

Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht

Götz / Geis

17. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-74029-9
C.H.BECK

Im Bauaufsichtsrecht hat die Behörde ebenfalls das Eingriffsermessen.³⁷¹ Tragfähige Ermessenserwägungen, die das Ablehnen des Einschreitens rechtfertigen, können sogar in einem Falle vorhanden sein, in dem eine erteilte Baugenehmigung wegen ihrer Rechtswidrigkeit auf Nachbarklage aufgehoben wurde und nunmehr der Nachbar auf Beseitigung des Bauwerkes drängt.³⁷² Sind Baumaßnahmen genehmigungsfrei, wie es die neuere Gesetzgebung in zunehmendem Umfang vorsieht, so hat dies Auswirkungen auf den Nachbarrechtsschutz: die Bauaufsichtsbehörde kann, wenn keine gravierenden Beeinträchtigungen des Nachbarn ersichtlich sind, diesen auf den Zivilrechtsschutz verweisen.³⁷³

Die Entschließung der Polizei oder Ordnungsbehörde, gegen eine als Gefahr für die öffentliche Sicherheit beurteilte Handlungsweise oder einen solchen Zustand nicht oder zunächst nicht einzuschreiten, führt zu dessen **Duldung**, die in der Regel vorübergehender Natur ist. Ein Rechtsakt mit Außenwirksamkeit ist die Duldung, die im bloßen Nichteinschreiten besteht, nicht. Die Duldung kann aber als Zusicherung gem. § 38 VwVfG, als öffentlich-rechtlicher Vertrag gem. § 54 VwVfG oder als Duldungsverwaltungsakt, der gegenüber dem Betroffenen die vorübergehende Hinnahme des rechtswidrigen Handelns oder Zustandes verbindlich festlegt³⁷⁴, die Qualität eines verbindlichen Rechtsaktes annehmen. Die durch die Aufsichtsbehörde angeordnete und von der Baubehörde befolgte Duldung von Schwarzbauten (Wochenendhäusern) kann Vertrauensschutz erzeugen.³⁷⁵ Häufig sind befristete Duldungen Bestandteile einer gütlichen Einigung in Streitfällen, insbesondere in gerichtlichen Vergleichen.

Die Ermessensausübung ist durch die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** nach § 40 VwVfG gebunden. Dabei spielen die allgemeinen aus dem Verfassungsrecht hergeleiteten Grenzen eine wichtige Rolle, insbesondere der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (→ Rn. 11 ff.) und der **Gleichheitssatz**.

Der Gleichheitssatz ist nicht schon dadurch verletzt, dass die Behörde in vergleichbaren Fällen nicht eingeschritten ist. Dies spielt vor allem bei Anordnungen der Bauaufsichtsbehörden eine Rolle, z. B. bei Abrissverfügungen gegen ungenehmigte und baurechtlich unzulässige Bauwerke. Nach den in der Rspr.³⁷⁶ entwickelten Grundsätzen können der Behörde Vergleichsfälle, in denen (noch) nicht eingeschritten wurde, nur dann entgegengehalten werden, wenn es der Art des Einschreitens an jedem System fehlt, für die Art des Vorgehens, auch in zeitlicher Hinsicht, keine einleuchtenden Gründe sprechen und deshalb die Handhabung als willkürlich, d. h. ohne rechtfertigenden Grund angesehen werden muss.³⁷⁷ Es kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, dass die Bauaufsichtsbehörde nicht „flächendeckend“ einschreitet, sondern ihr Vorgehen auf Einzelfälle beschränkt.³⁷⁸ Darüber hinaus gilt der Grundsatz **„keine Gleichheit im Unrecht“**, sodass keine Selbstbindung der Behörde bei rechtswidrig unterlassenen Einschreiten erfolgen kann.³⁷⁹

³⁷¹ OVG Lüneburg, BRS 79 Nr. 206 m. w. N. – Anspruch auf Einschreiten bei Verstoß gegen Brandschutzanforderungen: OVG Bln-Bbg, BRS 79 Nr. 205.

³⁷² OVG Lüneburg, BRS 38 Nr. 181 = BauR 1982, 147; VGH München, BRS 48 Nr. 174.

