

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Band 19

Die Befugnis der Polizei zum Schutz privater Rechte

**Eine Analyse der sog. Privatrechtsklauseln
in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder**

Von

Michael Skiba



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL SKIBA

Die Befugnis der Polizei zum Schutz privater Rechte

Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Markus Thiel, Münster

Band 19

Die Befugnis der Polizei zum Schutz privater Rechte

Eine Analyse der sog. Privatrechtsklauseln
in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder

Von

Michael Skiba



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2199-3475
ISBN 978-3-428-18692-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58692-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinem Großvater zum Gedenken
Franz Forsbach
(1936–2017)*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Die einschlägige Literatur und Rechtsprechung konnte weitestgehend bis Anfang Juni 2022 berücksichtigt werden.

Die Idee zu der Arbeit entstand bereits im fünften Semester meines Studiums in dem von meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Stefan Muckel, gehaltenen Examenskurs der Universität zu Köln. Ich erinnere mich noch genau, wie er auf meine kritischen Nachfragen zum Anwendungsbereich der Privatrechtsklauseln nach Lesart der allgemeinen Meinung bemerkte, dass die den Vorschriften zugrunde liegende Thematik einmal einer vertieften wissenschaftlichen Untersuchung bedürfe. Für diese Inspiration, die stets sehr angenehme Betreuung und die gewährte wissenschaftliche Freiheit sowie die zügige Begutachtung möchte ich ihm ganz herzlich danken. Ebenso gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Markus Ogorek für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Anregungen zur Namensgebung der Arbeit. Des Weiteren danke ich Herrn Prof. Dr. Dr. Markus Thiel für die Aufnahme in seine Schriftenreihe „Das Recht der inneren und äußeren Sicherheit“.

Danken möchte ich auch Frau Carmen Sieber, Frau Catrin Pleitgen und insbesondere Herrn Evgeny Pustovalov für ihre hilfreiche Unterstützung bei der Korrektur der Arbeit. Frau Catrin Pleitgen gilt hierbei besonderer Dank dafür, dass sie meine Einschätzungen zur polizeilichen Praxis auf Stimmigkeit hin überprüft hat. Darüber hinaus gilt mein Dank Herrn Thomas Claeßens für seine ständige Erreichbarkeit in allen Fragen, die in der Endphase einer Promotion anfallen. Nicht zuletzt danke ich schließlich meiner Schwester Susanne für ihre geduldige Hilfestellung bei der Formatierung der Arbeit.

Widmen möchte ich die Arbeit meinem verstorbenen Großvater, den die Promotion seines Enkels gewiss ebenso mit Stolz wie mit Freude erfüllt hätte.

Kerpen, im Juni 2022

Michael Skiba

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung: Gegenstand und Aufbau der Untersuchung	21
A. Die Bedeutung des polizeilichen Schutzes subjektiver Rechte und Rechtsgüter in der Praxis – zwei Beispiele	21
B. Gegenstand der Untersuchung	22
C. Gang der Untersuchung	23
D. Subjektive Rechte und Rechtsgüter	25
I. Begriffe und Terminologie	25
1. Subjektive	26
2. Rechte und Rechtsgüter	27
II. Subjektive Rechte und Rechtsgüter als Bestandteil des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit	30
1. Erfordernis eines öffentlichen Interesses?	30
a) Normativer Befund	30
b) Ungeschriebene Voraussetzung polizeilichen Handelns?	31
c) Öffentliches Interesse als notwendige Folge einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung?	33
d) Öffentliches Interesse keine Voraussetzung polizeilichen Handelns	33
aa) Begründung des Erfordernisses eines öffentlichen Interesses	34
bb) Entbehrlichkeit eines Abgrenzungskriteriums	34
cc) Ungeeignetes Abgrenzungskriterium	37
dd) Ergebnis	38
2. Praktische Bedeutung subjektiver Rechte und Rechtsgüter als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit	39

2. Kapitel

Der Anwendungsbereich der Privatrechtsklauseln	41
A. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	41
I. Grundrechtliche Schutzpflichten	41
II. Prinzip der Gewaltenteilung	43
III. Ausgangslage für die weitere Untersuchung	47

