

# Eine klausurpraktische Systematisierung der Gefahrbegriffe im Polizeirecht

Von Dr. Daniel E. Holler, Nürnberg\*

*In der Bearbeitung von Polizeirechtsklausuren spielt traditionell, neben der Frage nach der Rechtsnatur der polizeilichen Maßnahme und den Voraussetzungen der sog. Fortsetzungsfeststellungsklage, der Gefahrbegriff eine wesentliche Rolle. Das überrascht nicht, denn der jeweilige Gefahrbegriff ist nicht nur für die Auswahl der Ermächtigungsnorm und damit für die konkrete polizeiliche Maßnahme tragend, sondern markiert zugleich Grenze und Umfang des präventiv polizeilichen Tätigwerdens.*

*Trotz der Wichtigkeit dieses Themas finden sich nur wenige systematische Übersichten zum Gefahrbegriff.<sup>1</sup>*

*Die Ausführungen beschränken sich weitestgehend auf die Normen des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (Bay-PAG). Die Gefahrbegriffe sind in den Bundesländern jedoch weitestgehend gleichlaufend, sodass sich die Ausführungen auf die anderen Landespolizeigesetze und das Sicherheitsrecht leicht übertragen lassen.<sup>2</sup>*

## I. Systematisierung nach Gefahrabstufung

Die Gefahrbegriffe lassen sich für die Fallbearbeitung sehr gut nach ihrer „Gefahrintensität“ abgrenzen. Diese *gedankliche Stufenprüfung*, die der Beitrag im Folgenden nachvollzieht, erleichtert eine Anwendung in der Klausur, da sich zumeist auf den jeweiligen Gefahrbegriffen aufbauen lässt.

Dabei sind alle nachfolgenden Gefahrbegriffe mit der Grunddefinition der Gefahr verbunden: Der Begriff der Gefahr beschreibt eine Sachlage, bei der nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Beurteilung in näherer Zeit (bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens) die Schädigung eines polizeilich geschützten Rechtsguts wahrscheinlich ist.<sup>3</sup> Aus rein ästhetischen oder sozialpolitischen Gründen kann die Polizei nicht eingreifen, sodass z.B. das sog. stille Betteln keine Gefahr im polizeilichen Sinn darstellt.<sup>4</sup>

\* Der Verf. ist Rechtsanwalt in München.

<sup>1</sup> Weitere Systematisierungen finden sich bei *Trurnit*, Jura 2019, 258 ff.; *Schenke*, JuS 2018, 505 ff.; *Krüger*, JuS 2013, 985 ff.

<sup>2</sup> Das Problem einer Definition der einzelnen Gefahrbegriffe stellt sich weniger für die Klausurbearbeiter in Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt, da hier das Gesetz selbst den Bedeutungsgehalt der jeweiligen Gefahrenbegriffe liefert, § 2 Nr. 3 BremPolG, § 3 Abs. 3 SOG M-V, § 2 NPOG, § 4 Nr. 3 SächsPVDG und § 3 Abs. 1 Nr. 3 SOG LSA.

<sup>3</sup> BVerwG NJW 1974, 807 (809); BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167); *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht 11. Aufl. 2020, § 8 Rn. 2.

<sup>4</sup> VGH Mannheim NVwZ 1999, 560; *Rachor/Graulich*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 6. Aufl. 2018, E. Rn. 418.

## 1. Latente Gefahr

Auf der untersten Stufe ist zu beginnen mit einem Gefahrbegriff, der eigentlich keiner ist und sich im Gesetz auch nicht wiederfindet.<sup>5</sup> Eine latente Gefahr liegt vor, wenn eine Schädigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung *erst in der Zukunft möglicherweise* entstehen wird, indem weitere Handlungen oder Umstände hinzutreten.<sup>6</sup> Hier fehlt es an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem Schaden in nächster Zeit kommen wird. Für ein polizeiliches Einschreiten fehlt es deshalb an einem sachlichen Grund.<sup>7</sup>

## 2. Allgemeine Gefahr/Gefahrenabwehr

Der Begriff der allgemeinen Gefahr, bzw. in mehreren Bundesländern der der Gefahrenabwehr, ist neben der konkreten Gefahr einer der Schlüsselbegriffe innerhalb des Polizeirechts, da er den Aufgabenkreis und damit das polizeiliche Handeln als solches eröffnet. Art. 2 Abs. 1 BayPAG betrifft insoweit die sachliche Zuständigkeit, sodass dieser Gefahrbegriff im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen ist.<sup>8</sup>

Bei der allgemeinen Gefahr handelt es sich um eine Sachlage, aus der nach allgemeiner Lebenserfahrung (konkrete) Gefahren entstehen können.<sup>9</sup>

### a) Allgemeine Grundlage für polizeiliches Tätigwerden

Die allgemeine Gefahr ist aber nicht nur im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen, sondern bildet zugleich die „Befugnis“ für polizeiliches Handeln, das ohne Eingriff in Rechte des Bürgers erfolgt.<sup>10</sup> Damit ist die Polizei über Art. 2 Abs. 1 BayPAG befugt, Streifentätigkeit durchzuführen oder Präventionsbroschüren zu verteilen. Sie ist aber auch Rechtsgrundlage für die Erteilung von Hinweisen, Auskünften, Ratschlägen, Belehrungen oder Verwarnungen.<sup>11</sup> Diesen polizeilichen Tätigkeiten ist gemein, dass es ihnen am klassischen

<sup>5</sup> Deshalb ist der Begriff der latenten „Gefahr“ irreführend, *Schmidbauer*, in: *Schmidbauer/Steiner* (Hrsg.), *Polizeiaufgabengesetz, Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar*, 5. Aufl. 2020, PAG Art. 11 Rn. 91.