³⁷³ OVG Lüneburg, NdsVBl. 2009, 44; dagegen *Mehdel/Hansen*, NVwZ 2010, S. 14.

³⁷⁴ VGH Kassel, BRS 55 Nr. 205.

³⁷⁵ Vgl. BVerfG, BRS 69 Nr. 190.

³⁷⁶ BVerwG, DVBl. 1973, 635 (639).

³⁷⁷ Vgl. OVG Lüneburg, BRS 55 Nr. 200 m. w. N.

³⁷⁸ BVerwG, DÖV 1992, 748 = UPR 1992, 195.

³⁷⁹ BVerfGE 50, 142 (166); *Geis*, in: Schoch/Schneider VwVfG § 40 Rn. 76.

II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Literatur: *Bleckmann*, Begründung und Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, JuS 1994, 177; *Czeczatka*, Der Einfluss privatrechtlicher Rechtsverhältnisse auf Erlass und Inhalt polizeilicher Hoheitsakte, 1978, *Grupp*, Das Angebot des anderen Mittels, VerwArch 69 (1978), 125; *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; *Ossenbühl*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Jura 1997, 617; *Schoch*, Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, 756; *Vöfßkuhle*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429; *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193; *Waechter*, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458.

1. Grundlagen

- 11 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt die bedeutsamste Rechtsschranke des Einschreitens zum **Zwecke der Gefahrenabwehr** dar. Danach muss das behördlich angewandte Mittel geeignet zur Gefahrenabwehr sein (**Geeignetheit**, → 2.), von mehreren geeigneten Maßnahmen diejenige ergriffen werden, die den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt (**Erforderlichkeit**, → 3.) und die Maßnahme darf nicht zu einem Schaden führen, der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht (**Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**, → 4.). Unter dem Oberbegriff des Übermaßverbots werden der Grundsatz des geringsten Eingriffes und das Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne zusammengefasst. Die Reihenfolge dieser Prinzipien drückt eine Steigerung der den Gefahrenabwehrbehörden auferlegten Rechtsschranken aus. Sie schreitet von dem selbstverständlichen Erfordernis der Geeignetheit der Maßnahmen – das nur in einem weiteren Sinne Bestandteil des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist und für die Anwendung des Übermaßverbots eher eine Art Vorfrage darstellt – zum weit tragenden und problematischen Verhältnismäßigkeitsprinzip im engeren Sinne voran. Während der Grundsatz der Geeignetheit den Behörden noch alle geeigneten Maßnahmen zur Verfügung stellt, schränkt der Grundsatz der Erforderlichkeit den Kreis der zulässigen Maßnahmen weiter ein, indem er unter mehreren gleich geeigneten Maßnahmen nur diejenige zulässt, die am wenigsten beeinträchtigt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne schränkt schließlich die dann noch zulässig verbleibenden Maßnahmen noch einmal ein, indem er Maßnahmen, die zu einem gegenüber dem beabsichtigten Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung offensichtlich unverhältnismäßigen Schaden führen, gänzlich eliminiert.
- 12 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat seinen Ursprung sowohl im Verfassungsrecht als auch im Polizei- und Ordnungsrecht. Letzteres hat ihn in seinen Normenbestand³⁸⁰ aufgenommen, um den polizei- und ordnungsbehördlichen Eingriff in Übereinstimmung mit den Grundrechten des Eingriffsadressaten zu bringen. Die Erfordernisse der Geeignetheit und der Erforderlichkeit werden mit folgender Formulierung zusammengefasst: Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen hat die Polizei oder Ordnungsbehörde diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird durch die Gesetze so umschrieben, dass eine Maßnahme nicht zu

³⁸⁰ § 15 BPolG, Art. 4 BayPAG, 8 BayLStVG, §§ 5 BWPoL, 11 ASOG Bln, 14 BbgOBG, 3 BbgPolG, 3 BremPolG, 4 HbgSOG, 4 HSO, 15 SOG M-V, 4 NPOG, 2 PolG NRW, 15 OBG NRW, 2 RhPfPOG, 2 SPoL, 5 SächsPVDG, 5 SOG LSA, 73 SchlHLVwG, 4 ThürPAG, 6 ThürOBG, 29 WStrG.