B. Die Privatrechtsklauseln	48
I. Terminologie	49
II. Normativer Befund	50
1. Regelungen in den Polizeigesetzen der Länder und des Bundes	51
2. Normative Unterschiede in den Polizeigesetzen	51
III. Dogmatische Einordnung der Privatrechtsklauseln	52
1. Erweiterung polizeilicher Aufgaben?	52
2. Beschränkung polizeilicher Aufgaben?	53
3. Die Privatrechtsklauseln als Einschränkung der polizeilichen Gefahrenabwehr	54
a) Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 BayPAG	54
b) Der Wortlaut der übrigen Privatrechtsklauseln	55
c) Privatrechtliche Forderungen als Bestandteil der öffentlichen Sicherheit	56
IV. Anwendungsbereich	57
1. Beschränkung auf trigonale Konstellationen	57
2. Exkurs: Anwendbarkeit bei ordnungsbehördlichem Handeln	58
a) Die Privatrechtsklauseln als Ausdruck eines allgemeingültigen Rechtsgedankens	59
b) Die Auffassung von <i>Dietlein</i>	59
c) Die Privatrechtsklauseln als Einschränkung der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr	60
3. Begriff des privaten Rechts	63
a) Die „Ausschließlichkeitstheorie“ der allgemeinen Meinung	63
b) Vormalis vertretene abweichende Auffassung	67
4. Die Konsequenzen der Ausschließlichkeitstheorie	69
a) Verhältnis zum Teilschutzgut der Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung	69
aa) Sog. pönalisierte Privatrechtsnormen	70
bb) Privatklagedelikte	71
cc) Antragsdelikte	72
b) Verbleibender Anwendungsbereich	74
C. Kritische Auseinandersetzung mit der allgemeinen Meinung	75
I. Die Weite der objektiven Rechtsordnung	75
1. Beispielsfälle und ihre Behandlung nach der Ausschließlichkeitstheorie	76
a) Fall 1: Hausbesetzung/Wohnraummietstreitigkeiten	77
aa) Die Konstellation	77
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	77
b) Fall 2: Verkehrswidrig abgestellte Fahrzeuge	79
aa) Die Konstellation	79
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	79
c) Fall 3: Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht	83

aa) Die Konstellation	83
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	83
d) Fall 4: Äußerungsrecht	85
aa) Die Konstellation	85
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	85
e) Fall 5: Zwangsvollstreckungsverfahren	86
aa) Die Konstellation	86
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	87
f) Fall 6: Herausgabeanspruch	88
aa) Die Konstellation	88
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	89
g) Fall 7: Vertragswidriger Gebrauch von Fahrzeugen	90
aa) Die Konstellation	90
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	90
h) Fall 8: Recht am eigenen Bild	91
aa) Die Konstellation	91
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	91
i) Fall 9: Geistiges Eigentum	92
aa) Die Konstellation	92
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	92
j) Fall 10: Schutz von finanziellen Ansprüchen	94
aa) Die Konstellation	94
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	94
cc) Exkurs: Unterschlagung	96
k) Fall 11: Verstoß gegen eine Benutzungsordnung	96
aa) Die Konstellation	96
bb) Die Lösung nach der Ausschließlichkeitstheorie	97
2. Die fehlende Stringenz in der Rechtsprechung	97
a) Ausdrückliche Abkehr von der Ausschließlichkeitstheorie	98
b) „Konkludente“ Abkehr von der Ausschließlichkeitstheorie	100
c) Verkennen einer Gefahr für die objektive Rechtsordnung	102
d) Anwendung der an sich unanwendbaren Privatrechtsklauseln	103
e) Außerachtlassung der einschlägigen Privatrechtsklausel	105
II. Die (übersehene) Relativität der Definition des privaten Rechts	107
1. Erfordernis einer konkreten Betrachtung	107
2. Die Folgewidrigkeit der allgemeinen Meinung	109
III. Erfordernis einer abweichenden Auslegung	110
1. Die Wankelmütigkeit der allgemeinen Meinung	111
2. Verkannte Konsequenzen	113
3. Fehlende Praktikabilität	114
4. Zwischenergebnis	114
D. Naheliegende Auslegungsmöglichkeiten	114

