



Hochschule für  
Wirtschaft und Recht Berlin  
Berlin School of Economics and Law

Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

# Die polizeilichen Standardbefugnisse

Hans-Peter von Stoephasius

Beiträge aus dem Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement  
Nr. 11/2013

Herausgeber: Dekan Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

# **Die polizeilichen Standardbefugnisse**

**Eine problem- und lösungsorientierte Darstellung**

Prof. Dr. H.-Peter von Stoephasius

2. erweiterte Auflage (2012)

## Inhaltsverzeichnis:

### **Einführung**

#### **1. Teil: Informationsgewinnung**

##### **A. Ermittlungen, § 18 ASOG**

- I. Sachliche Ermittlungen, § 18 Abs.1 Satz 1 ASOG
- II. Personenbezogene Ermittlungen, § 18 Abs.1 Satz 2 ASOG  
Sachverhalt (1): Auffälliges Verhalten
- III. Spezielle personenbezogene Ermittlungen, § 18 Abs.1 Satz 3 ASOG  
Sachverhalt (2): Erhöhte Streifentätigkeit
- IV. Befragung, § 18 Abs.3 ASOG  
Sachverhalt (3): Die Suchaktion
- V. Begleiteingriffe, § 18 Abs.3 Sätze 2 und 3 ASOG  
Sachverhalt (3a): Fortsetzung Suchaktion

##### **B. Identitätsfeststellung, § 21 ASOG**

- I. Anwendung von § 21 Abs.1 in Verbindung mit Abs.3 ASOG  
Sachverhalt (4): Farbschmierereien
- II. Spezielle Identitätsfeststellung, § 21 Abs.2 ASOG  
Sachverhalt (5): Bahnhofskontrolle
- III. Sistierung, § 21 Abs.3 Satz 3 - ED-Behandlung, § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG  
Sachverhalt (6): Neuköllner Stadtpark

##### **C. Erkennungsdienstliche Behandlung, § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG**

- Sachverhalt (7): Stiller Alarm

#### **2. Teil: Eingriffe in Freiheit und Freizügigkeit**

##### **A. Vorführung / Vorladung, § 20 ASOG**

- Sachverhalt (8): Die Hilfe des Fabrikbesitzers

##### **B. Platzverweisung, § 29 Abs.1 ASOG**

- Sachverhalt (9): Schützenfest

##### **C. Aufenthaltsverbot, § 29 Abs.2 ASOG**

- Sachverhalt (10): Drogenszene Mauerpark

##### **Exkurs: Wegweisung und Betretungsverbot, § 29a ASOG**

- Sachverhalt (10a): Treppensturz

##### **D. Gewahrsam, § 30 ASOG**

- I. Verbringungsgewahrsam
- II. Sicherheitsgewahrsam  
Sachverhalt (11): Nächtliche Ruhestörung

#### **3. Teil: Durchsuchung und Sicherstellung**

##### **A. Durchsuchung von Personen und Sachen**

- I. Durchsuchung zur Sicherstellung  
Sachverhalt (12): Der bemalte Kleinbus
- II. Durchsuchung zur Eigensicherung  
Sachverhalt (12a): Kontrolle der NPD-Demonstranten  
**Exkurs: Videoüberwachung zur Eigensicherung, § 19a ASOG**  
Sachverhalt (12b): Prügelei mit Regenschirm

##### **B. Durchsuchung von Wohnungen**

- I. Anwendung von § 36 Abs.1 Nr.3 ASOG  
Sachverhalt (13): Lebensbedrohung

- II. Anwendung von § 36 Abs.1 Nr.2 ASOG  
Sachverhalt (14): Ohrenbetäubender Lärm

**C. Sicherstellung**

- I. Anwendung von § 38 Nr.1 ASOG  
Sachverhalt (15): Faschistische Methoden
- II. Anwendung von § 38 Nr.2 ASOG  
Sachverhalt (16): Das abgestellte Fahrzeug

