

Anlage 2:

Datum: 26.02.2014/29.10.2015

Telefon: 0 233-44338

Telefax: 0 233-44607

**Kreisverwaltungsreferat**

Hauptabteilung I

Sicherheit und Ordnung.

Gewerbe

Rechtsangelegenheiten

Recht. Sühne- und Gütestelle

KVR-I/11

Kommunaler Ordnungsdienst

Ergänzung zu Befugnissen im Rahmen von Ordnungswidrigkeitenverfahren (siehe Ziff. 1. c)  
(2.2))

Mit E-Mail vom 25.10.2013 baten Sie um rechtliche Prüfung der Frage, ob ein kommunaler Ordnungsdienst nach der geltenden Rechtslage realisierbar ist und ggf. welche Rechte dieser Außendienst haben kann.

#### 1. Rechtliche Würdigung

Bereits in der Vergangenheit hat eine Auseinandersetzung mit der Frage der Schaffung eines städtischen Ordnungsdienstes stattgefunden. Diesbezüglich existiert bereits eine Vormerkung von KVR-I vom 12.03.1998, eine Stellungnahme des Direktoriums vom 14.05.1998, ein Beschluss des Verwaltungs- und Personalausschusses vom 14.03.2001, ein Stadtratsbeschluss vom 25.04.2001 sowie ein Beschluss des Verwaltungs- und Personalausschusses vom 26.05.2004. Im Jahr 2005 ist durch die Aufhebung des Gesetzes über die Gemeindepolizei (GemPolG) allerdings eine Änderung der Rechtslage eingetreten. Daher werden in der Folge die wesentlichen Leitlinien der bisherigen Entwicklung bis hin zur heute geltenden Rechtslage nachgezeichnet:

##### a) Rechtslage bis 1975

Nach dem Gesetz über die Organisation der Polizei in Bayern (POG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.10.1974 waren in Bayern neben dem Staat auch die Gemeinden Träger der Polizei (vgl. Art. 1 Abs. 1 POG a.F.). Jede Gemeinde hatte damals nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 POG a.F. das Recht, eine eigene Polizei zur Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben ihres eigenen Wirkungskreises zu errichten.

Darüber hinaus hatte die Gemeindepolizei nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 POG a.F. auch die staatlichen Aufgaben im Gemeindegebiet als übertragene Aufgabe wahrzunehmen, soweit nicht eine andere Polizei zuständig war und solange diese Aufgaben nicht auf die Landespolizei übertragen worden waren.

Die Gemeinden konnten ihre Gemeindepolizei gemäß Art. 5 Abs. 3 POG a.F. auflösen, sobald die staatlichen polizeilichen Aufgaben in der Gemeinde auf die Landespolizei übertragen wurden.

## b) Rechtslage seit 1975 bis 2005

Mit der Übertragung der staatlichen polizeilichen Aufgaben in der Gemeinde auf die Landespolizei wurde am 01.10.1975 die damalige Gemeindepolizei der Landeshauptstadt München auf der Grundlage der vorstehend zitierten Regelung des Art. 5 Abs. 3 POG a.F. aufgelöst.

An die Stelle des POG in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.10.1974 (siehe hierzu Ziff. 1. a)) trat das POG vom 10.08.1976. Nach dessen Art. 1 Abs. 2 ist Träger der Polizei allein der Freistaat Bayern.

Allerdings zählt Art. 83 Abs. 1 BV die „örtliche Polizei“ zu den Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde, was nach damaligem Verständnis eine institutionelle Garantie einer (institutionellen) Polizei auf Gemeindeebene bedeutete. Dem musste der Gesetzgeber Rechnung tragen und den Gemeinden weiterhin die Möglichkeit zugestehen, eine eigene Gemeindepolizei zu errichten. Zu diesem Zweck wurden die Regelungen über die Gemeindepolizei aus dem POG in der Fassung vom 24.10.1974 durch Art. 13 Abs. 2 POG in der Fassung vom 10.08.1976 (GVBl. S. 303) ausgegliedert und in das Gesetz über die Gemeindepolizei (GemPolG) überführt (siehe Käß, KommP BY 2008, 202 (202); siehe Vormerkung von KVR-I vom 12.03.1998, S. 3).