I.	Beschränkung des Anwendungsvorrangs auf Straftat- und Ordnungswidrigkeitstatbestände	115
1.	Historischer Ursprung der Ausschließlichkeitstheorie	115
2.	Zum Scheitern verurteilter Ansatz	117
a)	Subjektiver Tatbestand als notwendiges Korrektiv	118
b)	Ausschließlich individualschützende Ordnungswidrigkeiten	119
c)	Ergebnis	121
II.	Differenzierung zwischen Gefahr und Störung	121
1.	Störungsbeseitigung als im Kern zivilrechtliche Auseinandersetzung	122
2.	Die Auffassung des Preußischen Obergerichts	124
3.	Zum Scheitern verurteilter Ansatz	125
a)	Unüberwindbare Abgrenzungsschwierigkeiten	126
b)	Störungsbeseitigung kein sachgerechter Anknüpfungspunkt für einen Dispens des Subsidiaritätsprinzips	127
c)	Ergebnis	128
III.	Behandlung von Privatklage- und absoluten Antragsdelikten	129
1.	Privatklagedelikte	129
a)	Vorüberlegungen	129
b)	Keine Rechtfertigung einer gesonderten Behandlung	131
c)	Ergebnis	133
2.	Absolute Antragsdelikte	133
a)	Vorüberlegungen	134
b)	Keine Rechtfertigung einer gesonderten Behandlung	134
c)	Bedeutungslosigkeit des Strafantrags für das präventiv-polizeiliche Handeln	135
aa)	Alleinige Relevanz des Strafantrags für die polizeiliche Störungsbeseitigung	136
bb)	Begründung eines Antragserfordernisses	137
cc)	Irrelevanz des Strafantragserfordernisses im Hinblick auf die Privatrechtsklauseln	138
d)	Ergebnis	139
IV.	Resümee	140
E.	Auslegung der Privatrechtsklauseln	141
I.	Grammatikalische Auslegung	141
1.	Der Begriff des Rechts	141
a)	Differenzierung zwischen Rechten und Rechtsgütern	142
b)	Offener Wortlaut der Privatrechtsklauseln	143
2.	Der Begriff „Privat“	144
a)	Unergiebigkeit des allgemeinen Sprachgebrauchs	144
b)	Die unerziehbigen Definitionen der allgemeinen Meinung	144
c)	Identität von privaten und subjektiven Rechten	146
aa)	Kein Unterschied nach der Definition der allgemeinen Meinung	147

bb)	Zusammentreffen von privatem und subjektivem Recht ..	147
cc)	Subjektives Recht als Oberbegriff für subjektive private und subjektive öffentliche Rechte	149
dd)	Subjektive öffentliche Rechte kein Bestandteil der öffent- lichen Sicherheit	151
d)	Ergebnis	155
3.	Ergebnisse der grammatikalischen Auslegung	155
4.	Ausgangslage für die weitere Untersuchung	156
II.	Historische Auslegung	156
1.	Differenzierung zwischen Rechten und Rechtsgütern	157
a)	Unergiebigkeit der Gesetzgebungsgeschichte	157
b)	Das historische Begriffsverständnis	158
aa)	Zeitgenössische Rechtsprechung	159
bb)	Zeitgenössische Literatur	160
cc)	Zeitgenössische parallele Gesetzgebung	160
dd)	Ergebnis	162
c)	Rechtsprechung des ProVG als Ursprung des Begriffs des privaten Rechts	162
2.	Anwendungsvorrang der objektiven Rechtsordnung	164
a)	Der Vorbehalt der Abwehr strafbarer Handlungen nach dem ProVG	165
b)	Das Subsidiaritätsprinzip unter Geltung des Preußischen Poli- zeiverwaltungsgesetzes	167
3.	Ergebnisse der historischen Auslegung	169
III.	Systematische Auslegung	170
1.	Differenzierung zwischen Rechten und Rechtsgütern	170
a)	Differenzierung in den Legaldefinitionen der öffentlichen Sicherheit	170
b)	Kein einheitliches Begriffsverständnis in den Polizeigesetzen ..	172
2.	Anwendungsvorrang der objektiven Rechtsordnung	173
a)	Keine Rangfolge der polizeilichen Schutzgüter	174
b)	Kein Vorrang der polizeilichen Aufgabe der Straftatenverhütung	174
3.	Ergebnisse der systematischen Auslegung	176
IV.	Teleologische Auslegung	176
1.	Die ratio legis der Privatrechtsklauseln	177
2.	Unvereinbarkeit des Anwendungsvorrangs der objektiven Rechts- ordnung mit der gesetzgeberischen Intention	178
a)	Das grundlegende Missverständnis der allgemeinen Meinung ..	179
b)	Umgehungsmöglichkeit des ordentlichen Rechtswegs am Beispiel des Markenrechts	180
c)	Der kompetenzrechtliche Hintergrund	185
3.	Straftatenverhütung keine unbeschränkbare polizeiliche Aufgabe ..	186
a)	Subsidiaritätsprinzip als notwendige Begrenzung der polizei- lichen Straftatenverhütung	187

b)	Über das Subsidiaritätsprinzip hinweggegangene Entwicklung des Gefahrenabwehrrechts	188
c)	Kongruenz zur strafprozessualen Rechtslage	190
4.	Beachtung der grundrechtlichen Schutzpflichten	191
a)	Gerichtlicher Schutz als Äquivalent zur polizeilichen Gefahrenabwehr	191
b)	Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum	193
5.	Unanwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips beim Schutz subjektiver Rechtsgüter	194
a)	Kein „traditioneller Kernbereich“ richterlicher Aufgaben	195
b)	Keine vorrangige Zuweisung des Schutzes subjektiver Rechtsgüter an die Judikative	196
c)	Hervorgehobene Bedeutung subjektiver Rechtsgüter	200
d)	Widerspruch zum Erfordernis einer Glaubhaftmachung	204
6.	Ergebnisse der teleologischen Auslegung	205
V.	Resümee	207