<sup>6</sup> VG München, Urt. v. 6.2.2019 – M 7 K 17.2116, Rn. 25; *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 91.

<sup>7</sup> *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 4), D. Rn. 67. Anders für § 54 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; BVerwG, Urt. v. 22.2.2017 – 1 C 3/16, Rn. 34 ff.; BVerwG, Urt. v. 27.7.2017 – 1 C 28/16, Rn. 21.

<sup>8</sup> In anderen Bundesländern, wie z.B. § 1 Abs. 1 S. 1 HSOG, § 1 Abs. 1 S. 1 PolG NRW oder § 1 Abs. 2 SPolG, wird der Begriff der Gefahrenabwehr genutzt.

<sup>9</sup> *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 69.

<sup>10</sup> *Becker/Heckmann/Kempen/Manssen*, *Öffentliches Recht in Bayern*, 7. Aufl. 2017, 3. Teil Rn. 65.

<sup>11</sup> *Denninger* (Fn. 7), D. Rn. 68. Gerade bei der Belehrung oder Verwarnung wird regelmäßig bereits eine abstrakte Gefahr gegeben sein. Die materielle Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen bleibt mit Art. 2 Abs. 1 BayPAG indes dieselbe.

Eingriffscharakter fehlt und diese nicht weiter durch Gesetz legitimiert werden müssen (Gesetzesvorbehalt). Gleiches gilt für beschränkende polizeiliche Maßnahmen, in die der Betroffene von vornherein ausdrücklich einwilligt.<sup>12</sup> Art. 2 Abs. 1 BayPAG kann damit neben der formellen Rechtmäßigkeit zugleich als materielle Rechtsgrundlage im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme zu prüfen sein.

*Beispiel:* Die bayerischen Polizeibeamten POM Schmidt und PM Schneider fahren ihre tägliche Runde mit dem Polizeiauto auf dem inneren Stadtring, um Präsenz zu zeigen und damit das allgemeine Sicherheitsgefühl in der Bevölkerung zu erhöhen. Auch ohne hinreichende Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadeneintritts ist der Aufgabenbereich eröffnet und die materielle Rechtsgrundlage für das polizeiliche Handeln gegeben.

*b) Speziell in Bayern: Unterschied zwischen allgemeiner und abstrakter Gefahr*

Nach einem breiten Teil der bayerischen Literatur und der bayerischen Rechtsprechung, soll für die Annahme einer allgemeinen Gefahr die abstrakte Möglichkeit des Eintritts einer konkreten Gefahr nicht ausreichend sein. Zusätzlich soll für die Annahme einer allgemeinen Gefahr auch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadeneintritts nötig sein. Damit wird die allgemeine Gefahr im Ergebnis mit der sog. abstrakten Gefahr gleichgesetzt.<sup>13</sup>

Überzeugend ist das nicht. Das Gesetz selbst beschreibt in Bayern die polizeiliche Aufgabeneröffnung mit dem Begriff der allgemeinen Gefahr. Das Gleichsetzen von allgemeiner und abstrakter Gefahr würde diese polizeilichen Maßnahmen der allgemeinen Gefahrenprävention unmöglich machen, wenn die Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadeneintritts gefordert wird. Das zeigt auch der Blick in Polizeigesetze der anderen Bundesländer, die eine polizeiliche Aufgabeneröffnung über den Begriff der sog. Gefahrenabwehr sicherstellen und zwischen dieser und der abstrakten Gefahr differenzieren.<sup>14</sup>

Auf der anderen Seite wird durch die differenzierte Begriffsbestimmung das Problem um Art. 32 BayPAG (Datenerhebung) deutlich: Es handelt sich bei der Regelung um eine polizeiliche Vorfeldmaßnahme, die an den Begriff der allgemeinen Gefahr nach Art. 2 Abs. 1 BayPAG anknüpft. Hier

liegt durch die Datenerhebung – anders als bei bloßem Streifen dienst oder Informationsdiensten – ein direkter Eingriff in die Rechte Dritter vor. Insoweit ist hier das Vorliegen einer abstrakten Gefahr für ein polizeiliches Tätigwerden zu fordern.<sup>15</sup>

*3. Abstrakte Gefahr*

Eine abstrakte Gefahr liegt vor, wenn aufgrund der Betrachtung der Sachlage nach allgemeiner Lebenserfahrung Gefahren entstehen können (= allgemeine Gefahr) und aus dieser generell-abstrakten Betrachtungsweise (typischerweise) die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung resultiert.<sup>16</sup> Die abstrakte Gefahr ist unter Zugrundelegung der allgemeinen Lebenserfahrung des Beamten die gedachte Möglichkeit einer konkreten Gefahr. Sie ist damit richtigerweise ein rechtliches Plus zur allgemeinen Gefahr bzw. zum Begriff der Gefahrenabwehr.