**Prüfungsschema**

**Abkürzungsverzeichnis**

**Literaturverzeichnis**

## Einführung

Was sind Standardmaßnahmen? Der Begriff bezeichnet bestimmte polizeiliche Handlungen, die sich von der sog. Generalklausel, § 17 ASOG, durch eine besondere Ausrichtung unterscheiden: Ihr einzelner Zweck ist eindeutig festgelegt und immer mit demselben Eingriff in bestimmte Grundrechte verbunden; der Eingriff ist hinsichtlich aller Voraussetzungen standardisiert. Gleichzeitig wird damit den verfassungsmäßigen Anforderungen des (speziellen) Gesetzesvorbehalts für besonders geschützte Grundrechte entsprochen.<sup>1</sup> Gefordert ist ein fest umrissener Eingriffstatbestand! Diese (speziellen) Eingriffsbefugnisse müssen nach Inhalt, Gegenstand und Ausmaß so hinreichend bestimmt und begrenzt sein, dass Beschränkungen für den Bürger voraussehbar und berechenbar sind.<sup>2</sup>

Die polizeiliche Generalklausel ermächtigt dagegen allgemein zu allen „notwendigen“ Maßnahmen zur Abwehr einer (konkreten) Gefahr. Die Formulierung ist weit gefasst, um jeder Art von Gefahren irgendwie begegnen zu können, und damit zu unbestimmt, um als Standardeingriff zu gelten. Man kann auch feststellen, dass die Bedeutung der Generalklausel in dem Maße abnimmt, in dem die Spezialität von Ermächtigungen als Standardeingriff zunimmt (s. zum Datenschutz).

Mit dem vorliegenden Studienbuch soll keine Kommentierung der Standardvorschriften des ASOG erfolgen. Im Vordergrund steht die **praktische Fallarbeit**, dargestellt an Grundfällen zu den Standardeingriffen, allerdings begrenzt auf die „normalen“, gängigen Standardbefugnisse, für die dann – nach einer allgemeinen Einführung - die Bearbeitung und Lösung hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale eines Standardeingriffs vollständig durchgeführt werden. Die behandelten Standardbefugnisse sollen schließlich das Grundwissen bilden, auf dem die weiteren und weitaus spezielleren Maßnahmen aufbauen können.

**Einteilung der Standardmaßnahmen** zur Gefahrenabwehr: Möglich ist die grundsätzliche Unterscheidung nach ihrem Zweck, d.h.

- Handlungen, die auf eine bessere **Aufklärung** von etwaigen gefährlichen Situationen gerichtet sind (als dem ersten Schritt zur notwendigen Abwehr dieser Gefahren), z.B. Beobachtung, Befragung, Suche nach gefährlichen Gegenständen, verdeckte Maßnahmen, Datenverarbeitung, Vorladung, also Standardmaßnahmen zur Informationsgewinnung;
- Handlungen, die dann den (wahrscheinlichen) Eintritt des Schadens verhindern oder die **Gefahr beseitigen** sollen, z.B. Platzverweis, Gewahrsam, Sicherstellung;
- Handlungen, die beiden Richtungen entsprechen, z.B. Identitätsfeststellung, Erkennungsdienstliche Behandlung, Vorführung, bestimmte Maßnahmen der Datenverarbeitung.

Es bietet sich an, für die Erläuterung der Standardmaßnahmen mit den Handlungen zu beginnen, die der besseren Aufklärung von gefährlichen Situationen dienen, und dann diejenigen folgen zu lassen, welche die eigentliche Abwehr von Gefahren bezwecken – unter Beachtung zwingender Zusammenhänge wie z.B. zwischen Durchsuchung und Sicherstellung oder Vorladung und Vorführung (zumal das auch der systematischen Anordnung der Maßnahmen im ASOG entspricht).

Kategorisch lassen sich die Komplexe auch in ihrer **Grundrechtsrelevanz** zusammen fassen:

---

<sup>1</sup> S. Art. 19 Abs.1 GG: Eingriff durch oder auf Grund eines Gesetzes; s. auch v.Stoephasius, S.20 ff.