3. Kapitel

	Die Voraussetzungen der Privatrechtsklauseln	211
A.	Erfordernis eines Antrags des Berechtigten?	211
I.	Normativer Befund	212
II.	Antragserfordernis als ungeschriebene Voraussetzung?	212
1.	Unbedingtes Antragserfordernis?	212
2.	Bedingtes Antragserfordernis?	213
3.	Antragserfordernis als rechtslogische Notwendigkeit?	213
4.	Länderspezifisch differenzierende Auffassung	215
5.	Die Auffassung der Rechtsprechung	215
III.	Argumente gegen ein unbedingtes Antragserfordernis	216
1.	Unmöglichkeit des Schutzes unbekannter Rechteinhaber	216
a)	Sicherstellung von Bargeld	216
b)	Die widersprüchliche Auffassung des OVG NRW	218
c)	Zwischenergebnis	220
2.	Der Trugschluss eines unbedingten Antragserfordernisses	220
a)	Begründung eines unbedingten Antragserfordernisses	220
b)	Keine freiverantwortliche Entscheidung des Rechteinhabers	221
c)	Verkürzung des Selbstbestimmungsrechts des Rechteinhabers	223
3.	Maßgeblichkeit des mutmaßlichen Willens des Rechteinhabers	224
a)	Rechtslage bei der Sicherstellung von Kraftfahrzeugen	224
b)	Parallele zur Geschäftsführung ohne Auftrag	225
aa)	Polizeilicher Schutz subjektiver Rechte als fremdnützige Interessenwahrnehmung	226

bb)	Keine Rechtfertigung einer abweichenden Behandlung der Sicherstellung	226
IV.	Zwischenergebnis	227
V.	Die Rechtslage in Baden-Württemberg und Sachsen	228
1.	Ausgangslage: Die Polizei „zwischen Skylla und Charybdis“	228
2.	Teleologische Reduktion als Korrektur einer vom Gesetz uner- wünschten Rechtsfolge	228
3.	Teleologische Reduktion des Antragserfordernisses	229
a)	Antragserfordernis als gesetzliche Fiktion eines fehlenden Schutzwillens	229
b)	Keine Rechtfertigung einer abweichenden Behandlung der Sicherstellung	230
aa)	Kein Vorrang der Sicherstellungsvorschriften	231
bb)	Gesetzliche Vermutung eines mutmaßlichen Einverständ- nisses	232
c)	Unauflösbarer Widerspruch	233
d)	Übertragbarkeit der gesetzgeberischen Wertung bei der Sicher- stellung	234
e)	Die widersprüchliche Auffassung des VGH BW	236
f)	Zwischenergebnis	238
VI.	Exkurs: Bedeutung für den Anwendungsbereich der Privatrechtsklauseln	238
VII.	Ergebnis	239
B.	Unerreichbarkeit gerichtlichen Schutzes	240
I.	Rechtliche Möglichkeit eines gerichtlichen Schutzes	240
1.	Die Auffassung von Kowalzik	240
2.	Unerheblichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit	242
a)	Unzulässiges polizeiliches Vorverfahren	242
b)	Unterschied zur zivilrechtlichen Selbsthilfe	245
c)	Unvereinbarkeit mit dem aufgabenbeschränkenden Charakter der Privatrechtsklauseln	245
d)	Fehlende Rechtskenntnisse des Polizeivollzugsdienstes	246
e)	Ergebnis	248
II.	Unerreichbarkeit in zeitlicher Hinsicht	248
1.	Die Diversität der Ansätze in der Literatur	249
2.	Die Auffassung der Rechtsprechung	250
a)	Maßgeblichkeit des Zeitpunkts einer hypothetischen gericht- lichen Entscheidung?	251
b)	Maßgeblichkeit der Möglichkeit einer gerichtlichen Antragsstel- lung?	254
3.	Rechtzeitig zur Abwehr der für das subjektive Recht bestehenden Gefahr	254
a)	Gerichtliche Entscheidung als Maßnahme der Gefahrenabwehr	256