einem Nachteil führen darf, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

Außerdem begrenzen die Gesetze die Dauer eines Eingriffes, indem sie bestimmen, dass eine Maßnahme nur so lange zulässig ist, bis ihr Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann. Damit hängt bei **Maßnahmen, die sich über eine Zeitdauer erstrecken** (z. B. Durchsuchung, Gewahrsam, Sicherstellung), die Rechtmäßigkeit der Fortdauer und Aufrechterhaltung von ihrer Notwendigkeit ab. Dies leitet sich aus sämtlichen Teilaspekten der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) her. 13

Die Verhältnismäßigkeit des polizei- und ordnungsbehördlichen Eingriffes ist hauptsächlich eine **Grundrechts-Verhältnismäßigkeit**. Es ist überformt durch das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, das seinen Ursprung im Rechtsstaatsprinzip und im Wesen der Grundrechte hat.³⁸¹ Die Überprüfung der polizei- und ordnungsbehördlichen Maßnahme am Maßstab der Verhältnismäßigkeit ist daher zugleich eine Überprüfung am Maßstab der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen der Grundrechte. Gegenstand der Überprüfung ist die Anwendung der Gefahrenabwehrermächtigungen. Diese Überprüfung wird nicht dadurch entbehrlich, dass die Ermächtigungsgrundlage als solche mit ihrem abstrakten Inhalt als verfassungsmäßig anzusehen ist. Die Überprüfung bezieht sich auf die konkrete **Anwendung der Befugnisnormen**. Während insoweit die Überprüfung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Maßnahme weitgehend losgelöst ist von den Differenzierungen der jeweils durch den Eingriff betroffenen Grundrechte, erfordert die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wegen der Verschiedenartigkeit der Grundrechtsgewährleistungen und -schränken die Feststellung, in welche Grundrechte eingegriffen wird. Die Geltung der Grundrechte äußert sich so in der Polizeirechtsanwendung. 14

Alle grundrechtlich geschützten Freiheiten sowie das Eigentum sind dem Gefahrenabwehrrecht unterworfen. Keine der grundrechtlichen Freiheiten ist von der Verpflichtung, sie so auszuüben, dass die öffentliche Sicherheit nicht gefährdet wird, von vornherein freigestellt. Insofern gibt es keine „polizeifesten“ Grundrechte. 15

Soweit der aus der Dogmatik der Epoche der Weimarer Republik übernommene Begriff der „Polizeifestigkeit“ darauf abzielte, dass bei bestimmten Grundrechten die polizeiliche Generalermächtigung im Hinblick auf Spezialbestimmungen nicht anwendbar war, gibt es auch im geltenden Recht Situationen von Polizeifestigkeit in diesem Sinne. 16

Die enge Auslegung des **Zitiergebots** (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) durch das BVerfG³⁸² hat zur Folge, dass die Gesetze über das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht in der Regel nur eine Einschränkung der Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG), des Brief-, Post und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und des Wohnungsgrundrechtes (Art. 13 GG) ausdrücklich benennen. Die allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) sowie die gesetzlichen Schranken der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und des Eigentums (Art. 14 GG) sind nach der Rspr. des BVerfG keine dem Zitiergebot unterliegenden Grundrechtseinschränkungen. Dasselbe gilt für Ge- 17

³⁸¹ BVerfGE 19, 342 = NJW 1966, 243.

³⁸² Vgl. BVerfGE 35, 185; *Pieroth/Schlink et al.*, StaatsR II, Rn. 324.

setze, die den sog. vorbehaltlos oder uneinschränkbar gewährleisteten Grundrechten Schranken ziehen, indem sie die verfassungsrechtlichen Gewährleistungsschranken konkretisieren oder Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte schützen.³⁸³ Dies betrifft z. B. die Kunstfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit und die Versammlungsfreiheit für die Versammlungen in geschlossenen Räumen. Deshalb ist die Anwendung der Landespolizeigesetze als Grundlage von Eingriffen gegenüber nichtöffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen nicht dadurch in Frage gestellt, dass diese Gesetze Art. 8 GG nicht als eingeschränktes Grundrecht benennen.

