dem nicht ordnungsgemäßen Fahrzeug ernstliche Gefahren verbunden sind. Dafür können die Beleuchtungsver-

hältnisse der zu benutzenden Straße (mit-)entscheidend sein. Etwaige Gefahren lassen sich durch Einschaltung der Warnlampen mindestens deutlich verringern. Als bürgerfreundliche „Serviceleistung“ kommt auch eine „Polizeibegleitung“ in Betracht, wenn es sich nur um eine kurze Restfahrestrecke handelt.

3. Das Verbot der Weiterfahrt eines Lkw mit defekten Bremsen ist fraglos verhältnismäßig im Hinblick auf die damit verbundenen erheblichen Gefahren.

Ob eine Gefahrenabwehrmaßnahme angemessen (verhältnismäßig) ist, hängt entscheidend vom **Ausmaß der wirklichen oder mutmaßlichen Gefahr** ab.

4. Zeitliche Begrenzung von Maßnahmen (§ 2 Abs. 3)

- 6 Die Vorschrift verdeutlicht nur die „Notwendigkeit“ als Voraussetzung polizeilicher Maßnahmen (s. § 8 Abs. 1: „notwendige“ Maßnahmen) im Hinblick auf ihre zeitliche Dauer. Die **Zweckerreichung** deckt sich im Ergebnis mit dem „Wegfall des Grundes“ (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 – Gewahrsam) und dem „Wegfall der Voraussetzungen“ (§ 46 Abs. 1 Satz 1 – Herausgabe sichergestellter Sachen).

Beispiel: Ein ausgenüchterter Betrunkener ist aus dem Gewahrsam zu entlassen. Der Grund für die Freiheitsentziehung ist nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 entfallen; gleichzeitig ist der Zweck der Maßnahme i. S. d. § 2 Abs. 3 erreicht.

- 7 Der Zweckerreichung ist gleichgestellt, dass die **Nichterreichbarkeit** des Zweckes feststeht.

Beispiel: Nach einem Familienstreit soll ein Mann in Gewahrsam genommen werden. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 34a sind gegeben. Polizeibeamte betreten die Wohnung zu diesem Zweck. Dabei stellt sich heraus, dass der Betroffene sich bereits in einer anderen Wohnung aufhält. Die Maßnahme ist abubrechen.

5. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- 8 Der ungeschriebene Verfassungsgrundsatz gilt im **Verfolgungsbereich** ebenfalls für alle Maßnahmen der Polizei, obwohl eine allgemeine Vorschrift wie § 2 fehlt und nur in einzelnen Bestimmungen ausdrücklich auf den Grundsatz hingewiesen wird (s. Einführung Nr. 3.1). Bei der entsprechenden Anwendung von Vorschriften der Strafprozessordnung im **Bußgeldverfahren** (§ 46 OWiG) ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **besonders** zu beachten.

6. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beim Zwang

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt nicht nur für die (Anordnungs-) Befugnisse der Polizei, sondern **auch für die zwangsweise Durchsetzung ihrer Maßnahmen**. Die Zwangsmittel Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang müssen in einem angemessenen Verhältnis zu dem erstrebten Zweck stehen.

Das gilt insbesondere für die **Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwangs** bei Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, insbesondere beim Schusswaffengebrauch (§§ 57 ff. PolG NRW). Für den **Schusswaffengebrauch** hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Formulierung der entsprechenden Vorschriften speziell zum Ausdruck gebracht (z. B. in § 63); unabhängig davon muss der Grundsatz in jedem Einzelfall beachtet werden.

§ 3

Ermessen, Wahl der Mittel

(1) Die Polizei trifft ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen.

(2) ¹Kommen zur Abwehr einer Gefahr mehrere Mittel in Betracht, so genügt es, wenn eines davon bestimmt wird. ²Der betroffenen Person ist auf Antrag zu gestatten, ein anderes ebenso wirksames Mittel anzuwenden, sofern die Allgemeinheit dadurch nicht stärker beeinträchtigt wird.

Erläuterungen:

1. Ermessen

Im Gegensatz zu dem für die **Strafverfolgung** geltenden **Legalitätsprinzip** (Erforschungspflicht gemäß § 163 StPO) gilt für die Polizei bei der **Gefahrenabwehr** das **Opportunitätsprinzip**. Die Polizei entscheidet grundsätzlich nach **pflichtgemäßem Ermessen** darüber, ob (**Entscheidungsermessen**) und wie (**Auswahlermessen**) sie zur Gefahrenabwehr einschreitet. Ermessen ist erkennbar an Formulierungen wie **kann, soll, darf**, gelegentlich auch am Vorhandensein mehrerer Rechtsfolgen, von denen eine auszuwählen ist. Ob die Voraussetzungen einer Eingriffsnorm erfüllt sind (z. B. § 8 Abs. 1 PolG NRW), ist keine Frage des Ermessens. Dies gilt auch für die unbestimmten Rechtsbegriffe wie z. B. Gefahr, öffentliche Sicherheit oder Ordnung und Verhältnismäßigkeit.