<sup>2</sup> so schon BVerfGE 42 S. 1/41; s. auch VG Frankfurt NVwZ-RR 2002 S. 575

- Regelmäßig führt die bessere Aufklärung zur Erhebung personenbezogener Daten, wodurch das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** („RiS“) betroffen ist, Art. 2 Abs. 1 / Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>3</sup>
- Die Verhinderung und Beseitigung von Gefahren ist hauptsächlich mit Eingriffen in die **Bewegungsfreiheit** verbunden, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG.
- Durchsuchung und Sicherstellung betreffen wiederum **unterschiedliche** Grundrechte sei es die (allgemeine) Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG seien es die speziellen Artikel 13 und 14 GG.<sup>4</sup>

**Schematisch** wird zur Fallbearbeitung grundsätzlich so vorgegangen, dass bei der Beurteilung des Sachverhalts zunächst nach der „**Ermächtigungsgrundlage**“ gefragt wird, also danach,

1. welche polizeilichen Handlungen eine Ermächtigungsgrundlage erfordern, d.h. ob darin **Eingriffe** in relevante Grundrechte zu sehen sind (Rechtsstaatsprinzip), ferner
2. inwieweit für dieses Handeln die allgemeine **Aufgabe der Gefahrenabwehr** (§ 1 Abs. 1 und 2 ASOG) oder die spezielleren Zuweisungen der Abs. 3 bis 5 mit entsprechenden Konsequenzen gegeben sind, und
3. welche Standardmaßnahme als Ermächtigungsgrundlage für den jeweiligen Eingriff in Betracht kommt (**Auswahl** der Rechtsgrundlage).

Entsprechend dem geläufigen **Prüfungsschema**<sup>5</sup> sollen dann die Anforderungen an die „**Formelle Rechtmäßigkeit**“ der fraglichen Standardmaßnahme beurteilt werden, also hinsichtlich

4. sachlicher **Zuständigkeit** und
5. Anwendung von allgemeinen bzw. besonderen **Verfahrens- und Durchführungsvorschriften**.

Bei der „**Materiellen Rechtmäßigkeit**“ wird dann geprüft:

6. die **Tatbestandsmäßigkeit** der Ermächtigungsgrundlage; hier wird die Frage geklärt, ob alle dort geschriebenen Voraussetzungen für den tatsächlichen Erlass der Standardmaßnahme vorliegen („Handlungsbefugnis“);
7. die gesetzlichen Anforderungen an die **Rechtsfolge**, also dem eigentlichen Erlass der ausgewählten Standardmaßnahme, mit den Sachpunkten: Entscheidungsspielraum, Adressateneigenschaft, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ausübung des Ermessens.

---

<sup>3</sup> BVerfGE 65 S. 1

<sup>4</sup> Nicht behandelt werden die ganz speziellen Eingriffe der verdeckten Datenerhebung und weiteren Datenverarbeitung, aber auch nicht mögliche Beschränkungen des Aufenthaltsrechts (Art.11 GG).

<sup>5</sup> s. im Anhang

## 1. Teil: Informationsgewinnung

In aller Regel wird es sich hierbei um das **Beschaffen und die Erhebung von Daten** handeln als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, „RiS“, **Art.2 Abs.1 / Art.1 Abs.1 GG**.<sup>6</sup> Nach dem ASOG kommen hier als allgemeine Rechtsgrundlagen für die Erhebung von Daten folgende Vorschriften in Betracht:

- § 18 als „Grundnorm“ für die Datenermittlung,<sup>7</sup>
- § 21 zur Identitätsfeststellung,
- § 23 zur Erkennungsdienstlichen Behandlung.

Ausgeklammert bleibt die Datenerhebung unter Einsatz besonderer Mittel, sowie die weitere Verarbeitung rechtmäßig erhobener Daten.