- 18 Ohne Schrankenvorbehalt gewährleistet ist das **Streikrecht** (Art. 9 Abs. 3 GG). Gegen einen Streik darf polizeirechtlich nicht eingeschritten werden. Dies ist für einen arbeitsrechtlich rechtmäßigen Streik ohnehin selbstverständlich. Es gilt aber auch für einen Streik, der arbeitsrechtlich unzulässig ist, z. B. weil er die tarifvertragliche Friedenspflicht verletzt. Denn die (Wieder-)Herstellung einer arbeitsrechtlich rechtmäßigen Lage gehört nicht zu den Zuständigkeiten der Gefahrenabwehrbehörde, sondern ist den Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts und der Arbeitsgerichtsbarkeit als Aufgabe gestellt. Werden lebenswichtige Betriebe wie Krankenhäuser, Versorgungsbetriebe (Elektrizität, Gas, Wasser) und Verkehrsbetriebe bestreikt, so werden damit Einrichtungen in Mitleidenschaft gezogen, deren Funktionieren im Interesse der Allgemeinheit und damit, aus der Sicht der Arbeitskämpfparteien gesehen, einer Vielzahl von „Dritten“ unter dem Gesichtspunkt der „öffentlichen Sicherheit“ polizei- und ordnungsrechtlich geschützt ist. Dann kann es unter den gegebenen Umständen Aufgabe der Polizei und Ordnungsverwaltung sein, durch geeignete Maßnahmen, nicht jedoch durch Inpflichtnahme Streikender, falls Notdienste nicht vorhanden sind oder nicht genügen, Schaden abzuwenden, der durch den Ausfall lebenswichtiger öffentlicher Dienste entsteht. Nicht vom Streikrecht gedeckt sind Ausschreitungen bei Streiks wie die Versperrung des Zugangs zum Betrieb und die gewaltsame Behinderung Arbeitswilliger. Insofern liegen, insbesondere im Falle von Straftaten, Störungen der öffentlichen Sicherheit vor, die von der Polizei nach allgemeinen Grundsätzen zu verhindern und zu beseitigen sind.
- 19 Die **Pressefreiheit** (Art. 5 Abs. 1 GG) ist gegen Eingriffe der Gefahrenabwehrbehörden in besonderer Weise abgesichert. Gefahren, die vom Inhalt von Presseerzeugnissen (Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Plakate, Flugblätter, Schallplatten, sonstige Druckwerke, sofern sie in einem zur Massenherstellung geeigneten Vervielfältigungsverfahren hergestellt und zur Verbreitung bestimmt sind) ausgehen, können nicht auf Grund der Gefahrenabwehrermächtigungen abgewehrt werden. Dieser Befund ist aber auch in diesem Falle nicht etwa eine zwingende Folge der Grundrechtsgewährung, die nach Art. 5 Abs. 2 GG unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze steht, sondern beruht auf der sonderrechtlichen Regelung der eine spätere Einziehung vorbereitenden Pressebeschlagnahme gem. § 111 q StPO (→ Rn. 69).
- 20 Im Einzelnen bewirken die unterschiedlich ausgestalteten Grundrechtsgewährleistungen Differenzierungen der möglichen Eingriffe. Handelt es sich darum, dass die Grundrechtsnorm unter einem sog. qualifizierten Eingriffsvorbehalt steht, indem bestimmte, in der Verfassung umrissene Voraussetzungen an den Gesetzestatbestand und

³⁸³ Vgl. BVerfGE 28, 243 = NJW 1970, 729; 30, 173 = NJW 1971, 1645; 32, 98 = NJW 1972, 327; 67, 213 (228) = NJW 1985, 261.

den Eingriffszweck gestellt werden, so folgen daraus bestimmte Schranken des polizei- und ordnungsbehördlichen Eingriffs (z. B. Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 13 Abs. 2 bis Abs. 7 GG). Bei den sog. vorbehaltlos oder uneinschränkbar gewährleisteten Grundrechten ergeben sich in vergleichbarer Weise Schranken des polizei- und ordnungsbehördlichen Eingriffes aus der Notwendigkeit, den Eingriff auf den Schutz von Grundrechten Dritter und anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter zu stützen.

