

Polizeirecht Baden-Württemberg

Möstl / Trurnit

2020

ISBN 978-3-406-74757-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Abs. 1, § 3 gestützt werden. Dies gilt zB in **Fällen des Stalkings** und der sog. **Gehsteigberatung** von Frauen, die eine Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle aufsuchen wollen (VGH Mannheim BeckRS 2012, 59307; NJW 2011, 2532; → Rn. 38.1).

Aufenthaltssteuernde Maßnahmen auf der Grundlage von § 1 Abs. 1, § 3 scheitern nicht daran, dass § 27a eine abschließende Spezialregelung darstellt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte § 27a die Möglichkeit der Polizei unberührt lassen, andere aufenthaltssteuernde Maßnahmen weiterhin auf die Generalklausel zu stützen (LT-Drs. 14/3165, 66; Frey/Schönstein VBlBW 2016, 447 (455)). So kann die Polizei zB Hooligans dazu auffordern, sich von einem S-Bahnhof zu entfernen, an dem für sie ein Aufenthaltsverbot gilt, und mit der S-Bahn mindestens eine Station weiterzufahren. Rechtsgrundlage für das Aufenthaltsverbot ist § 27a Abs. 2. Rechtsgrundlage für das Gebot, den nächsten S-Bahnhof aufzusuchen, sind dagegen § 1 Abs. 1, § 3. Dieses Gebot kann mit unmittelbarem Zwang, zB mit einem **Verbringen** in die S-Bahn, durchgesetzt werden. Ebenso zu beurteilen ist das Verbringen eines Störers durch Beamte des Polizeivollzugsdienstes, der ein gegen ihn verhängtes Aufenthaltsverbot nicht akzeptiert und sich weigert seinen Wohnort aufzusuchen, mit Hilfe eines Einsatzwagens zu seinem Wohnort (Trurnit JURA 2012, 365 (371 f.)). Aufenthalts- und kontaktsteuernde Maßnahmen auf der Grundlage von § 1 Abs. 1, § 3 sind auch nach Inkrafttreten des § 27b am 8.12.2017 (BWGBL. 624) zulässig. Den Gesetzesmaterialen lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift, die den Polizeivollzugsdienst zum Erlass von Aufenthaltsvorgaben und Kontaktverböten zur Verhinderung von terroristischen Straftaten ermächtigt, andere aufenthalts- und kontaktsteuernde polizeiliche Maßnahmen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 27b Abs. 1 ausschließen wollte (LT-Drs. 16/2741, 35 f.).

38.1

G. Rechtsschutz

I. Rechtsschutz gegen Polizeiverfügungen nach § 1 Abs. 1, § 3

Die Rechtmäßigkeit einer auf § 1 Abs. 1, § 3 gestützten Polizeiverfügung kann mit formlosen Rechtsbehelfen und förmlichen Rechtsbehelfen überprüft werden. Als **formlose Rechtsbehelfe** stehen Gegenvorstellung, Fachaufsichts- und Dienstaufsichtsbeschwerde zur Verfügung. **Förmliche Rechtsbehelfe** gegen eine **noch nicht erledigte Polizeiverfügung**, wie zB ein Betretungsverbot für ein Grundstück, sind Widerspruch gem. §§ 68 ff. VwGO und Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 2 VwGO (VGH Mannheim VBlBW 2013, 178). **Widerspruch** und **Anfechtungsklage** haben nach § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung kann bei einem Handeln des Polizeivollzugsdienstes gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO entfallen. Den **vorläufigen Rechtsschutz** steuert § 80 Abs. 5 VwGO.

39

Hat sich die streitige **Polizeiverfügung**, wie zB bei einem polizeilichen Fotografierverbot, bereits **vor Klageerhebung erledigt**, ist in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** statthaft. Ein Vorverfahren iSv § 68 VwGO ist nicht erforderlich, da dieses seine Aufgabe (Selbstkontrolle der Verwaltung und Zweckmäßigkeitstest) nicht mehr erfüllen kann. Einer Fristbindung unterliegt die Klage bei vorprozessueller Erledigung der Polizeiverfügung vor Eintritt der Bestandskraft nicht. Unproblematisch ist auch das erforderliche Feststellungsinteresse, das in den Fällen einer vorprozessualen Erledigung mit dem in § 43 Abs. 1 VwGO identisch ist und anerkennenswerte schutzwürdige Belange rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Natur umfasst. Der Adressat einer Polizeiverfügung kann regelmäßig geltend machen, dass sich die zur gerichtlichen Überprüfung gestellte Maßnahme typischerweise schnell erledigt, sodass angesichts der Grundrechtbelastung die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG die Eröffnung der Klagemöglichkeit gebietet (BVerwG NJW 2012, 2676; VGH Mannheim VBlBW 2011, 23 (24 f.) mwN; näher zum Rechtsschutz gegen Polizeiverfügungen Zeitler/Trurnit PolR BW Rn. 1098 ff.).