Der Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Gefahr liegt in der Betrachtungsweise: Während bei der abstrakten Gefahr eine Beurteilung nach typischen und generellen Fällen und Erfahrungswerten erfolgt, wird bei einer konkreten Gefahr über den konkret vorliegenden Einzelfall entschieden.<sup>17</sup>

Das Vorliegen einer abstrakten Gefahr ist Voraussetzung für die Verordnungsermächtigung nach Art. 42 BayLStVG<sup>18</sup> und richtigerweise für Datenerhebungen nach Art. 32 BayPAG.<sup>19</sup> Grundsätzlich reicht die abstrakte Gefahr aber nicht für konkrete polizeiliche Einzelmaßnahmen aus, bei denen eine „Gefahr“ tatbestandsmäßig ist.<sup>20</sup> Nur ausnahmsweise kommt ein Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel (Art. 11 BayPAG) im Rahmen des sog. Gefahrenereigniseingriffs in Betracht.<sup>21</sup>

*Beispiel:* POM Schmidt und PM Schneider sehen während ihrer Streifenfahrt eine Menschenansammlung am Straßenrand. Sie halten an und sondieren die Lage, warum es zu dieser Menschenansammlung kommt, denn nach allgemeiner Erfahrung kann eine solche infolge einer konkreten Gefahrenlage, z.B. einem Unglücksfall, resultieren.

<sup>12</sup> Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Fn. 10), 3. Teil Rn. 64.

<sup>13</sup> BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167); Holzner, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 16. Lfg., Stand: März 2021, PAG Art. 11 Rn. 37; Kingreen/Poscher (Fn. 3), § 8 Rn. 18; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Fn. 10), 3. Teil Rn. 47; Unklar Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 72, 75.

<sup>14</sup> Mühl/Fischer, in: Möstl/Bäuerle (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, 21. Lfg., Stand: April 2021, § 1 Rn. 8; Gusy/Worms, in: Möstl/Kugelmann (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 17. Lfg., Stand: März 2021, PolG NRW § 1 Rn. 37, 147. Auch § 1 Abs. 2 SPolG.

<sup>15</sup> BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167).

<sup>16</sup> Holzner (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 34; Trurnit, in: Möstl/Trurnit (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Polizeirecht Baden-Württemberg, 21. Lfg., Stand: Januar 2021, § 1 Rn. 21; Gusy/Worms (Fn. 14), PolG NRW § 1 Rn. 148; Legaldefinition in § 2 Nr. 6 NPOG, § 3 Nr. 3 lit. f SOG LSA und § 4 Nr. 3 lit. h SächsPVDG.

<sup>17</sup> BVerwG DÖV 1970, 713 (715); BVerwG NVwZ 2003, 95 (96); Schmidbauer (Fn. 4), PAG Art. 11 Rn. 74.

<sup>18</sup> Knemeyer, Polizeirecht, 11. Aufl. 2007, Rn. 65; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Fn. 10), 3. Teil Rn. 512. Ebenso für die Verordnungsermächtigungen nach § 17 Abs. 1 BWPoIG, Reinhardt, in: Möstl/Trurnit (Fn. 16), § 10 Rn. 9 f.

<sup>19</sup> BayVerfGH NVWZ 1996, 166 (167).

<sup>20</sup> Ausnahme bei sog. Gefahrenereigniseingriffen möglich, siehe dazu unter II. 4.

<sup>21</sup> Dazu noch ausführlicher unter II. 4.

Ein weiteres Beispiel ist der Einsatz von Fan-Beobachtern der Polizei bei Sportveranstaltungen, die aufgrund einer abstrakten Gefahr tätig werden.

#### 4. Speziell in Bayern: Die erhöhte abstrakte Gefahr

Dem gleichen Gedanken folgt der etwas unbekanntere, und wohl allein in Bayern praktizierte Begriff der sog. erhöhten abstrakten Gefahr. Eine solche Gefahr liegt dann vor, wenn nach tatsächlichen Anhaltspunkten oder Indizien eine erhöhte Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gegeben ist. Die erhöhte abstrakte Gefahr wird in den Fällen gefordert, in denen Personendurchsuchungen gem. Art. 21 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG oder Sachdurchsuchungen gem. Art. 22 Abs. 1 Nr. 4 BayPAG im Rahmen einer sog. Schleierfahndung gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 5 BayPAG vorgenommen werden.<sup>22</sup> Gleiches gilt für Personen- und Sachdurchsuchungen an sog. gefährlichen Orten i.S.d. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG. Durch das Erfordernis einer erhöhten abstrakten Gefährdung wird der tiefergehenden Eingriffsqualität dieser polizeilichen Maßnahmen, der häufig eine stigmatisierende Auswirkung zukommt, Rechnung getragen.<sup>23</sup>

#### 5. Drohende Gefahr

Ein umstrittener Gefahrbegriff ist die sog. drohende Gefahr. Ursprünglich als Synonym zur konkreten Gefahr verwendet, wurde der Begriff unter eigenständigem Bedeutungsgehalt nach dem Urteil des BVerfG zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) als eigenständiger Gefahrbegriff gerichtlich anerkannt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei der drohenden Gefahr *nicht* um eine *konkrete aber hinreichend konkretisierte* Gefahr in dem Sinne, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen. Als Schutzgüter kommen nach dem BVerfG nur überragend wichtige Rechtsgüter in Betracht.<sup>24</sup>

Diese Grundsätze hat der bayerische Gesetzgeber übernommen und die drohende Gefahr für das Polizeirecht legaldefiniert und als Tatbestandsmerkmal sowohl für allgemeine Vorfeldmaßnahmen (Art. 11 Abs. 3 BayPAG) als auch für eine Reihe von Spezialmaßnahmen ausgestaltet.<sup>25</sup> Danach liegt eine drohende Gefahr bei einem Sachverhalt vor, bei dem im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung für ein bedeutendes

Rechtsgut zu erwarten sind.<sup>26</sup> Auch in anderen Bundesländern findet sich der Begriff der drohenden Gefahr, wenn auch ohne nähere eigene Definition.<sup>27</sup>

Trotz seiner gesetzlichen Definition in Art. 11 Abs. 3 BayPAG bleibt der Begriff der drohenden Gefahr in seiner konkreten Anwendung weiterhin umstritten und aufgrund seiner Vorfeldwirkung gegenüber einer konkreten Gefahr nur schwer greifbar.<sup>28</sup> Für die Klausur wird der Begriff daher wohl weniger relevant sein.