2. Geeignetheit

Es dürfen keine zur Gefahrenabwehr ungeeigneten Maßnahmen getroffen werden. 21
Ob die ergriffene Maßnahme geeignet oder ungeeignet ist, ist keine Ermessensfrage. Geeignet ist die zur Gefahrenabwehr zwecktaugliche Maßnahme, die nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangt. Geeignet sind nicht nur solche Maßnahmen, die die Gefahr voraussichtlich vollständig beseitigen; es kommt darauf an, dass die Maßnahme jedenfalls ein Schritt in der richtigen Richtung und nicht ungeeignet zur Bekämpfung der Gefahr ist. (Vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 HbgSOG: „Sie ist auch geeignet, wenn sie die Gefahr nur vermindert oder vorübergehend abwehrt.“)

Ungeeignet ist auch eine Maßnahme, die vom Adressaten etwas **rechtlich Unzulässiges oder Unmögliches** verlangt. Wirtschaftliches Unvermögen ist kein Fall der Unmöglichkeit.³⁸⁴ Wohl aber liegt eine ungeeignete Maßnahme vor, wenn in Bezug auf eine Sache ein Gebot ausgesprochen wird, zu dessen Erfüllung der Adressat privatrechtlich nicht in der Lage ist. Eine Baubeseitigungsverfügung kann gegen den Bauherrn, Eigentümer (evtl. auch gegen Unternehmer und Bauleiter) gerichtet werden, nicht aber gegen den Mieter. Denn dieser hat nicht die Verfügungsgewalt über den Bestand des Bauwerks. Der Eigentümer des vermieteten Bauwerks kann wiederum dieses nicht räumen.³⁸⁵ Deshalb ist die Räumung nur dem Mieter aufzugeben. Das an den Eigentümer gerichtete Verlangen, dem Mieter zu kündigen, ist ein überflüssiger Umweg.³⁸⁶

Haben **mehrere Personen die Verfügungsgewalt**, die zur Ausführung des behördlichen Gebotes erforderlich ist (z. B. Miteigentümer, Miterben), oder steht einer Ausführung ein obligatorisches Recht eines Dritten entgegen (z. B. Besitzrecht des Mieters bei Beseitigungsverfügung an den Eigentümer), so berührt dies nicht die Rechtmäßigkeit der behördlichen Maßnahme, sondern nur ihre Durchsetzbarkeit. Diese ist erst gegeben, wenn gegenüber den Mit- und Nebenberechtigten eine (vollziehbare) Beseitigungs- oder Duldungsverfügung vorliegt.³⁸⁷ Ist der Dritte nach Erlass der Beseitigungsanordnung (Teil-)Rechtsnachfolger geworden (→ § 13 Rn. 84 ff.), so ist eine Duldungsanordnung an ihn entbehrlich.³⁸⁸ 23

³⁸⁴ OVG Koblenz, NVwZ 1987, 240; NVwZ 1992, 499 = DVBl. 1991, 1376; OVG Berlin, BRS 49 Nr. 222.

³⁸⁵ ProOVGE 24, 384; 86, 258; OVG Münster, OVGE 8, 29; VGH Kassel, DVBl. 1964, 690; VGH München, BayVBl. 1979, 634.

³⁸⁶ OVG Münster, NWVBl. 1993, 232.

³⁸⁷ BVerwGE 40, 101 (104); BVerwG, BRS 60 Nr. 170; OVG Berlin, DÖV 1991, 557; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 499 (500) = DVBl. 1991, 1376 (1378); VGH Mannheim, NVwZ 1993, 1014 (1016) = DÖV 1993, 578; OVG Berlin, UPR 1998, 75; OVG Weimar, LKV 1997, 368; OVG Magdeburg, BRS 81 Nr. 207.

³⁸⁸ VGH München, NJW 1997, 961.