Nach Art. 5 Abs. 1 GemPolG hatte jede Gemeinde das Recht, zur Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben des eigenen Wirkungskreises eine eigene Polizei zu errichten.

Nach Art. 7 GemPolG war es Aufgabe der Gemeindepolizei, Zuwiderhandlungen gegen Ortsrecht zu verhüten und bei der Erfüllung öffentlicher, im eigenen Wirkungskreis der Gemeinde liegender Verwaltungsaufgaben mitzuwirken. Nach Art. 8 GemPolG hatten die Gemeindepolizeibeamten zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Rechte und Pflichten von Beamten der Polizei i.S.d. Polizeiaufgabengesetzes (PAG). Damit konnte die Gemeindepolizei ihr Handeln auf die im PAG enthaltenen allgemeinen (Art. 11 PAG) und besonderen Befugnisnormen (insbesondere Art. 12, 13, 16 PAG) stützen.

Dementsprechend enthielt Art. 3 Abs. 3 POG a.F. eine Regelung über die Zuständigkeit der staatlichen Polizei dergestalt, dass die Polizei in einer Gemeinde, die eine Gemeindepolizei eingerichtet hat, zur Verhütung von Zuwiderhandlungen gegen Ortsrecht nur tätig wird, wenn die Gemeindepolizei nicht oder nicht rechtzeitig ausreichend zur Verfügung steht.

## c) Rechtslage seit 2005

Diese Rechtslage hat sich im Jahr 2005 mit der Aufhebung des GemPolG geändert.

### (1) Aufhebung des GemPolG im Jahr 2005

Durch das Zweite Verwaltungsmodernisierungsgesetz vom 26.07.2005 (GVBl. S. 287, 2. VerwModG) wurde das GemPolG und die Regelung des Art. 3 Abs. 3 POG aufgehoben (vgl.

Art. 41 Abs. 1 und 2 des 2. VerwModG).

Dies hatte folgenden Hintergrund:

Zum einen konnte sich das Instrument der Gemeindepolizei in der Praxis nicht durchsetzen. Von der mit dem GemPolG eröffneten Möglichkeit, eine echte Gemeindepolizei einzusetzen, hat – seit der Eingliederung der Münchner Stadtpolizei im Jahr 1975 (siehe hierzu Ziff. 1. b)) - keine Gemeinde mehr Gebrauch gemacht. Zum anderen standen der Aufhebung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (mehr) entgegen. Inzwischen hat sich nämlich die Ansicht durchgesetzt, dass der Begriff der „örtlichen Polizei“ i.S.v. Art. 83 Abs. 1 BV im Kontext des damaligen Sprachgebrauchs zu verstehen ist, der dem Begriff der Sicherheitsbehörde nach neuem Sprachgebrauch entspricht. Daher ist der bayerischen Verfassung – aus heutiger Sicht - keine institutionelle Garantie einer Polizei auf Gemeindeebene zu entnehmen. Aus diesem Grund muss der Freistaat Bayern keine gesetzliche Möglichkeit zur Schaffung einer Gemeindepolizei bereithalten (vgl. Käß, KommP BY 2008, 202 (206)).

Infolge der Aufhebung des GemPolG ist es nicht mehr möglich, eine echte Gemeindepolizei zu errichten, der zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Rechte und Pflichten von Beamten der Polizei i.S.d. PAG zustehen (siehe ehemalg Art. 8 GemPolG). Infolgedessen sind den kommunalen Sicherheitsbehörden eingreifende Maßnahmen weitestgehend (siehe hierzu unter Ziff. 1. c) (2)) verwehrt.

## (2) Befugnisse der kommunalen Sicherheitsbehörden nach geltender Rechtslage

(2.1) Die maßgeblichen Regeln zu den Befugnissen kommunaler Sicherheitsbehörden enthalten Art. 6 und 7 LStVG.