#### 6. Die konkrete Gefahr

##### a) Begriffsbestimmung

Zweiter Schlüsselbegriff im Polizeirecht – neben der allgemeinen Gefahr – ist die konkrete Gefahr. Das Gesetz bezeichnet in Art. 11 Abs. 1 BayPAG<sup>29</sup> die konkrete Gefahr mit dem Begriff der „Gefahr“. Daraus folgt, dass für die polizeilichen Standardmaßnahmen immer dann von einer konkreten Gefahr ausgegangen werden muss, soweit der Begriff der „Gefahr“ als solcher im Tatbestand verwendet wird.

Bei der konkreten Gefahr handelt sich um eine Sachlage, die bei weiterem ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall und mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung der Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führt.<sup>30</sup>

*Beispiel:* POM und PM erkennen, dass sich die Menschenansammlung um einen bewusstlosen Passanten scharf, der auf dem Boden liegt. Nachdem PM einen Rettungswagen angefordert hat, weist POM die umherstehenden Passanten an, den Weg freizumachen und weiterzugehen, um einen ungehinderten Zugang der Rettungskräfte zu dem Bewusstlosen sicher zu stellen. Die Anordnung gegenüber den Passanten erfolgt dabei auf Grundlage von Art. 11 Abs. 1 BayPAG.

##### b) Beurteilungszeitpunkt

Wann eine Gefahr im einzelnen Fall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorliegt, liegt in der Entscheidungsprognose des jeweiligen Beamten. Abzustellen ist dabei auf die Sicht eines verständig handelnden, gewissenhaften, besonnenen und

<sup>22</sup> BayVerfGH NVwZ 2006, 1284. Ähnlich auch bei § 36 HSOG, siehe *Leggereit*, in: Möstl/Bäuerle (Fn. 14), § 36 Rn. 13 a.E. Nach *Thiel*, in: Möstl/Kugelman (Fn. 14), PolG NRW § 39 Rn. 40 und *Nachbaur*, in: Möstl/Trurnit (Fn. 16), § 30 Rn. 5a ist es eine Frage der Verhältnismäßigkeit.

<sup>23</sup> BayVerfGH NVwZ 2006, 1284 ff.

<sup>24</sup> BVerfG NJW 2016, 1781 (1785).

<sup>25</sup> *Holzner* (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 38.

<sup>26</sup> *Möstl*, BayVBl. 2018, 156 f.

<sup>27</sup> Z.B. in §§ 15 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b, 33 Abs. 1 Nr. 2 BW-PolG, § 15 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG.

<sup>28</sup> *Enders*, DÖV 2019, 205 (209 ff.); *Shirvani*, DVBl. 2018, 1393 (1396 f.). Zur aktuellen Gesetzgebungsentwicklung *Sehl*, Anhörung im Landtag: Ist das bayerische Polizeigesetz noch zu retten?, LTO v. 19.5.2021, abrufbar unter [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/45008/](https://www.lto.de/persistent/a_id/45008/) (27.7.2021).

<sup>29</sup> Ähnlich auch in anderen Bundesländern: § 17 Abs. 1 ASOG, § 10 Abs. 1 BbgPolG, § 11 HSOG, § 8 Abs. 1 SPoG oder § 8 Abs. 1 POG NRW; Gesetzliche Definitionen finden sich in § 2 Nr. 3 lit. a BremPolG, § 3 Abs. 3 Nr. 1 SOG M-V, § 2 Nr. 1 NPOG oder § 4 Nr. 3 lit. a SächsPVDG.

<sup>30</sup> *Schmidbauer* (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 27. Legaldefinition der konkreten Gefahr in § 2 Nr. 1 NPOG.

sachkundigen Durchschnittsbeamten.<sup>31</sup> Diese ex-ante-Betrachtung ist durch das Gericht im Nachgang voll überprüfbar.<sup>32</sup> Damit kann es aber zu einem Auseinanderfallen der Beurteilung des konkreten Sachverhalts ex ante (Beamter in konkreter Situation) und ex post (Gericht im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung) kommen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es für die Beurteilung maßgeblich auf die ex-ante-Beurteilung der Tatsachen und Indizien bezogen auf den Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens ankommt. Eine reine ex-post-Betrachtung verbiete sich, da andernfalls eine effektive Gefahrenabwehr nicht mehr möglich wäre.<sup>33</sup> Gleichwohl sollte man in einer Klausursituation nicht schlicht die polizeiliche Bewertung ex-ante unter eine konkrete Gefahr subsumieren, sondern das Auseinanderfallen der ex-ante-Sicht und ex-post-Betrachtung feststellen und sodann die Grundsätze der sog. Anscheinsgefahr heranziehen.<sup>34</sup>

### 7. Gegenwärtige Gefahr

Eine gegenwärtige Gefahr ist immer dann anzunehmen, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder in absehbarer Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht.<sup>35</sup>

Bei der gegenwärtigen Gefahr handelt es sich daher um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *zeitlicher Hinsicht*.