b) Wirksamwerden der gerichtlichen Entscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt	258
c) Irrelevanz der gerichtlichen Dienstzeiten	260
4. Ergebnis	261
III. Unerreichbarkeit in tatsächlicher Hinsicht	261
1. Das Identifizierungserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO	262
2. Nicht identifizierbare Störer	264
IV. Unerheblichkeit von Verschuldensfragen	266
1. Relevante Konstellation	267
2. Unzulässige Beschränkung des zivilprozessualen Dispositionsgrundsatzes	267
3. Ungerechtfertigte Sanktionierung des Rechteinhabers	268
4. Praktische Erwägungen	269
5. Ergebnis	269
V. „Unzumutbarkeit“ gerichtlichen Schutzes?	269
1. Die Entscheidung des VGH BW	270
2. „Unzumutbarkeit“ gerichtlichen Schutzes als teleologische Reduktion der Privatrechtsklauseln	271
3. Entbehrlichkeit einer teleologischen Reduktion	271
4. „Unzumutbarkeit“ gerichtlichen Schutzes keine hinreichende Bedingung der Privatrechtsklauseln	274
C. Vereitelung oder wesentliche Erschwerung der Rechtsverwirklichung	275
I. Oftmals übersehene Voraussetzung der Privatrechtsklauseln	275
1. Bestandsaufnahme in der Literatur	275
2. Die Auffassung der Rechtsprechung	277
II. Rechtsverwirklichung als (gerichtliche) Durchsetzung des subjektiven Rechts	279
1. Die ratio legis der gesetzlichen Voraussetzung	280
2. Bedeutung der gesetzlichen Voraussetzung bei der polizeilichen Störungsbeseitigung	281
III. Der Begriff der Vereitelung respektive wesentlichen Erschwerung der Rechtsverwirklichung	281
1. Übertragbarkeit der zivilrechtlichen Terminologie	282
2. Subsumtion am Beispiel privatrechtlicher Forderungen	282
IV. Grenzen des gesetzlichen Abgrenzungskriteriums	283
1. Durchsetzung des aus einem subjektiven Recht erwachsenden Anspruchs	283
2. Unterlassungsanspruch als maßgeblicher Anknüpfungspunkt	285
3. Die Problematik bei Unterlassungsansprüchen	285
a) Faktische Unmöglichkeit einer Vereitelung bzw. wesentlichen Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung	285
aa) Anspruchsvereitelung	287
bb) Wesentliche Erschwerung der Anspruchsdurchsetzung	288

b) Das Dilemma	288
c) Aktualität der Problematik für die Ausschließlichkeitstheorie ...	289
d) Zwischenergebnis	291
V. Teleologische Auslegung des Erfordernisses der Vereitelung bzw. wesentlichen Erschwerung der Rechtsverwirklichung	291
1. Die zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung	291
2. Die Parallelproblematik im vorläufigen Rechtsschutz des Zivilprozesses	293
3. Unzumutbarkeit der Rechtsbeeinträchtigung	294
a) Vereitelung der Anspruchsdurchsetzung bei zeitgebundenen Beeinträchtigungen	295
b) Substanzbeeinträchtigung/Höhe des drohenden Schadens	297
c) Umgehung zivilprozessualer Vollstreckungsvorschriften	298
aa) Die Entscheidung des VG Aachen	298
bb) Bedenken gegen die Auffassung des VG Aachen	299
cc) Indizieller Charakter des Blicks auf reguläres Vollstreckungsverfahren	302
d) Abgrenzung zum Unzumutbarkeitsbegriff des VGH BW	303
4. Exkurs: Bedeutung der Problematik für den Anwendungsbereich der Privatrechtsklauseln	303
VI. Ergebnis	304
VII. Verhältnis zu zivilrechtlichen Selbsthilferechten	305
1. Zurücktreten polizeilicher Befugnisse hinter zivilrechtliche Selbsthilferechte?	305
2. Unbeachtlichkeit etwaiger Selbsthilferechte	306
D. Erfordernis einer Glaubhaftmachung/Notwendigkeit einer Plausibilitätsprüfung	307
I. Glaubhaftmachung als ungeschriebene Voraussetzung der Privatrechtsklauseln?	307
II. Glaubhaftmachung als Voraussetzung eines Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten	309
III. Notwendigkeit einer polizeilichen Plausibilitätsprüfung	311
1. Glaubhaftmachung als Wahrscheinlichkeitsmaßstab der Gefahrenprognose	312
2. Plausibilitätsprüfung als Äquivalent zur Glaubhaftmachung	312
3. Bestehen eines subjektiven Rechts als Vorfrage der Gefahrenprognose	313
4. Maßgeblichkeit der Perspektive ex ante	315
IV. Ergebnis	316