Nach Art. 6 LStVG haben u.a. die Gemeinden als Sicherheitsbehörden die Aufgabe, die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch Abwehr von Gefahren und durch Unterbindung und Beseitigung von Störungen aufrechtzuerhalten.

Anordnungen und sonstige Maßnahmen, die in Rechte anderer eingreifen, dürfen gemäß Art. 7 Abs. 1 LStVG nur getroffen werden, wenn die Sicherheitsbehörden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes dazu besonders ermächtigt sind.

Soweit eine solche gesetzliche Ermächtigung nicht in Vorschriften des LStVG oder in anderen Rechtsvorschriften enthalten ist, können die Sicherheitsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall nach Art. 7 Abs. 2 LStVG Anordnungen nur treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, oder verfassungsfeindliche Handlungen zu verhüten oder zu unterbinden (Nr. 1), durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen (Nr. 2), Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit von Menschen oder Sachwerte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen (Nr. 3).

Sind Anordnungen nach Art. 7 Abs. 2 LStVG nicht möglich, nicht zulässig oder versprechen

sie keinen Erfolg, so können die Sicherheitsbehörden nach Art. 7 Abs. 3 LStVG die Gefahr oder Störung selbst, durch die Polizei oder durch vertraglich Beauftragte abwehren oder beseitigen (Tatmaßnahme).

Die Freiheit der Person und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und Art. 13 des Grundgesetzes, Art. 102 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 3 der Verfassung) dürfen nach Art. 7 Abs. 4 durch Maßnahmen auf Grund des Art. 7 Abs. 2 und 3 LStVG nicht eingeschränkt werden.

(2.2) Neben den vorgenannten Befugnissen der Gemeinde als Sicherheitsbehörde auf der Grundlage der Regelungen des LStVG ergeben sich Befugnisse der Verwaltungsbehörde als Verfolgungsbehörde in Ordnungswidrigkeitenverfahren aus § 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. Regelungen der StPO (bspw. § 163b StPO).

Nach § 46 Abs. 1 OWiG gelten für das Bußgeldverfahren, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, sinngemäß die Vorschriften der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozeßordnung (StPO), des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) und des Jugendgerichtsgesetzes (JGG).

Gemäß § 46 Abs. 2 OWiG hat die Verfolgungsbehörde, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, im Bußgeldverfahren dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten. § 46 Abs. 2 OWiG ist die gegenüber § 46 Abs. 1 OWiG speziellere Vorschrift (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 12.1).

Über die Regelung des § 46 Abs. 2 OWiG rückt die Verfolgungsbehörde und damit in der Regel die Verwaltungsbehörde in Ordnungswidrigkeitenverfahren grundsätzlich in die Rolle der Staatsanwaltschaft ein, deren Befugnisse sich insbesondere aus der StPO ergeben (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 10).

Aufgrund der unterschiedlichen Bedeutung des Strafverfahrens einerseits und des Bußgeldverfahrens andererseits gelten die allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren für das Bußgeldverfahren allerdings nicht vollumfänglich, sondern lediglich sinngemäß. Dementsprechend sind die Regelungen des Strafverfahrens dem Wesen des Ordnungswidrigkeitenrechts angepasst anzuwenden. Dabei ist dem unterschiedlichen Gewicht des Straf- und Bußgeldanspruchs sowie den ungleich schwerwiegenden Folgen in den beiden Verfahren Rechnung zu tragen. Somit können bspw. die Vorschriften der StPO dann nicht auf das Bußgeldverfahren übertragen werden, wenn sie bereits im Strafverfahren nur bei bestimmten Straftatbeständen oder bei Straftaten von erheblicher Bedeutung zum Tragen kommen können – wie etwa die Regelungen über die Leichenschau (§§ 87 – 91 StPO), die Rasterfahndung (§§ 98a, 98b StPO), die Telekommunikationsüberwachung (§§ 100a, 100b, 100g StPO), die Wohnraumüberwachung (§§ 100c ff. StPO), verdeckte Ermittler (§§ 110a – 110c StPO), die Einrichtung von Kontrollstellen (§ 111 StPO), die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO), das vorläufige Berufsverbot (§ 132a StPO), die Netzfahndung (§ 163d StPO), die Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e StPO) und die längerfristige Observation (§ 163f StPO) (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 2 f. m.w.N.; siehe dazu auch Bohnert, in: Bohnert, OWiG, 3. Aufl., 2010, § 46, Rn. 93).