### 8. Erhebliche Gefahr

Die Gefahr ist dann erheblich, wenn es sich um eine konkrete Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut handelt.<sup>36</sup> Was ein bedeutendes Rechtsgut ist, ist jedenfalls für das BayPAG in Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG legaldefiniert.<sup>37</sup>

Bei der erheblichen Gefahr handelt es sich um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *qualitativer Hinsicht*.<sup>38</sup>

### 9. Dringende Gefahr

Die Gefahr ist dann als dringend zu bewerten, wenn es sich zum einen um eine konkrete Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut handelt und zum anderen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt besteht, ohne dass die Gefahr gegenwärtig ist.<sup>39</sup> Gegenüber der erheblichen Gefahr wird der Kreis

der geschützten Rechtsgüter durch den Begriff des „wichtigen Rechtsguts“ erweitert.<sup>40</sup> Auf der anderen Seite wird die dringende Gefahr gegenüber der erheblichen Gefahr um das Element der erhöhten Wahrscheinlichkeit ergänzt.

Es handelt sich bei der dringenden Gefahr um eine Qualifikation der konkreten Gefahr sowohl in *zeitlicher* als auch in *qualitativer* Hinsicht.

### 10. Gegenwärtige erhebliche Gefahr

Einige Sicherheits- und Polizeigesetze der Länder kennen darüber hinaus noch den Begriff der sog. gegenwärtigen erheblichen Gefahr.<sup>41</sup> Die abzuwehrende Gefahr muss also sowohl gegenwärtig als auch erheblich sein. Damit ist diese Gefahr gegenüber der dringenden Gefahr sowohl in *zeitlicher* als auch in *qualitativer Hinsicht enger umgrenzt*.

### 11. Gemeine Gefahr

Als gemeine Gefahr wird eine konkrete Gefahr bezeichnet, die für eine Vielzahl von Personen oder erhebliche Sachwerte vorliegt.<sup>42</sup> Es handelt sich damit um eine *Qualifikation* der konkreten Gefahr in *quantitativer Hinsicht*.

## II. Weitere „Gefahrbegriffe“

Bei den nachfolgenden „Gefahrbegriffen“ handelt es sich nicht um Gefahrbegriffe im eigentlichen Sinne. Sie beschreiben vielmehr Umstände, in die die bereits genannten Gefahrbegriffe eingebettet sind.

### 1. Anscheinsgefahr

Die Anscheinsgefahr ist ein ungeschriebenes Rechtskonstrukt, das eine effektive Gefahrenabwehr absichern soll. Der jeweils handelnde Polizeibeamte darf nicht abwarten, bis aus einer Gefahr ein konkreter Schaden resultiert, sondern eine Gefahrenabwehr hat vorher – präventiv – zu erfolgen. Insoweit kann es bei der jeweiligen Gefahrprognose des Beamten oder beim Kausalverlauf zu einer unterschiedlichen Gefahrenschätzung aus ex-ante Sicht und nachträglicher ex-post-Sicht kommen: Eine Situation, die sich im Handlungszeitpunkt als Gefahrensituation dargestellt hat, kann sich bei einer nachträglichen Betrachtung als falsch herausstellen.

*Beispiel:* Bankräuber B hantiert mit einer Spielzeugpistole, die von einer echten Pistole optisch nicht zu unterscheiden ist. Ein polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen den Bankräuber wäre im Zweifel aus Sicht ex ante rechtmäßig.

Nach den Grundsätzen der Rechtsmäßigkeit der Verwaltung wäre eine solche Handlung als rechtswidrig einzustufen, da ex post keine Gefahr in der konkreten Situation vorlag. Um

<sup>31</sup> Holzner (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 25.

<sup>32</sup> Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 28.

<sup>33</sup> Holzner (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 32.

<sup>34</sup> Dazu noch unten. Zu dem Thema ausführlich Meyer, Jura 2017, 1259. Anders nur die Vertreter eines rein subjektiven Gefahrbegriffs.

<sup>35</sup> OLG München, Urt. v. 14.11.2018 – 34 Wx 42/18, Rn. 30; Legaldefinition in § 3 Abs. 3 Nr. 2 SOG M-V, § 2 Nr. 2 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. b SächsPVDG.

<sup>36</sup> Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 79.

<sup>37</sup> Vergleiche die Definitionen zur erheblichen Gefahr in § 3 Abs. 3 Nr. 3 SOG M-V, § 2 Nr. 3 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. c SächsPVDG.

<sup>38</sup> Ebenda.

<sup>39</sup> Legaldefinition der dringenden Gefahr in § 2 Nr. 4 NPOG und § 4 Nr. 3 lit. d SächsPVDG.

<sup>40</sup> Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 81. A.A. Holzner (Fn. 13), PAG Art. 11 Rn. 57.

<sup>41</sup> Vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 NPOG, § 7 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG oder § 9 Abs. 1 Nr. 1 HSOG.