4. Kapitel

Rechtsfolge der Privatrechtsklauseln	317
A. (Entschließungs-)Ermessensreduzierung auf Null	317
B. Grundsätzliche Beschränkung auf vorläufige Maßnahmen	318
I. Rechtsschutzermöglichende polizeiliche Maßnahmen	319
II. Rechtsschutzsichernde polizeiliche Maßnahmen	320
1. Widerstreitende verfassungsrechtliche Vorgaben	320
2. Befristung der polizeilichen Maßnahme bis zur Erreichbarkeit gerichtlichen Schutzes	322
III. Kein abschließender Katalog polizeilicher Maßnahmen	322
C. Ausnahmsweise Zulässigkeit von endgültigen Maßnahmen	323
I. Endgültige Maßnahmen als Ersetzung des gerichtlichen Rechtsschutzes	324
II. Rechtfertigung rechtsschutzersetzender polizeilicher Maßnahmen	324
1. Relevante Konstellationen	324
2. Notwendigkeit endgültiger Maßnahmen zur Beendigung unzumutbarer Rechtsbeeinträchtigungen	326
3. Eng auszulegende Ausnahmekonstellation	327
4. Exkurs: Unbeachtlichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs	328
III. Ergebnis	329
D. Die Problematik bei Unterlassungsansprüchen	329
I. Unmöglichkeit einer Differenzierung zwischen rechtsschutzsichernden und rechtsschutzersetzenden Maßnahmen	330
II. Beschränkung auf vorläufige Anspruchsdurchsetzung	331
E. Das Verhältnis vorläufiger Maßnahmen zum zivilgerichtlichen Rechtsschutz	332
I. Die Problematik	332
II. Beschränkung der Problematik auf rechtsschutzsichernde Maßnahmen	332
III. Anleihe bei den Vorschriften zur polizeilichen Wohnungsverweisung	333
1. Wohnungsverweisung als Sonderfall rechtsschutzsichernder Maßnahmen	333
2. Übertragbarkeit des Regelungssystems auf die Privatrechtsklauseln	335
a) Befristung der Maßnahmen	335
aa) Bemessung der Frist	336
bb) Fristverlängerung bei Beantragung gerichtlichen Schutzes?	336
cc) Keine Befristung eo ipso	337
b) Rechtsgestaltende Wirkung gerichtlicher Entscheidungen?	338
aa) Wegfall der Rechtfertigung des polizeilichen Kompetenzübergrißs	338
bb) Keine Unwirksamkeit eo ipso	339

IV.	Polizeiliche Sicherungsmaßnahmen während des gerichtlichen Verfahrens	340
1.	Die Entscheidung des VG Karlsruhe	340
2.	Fortbestand polizeilicher Befugnisse	342
V.	Pflicht des Rechteinhabers zur Einleitung eines zivilgerichtlichen Verfahrens?	343
1.	Die bejahende Auffassung des VG Köln	343
2.	Bedenken gegen die Auffassung des VG Köln	343
VI.	Verweis auf den Zivilrechtsweg – keine Problematik der Privatrechtsklauseln	345
VII.	Ergebnis	345
F.	Terminologie: Eilfallzuständigkeit, Notzuständigkeit oder subsidiäre Zuständigkeit?	346
I.	Privatrechtsklauseln als zuständigkeitsregelnde Vorschriften	346
II.	Eilfallzuständigkeit statt subsidiärer Zuständigkeit?	347
III.	Berechtigung der Bezeichnung als subsidiäre Zuständigkeit	348

5. Kapitel

	Ergebnisse der Untersuchung	350
A.	Der Anwendungsbereich der Privatrechtsklauseln	350
I.	Die Ausschließlichkeitstheorie der allgemeinen Meinung	350
II.	Die hier vertretene Auslegung: Schutz subjektiver Rechte (nicht Rechtsgüter) ohne Anwendungsvorrang der Unversehrtheit der objektiven Rechtsordnung	351
B.	Die Voraussetzungen der Privatrechtsklauseln	351
I.	Kein ungeschriebenes Antragserfordernis	352
II.	„Gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen“	352
1.	Unerheblichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit	353
2.	Unerheblichkeit von Verschuldensfragen	353
III.	„Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert“	353
IV.	Kein Erfordernis der Glaubhaftmachung	354
C.	Rechtsfolgen der Privatrechtsklauseln	354
I.	Grundsätzliche Beschränkung auf vorläufige Maßnahmen	354
II.	Ausnahmsweise Zulässigkeit endgültiger Maßnahmen	354
III.	Spannungsverhältnis zwischen rechtsschutzsichernden Maßnahmen und zivilgerichtlichem Rechtsschutz	355
1.	Erfordernis einer Befristung	355
2.	Auswirkungen einer zivilgerichtlichen Entscheidung	355
3.	Auswirkungen eines anhängigen Verfahrens/Keine Pflicht zur Verfahrenseinleitung	356
4.	Terminologie	356

D. Bedeutung der Ergebnisse für die polizeiliche Praxis	356
I. Hausbesetzung in Kerpen-Manheim	356
1. Unerreichbarkeit gerichtlichen Schutzes in tatsächlicher Hinsicht .	357
2. Drohende Vereitelung des Räumungsanspruchs	357
3. Räumung des Hauses als unzulässige endgültige Maßnahme	357
4. Ergebnis	359
II. Geiselnahme im Kölner Hauptbahnhof	360
III. Die dargestellten Beispielfälle	360
E. Schlussbemerkung	361
Literaturverzeichnis	362
Stichwortverzeichnis	377

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird auf *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage 2021, verwiesen.