3. Erforderlichkeit

- 24 Von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen sind diejenigen zu wählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigen. Der **Grundsatz der Erforderlichkeit** (des geringsten Eingriffs, des mildesten Mittels, des „Interventionsminimums“) ist der Kern des Übermaßverbotes. Er verpflichtet Polizei und Ordnungsbehörden dazu, von mehreren voraussichtlich gleich wirksamen Maßnahmen die am wenigsten belastende zu wählen. Da der weitergehende Eingriff nur zurücktreten muss, wenn ein anderer gleich wirksam ist, wird der Handlungsspielraum der Behörden nicht in einer Weise beschnitten, die der Erfüllung der Gefahrenabwehraufgabe abträglich wäre.
- 25 **Beispiele** für die Anwendung des Grundsatzes der Erforderlichkeit sind: Auflagen statt Verbote³⁸⁹; Teilabbruch statt vollständiger Baubeseitigung³⁹⁰; Auflagen statt Widerruf³⁹¹; Nutzungsverbot statt Beseitigung einer Anlage³⁹²; vorübergehende Beschlagnahme eines Speichermediums statt Fotografierverbot³⁹³.
- 26 Bei störenden, insbesondere zu übermäßigen Immissionen (Lärm, Gerüche etc.) führenden Nutzungen sind einzelne Beschränkungen der Nutzung statt des Nutzungsverbots nicht stets eine gleichwertige Alternative. Denn es ist hier häufig abzusehen, dass die Beschränkungen (Auflagen) nur auf dem Papier stehen, weil ihre Einhaltung praktisch nicht mehr überwacht werden kann. Grundsätzlich wird zwar den Gefahrenabwehrbehörden die Last der Überwachung auferlegt; sie können ihr nicht durch ein umfassenderes Verbot ausweichen. Dies hat allerdings Grenzen. Denn eine ständige Überwachung der Einhaltung von Auflagen kann im Einzelfall unzumutbar sein. Es bedarf der Bewertung im Einzelfall, ob Auflagen eine praktikable gleichwirksame Alternative zum Verbot sind.³⁹⁴
- 27 Im Pr.PVG (§ 41 Abs. 2) hieß es noch, dass „tunlichst“ das den Betroffenen oder die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen ist. Dies bedeutete, dass die Polizei keine „komplizierten Untersuchungen“ nach einem milderem Mittel anstellen sollte, wenn eines der Mittel sich als tauglich darbot.³⁹⁵ Heute muss die Behörde jedenfalls die sich anbietenden Alternativen prüfen, und sie ist zwingend gehalten, sich auf den Eingriff zu beschränken, der den Schutzzweck so erfüllt, dass gleichzeitig die Beeinträchtigung des Adressaten und der Allgemeinheit am geringsten ausfällt.
- 28 Die alte preußische Regelung (§ 41 Abs. 2 S. 3 Pr.PVG), wonach der Adressat einer Polizeiverfügung der Behörde ein gleichgeeignetes anderes Mittel anbieten kann (**Austausch- oder Ersatzmittel**), hat nicht komplett an Bedeutung verloren. Diese Regelung findet sich auch in neueren Gesetzen.³⁹⁶ Einmal kann die Behörde den Grund-

³⁸⁹ OVG Lüneburg, KommJur 2010, 475 = NordÖR 2010, 416.

³⁹⁰ BVerfG, BRS 69 Nr. 190.

³⁹¹ BVerwG, NJW 1976, 986.

³⁹² OVG Münster, NJW 1980, 2210.

³⁹³ VGH Mannheim, DVBl. 2010, 1569.

³⁹⁴ Vgl. VGH München, BayVBl. 1984, 432; OVG Saarlouis, BRS 49 Nr. 56.

³⁹⁵ *Dreus/Wacke*, Allg. PolR, 7. Auflage, S. 288.