<sup>42</sup> Hermes, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 13 Rn. 83; Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 90.

eine effektive Gefahrabwehr zu garantieren, hat sich daher der Grundsatz der Anscheinsgefahr herauskristallisiert, der eine Gefahrenlage nicht aus der ex-post-Betrachtung, sondern aus der ex-ante-Sicht vornimmt.<sup>43</sup> Eine mit der konkreten Gefahr vergleichbare Gefahrenlage liegt demnach vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens das Vorliegen einer Gefahr anzunehmen war, obgleich sich nachträglich herausstellt, dass keine wirkliche Gefahr vorlag, sondern nur der Anschein einer Gefahr erweckt wurde.<sup>44</sup> Eine Bewertung der konkreten Sachlage erfolgt dabei aus Sicht eines sorgfältigen und verständigen Polizeibeamten.<sup>45</sup>

## 2. Putativgefahr/Scheingefahr

Im Gegensatz zur sog. Anscheinsgefahr liegt eine Putativgefahr (auch Scheingefahr genannt) dann vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens eine Gefahrensituation nicht anzunehmen war. Der konkrete Polizeibeamte bildet sich eine Gefahr also nur ein, während ein sorgfältiger und verständiger Polizeibeamter bereits im Zeitpunkt des Einschreitens hätte erkennen können, dass keine Gefahr vorliegt.<sup>46</sup>

*Beispiel:* Die Polizeibeamten werden zu einem vermeintlichen Bankraub gerufen. Obwohl aufgrund des umherstehenden Filmteams und Kameraleuten erkennbar ist, dass es sich um eine Filmszene handelt, nehmen die Polizeibeamten die zwei als Bankräuber verkleideten Schauspieler fest.

## 3. Anscheins- oder Putativgefahr in der Klausur

Für die Klausurbearbeitung ergibt sich hier folgender Aufbau: Zunächst ist zu prüfen, ob tatsächlich eine konkrete Gefahr aus ex-post-Sicht gegeben ist. Soweit das der Fall ist, kann mit der Prüfung der weiteren Voraussetzungen fortgesetzt werden. Soweit das nicht der Fall ist, ist zu prüfen, ob eine konkrete Gefahr nach den Grundsätzen der Anscheinsgefahr vorliegt, oder ob eine konkrete Gefahr aus ex-ante-Sicht nicht vorliegt und damit nur eine Putativgefahr anzunehmen ist. Soweit eine Anscheinsgefahr vorliegt, sind die weiteren Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten zu prüfen.<sup>47</sup> Im Fall der Putativgefahr ist wiederum die Rechtmäßigkeit eines polizeilichen Einschreitens zu verneinen und sind ggf. die haftungsrechtlichen Fragen zu klären.

## 4. Gefahrverdacht

Neben aller Diskussion um die sog. drohende Gefahr, kommt der sog. Gefahrverdacht etwas verdeckt daher. Er ist aber bei

näherer Betrachtung nicht minder umstritten.<sup>48</sup> In der Klausur muss hier genau gearbeitet werden, um die Problematik des Gefahrverdachts und einen vertretbaren Lösungsweg aufzuzeigen. Wie so oft in der Klausurbearbeitung gilt auch hier: Der Weg ist das Ziel und viele Lösungswege sind gut vertretbar.

### a) Begriffsdeutung

Ein Gefahrverdacht liegt vor, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens noch nicht genügend Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose vorliegen.<sup>49</sup>

Für den verständigen Beamten ist es aufgrund der aktuellen Sachverhaltsinformationen nicht möglich, eine objektiv konkrete Gefahr anzunehmen, aber auch nicht möglich, das Vorliegen einer objektiv konkreten Gefahr gänzlich ausschließen zu können.<sup>50</sup>

Dabei sind die Grenzen zwischen dem bloßen Gefahrverdacht und der Annahme einer konkreten Gefahr bzw. Anscheinsgefahr fließend. Das darf aber – insbesondere in der Klausur – nicht dazu führen, dass die Begriffe miteinander vermengt oder gleichgesetzt werden.<sup>51</sup>

### b) Einordnung in das „Gefahrensystem“

#### aa) Keine weite Vorfeldmaßnahme

Nach einer Ansicht ist ein Gefahrverdacht auch dann gegeben, wenn die bereits eingetretenen Umstände zur Begründung einer konkreten Gefahr noch nicht ausreichen und es noch eines Hinzutretens weiterer Umstände bedarf.<sup>52</sup> Diese Einordnung des Gefahrverdachts lässt sich jedoch kaum von der sog. latenten Gefahr abgrenzen, die im Gegensatz zum Gefahrverdacht nicht zum polizeilichen Einschreiten ermächtigt.

#### bb) Gefahrverdacht als konkrete Gefahr?

Umstritten ist allerdings, ob allein der objektive Gefahrverdacht eine konkrete Gefahr begründet. Eine prominente Ansicht innerhalb Bayerns will hier eine konkrete Gefahr annehmen und damit die polizeilichen Maßnahmen umfassend zulassen, bis festgestellt werden kann, dass tatsächlich keine Gefahr vorliegt.<sup>53</sup> Die Einordnung des Gefahrverdachts in die konkrete Gefahr gibt den Beamten die Möglichkeit, auf die meisten Standardmaßnahmen und die Generalklausel des Art. 11 Abs.1 BayPAG zurückzugreifen. Damit wird die weitere strittige Frage nach der Rechtsgrundlage für Maßnahmen im Rahmen den Gefahrverdachts elegant umgangen.

<sup>43</sup> Schenke, JuS 2018, 505 (507).