1. Kapitel

Einleitung: Gegenstand und Aufbau der Untersuchung

A. Die Bedeutung des polizeilichen Schutzes subjektiver Rechte und Rechtsgüter in der Praxis – zwei Beispiele

(1) Im Oktober 2018 besetzten Umweltaktivisten im Zuge der Proteste gegen die Rodung des Hambacher Forsts mehrere leerstehende Häuser in der Ortschaft Kerpen-Manheim, die unmittelbar an den Hambacher Forst und den Tagebau Hambach angrenzt. Kerpen-Manheim liegt im genehmigten Abbaugbiet des Tagebaus und soll deswegen vollständig abgerissen werden. Der Energiekonzern, in dessen Eigentum die besetzten Häuser standen, ging zunächst auf dem ordentlichen Rechtsweg gegen die Hausbesetzung vor. Nachdem das Landgericht (LG) Köln den Erlass einer einstweiligen Räumungsverfügung wegen der unbekannten Identität der Umweltaktivisten abgelehnt hatte,¹ stellte das Bergbauunternehmen Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs gegen Unbekannt. Daraufhin räumte die Polizei des Landes Nordrhein-Westfalen im Rahmen eines mehrtägigen Einsatzes unter erheblichem Personalaufwand die besetzten Häuser und leitete gegen die Besetzer Strafverfahren wegen Hausfriedensbruchs ein.²

(2) Ebenfalls im Oktober 2018 ereignete sich am Kölner Hauptbahnhof eine Geiselnahme. Nachdem der Geiselnahmer zunächst einen sog. Molotowcocktail in einem Schnellrestaurant im Hauptbahnhof entzündet hatte, flüchtete er in eine gegenüberliegende Bahnhofsapotheke und brachte dort eine Mitarbeiterin der Apotheke in seine Gewalt. Er überschüttete seine Geisel mit Brandbeschleuniger und befestigte mit Klebeband mehrere Gaskartuschen an ihrem Körper. Zum Schutz der Geisel verschaffte sich eine Einheit der GSG 9³ Zutritt zum Hauptbahnhof und konnte den Geiselnahmer durch

¹ LG Köln, Beschl. v. 22.10.2018 – 5 O 410/18 –, juris-Rn. 14 f.

² <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-10/verwaltungsgericht-aachen-hambacher-forst-raeumung-besetztes-haus-polizei>, *Die Zeit*, Artikel vom 26.10.2018 (zuletzt abgerufen am 02.06.2022).

³ Bei der GSG 9 (= Grenzschutzgruppe 9) handelt es sich um eine Spezialeinheit der Bundespolizei, siehe *Rachor/Roggan*, in: Lisken/Denninger, C Rn. 70.

den Gebrauch von Schusswaffen kampfunfähig machen. Die Geisel wurde gerettet.⁴

B. Gegenstand der Untersuchung

Beiden eingangs dargestellten Beispielen ist gemeinsam, dass die Polizei jeweils präventiv auf der Grundlage des Polizeigesetzes Nordrhein-Westfalens⁵ zum Schutz subjektiver Rechte und Rechtsgüter tätig geworden ist. Während im ersten Beispiel der Schutz des Eigentums des Energiekonzerns an den Häusern bzw. die Durchsetzung des Hausrechts Zweck des Polizeieinsatzes war, handelte die Polizei im zweiten Beispiel zum Schutz des Lebens bzw. der körperlichen Unversehrtheit der in der Gewalt des Geiselnähmers befindlichen Person. Wer sich an dieser Stelle vor Augen führt, dass beide Einsätze nahezu zeitgleich in einer Entfernung von nur rund 35 km zueinander stattgefunden haben, dem wird deutlich, dass der Schutz subjektiver Rechte und Rechtsgüter zweifellos zum Alltag präventiv-polizeilicher Tätigkeit gezählt werden muss.

Der polizeiliche Schutz subjektiver Rechte und Rechtsgüter, durch den der Staat den ihn treffenden grundrechtlichen Schutzpflichten nachkommt, muss dabei von vornherein im Spannungsverhältnis zum rechtsstaatlichen Prinzip der Gewaltenteilung stehen. Denn grundsätzlich obliegt der Schutz subjektiver Rechte und Rechtsgüter allein den ordentlichen Gerichten. Diese muss der Bürger anrufen, wenn – wie in den beiden Beispielsfällen – durch das Handeln anderer Bürger seine subjektiven Rechte und Rechtsgüter verletzt bzw. gefährdet werden. Dass dieses Spannungsverhältnis zwischen polizeilichem und gerichtlichem Schutz immer noch nicht hinreichend geklärt erscheint und eine Reihe rechtlicher Fragen aufwirft, wird auch anhand der beiden Beispielsfälle deutlich.