40

II. Rechtsschutz gegen Realakte nach § 1 Abs. 1, § 3

Als **formlose Rechtsbehelfe** gegen Realakte der Polizei stehen ebenso wie bei Polizeiverfügungen Gegenvorstellung, Fachaufsichts- und Dienstaufsichtsbeschwerde zur Verfügung (→ Rn. 39). Bei polizeilichen Realakten auf der Grundlage von § 1 Abs. 1, § 3, wie zB einer Gefährderansprache ohne Regelungscharakter (→ Rn. 33), erfolgt der **verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz** in der Regel über die **Feststellungsklage** gem. § 43 Abs. 1

41

VwGO. Durch ein schlicht-hoheitliches Handeln der Polizei auf der Grundlage von § 1 Abs. 1, § 3 entsteht ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Polizei und dem Adressaten der Maßnahme. Gegenstand einer Feststellungsklage kann auch ein vergangenes Rechtsverhältnis sein (OVG Lüneburg NJW 2006, 392). Die nach § 42 Abs. 2 VwGO analog erforderliche Klagebefugnis und das Feststellungsinteresse nach § 43 Abs. 2 VwGO ergeben sich regelmäßig aus der Grundrechtsbetroffenheit des Adressaten eines polizeilichen Realakts. Eine Klagefrist besteht nicht (VGH Mannheim VBIBW 2011, 23 (24); näher zum Rechtschutz gegen polizeiliche Realakte Zeitler/Trurnit PolR BW Rn. 1126 ff. mwN).

§ 4 Einschränkung von Grundrechten

Durch polizeiliche Maßnahmen auf Grund dieses Gesetzes können im Rahmen des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland eingeschränkt werden

1. das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes),
2. die Freiheit der Person (Artikel 2 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes),
3. das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10 des Grundgesetzes),
4. die Freizügigkeit (Artikel 11 des Grundgesetzes),
5. die Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes),
6. das Eigentum (Artikel 14 des Grundgesetzes).

Überblick

Die Vorschrift dient der Umsetzung des verfassungsrechtlich angeordneten Zitiergebots aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (→ Rn. 1 ff.). Mit der Verpflichtung des Gesetzgebers, von ihm eingeschränkte Grundrechte unter Angabe des jeweiligen Artikels ausdrücklich zu benennen, hat der Verfassungsgeber im Interesse bestmöglich der Grundrechtssicherung für Grundrechte-eingriffe eine zusätzliche (formelle) Hürde errichtet. Die Reichweite des Zitiergebots (→ Rn. 5 ff.) ist allerdings strittig; nach Auffassung des BVerfG beansprucht es Geltung nur für Grundrechte, die explizit „durch Gesetz oder aufgrund Gesetz“ eingeschränkt werden können, mithin einem ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterliegen. Abgesehen von Art. 14 GG trifft diese Bedingung auf alle in § 4 genannten Grundrechte (→ Rn. 15 ff.) zu. Da das Zitiergebot aber nicht für sämtliche Grundrechte gilt, kann aus der Nichterwähnung eines Grundrechts in § 4 nicht geschlossen werden, dass es nicht (auch) auf der Grundlage des BWPoG eingeschränkt werden könnte (→ Rn. 33 ff.). Soweit ein Grundrecht allerdings zitierpflichtig ist und in § 4 nicht genannt wird, kommen gezielte Eingriffe auf polizeigesetzlicher Grundlage in dieses Grundrecht nicht in Betracht (→ Rn. 33; → Rn. 47 f.). Problematisch ist dies vor allem mit Blick auf die in § 4 nicht zitierte Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG (→ Rn. 49 ff.).

Übersicht

	Rn.	Rn.
A. Verfassungsrechtlicher Hintergrund		
I. Funktion und Bedeutung des Zitiergebots	1	III. Art. 10 GG (Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis)
1. Für den Gesetzgeber	1	IV. Art. 11 GG (Freizügigkeit)
2. Für den Rechtsanwender	4	V. Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung)
II. Anwendungsbereich	5	VI. Art. 14 GG (Eigentum)
1. Erfasste Grundrechte	6	
2. Geltung nur für nachkonstitutionelle Gesetze	11	C. Eingriffe in nicht zitierte Grundrechte
III. „Polizeifeste“ Grundrechte?	12	I. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)
B. Eingriffe in zitierte Grundrechte	15	II. Grundrechte, für die die Zitiergebot nicht gilt
I. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Leben und körperliche Unversehrtheit)	16	1. Art. 2 Abs. 1 GG
II. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person)	18	2. Art. 5 Abs. 1 GG
		3. Art. 9 GG
		4. Art. 12 GG

	Rn.	Rn.	
5. Vorbehaltlos garantierte Grundrechte	46	1. Art. 6 Abs. 3 GG	48
III. Grundrechte, für die Zitiergebot gilt	47	2. Art. 8 GG	49

A. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

I. Funktion und Bedeutung des Zitiergebots

1. Für den Gesetzgeber

Nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht „unter Angabe des **1** Artikels“ benennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird bzw. eingeschränkt werden kann. Der Zitierpflicht kommt in erster Linie eine **Warn- und Besinnungsfunktion für den Gesetzgeber** zu (BVerfGE 64, 72 (79 f.)). Es errichtet ihm gegenüber eine „psychologische Schranke“ (so Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 48) und erinnert den Gesetzgeber an den besonderen Respekt, den er den grundrechtlichen Freiheitsgarantien ungeachtet ihm möglicher Grundrechtseinschränkungen schuldet (BeckOK GG/Enders GG Art. 19 Rn. 15). Durch die Benennung des Grundrechts im Gesetz soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich selbst Rechenschaft ablegt (vgl. BVerfGE 5, 13 (16); 85, 386 (404)). Ungewollte Eingriffe sollen auf diese Weise vermieden werden. Die ausdrückliche Benennung des Grundrechts **erleichtert** es zudem, die Notwendigkeit und das Ausmaß eines beabsichtigten Grundrechtseingriffs **in der Öffentlichkeit** zur **Diskussion** zu stellen und zu klären (BVerfGE 120, 274 (343); 85, 386 (403 f.)).