### A. Ermittlungen, § 18 ASOG

§ 18 ASOG ist insofern schwierig zu verstehen, als damit nicht allein zur Datenerhebung sondern allgemein zur „Ermittlung“ ermächtigt wird, als deren besondere Handlungen dann die **Datenerhebung** und die **Befragung** bezeichnet und geregelt werden. Die Vorschrift wird deshalb auch als Generalklausel für die Informationsbeschaffung bezeichnet.<sup>8</sup> Ermittlungen, also die gezielte Suche und Sammlung von Informationen für eine konkrete Aufgabe, sind nicht unbedingt mit Grundrechtseingriffen verbunden (s. auch die allgemeine Regelung in § 24 VwVfG).<sup>9</sup> Sowie die Ermittlung aber in eine **personenbezogene** Datenerhebung mündet, ist die spezielle Ermächtigung des § 18 ASOG heranzuziehen. Regelmäßig wird diese Datenerhebung in einer persönlichen Erfassung, der zielgerichteten Beobachtung einer Situation durch den Polizeibeamten gemäß § 18 Abs. 1 ASOG geschehen; erfolgt die Datenerhebung durch Befragung, ist dann außerdem § 18 Abs. 3 ASOG zu beachten. Hiernach kann zwischen Zweck und Mittel einer Datenerhebung unterschieden werden:

#### **Was wird mit den Ermittlungen bezweckt?**

- die sachliche Ermittlung von Gefahrenlagen (ohne Beziehung zu einer Person),
- die Erhebung von personenbezogenen Daten.

#### **Auf welche Art und Weise erfolgt die Ermittlung?**

- durch (zielgerichtete) Beobachtung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1-3 ASOG,
- durch Befragung gemäß § 18 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1-3 ASOG.

### I. Sachliche Ermittlungen, § 18 Abs. 1 Satz 1

Bedarf es dafür einer „Ermächtigung“? Da es sich bei den Folgesätzen 2 und 3 des Absatzes 1 um die personenbezogene Erhebung von Daten und damit um eine spezielle Regelung zum Eingangssatz handelt, kann mit diesem nur die allein sachliche Ermittlung gemeint und erfasst sein. Abgesehen davon, dass eine derartige, **allein sachbezogene** Ermittlung in der heutigen Zeit nur schwer vorstellbar ist, da in allen Regelfällen irgendeine Beziehung zu handelnden oder betroffenen Personen hergestellt werden kann (s. die weite, maßgebliche Definition in §

---

<sup>6</sup> BVerfGE 65 S. 1

<sup>7</sup> auch für das „offene“ Videografieren; vgl. § 25 ASOG; für die Videoüberwachung zur Eigensicherung gemäß § 19a ASOG s. im 3.Teil A. II. Exkurs.

<sup>8</sup> Vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 2

<sup>9</sup> Vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 7 und dortige Beispiele für Grenzfälle.

4 BlnDSG), dürfte es dann infolge fehlender Personenbeziehung aber in jedem Fall an einem relevanten Grundrechtseingriff fehlen. Folglich liegt die **Bedeutung** des Eingangssatzes wohl darin zu erkennen, dass die in Abs. 3 besonders geregelte Befragung als eine Ermittlung mit dem Ziel der Erhebung personenbezogener Daten im Sinne von Abs.1 zu begreifen ist, also auch mit dem Vorliegen entsprechender Voraussetzungen im unmittelbaren Zusammenhang steht (zusätzlich zu den Voraussetzungen von Abs. 3).

## **II. Personenbezogene Ermittlungen, § 18 Abs. 1 Satz 2**

### **Sachverhalt (1): „Auffälliges Verhalten“**

*Die beiden Polizeibeamten P. und B. sind unterwegs, z.B. auf Streifenfahrt, als Zivilstreife oder auf dem Weg zu einem Tatort. Auf den Straßen herrscht reger Verkehr, wie üblich zu diesem Zeitpunkt. Die Fahrt führt sie in eine weniger bevölkerte Nebenstraße. Dort fällt ihnen sofort eine Person auf, die sich offensichtlich „anders“ oder merkwürdig verhält. Die Beamten verlangsamen ihre Fahrt, weil*

- a) *die betreffende Person sehr eigenwillig gekleidet ist, nichts will so richtig zueinander passen, weder funktionell noch farblich; außerdem geht die Person `mal schneller, `mal langsamer und zwischendurch hüpfte sie auch auf einem Bein.*
- b) *die betreffende Person von einem geparkten Auto zum nächsten geht, um jedes Mal in das Innere des Fahrzeugs zu blicken; manchmal prüft sie auch an einer Tür, ob das Fahrzeug tatsächlich abgeschlossen ist. Bei näherem Zusehen stellen die Beamten ferner fest, dass die Person möglicherweise noch ein Kind ist.*