<sup>44</sup> Sog. subjektiver Gefahrbegriff: BayVGH, Urt. v. 2.12.1991 – 21 B 90.1066, Rn. 54; Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 65. Dazu auch Meyer, Jura 2017, 1259.

<sup>45</sup> Dazu bereits oben (Verweis).

<sup>46</sup> Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 66.

<sup>47</sup> Zu den Problemkreisen bei der Anscheinsgefahr Meyer, Jura 2017, 1259 ff.

<sup>48</sup> Dazu auch Meyer, Jura 2017, 1259 (1265 ff.).

<sup>49</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 26.10.2015 – 4 ME 229/15, Rn. 6; BayVGH, Urt. v. 29.10.2018 – Vf. 21-VII-17, Rn. 41.

<sup>50</sup> Trurnit (Fn. 16), § 1 Rn. 26: Gefahr möglich, aber nicht sicher.

<sup>51</sup> Nachweise bei Schenke, JuS 2018, 505 (508 Rn. 16, 17).

<sup>52</sup> Schenke, JuS 2018, 505 (508).

<sup>53</sup> Schmidbauer (Fn. 5), PAG Art. 11 Rn. 63.

Bessere Gründe sprechen jedoch für eine Differenzierung zwischen dem objektiven Gefahrverdacht und der konkreten Gefahr, denn anders als bei der konkreten Gefahr oder der Anscheinsgefahr, kann sowohl aus objektiver Sicht als auch aus ex-ante-Sicht eines vernünftigen Polizeibeamten beim bloßen Gefahrverdacht eine Gefahr nicht angenommen werden. Insoweit ist ein Gleichsetzen zwischen objektivem Gefahrverdacht und konkreter Gefahr nicht möglich.<sup>54</sup>

#### cc) Gefahrverdacht als drohende Gefahr?

Auch ein Gleichsetzen zwischen drohender Gefahr und Gefahrverdacht kommt nicht in Betracht.<sup>55</sup> Im Gegensatz zur drohenden Gefahr fehlt es beim Gefahrverdacht am bewussten Wissensdefizit des Beamten in Bezug auf Sachverhalt oder Kausalverlauf.

#### dd) Gefahrverdacht als Teil der abstrakten Gefahr

Der Gefahrverdacht ist daher nach der hier vertretenen Auffassung dem Bereich der sog. abstrakten Gefahr zuzuordnen, die als „Vorstufe“ zur konkreten Gefahr gesehen werden kann.<sup>56</sup> Es ist dem Polizeibeamten damit nicht möglich, umfassend auf die polizeilichen Standardmaßnahmen zurückzugreifen, sondern er ist auf Maßnahmen der sog. Gefahrerforschung begrenzt.<sup>57</sup>

#### c) Eingriffsbefugnis für sog. Gefahrerforschungseingriffe

Hinsichtlich der polizeilichen Maßnahmen sind daher zwei verschiedene Maßnahmen möglich: Soweit die Klärung der Gefahrensituation nicht mit einem Grundrechtseingriff verbunden ist, ist als hinreichende Grundlage die Aufgabeneröffnung nach Art. 2 Abs. 1 BayPAG zu sehen.

Soweit mit der Maßnahme ein Grundrechtseingriff verbunden ist, sind zunächst die speziellen Ermächtigungsgrundlagen zur Gefahrerforschung einschlägig.<sup>58</sup>

Problematisch ist es jedoch, wenn eine Maßnahme der Gefahrerforschung nicht von einer bestehenden Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Ein Teil in der Literatur will mangels fehlender Grundlage solche Grundrechtseingriffe aufgrund des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts ausschließen.<sup>59</sup> Die wohl herrschende Auffassung will hingegen

einen Rückgriff auf die Generalklausel zulassen, wobei sich hier die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf die Ausräumung des Gefahrverdachts beschränken muss.<sup>60</sup>

*Beispiel:* Der Menschaufmarsch lässt für die Beamten POM Schmidt und PM Schneider noch keine konkrete Gefahr erkennen. Aus allgemeiner Lebenserfahrung ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Menschenansammlung infolge eines Unglücks entstanden ist. Die Polizeibeamten weisen daher die umherstehenden Passanten an, Platz zu machen. Es handelt sich um eine Maßnahme der Gefahrerforschung. Die Anordnung der Beamten stützt sich als Eingriffsmaßnahme damit auf Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayPAG. Die konkrete Anordnung ist geeignet, da die Beamten so freie Sicht auf das Geschehen erlangen. Zudem ist sie erforderlich, da in der konkreten Situation kein anderes milderes Mittel erkennbar ist. Ebenso ist die Maßnahme verhältnismäßig im engeren Sinne, da es sich bei der Anordnung um einen geringen Grundrechtseingriff handelt, der hinter das öffentliche Interesse an einer Gefahrerforschung zur möglichen Gefahrabwehr zurücktritt.

Häufig wird in den Fällen, in denen sich die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage für eine Gefahrerforschung stellt, bereits der Tatbestand einer konkreten Gefahr oder zumindest einer Anscheinsgefahr vorliegen, sodass der Streit um die Reichweite der Gefahrerforschungseingriffe nicht entschieden werden muss.<sup>61</sup> Insoweit wird gar gefordert, den Begriff des Gefahrverdachts gänzlich aufzugeben.