Die Warn- und Besinnungsfunktion des Zitiergebots betrifft **nicht nur die erstmalige 2 Grundrechtseinschränkung**; die Zitierpflicht greift vielmehr auch „bei jeder Veränderung der Eingriffsvoraussetzungen, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt“ (BVerfGE 113, 348 (366)). Die Nennung des Grundrechts bereits im fortgeltenden, jedoch im Sinne erweiterter Eingriffsmöglichkeiten geänderten Gesetz reicht also nicht aus, ebenso wenig ein bloßer Hinweis in der Gesetzesbegründung des Änderungsgesetzes; nur der ausdrückliche Hinweis im Änderungsgesetz selbst wird der Anforderung des Zitiergebots gerecht (BeckOK GG/Enders GG Art. 19 Rn. 16; BVerfGE 113, 348 (366 f.); 120, 274 (343 f.)). Nicht ausreichend ist auch, dass sich der Gesetzgeber eines Grundrechtseingriffs bewusst war, wenn sich dies im Gesetzestext nicht niedergeschlagen hat (BVerfGE 120, 274 (343) unter Verweis auf BVerfGE 113, 348 (366 f.)).

Die **Verletzung des Zitiergebots** bewirkt die Verfassungswidrigkeit und in der Konsequenz grundsätzlich die **Nichtigkeit des Gesetzes** (stRspr seit BVerfGE 5, 13 (15 f.)). Ein entsprechendes – wenngleich „nur“ formelles – Defizit hat also gravierende Folgen. Auch in der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wurde daher die Beachtung des Zitiergebots unter Hinweis auf die Nichtigkeitsfolge im Falle eines Verstoßes wiederholt angemahnt (vgl. BVerfGE 113, 348 (366 f.); 120, 274 (343)).

In dem vom BVerfG am 27.7.2005 entschiedenen Fall (BVerfGE 113, 348) blieb die Nichtbeachtung des Zitiergebots für die Wirksamkeit des angegriffenen Gesetzes allerdings ohne Konsequenzen. Denn das BVerfG hatte bis zu dieser Entscheidung noch nicht geklärt, ob es in Fällen, in denen das ändernde Gesetz zu neuen Grundrechtseinschränkungen führt oder ermächtigt, den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG genügt, wenn das geänderte Gesetz – wie im entschiedenen Fall – bereits eine Zitiervorschrift im Sinne dieser Bestimmung enthält: „In der Folge hat sich hierzu eine unterschiedliche Praxis in der Gesetzgebung herausgebildet. Aus Gründen der Rechtssicherheit führt die Nichtbeachtung des Zitiergebots erst bei solchen grundrechtseinschränkenden Änderungsgesetzen zur Nichtigkeit, die nach dem Zeitpunkt der Verkündung dieser Entscheidung beschlossen werden“ (BVerfGE 113, 348 (367)).

2. Für den Rechtsanwender

Für den **Normanwender** begründet Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG **keinerlei Verhaltens- 4 pflicht**. Gleichwohl hat das Zitiergebot auch für ihn eine gewisse Bedeutung. Denn soweit eine Eingriffsnorm die von ihr betroffenen Grundrechte explizit benennt, wird dem Rechts-

anwender verdeutlicht, dass und welche Grundrechte er durch die Anwendung der Norm im Einzelfall einschränkt bzw. einschränken darf. Er wird so auf die (möglichen) grundrechts-einschränkenden Folgen seiner Rechtsanwendung hingewiesen (**Verdeutlichungs- oder Klarstellungsfunktion**, Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018 Rn. 363) und damit seinerseits angehalten, die Grundrechtsrelevanz der Normanwendung zu bedenken (Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 41). Umgekehrt kann das Fehlen eines Grundrechtszitats in der Befugnisnorm als Hinweis darauf verstanden werden, dass eine entsprechende Grundrechtseinschränkung vom Gesetzgeber nicht gewollt ist und damit Anlass geben, das fragliche Gesetz verfassungskonform auszulegen und anzuwenden (vgl. Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 41).

- 4.1** Auch für den **Normadressaten** hat das Zitiergebot insofern Relevanz, als er durch das von Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verlangte Zitat ersehen kann, welche seiner (zitierpflichtigen) Grundrechte durch ein bestimmtes Gesetz eingeschränkt werden bzw. eingeschränkt werden dürfen und welche nicht (**Informationsfunktion**, vgl. Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 19; Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 42).