Außerdem ist zu beachten, dass die allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren im Bußgeldverfahren nur gelten, soweit das OWiG nichts anderes bestimmt. Besondere Vorschriften des OWiG führen somit zu einer Unanwendbarkeit oder zu einer nur eingeschränkten Anwendbarkeit der allgemeinen Gesetze des Strafverfahrens (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 3).

Darüber hinaus rückt die Verfolgungsbehörde in Ordnungswidrigkeitenverfahren über die Regelung des § 46 Abs. 2 OWiG ausschließlich in die Rolle der Staatsanwaltschaft ein, nicht hingegen in die des Gerichts. Allgemeine Gesetze des Strafverfahrens, die sich auf richterliche Handlungen beziehen, sind demnach nicht auf Handlungen der Verfolgungsbehörde übertragbar.

Soweit der Verwaltungsbehörde im Ordnungswidrigkeitenverfahren gesteigerte Befugnisse zustehen, die im Strafverfahren dem Gericht vorbehalten sind, oder ihre Maßnahmen wie richterliche behandelt werden sollen, wurde dies im OWiG – etwa in §§ 35 Abs. 2, 50 – 52, 60, 62, 87 Abs. 1, 105 und 110 OWiG – ausdrücklich bestimmt. Auch dort, wo die Stellung der Verfolgungsbehörde im Ordnungswidrigkeitenverfahren im Vergleich zu der der Staatsanwaltschaft modifiziert werden sollte, bedurfte es spezieller Regelungen im OWiG, so bspw. bei der nicht zwangsläufig bestehenden Pflicht zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, die gemäß § 47 Abs. 1 OWiG vielmehr im pflichtgemäßem Ermessen der Verfolgungsbehörde liegt, im Gegensatz zu dem im Strafverfahren geltenden Legalitätsprinzip (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 10 ff.).

In § 46 Abs. 3 bis 5 OWiG sind bestimmte Maßnahmen, die die Vorschriften über das Strafverfahren ermöglichen, von der Anwendung im Bußgeldverfahren ausdrücklich ausgenommen (§ 46 Abs. 3 OWiG) oder eingeschränkt bzw. abgewandelt (§ 46 Abs. 4, 5 OWiG). Diese ausdrücklichen Bestimmungen betreffen diejenigen Vorschriften über das Strafverfahren, die so gewichtige Eingriffe zulassen oder sonst so bedeutsam sind, dass eine explizite, klarstellende Regelung geboten ist (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 13).

Bedeutsam ist dabei insbesondere § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG, wonach eine (sinngemäße) Anwendung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen im Strafverfahren ermöglichen – wie die Anstaltsunterbringung, die Verhaftung und die vorläufige Festnahme (§§ 81, 112 – 131 StPO) – im Ordnungswidrigkeitenverfahren ausdrücklich ausgeschlossen sind. Dieser Ausschluss ist darin begründet, dass bei einer Ordnungswidrigkeit eine freiheitsentziehende Maßnahme als Rechtsfolge nicht möglich ist, so dass es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und wegen des Übermaßverbots unzulässig ist, derartige Maßnahmen im Rahmen der Aufklärung der Tat oder der Sicherung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens zuzulassen. Bestimmte kurzfristige Freiheitsbeschränkungen sind im Bußgeldverfahren allerdings grundsätzlich möglich (siehe dazu zugleich); wobei deren Zulässigkeit jeweils im Einzelfall nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu beurteilen ist. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG (Bücherl, in: Graf, BeckOK OWiG, Stand: 15.12.2014, § 46, Rn. 14, 16).