³⁹⁶ § 16 Abs. 2 BPolG, Art. 5 Abs. 2 BayPAG, §§ 12 Abs. 2 ASOG Bln, 20 BbgOBG, 4 Abs. 2 BbgPolG, 4 Abs. 2 BremPolG, 4 HbgSOG, 5 Abs. 2 S. 2 HSOG, 5 Abs. 2 S. 2 NPOG, 14 Abs. 2 SOG M-V, 3 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, 21 S. 2 OBG NRW, 3 Abs. 2 S. 2 RhPffOG, 3 Abs. 2 S. 2 SPolG, 6 Abs. 2 SOG LSA, 5 Abs. 2 ThürPAG, 7 Abs. 2 ThürOBG.

satz des geringsten Eingriffes durchaus beachtet haben, der Betroffene aber gleichwohl eine andere ihn gleich stark belastende Maßnahme oder gar eine objektiv ihn stärker belastende Maßnahme³⁹⁷ anbieten. Zum anderen wäre es auch denkbar, dass die Behörde tatsächlich nicht das am wenigsten eingreifende Mittel gewählt hat, der Betroffene aber, statt Rechtsmittel dagegen einzulegen, lediglich den Antrag stellt, ein milderes Mittel anzuwenden.

4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit)

Eine Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg 29
erkennbar außer Verhältnis steht. Der erstrebte Erfolg ist die Gefahrenabwehr. Der bewirkte Nachteil ist an erster Stelle die durch den Eingriff bewirkte Grundrechtseinbuße. Der Begriff des Nachteils ist so weitgefasst, dass er darüber hinaus, losgelöst von der Zuordnung des Eingriffes zu bestimmten Grundrechten, jegliche Vermögensnachteile und immaterielle Beeinträchtigungen des Adressaten der Maßnahmen oder Dritter erfasst. Die Beschränkung der Gefahrenabwehrbehörden auf verhältnismäßige Maßnahmen bezweckt, dass Polizei und Ordnungsverwaltung ihre Rechtsschutzaufgabe nicht mit allen erforderlichen Mitteln, also nicht um jeden Preis, ausüben können.

Das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht reagiert auf die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (auch „**Angemessenheit**“) nicht lediglich da- 30
durch, dass es die Ausübung von Eingriffsbefugnissen an deren Einhaltung bindet. Es nimmt darüber hinaus die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne in die Befugnisnormen auf, indem es für schwerwiegende Eingriffe wie z. B. Freiheitsentziehung, Durchsuchung von Wohnungen oder Notstandseingriff eine Qualifikation der Gefahr hinsichtlich der Schadensnähe und -schwere fordert. Dies ist in noch größerem Umfang der Fall bei den informationellen Eingriffen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung. Wegen dieser „Vorverlagerung“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in die Befugnisnormen hat die zu den Befugnisnormen hinzutretende Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur selten zur Folge, dass Maßnahmen, die der Befugnisnorm entsprechen und erforderlich sind, an der Verhältnismäßigkeits-Hürde scheitern. Auch für die Vollstreckung der Maßnahmen gilt die Schranke der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Innerhalb des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts liegt hier sogar ihre wesentliche Bedeutung. Dies zeigt sich u. a. beim Schusswaffengebrauch (→ § 20 Rn. 49).

Das besondere Ordnungsrecht liefert wichtige Anwendungsbeispiele für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. 31

Im Bauaufsichtsrecht wird die Einhaltung des öffentlichen Baurechts durch Nutzungsverbote und Beseitigungsverfügung auch dann durchgesetzt, wenn dem Eigentümer, der materiell baurechtswidrig und ohne Baugenehmigung gebaut hat, daraus große Vermögensverluste entstehen.³⁹⁸ Andererseits ist der baurechtliche Grundsatz, dass eine **Baubeseitigungsverfügung** nicht schon wegen Fehlens der erforderlichen Baugenehmigung („**formelle Illegalität**“), sondern nur bei **materieller Baurechtswidrigkeit** („**materielle Illegalität**“) ergehen kann³⁹⁹, eine Ausprägung des Verhält- 32

³⁹⁷ OVG Münster, DÖV 1962, 617.

³⁹⁸ VGH München, BRS 36 Nr. 215.