II. Anwendungsbereich

- 5** Der **Anwendungsbereich** des Zitiergebots wird vom BVerfG sehr **restriktiv** interpretiert. Die verfassungsgerichtliche „Zurückhaltung“ betrifft sowohl die Frage, für welche Grundrechte Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG Geltung beansprucht als auch das Verhältnis von vor- und nachkonstitutionellem Recht.

1. Erfasste Grundrechte

- 6** Die Zitierpflicht soll nach Auffassung des BVerfG nur gelten, wenn der Gesetzgeber auf der Grundlage eines ausdrücklich formulierten „Einschränkungsvorbehalts“ auf Grundrechte zugreift, dh, von der ihm im jeweiligen Grundrecht eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht, Grundrechtseinschränkungen durch Gesetz entweder **selbst** vorzunehmen oder durch die Exekutive zuzulassen. Das Zitiergebot greift daher „nur für Gesetze, die darauf abzielen, ein Grundrecht über die in ihm selbst angelegten Grenzen [...] hinaus einzuschränken“ (BVerfGE 28, 36 (46); 28, 55 (62); krit. Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 25 ff.; MKS/Huber GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 91f.; Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 56 ff.).
- 6.1** Begründet wird die enge Auslegung des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG durch das BVerfG damit, dass die „Formvorschrift [...] nicht zu einer leeren Förmlichkeit erstarrten und den die verfassungsmäßige Ordnung konkretisierenden Gesetzgeber in seiner Arbeit nicht unnötig behindern“ solle (vgl. BVerfGE 28, 36 (46); 35, 185 (188); krit. Alberts JA 1986, 72 (73)).
- 7** Vom Zitiergebot unstreitig erfasst sind danach lediglich gesetzliche Regelungen, die auf der Grundlage der **Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, Art. 6 Abs. 3 GG, Art. 8 Abs. 2 GG** (für Versammlungen unter freiem Himmel), **Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 11 Abs. 2 GG, Art. 13 Abs. 2–5 und Abs. 7 GG** sowie **Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG** erlassen werden (vgl. Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 53).
- 8** Dagegen gilt die Zitierpflicht nicht für gesetzlichen Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit aus **Art. 2 Abs. 1 GG** (BVerfGE 10, 89 (99)), für das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einschließlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus **Art. 1 Abs. 1 GG iVm Art. 2 Abs. 1 GG**, für die unter der Schranke der allgemeinen Gesetze (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG) stehenden Garantien des **Art. 5 Abs. 1 GG** (BVerfGE 28, 282 (289); 33, 52 (77); 44, 197 (201)), für Einschränkungen der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit nach **Art. 9 Abs. 2 GG**, für Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen iSd **Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG** (BVerfGE 13, 79 (122); 28, 36 (46)) sowie für Inhaltsbestimmungen des Eigentums und die Möglichkeit der Legal-Enteignung nach **Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bzw. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG** (BVerfGE 21, 92 (93); 64, 72 (79 f.); 24, 367 (398)).
- 9** **Ebenso** fallen nach der Rechtsprechung des BVerfG auch alle **vorbehaltslos gewährleisteten Grundrechte** mangels eines Einschränkungsvorbehalts aus dem Anwendungsbereich des Zitiergebots heraus (vgl. BVerfGE 83, 130 (154) zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (Kunstfreiheit); aA Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 30; wohl auch Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 25). Dies betrifft im Einzelnen die Religions- und Bekenntnisfreiheit aus **Art. 4 Abs. 1** und **Abs. 2**.

GG, die Kunstfreiheit sowie die Wissenschafts-, Forschungs- und Lehrfreiheit aus **Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG** und die Freiheit, sich in geschlossenen Räumen zu versammeln (vgl. **Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 GG**; Stephan/Deger Rn. 1).

Das BVerfG hält an seiner engen Auslegung des Geltungsbereichs des Zitiergebots ungeachtet kritischer Stellungnahmen in der Literatur (vgl. nur Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 21, 25 ff.; Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 28 f.) fest. Ungeklärt ist insbesondere, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „unbenanntes Freiheitsrecht“ sachgerecht zu behandeln ist (für die Anwendung des Zitiergebots unter anderem Sachs/Sachs GG Art. 19 Rn. 29; nicht entschieden von BVerfGE 120, 274 (340); vgl. BeckOK GG/Enders GG Art. 19 Rn. 14).

Keine Anwendung findet das Zitiergebot schließlich nach einhelliger Meinung auch **10** auf die **Gleichheitsrechte**. Ursächlich hierfür ist nicht allein das (formale) Fehlen eines ausdrücklichen Einschränkungsvorbehalts (vgl. BVerfGE 25, 371 (399)), sondern die (materielle) Eigenart der Gleichheitsgewährleistungen (vgl. Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 24), die zwangsläufig das Fehlen von Gesetzesvorbehalten bedingt (BeckOK GG/Enders GG Art. 19 Rn. 14).