**Wie ist das Verhalten der Polizeibeamten in der jeweiligen Variante rechtlich zu beurteilen?**

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Der Sachverhalt zeigt mehrere „normale“ Beobachtungssituationen auf, anlässlich der Streifenfahrt (oder des Weges zum Tatort), dann die Erfassung einer sich merkwürdig verhaltenden Person bzw. eines möglichen Fahrzeugdiebes. Hier stellt sich die Frage, inwieweit die allgemeine Wahrnehmung in der Öffentlichkeit, die bloße und zufällige Kenntnisnahme des Verhaltens von Personen rechtlich zu beurteilen sind. Es besteht kein Anspruch, nicht beobachtet zu werden; ferner ist eine zunehmende öffentliche „Selbstentäußerung“ festzustellen; weiteres Stichwort „aufgedrängte“ Daten. Aber der Staat ist eben nicht „jedermann“.

Erst die Verknüpfung der Beobachtung mit den konkreten<sup>10</sup> Aufgaben der Polizei bewirkt den Eingriff, vielfach auch als „zielgerichtete“ **Beobachtung** bezeichnet (Fokussierung). Davon abzugrenzen ist die Information aus allgemein zugänglichen Quellen.

### **Anwendung auf den Fall:**

In der **Streifenfahrt** liegt sicher noch kein Eingriff, auch wenn „zielgerichtet“ und in Ausübung der dienstlichen Befugnisse gefahren wird; die bloße Teilnahme am – regen – Straßenverkehr gehört zwar mit zur Aufgabe der Gefahrenabwehr, aber eben nur allgemein, nicht in einem Einzelfall, der sich erst bei der konkreten Verknüpfung mit einem entsprechenden Anhaltspunkt, einem „Vorfall“ ergibt.

Ist das merkwürdige Auftreten der Person in der **Variante (a)** ein solcher Vorfall? Hier wird unzweifelhaft die Beobachtung auf eine bestimmte Person fokussiert, aber auch hier bleibt sie allgemein, die Aufgabenverknüpfung fehlt (noch) – es sei denn, Schönheit oder Merkwürdigkeit des Aussehens werden als Indiz für die Gefährlichkeit einer Person gewertet.

<sup>10</sup> konkret heißt „im Einzelfall“, s. den Wortlaut von § 17 Abs. 1 ASOG.



Das wird grundsätzlich auch nicht bei Pennern oder Punks zutreffen. Anders liegt der Fall nur dann, wenn zusätzliche „gefährliche“ Anhaltspunkte einen Anlass für das Beobachten geben. Im Betrachten der merkwürdigen Person ist kein Eingriff zu sehen.

Diese zielgerichtete Verknüpfung könnte in der **Variante (b)** gegeben sein. Das Verhalten des (wahrscheinlichen) Kindes legt eine Gefährdung für die jeweiligen Fahrzeuge nahe,<sup>11</sup> zumindest ist es Anlass, die Aufgabe der Gefahrenabwehr wahrzunehmen. Kinder sind Grundrechtsträger, mithin liegt in dem zielgerichteten Beobachten des Kindes, bezogen auf sein konkretes Verhalten als möglicherweise gefährlich, ein Eingriff in dessen RiS.

## 2. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG

Jede polizeiliche Standard-Handlung gehört zum **allgemeinen Aufgabenbereich** nach Abs. 1,<sup>12</sup> wenn der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung („Gefahrenabwehr“) bezweckt wird und die speziellen Ausnahmeregelungen der Absätze 3 bis 5 nicht gegeben sind. Im vorliegenden Fall (Variante b) handelt es sich weder um die Abwehr von besonderer Kriminalität (als Schwerpunkt für die ausschließliche Aufgabe der Polizei nach Abs. 3) noch geht es um einen Schutz privater Rechte nach Abs. 4<sup>13</sup> oder gar um Vollzugshilfe nach Abs. 5.<sup>14</sup>