Unter Zugrundlegung vorstehender Ausführungen steht der Verfolgungsbehörde (stadtinterne Zuständigkeit der Bußgeldstelle, soweit dieser nach §§ 35 – 37 OWiG die

Ahndungskompetenz zusteht) in Ordnungswidrigkeitenverfahren bspw. auf der Grundlage des § 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. § 163b Abs. 1 StPO die Befugnis zu, die zur Feststellung der Identität eines (einer Ordnungswidrigkeit) Verdächtigen erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Für den Verdacht sind konkrete, festgestellte Tatsachen erforderlich, die die Beteiligung an einer Ordnungswidrigkeit (§§ 1, 14 OWiG) nahe legen. Die Identifizierung geschieht regelmäßig durch Befragung oder Benutzung des Ausweises. Der Verdächtige darf nach § 163b Abs. 1 S. 2 StPO aber auch festgehalten werden, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann. Zulässig ist nur ein kurzfristiges Festhalten, das nicht als Verhaftung gilt, sowie das Verbringen der Person auf die Dienststelle zur Ermittlung oder Nachprüfung der Angaben. Steht die Identität fest, darf keine eingreifende Maßnahme mehr getroffen werden (Bohnert, in: Bohnert, OWiG, 3. Aufl., 2010, § 46, Rn. 96 ff.).

Wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, sind gemäß § 163b Abs. 1 S. 3 StPO auch die Durchsuchung der Person des Verdächtigen (Kleidung und Körperoberfläche) und der von ihm mitgeführten Sachen sowie die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zulässig. Ist die Identität aber nicht sogleich feststellbar, muss der Ermittlungsrichter die Maßnahme überprüfen, vgl. § 163c Abs. 1 StPO (Bohnert, in: Bohnert, OWiG, 3. Aufl., 2010, § 46, Rn. 99).

(2.3) Die Gemeinde kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben als Sicherheitsbehörde und als Verfolgungsbehörde in Ordnungswidrigkeitenverfahren beispielsweise eine Organisationseinheit „kommunaler Ordnungsdienst“ im Sinne eines (fachübergreifenden) Außendienstes einrichten und die Mitarbeiter mit den entsprechenden Aufgaben betrauen (siehe zu bereits bestehenden städtischen Außendiensten sowie zu möglichen Organisationsformen Beschluss des Verwaltungs- und Personalausschusses v. 14.03.2001, S. 9 ff.). Dabei kommt dem Begriff des „kommunalen Ordnungsdienstes“ keine eigenständige rechtliche Bedeutung zu. Er dient lediglich der Abgrenzung des für die Gemeinde im Außendienst tätigen Personals zu denjenigen Mitarbeitern der Kommune, die – wie üblich – innerdienstlich Verwendung finden (Bengl/Berner/Emmerig, LStVG, Stand: Juli 2013, vor Art. 6, Rn. 103).

Zu beachten gilt dabei, dass die Einrichtung eines Außendienstes zur Wahrnehmung der Befugnisse nach § 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. Regelungen der StPO in Ordnungswidrigkeitenverfahren den Einsatz entsprechend qualifizierten Personals voraussetzt. Denn die Mitarbeiter eines solchen Außendienstes werden insoweit eigenverantwortlich und regelmäßig ad hoc zu beurteilen haben, ob eine Person einer Ordnungswidrigkeit verdächtig ist und welche Befugnisse ihnen demzufolge in welchem Umfang und in welchen Grenzen zustehen (siehe dazu auch Beschluss des Verwaltungs- und Personalausschusses v. 14.03.2001, S. 15).

## 2. Ergebnis

Den Kommunen in Bayern und damit auch der LHM steht nach wie vor das Recht zu, einen kommunalen Ordnungsdienst zu errichten. Dessen Befugnisse ergeben sich aus Art. 6 und 7

LStVG ggf. i.V.m. speziellen Befugnisnormen sowie im Zusammenhang mit Ordnungswidrigkeitenverfahren aus § 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. Regelungen der StPO.

Mit der Aufhebung des GemPolG im Jahr 2005 ist allerdings die Möglichkeit entfallen, eine echte Gemeindepolizei zu errichten, der zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Rechte und Pflichten von staatlichen Polizeibeamten i.S.d. PAG zustehen.

gez.