³⁹⁹ BVerwGE 3, 351 = NJW 1957, 557.

nismäßigkeitsgrundsatzes. Auch geringfügige Abweichungen von der zulässigen Höhe eines Bauwerkes oder dem zulässigen Grenzabstand rechtfertigen Beseitigungsverfügungen⁴⁰⁰, aber es kann doch Extremfälle geben, in denen das Verhältnismäßigkeitsprinzip greift.⁴⁰¹

- 33 Im **Ausländerrecht** spielt das (bundesverfassungsrechtliche) Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke der Versagung des Aufenthalts und der Ausweisung eine große Rolle. Nach ständiger Rspr.⁴⁰² genießen ausländische Ehegatten Deutscher mit Rücksicht auf Art. 6 GG einen weitreichenden Schutz: Das gegen den weiteren Aufenthalt sprechende öffentliche Interesse hat regelmäßig zurückzutreten, wenn es nicht schwer wiegt, insbesondere von dem Ausländer keine oder keine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Schutzgut ausgeht. Der in dieser Rspr. zutage tretende „Einstieg“ in eine breite Abwägung ist durch die besondere Ausgangslage bedingt, bei der auf der einen Seite schon beliebige öffentliche Belange einen Eingriff tragen und auf der anderen Seite Eingriffe in Lebensschicksale stehen. Auch die in der BRep. Deutschland aufgewachsenen Ausländer genießen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Ausweisungen besonderen Schutz.⁴⁰³
- 34 Im **Immissionsschutzrecht** (→ § 23 Rn. 15f.) der nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen nach §§ 22ff. BImSchG ist umstritten, welche Konsequenzen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu ziehen sind, wenn eine bestehende Anlage gegenüber einer nachträglich herangerückten immissionsempfindlichen Wohnbebauung schädliche Umwelteinwirkungen herbeiführt. Das Eingriffsinstrumentarium ist in §§ 24, 25 BImSchG speziell geregelt; die polizei- und ordnungsbehördliche Generalermächtigung ist nach h. M. durch diese Regelung verdrängt.⁴⁰⁴ Der Betreiber der Anlage hat die Pflicht („Grundpflicht“), die nach dem Stand der Technik vermeidbaren schädlichen Umwelteinwirkungen zu verhindern (§ 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Zu unterbinden sind daher solche Immissionen, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Diese Pflicht besteht auch gegenüber der nachträglich angesiedelten Nachbarschaft. Soweit „erhebliche Belästigungen“ (z. B. Geruchsbelästigungen) entstehen, wirkt sich aber der Umstand aus, dass der vorhandene Betrieb in seinem Bestand nach Art. 14 GG eigentumsrechtlich geschützt ist. Die Erheblichkeit der Belästigung hängt von der Zumutbarkeit für die Umgebung ab, und für diese spielt es eine Rolle, dass diejenigen, die sich in der Nähe einer Belästigungsquelle ansiedeln, diese vorgegebene Situationsbelastung respektieren müssen; die Immissionsschutz-Anforderungen können dann zur Bildung einer „Art von Mittelwert“ führen.⁴⁰⁵ Gehen von dem Betrieb Gefahren für das Leben, die Gesundheit von Menschen oder bedeutende Sachwerte aus, so soll, wenn dies erforderlich ist, der Betrieb der Anlage untersagt werden (§ 25 Abs. 2 BImSchG). Die Anordnungs- und Untersagungsrechte der Behörde nach §§ 24, 25 BImSchG sind grundsätzlich auch in der Situation nachträglich herangerückter Wohnbebauung mit dem – den Immissionsschutz mit dem Bestandsschutz (Art. 14 GG) konfrontierenden – Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar und müssen nicht wegen des Bestandsschutzes im Einzelfall ungenutzt bleiben. Dafür spielt bei der Belästigungsabwehr eine Rolle, dass dem Bestandsschutz innerhalb der Zumutbarkeitsbeurteilung Rechnung getragen werden kann. Die durch Soll-Vor-

⁴⁰⁰ OVG Münster, BRS 36 Nr. 217.

⁴⁰¹ OVG Lüneburg, BRS 40 Nr. 226.

⁴⁰² BVerfGE 51, 386 = NJW 1980, 514; BVerwGE 102, 12 (18ff.) = NVwZ 1997, 1116 m. w. N.

⁴⁰³ BVerwG, DÖV 1983, 769.

⁴⁰⁴ VG Oldenburg, NJOZ 2010, 2724 (2725).

⁴⁰⁵ BVerwGE 50, 49 (54f.) = VerwRspr 1976, 857 (861).