Dagegen kommt ein Verordnungserlass aufgrund eines Gefahrverdachts nicht in Betracht. Der Verordnungserlass ist auf die Verhütung künftiger Gefahren gerichtet und dient gerade nicht der Erforschung einer möglicherweise bereits bestehenden Gefahr.<sup>62</sup> Ein Verordnungserlass ist nur aufgrund einer speziellen Grundlage möglich, wie sie für Bayern

<sup>54</sup> So auch *Mühl/Fischer* (Fn. 14) § 1 Rn. 71; *Ullrich*, in: *Mörtl/Weiner* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht Niedersachsen*, 19 Lfg., Stand: Mai 2021, NPOG § 2 Rn. 102.

<sup>55</sup> In die Richtung *Holzner*, *DÖV* 2018, 946 (950) aber auch hier Differenzierung (948); ähnlich *Shirvani*, *DVBl.* 2018, 1393 (1344): Überscheidungen.

<sup>56</sup> Vgl. auch *Meyer*, *Jura* 2017, 1259 (1268 f.); a.A. wohl *BVerwG NVwZ* 2003, 95 (96 f.).

<sup>57</sup> *Knemeyer*, *Polizeirecht*, Rn. 70.

<sup>58</sup> *Trurnit* (Fn. 16), § 1 Rn. 27 f.; Im bayerischen Bauordnungsrecht z.B. Art. 54 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BayBO, *BayVGH*, *Urt. v. 25.3.2019 – 15 C 18.2324*, Rn. 29.

<sup>59</sup> *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 6. Aufl. 2009, Rn. 88 ff.; *Papier*, *DVBl.* 1985, 873 ff.; Kritik auch bei *Wapler*, *DVBl.* 2012, 86.

<sup>60</sup> *Meyer*, *JA* 2013, 780 (783 f.); Zum bayerischen Bauordnungsrecht *VG Augsburg*, *Urt. v. 18.3.2020 – Au 4 S 20.398*, Rn. 29. Umfassende Nachweise bei *Meyer*, *Jura* 2017, 1259 (1269) auch zur Gegenansicht.

<sup>61</sup> Das Beispiel bei *Schmidbauer* (Fn. 5), *PAG Art. 11 Rn. 62* zeigt das deutlich: Eine Hausbewohnerin hört im Flur verdächtige Geräusche. Die Polizei trifft dort einen Mann an, der in seiner Reisetasche wühlt. Er gibt an, dass er kein Diebesgut verstecke, sondern seinen Wohnungsschlüssel suche, da er in dem Haus wohne. Die Polizei stellt seine Identität nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BayPAG fest und beseitigt den Verdacht der konkreten Gefahr. Entgegen der Ansicht *Schmidbauers* ist die Identitätskontrolle der Beamten nicht verhältnismäßig, soweit der Mann seinen Wohnungsschlüssel nach kurzem Warten der Beamten finden kann. Eine Identitätskontrolle wäre nur dann erforderlich und damit verhältnismäßig, soweit der Mann seinen Wohnungsschlüssel in seiner Reisetasche nicht finden kann. In diesem Fall wird dann eine konkrete Gefahr – zumindest in seiner Form als Anscheinsgefahr – gegeben sein.

<sup>62</sup> Aktuell dazu *OVG Bautzen*, *Urt. v. 24.3.2021 – 6 C 22/19*.

mit Art. 30 Abs. 1 S. 1 BayLStVG für die kommunalen Sicherheitsbehörden besteht.<sup>63</sup>

#### 5. Gefahr in Verzug

Der Begriff „Gefahr in Verzug“ ist kein Tatbestandsmerkmal für die Bestimmung der polizeilichen Handlungsgrundlage, sondern ein Tatbestandsmerkmal der Zuständigkeitsbestimmung. Er ist damit nicht im Rahmen der materiellen, sondern im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit zu prüfen.<sup>64</sup>

So wird die bayerische Polizei gem. Art. 3 BayPAG immer dann tätig, wenn die Gefahrenabwehr durch eine andere Sicherheitsbehörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint. Gem. Art. 24 Abs. 1 BayPAG (Wohnungsdurchsuchung) und Art. 34 Abs. 3 BayPAG (elektronische Aufenthaltsüberwachung) ist ein polizeiliches Einschreiten bei Gefahr in Verzug auch ohne vorherige richterliche Anordnung zulässig.<sup>65</sup>

Gefahr in Verzug liegt somit immer dann vor, wenn die grundsätzlich vorgeschriebene Einschaltung einer Behörde oder eines Richters nicht mehr rechtzeitig möglich ist. Das ist bei einer Sachlage der Fall, in der die Anrufung des Richters oder die Einschaltung einer sonstigen Sicherheitsbehörde wegen der damit verbundenen zeitlichen Verzögerung den Erfolg der polizeilichen Maßnahme verzögern oder ganz zerstören würde.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Eine vergleichbare Verordnungsermächtigung findet sich in Baden-Württemberg in § 18 PolG.

<sup>64</sup> Legaldefinition in § 2 Nr. 8 NPOG.

<sup>65</sup> Daneben noch weitere Regelungen in Art. 13 Abs. 2 GG und § 81a Abs. 2 StPO, § 81c Abs. 5 StPO; § 98 Abs. 1 StPO, § 100 Abs. 1 StPO, § 100b Abs. 1 StPO, § 104 Abs. 1 StPO, § 105 Abs. 1 StPO und § 111 Abs. 2 StPO.

<sup>66</sup> BVerwG NVwZ 1984, 577 (577).