2. Geltung nur für nachkonstitutionelle Gesetze

Da es sich bei Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG um eine formale Anforderung handelt, die der **11** vorkonstitutionelle Gesetzgeber nicht kennen konnte, gilt das Zitiergebot grundsätzlich nur für Gesetze, die nach Inkrafttreten des GG erlassen wurden bzw. erlassen werden (unstr., vgl. Dreier GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 22; BVerfGE 2, 121 (122); 28, 36 (46); 43, 48 (54)). Problematisch ist diese Beschränkung auf nachkonstitutionelles Recht, wenn der nachkonstitutionelle Gesetzgeber an vorkonstitutionelles Recht anknüpft. Das BVerfG geht davon aus, dass das Zitiergebot in solchen Fällen zumindest dann nicht gilt, wenn ein nachkonstitutionelles Gesetz eine bereits im vorkonstitutionellen Recht enthaltene Grundrechtseinschränkung unverändert oder nur mit geringfügigen Abweichungen wiederholt (vgl. BVerfGE 5, 13 (16); 15, 288 (293); 35, 185 (189); 61, 82 (113); auf **zur** Bedeutung dieser Restriktion Singer DÖV 2007, 496 (499)).

Zur Begründung wird vom BVerfG ausgeführt, das Zitiergebot solle lediglich sicherzustellen, dass sich der Gesetzgeber über neue, der bisherigen Rechtsordnung fremde Grundrechtseinschränkungen Gedanken mache (BVerfGE 5, 13 (16); 35, 185 (188 f.); zust. Jarass/Pieroth GG Art. 19 Rn. 6; aA die hM in der Lit., vgl. Maunz/Dürig GG Art. 19 Abs. 1 Rn. 49 mwN und dem – zutreffenden – Hinweis, der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG biete keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Zitierpflicht nur bei qualitativ neuen Grundrechtseinschränkungen ausgelöst werden solle).

III. „Polizeifeste“ Grundrechte?

Im Kontext der Frage von **Zitierpflicht und Einschränkbarkeit von Grundrechten** **12** ist mitunter von „**Polizeifestigkeit**“ eines Grundrechts die Rede (vgl. etwa Stephan/Deger Rn. 7; Kingreen/Poscher POR § 3 Rn. 34; Pieroth AfP 2006, 305 (307 f.); Kugelmann PolR Kap. 6 Rn. 96; DWVM Gefahrenabwehr 174; BVerwGE 129, 147; OVG Frankfurt (Oder) NJW 1997, 1387). Der aus der Zeit der Weimarer Republik stammende **Begriff** (Götz/Geis PolR § 11 Rn. 16) wird dabei in **unterschiedlicher Weise** benutzt.

Teilweise wird darunter die generelle **Uneinschränkbarkeit eines Grundrechts** durch **13** polizeiliche Maßnahmen verstanden; „**Polizeifestigkeit**“ in diesem Sinne passt unter der Geltung des GG nur zu **Art. 1 Abs. 1 GG**, da der Verfassungsgeber allein die **Menschenwürde** für „**unantastbar**“ erklärt und damit kategorisch jedwdem Eingriff entzogen hat. Dem Grundrecht der Menschenwürde kommt insoweit eine Sonderrolle zu, denn in alle anderen Grundrechte sind Eingriffe von Verfassung wegen grundsätzlich zulässig.

Überwiegend soll für ein mit dem Attribut „polizeifest“ versehenes Grundrecht ausgesagt werden, dass es **nicht auf polizeigesetzlicher Grundlage** eingeschränkt werden kann (Stephan/Deger Rn. 7). „**Polizeifestigkeit**“ in diesem Sinne meint also nicht, dass ein Grundrecht aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgabe jedem polizeilichen Zugriff von vornherein entzogen wäre. Vielmehr geht es dabei regelmäßig um das Verhältnis des allgemeinen Polizeirechts zu (abschließenden) spezialgesetzlichen Sonderregelungen, die den Rückgriff auf das BWPolG im Schutzbereich bestimmter Grundrechte verbieten; so gesehen sollten diese

Grundrechte **besser** als „**polizeigesetzfest**“ und nicht als „polizeifest“ bezeichnet werden. Konsequenterweise werden (zitierpflichtige) Grundrechte dieser Art in den Polizeigesetzen in der Regel auch nicht als auf polizeigesetzlicher Basis einschränkbar genannt. Für das BWPolG trifft dies insbesondere zu für die in Art. 8 GG garantierte **Versammlungsfreiheit** (Vorrang des VersammlG, soweit darin abschließende Regelungen enthalten sind, → Rn. 49 ff.). Vergleichbares gilt für die – nicht zitierpflichtigen – Grundrechte der **Pressefreiheit** aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Vorrang des BWLPressG, → Rn. 39 f.) sowie die Art. 9 GG (→ Rn. 41 f.) und Art. 12 GG (→ Rn. 43 f.; Stephan/Deger Rn. 7).

B. Eingriffe in zitierte Grundrechte

- 15 § 4 erklärt fünf der nach der Rechtsprechung des BVerfG zitierpflichtigen Grundrechte für **einschränkbar durch polizeigesetzliche Maßnahmen** (Nr. 1–5). Das zudem in Nr. 6 erwähnte Recht auf Eigentum (Art. 14 GG) ist dagegen kein zitierpflichtiges Grundrecht (BVerfGE 113, 348 (366)), seine Nennung in § 4 daher überflüssig (Stephan/Deger Rn. 26).

I. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Leben und körperliche Unversehrtheit)

- 16 In die Rechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit darf gem. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „aufgrund eines Gesetzes“ eingegriffen werden. Durch den Polizeivollzugsdienst wird in das Recht auf Leben insbesondere im Falle eines auf **§ 54 Abs. 2** gestützten **finalen Todesschuss** eingegriffen. Eingriffsqualität kann darüber hinaus auch schon Maßnahmen zukommen, die für den Addressee mit der **naheliegenden, konkreten Gefahr des Todes** verbunden sind (so BVerfG NJW 1979, 2349; 2002, 51 (52); Gleichachtung von Grundrechtsverletzung und Grundrechtsgefährdung im Falle naheliegender konkreter Todesgefahr bei Durchführung eines Strafverfahrens), bspw. wenn **Polizei- oder Feuerwehrangehörige** (→ Rn. 16.2) – ungeachtet ihrer berufsbedingten erhöhten Gefahrtragungspflicht – in einen a priori erkennbar lebensgefährlichen Einsatz geschickt werden, der die Wahrscheinlichkeit des Todes naheliegend erscheinen lässt („Himmelfahrtskommando“). Von einer Gefahr für das Leben von Personen, die sich im Wirkungsbereich eines „Explosivmittels“ aufzuhalten, wird in der Regel auch im Falle des Einsatzes solcher Mittel nach § 54a auszugehen sein (→ § 54a Rn. 4).

16.1 Die Regelung des § 54 Abs. 2 über den gezielten Todesschuss wurde im Jahre 1991 (BWGBI. 625) eingeführt. Erst im Kontext dieser Gesetzesänderung wurde auch die Zitierung des Rechts auf Leben als eingeschränktes Grundrecht erforderlich und in § 4 Nr. 1 eingefügt.

16.2 Zu kritisieren ist, dass § 36 BWFwG Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht als eingeschränktes Grundrecht nennt. Wenn nach der Rechtsprechung des BVerfG bereits der konkreten Lebendgefährdung Eingriffsqualität zukommt, muss dies auch für einschlägige Gefahren berufsbedingter Art gelten, weshalb die Zitierung des Grundrechts auf Leben (ebenso auf körperliche Unversehrtheit) im BWFwG als zwingend zu bezeichnen ist. Dies gilt umso mehr, als für den Dienst in den Freiwilligen Feuerwehren im Falle einer nicht ausreichenden Zahl „Freiwilliger“ nach § 12 BWFwG Personen auch zwangsverpflichtet werden können (in Kommunen anderer Bundesländern – bspw. in Grömitz/Schleswig-Holstein – bereits Realität), was letztlich zur Konsequenz hat, dass diese dann verpflichtet sind, im Interesse des Gemeinwohls Leben und körperliche Unversehrtheit einzusetzen.

- 17 Das Recht auf **körperliche Unversehrtheit** kann in vielfältiger Weise durch polizeiliche Maßnahmen tangiert sein. Zu nennen ist insbesondere die **Anwendung unmittelbaren Zwangs** durch einfache körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt wie bspw. Wasserwerfer oder Tränengas sowie durch den Einsatz von Waffen (Schlagstock, Schusswaffe etc) nach Maßgabe der § 49 Abs. 2, §§ 50 und 52–54a (→ § 50 Rn. 1 ff., → § 54 Rn. 1 ff.; → § 54a Rn. 4). Nicht als einschränkendes Gesetz iSd Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG ist die polizeiliche Generalklausel zu qualifizieren (Stephan/Deger Rn. 10). Dagegen können auf § 36 gestützte Maßnahmen im Rahmen einer **erkennungsdienstlichen Behandlung** (bspw. im Falle zwangsweiser Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes) mit einem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verbunden sein (körperliche Eingriffe im engeren Sinn wie die Entnahme von Körperzellen oder einer Blutprobe sind iRd § 36 aber unzulässig, vgl. Stephan/Deger § 36 Rn. 13), ebenso **Personendurchsuchungen** nach § 29, wenn die Maßnahme

den Betroffenen psychisch beeinträchtigt (Bsp.: körperlich empfundener „seelischer“ Schmerz infolge Eingriffs in die Intimsphäre).

Dass neben der rein physischen Integrität auch das psychische Wohlbefinden in den sachlichen Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG fällt, ist in Rechtsprechung und Literatur jedenfalls für den Fall anerkannt, dass eine seelische Beeinträchtigung zu körperlichen Schmerzen oder mit anderen körperlichen Beeinträchtigungen vergleichbaren Wirkungen führt (BVerfGE 56, 54, 74f.; Maunz/Dürig GG Art. 2 Abs. 2 Rn. 55 mwN; BeckOK GG/Lang GG Art. 2 Rn. 62).

II. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (Freiheit der Person)

Das Freiheitsgrundrecht steht ebenso wie Leben und körperliche Unversehrtheit unter dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, darf also im Grundsatz aufgrund eines Gesetzes beschnitten werden. Über **Art. 104 Abs. 1 GG** „mutiert“ der scheinbar einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 GG für die Freiheit der Person allerdings zu einem qualifizierten Vorbehalt, die Freiheit der Person kann danach nur aufgrund eines **förmlichen Gesetzes** (= Parlamentsgesetz) und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Das BWPoG ist ein solches förmliches Gesetz, einschlägige Rechtsgrundlagen sind insbesondere die **§ 28 (Gewahrsam)** und **§ 26 Abs. 2**, der explizit „Festhalten“ einer Person und deren Mitnahme zur Dienststelle (sog. „Sistierung“) als mögliche Maßnahmen anlässlich einer Personenfeststellung benennt.

Ein – da im BWPoG nicht geregelt – rechtlich problematischer Eingriff in das Freiheitsgrundrecht liegt auch im Falle der Fesselung vor (→ § 52 Rn. 11.1).

Auch andere Standardmaßnahmen wie die Vorführung nach § 27 Abs. 3 und Befragungen nach § 20 Abs. 1 oder Personen- und Sachdurchsuchungen (§§ 29, 30) können mit Eingriffen in das Freiheitsgrundrecht verbunden sein, soweit sie wegen der damit für die Betroffenen einhergehenden Verpflichtung, während der Maßnahme „an Ort und Stelle“ zu bleiben, in zeitlicher Hinsicht (längere Dauer) die im Rahmen einer Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit zulässige Intensität (wenige Minuten) übersteigen.

Große Bedeutung im Rahmen von Eingriffen in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG kommt der **Differenzierung** 18a.1 zwischen **Freiheitbeschränkung** und **Freiheitsentziehung** zu, da Art. 104 Abs. 2 GG (nur) für letztere einen Richtervorbehalt enthält (zu den Unterscheidungskriterien vgl. BVerfGE 10, 302; 94, 166; 105, 239; BVerwGE 62, 325). Während alle Formen des Gewahrsams unstreitig freiheitsentziehenden Charakter haben, ist dies für andere polizeiliche Maßnahmen wie bspw. die „Sistierung“ streitig (bejaht BMKS BWPoG Rn. 7; im Grundsatz verneinend Stephan/Deger Rn. 12: Freiheitsentziehung erst bei über einer Stunde andauerndem Festhalten; speziell zur Abgrenzung Freiheitsentziehung/Freiheitsbeschränkung im Rahmen einer polizeilichen Identitätsfeststellung vgl. BVerfG NVwZ 2011, 743).

III. Art. 10 GG (Brief-, Post und Fernmeldegeheimnis)

Art. 10 GG wird erst seit der Novelle zum BWPoG v. 18.11.2008 (BWGBI. 390) als 19 eingeschränktes Grundrecht in § 4 zitiert. Anlass der Änderung war der zeitgleich **neu geschaffene § 23a**, der es dem Polizeivollzugsdienst erstmals ermöglicht, **Verkehrsdaten der Telekommunikation** zu erheben sowie technische Mittel einzusetzen, um den **Standort** eines Mobiltelefons und/oder die **Kennung von Telefon** („IMEI“) und **SIM-Karte** („IMSI“) zu ermitteln bzw. Telefonverbindungen zu verhindern oder zu unterbrechen (→ § 23a Rn. 46 ff.).

Durch das Änderungsgesetz v. 7.12.2017 (BWGBI. 623) wurde mit **§ 23b** eine Bestimmung neu in das BWPoG aufgenommen, die nunmehr – der repressiven „TKÜ“ nach § 100a StPO vergleichbar – auch zu Zwecken der Gefahrenabwehr die (inhaltliche) **Überwachung der Telekommunikation** durch den Polizeivollzugsdienst zulässt (nach Maßgabe des § 23b Abs. 2 ist auch die sog. Quellen-TKÜ zulässig, näher → § 23b Rn. 13).

Die **Erhebung** der im Rahmen der Telekommunikation anfallenden **Verkehrsdaten** (zu 20 diesem Begriff s. § 96 Abs. 1 TKG; der in § 23a gleichfalls verwiesene § 113a TKG wurde vom BVerfG wegen Verstoßes gegen Art. 10 Abs. 1 GG für nichtig erklärt, vgl. NJW 2010, 833) auf der Grundlage des **§ 23a Abs. 1 greift in Art. 10 GG ein**; denn das Telekommunikationsgeheimnis schützt neben den Inhalten der Kommunikation unstreitig auch deren

nähere Umstände (wer kommuniziert mit wem, wann, wie lange, wie oft, von wo etc, vgl. BVerfG NJW 2005, 2603 (2604) mwN). Das Verhindern oder Unterbrechen von Telekommunikationsverbindungen nach **§ 23a Abs. 7** ist demgegenüber **nicht** mit einem **Eingriff in Art. 10 GG** verbunden.