⁴ <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-10/koeln-hauptbahnhof-anschlag-geiselnahme-ermittlung>, *Die Zeit*, Artikel vom 16.10.2018 (zuletzt abgerufen am 02.06.2022).

⁵ Obgleich die Gefahrenabwehr für den Bereich der Bahnanlagen gemäß § 1 Abs. 2 und 5, § 3 Abs. 1 BPolG in den Zuständigkeitsbereich der Bundespolizei fällt, findet der polizeiliche Zugriff seine Rechtsgrundlage in dem Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen. Denn die gefahrenabwehrrechtliche Zuständigkeit der Bundespolizei ist gemäß § 1 Abs. 7 BPolG auch für den Bereich der Bahnanlagen auf die Abwehr sog. eisenbahnspezifischer Gefahren beschränkt, während es für die – hier in Rede stehende – allgemeine Gefahrenabwehr bei der Zuständigkeit der jeweiligen Landespolizei verbleibt, hierzu *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BPolG, § 1 Rn. 23 f. Die polizeilichen Befugnisse richten sich hierbei auch dann nach dem jeweiligen Landesrecht, wenn die Bundespolizei – wie vorliegend der Fall – im Wege der Amtshilfe für die Landespolizei tätig wird, siehe § 65 Abs. 1 BPolG sowie § 9 Abs. 3 POG NRW.

Bei dem Beispiel der Räumung der besetzten Häuser drängt sich etwa die Frage auf, ob das Land Nordrhein-Westfalen tatsächlich auf Kosten des Steuerzahlers für den Energiekonzern „in die Bresche springen“ durfte, nachdem dieser vor dem ordentlichen Gericht mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Räumungsverfügung gescheitert war. Dies gilt umso mehr, als jeder Vermieter, der zeit- und kostenaufwendig gegen einen wirksam gekündigten Mieter prozessieren muss, gewiss froh wäre, wenn er die Räumung der Mietwohnung ebenfalls unbürokratisch und kostenlos durch einen Anruf bei der örtlichen Polizeibehörde erledigen könnte. Im zweiten Beispiel hingegen scheint außer Frage zu stehen, dass die Polizei zur Rettung der in der Gewalt des Geiselnahmers befindlichen Person berechtigt war. So eindeutig dieser Befund auf den ersten Blick auch scheinen mag, umso schwieriger fällt die Begründung dieser differenzierten Bewertung. Lässt sich eine divergierende Behandlung der beiden Konstellationen damit rechtfertigen, dass die im Beispiel der Geiselnahme bedrohten Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit zweifellos gegenüber dem bei einer Hausbesetzung gefährdeten Eigentum bzw. Hausrecht als höherwertig einzustufen sind? Spielt es eine Rolle, dass der bei einer Hausbesetzung regelmäßig einschlägige Straftatbestand des Hausfriedensbruchs als absolutes Antragsdelikt (§ 123 Abs. 2 StGB) sowie als Privatlagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 1 StPO) ausgestaltet ist? Oder verbietet sich eine unterschiedliche Behandlung der beiden Beispielsfälle schon deshalb, weil die Polizei jeweils neben dem Schutz subjektiver Rechte und Rechtsgüter zugleich auch zur Verhütung von Straftaten tätig geworden ist und somit schlichtweg eine ihr originär zugewiesene Aufgabe erfüllt hat?

Angesichts der erheblichen praktischen Bedeutung des polizeilichen Schutzes subjektiver Rechte und Rechtsgüter und der Vielzahl der sich aufdrängenden rechtlichen Fragen muss verwundern, dass die in Rede stehende Thematik wissenschaftlich bisher kaum⁶ Beachtung gefunden hat. Mit der vorliegenden Arbeit soll der Versuch unternommen werden, diesem misslichen Umstand abzuhelpfen.

C. Gang der Untersuchung

Einleitend sind im ersten Kapitel zunächst einige terminologische Klarstellungen vorzunehmen und es gilt zu klären, welche Rechtspositionen genau unter das Begriffspaar *subjektive Rechte und Rechtsgüter* zu subsumieren sind. Weiterhin soll in diesem Zusammenhang auf Einzelfragen hinsichtlich

⁶ Bereits an dieser Stelle soll auf die Untersuchung von Kowalzik, Der Schutz von privaten und individuellen Rechten im allgemeinen Polizeirecht, 1987, hingewiesen werden.