- 21 **Streitig** ist die Einordnung von Maßnahmen nach **§ 23a Abs. 6**; nach Auffassung des BVerfG sollen Standortermittlung sowie IMEI- und IMSI-Feststellung mittels Einsatz des sog. „IMSI-Catchers“ nicht in Art. 10 GG, sondern lediglich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen (BVerfG NJW 2007, 351 (353) zu § 100i StPO; aA Nachbaur NJW 2007, 335; Stephan/Deger § 23a Rn. 2; BGH NJW 2003, 2034 (2035)).
- 21.1 Die in einem Nichtannahmebeschluss als obiter dictum getroffene Aussage des BVerfG (NJW 2007, 351 (353)) ist mit dem Urteil des BVerfG v. 27.7.2005 (NJW 2005, 2603) schwerlich vereinbar und steht in offenem Widerspruch zur Auffassung des BGH: „So sind etwa von einem Funktelefon an die nächstgelegene Funkzelle eines Mobilnetzes übermittelte Standortdaten auch dann Gegenstand von Telekommunikation, wenn der Benutzer des aussendenden Endgeräts im Einzelfall kein aktuelles Bewusstsein von dem Vorgang hat“ (BGH NJW 2003, 2034 (2035)). Auch mit Blick auf den Schutzzweck des Art. 10 GG erscheint die Verneinung eines Eingriffs in das Telekommunikationsgeheimnisses fragwürdig (näher Nachbaur NJW 2007, 335 mwN; zu undiff. → § 23a Rn. 5, Rn. 53).
- 22 Überfällig war die Zitierung des Art. 10 GG im Hinblick auf die nach Maßgabe des § 38 Abs. 1 S. 1 schon vor 2008 für zulässig erklärte **Zweckänderung** (auch) repressiv erhobener Telekommunikationsdaten. Denn jede Nutzung von Erkenntnissen aus einer strafprozessualen Telefonüberwachung nach § 100a StPO zu Zwecken der Gefahrenabwehr – bspw. zur Verhinderung einer bevorstehenden Straftat – musste spätestens seit BVerfG NJW 2000, 55 als **neuerlicher Eingriff in Art. 10 GG** gewertet werden (→ § 38 Rn. 2) und war daher ohne Zitierung des Art. 10 GG in § 4 (verfassungs-) rechtlich nicht mehr begründbar bzw. verfassungswidrig (Hassemer ZRP 1991, 121 (123 f.)).

IV. Art. 11 GG (Freizügigkeit)

- 23 Das Recht, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnung zu nehmen, unterliegt dem **qualifizierten Gesetzesvorbehalt** des Art. 11 Abs. 2 GG; danach kann die Freizügigkeit „durch oder aufgrund Gesetz“ zu den dort explizit genannten Zwecken eingeschränkt werden. Polizeigesetzlich von Bedeutung ist insbesondere der sog. „**Kriminalvorbehalt**“ des Art. 11 Abs. 2 GG („[...] um strafbaren Handlungen vorzubeugen“).
- 23.1 Mit Blick auf **Art. 73 Nr. 3 GG**, der dem Bund die **ausschließliche Gesetzgebungskompetenz** für das Sachgebiet „Freizügigkeit“ zuweist, ist die Zitierung des Art. 11 GG in § 4 **verfassungsrechtlich problematisch**. Nach Auffassung des VGH Mannheim folgt jedoch aus der Wortlautidentität des Begriffs „Freizügigkeit“ in Art. 73 Nr. 3 GG und Art. 11 Abs. 1 GG keine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Vielmehr sei der Begriff der „Freizügigkeit“ in Art. 73 Nr. 3 GG enger auszulegen als jener in Art. 11 Abs. 1 GG (ausf. Seiler VBlBW 2004, 93; Schnapp NWVBl 2003, 484, jeweils mwN). Für diese Auffassung spricht, dass sich der Kriminalvorbehalt in Art. 11 Abs. 2 GG („um strafbaren Handlungen vorzubeugen“) letztlich auf Landesrecht beziehen muss, da die **Verhütung strafbarer Handlungen nach allgemeinem Polizeirecht** in die **ausschließliche Gesetzgebungs-kompetenz der Länder** fällt. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG würde ansonsten weitgehend leer laufen. Daher ist das in die Landeskompetenz fallende Recht der Gefahrenabwehr von der Bundeskompetenz nach Art. 73 Nr. 3 GG auszunehmen (vgl. BVerwG NVwZ 2007, 1439 (1440); VGH Mannheim NJW 2005, 88; VerfGH Bayern NVwZ 1991, 664 (666); VerfGH Sachsen LVerfGE 14, 333 (389 f.)).
- 24 Der Begriff der **strafbaren Handlung** ist dabei wörtlich zu nehmen; die polizeiliche Maßnahme muss tatsächlich der Verhinderung von Straftaten dienen, ein Eingriff zur Verhütung bloßer Ordnungswidrigkeiten kommt nicht in Betracht (VGH Mannheim NJW 2005, 88 (89); Stephan/Deger Rn. 18). Schon aus diesem Grund ist der typischerweise mit einem Eingriff in Art. 11 Abs. 1 GG verbundene „**Verbringungsgewahrsam**“ zur Sanktionierung unangepassten Verhaltens nicht sesshafter Personen in aller Regel **rechtswidrig**.
- 25 Klassische **Eingriffe** in die Freizügigkeit sind **Aufenthaltsverbote** nach § 27a Abs. 2, ebenso **Wohnungsverweise** (mit und ohne Rückkehrverbot) nach Maßgabe des § 27a Abs. 3 (OVG Bremen NVwZ 1999, 314; VGH Mannheim VBlBW 1997, 66 (67); NJW 2005, 88;