## 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Entsprechend dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, Art.20 Abs.3 GG, ist für Eingriffe eine gesetzliche oder auf gesetzlicher Grundlage erlassene Ermächtigungsnorm erforderlich. Darüber hinaus fordert der Eingriff in das RiS eine **spezielle**, unmittelbar auf die hier personenbezogene Datenerhebung gerichtete Ermächtigungsgrundlage (BVerfGE 65 S.1). In Betracht kommt § 18 Abs.1 S.2 ASOG für den oben festgestellten Eingriff des Beobachtens des Kindes. Da es sich hier nicht um eine längerfristige Beobachtung handelt und auch keine technischen Mittel eingesetzt werden, kommen die spezielleren Grundlagen des § 25 ASOG nicht zum Zuge. Andere spezielle Ermächtigungen sind nicht erkennbar.

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Die Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen ist ein hochrangiges rechtsstaatliches Erfordernis.<sup>15</sup> Die handelnden Polizeibeamten müssen sachlich zuständig sein.<sup>16</sup> Das hängt zunächst von der Regelung in der gewählten **Ermächtigungsgrundlage** ab; nach dem Wortlaut von § 18 Abs. 1 S.1 („Ordnungsbehörden und die Polizei“) ist regelmäßig gemäß § 4 Abs. 1 ASOG der sog. **Eilfall** zu prüfen.<sup>17</sup> Da hier die Ordnungsbehörden keine Möglichkeit zum Eingreifen haben, sind die Polizeibeamten für den Eingriff der beobachtenden Ermittlung auch zuständig.

### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

Weitere Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit ist die Einhaltung der einschlägigen Verfahrensvorschriften, die allgemein (VwVfG) oder besonders ausgestaltet sein können.<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> Da im Zweifel von einem Kind als „Täter“ auszugehen ist, entfällt in jedem Fall eine Strafverfolgung; insoweit ist auch irrelevant, ob überhaupt schon ein ausreichender Tatverdacht nach dem Sachverhalt gegeben ist. Wenn es sich nicht um ein Kind handeln sollte, stellt sich die weitere Frage, inwieweit dann hier ein doppelfunktionales Vorgehen angebracht ist (Schwerpunkttheorie); vgl. Haurand/Vahle NVwZ 2003, 513; Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Anm. 65.

<sup>12</sup> Abs. 2 wird zusätzlich herangezogen, wenn sich Ermächtigungen aus dem Besonderen POR ergeben; s. v.Stoephasius, S. 40

<sup>13</sup> Das könnte erst anzunehmen sein, wenn ein gerichtliches Vorgehen tatsächlich angestrebt wird.

<sup>14</sup> S. dazu §§ 52 ff ASOG

<sup>15</sup> Lisken/Denninger-Denninger, E 46

<sup>16</sup> Die örtliche Zuständigkeit ist in Berlin immer gegeben, § 6 ASOG.

<sup>17</sup> Es sei denn, die ausdrückliche Ausnahme für die Aufgabe nach § 1 Abs. 3 ASOG ist gegeben; s. v.Stoephasius, S. 61 f.

<sup>18</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 6 Rn.17

### a) allgemeine Verfahrensvorschriften

Es stellt sich die Frage, inwieweit die allgemeinen Verfahrensvorschriften des VwVfG hier überhaupt anzuwenden sind, weil es sich bei der Beobachtung um ein „rein“ faktisches Verhalten handeln könnte.<sup>19</sup>

#### Tathandlung als Verwaltungsakt:

Die Vorschriften des VwVfG gelten für das Verfahren beim Erlass von **Verwaltungsakten** (VA). Es ist also zunächst zu klären, ob Tathandlungen auch VA im Sinne von § 35 Abs. 1 VwVfG sind, d.h. insbesondere, ob mit einer solchen Handlung der erforderliche Regelungscharakter zu bejahen ist. Natürlich gibt es Handlungen, die auf keine direkte rechtliche Wirkung abzielen, damit aber auch keinen grundrechtlich relevanten Eingriff darstellen können – für dieses **schlichte Verwaltungshandeln** wird dann auch keine ErmG benötigt.

Im Gegensatz zum „befehlenden“ VA an den Betroffenen wird beim rechtlich relevanten Realakt der Erfolg durch eigenes Tätigwerden der Polizei auf der Grundlage einer **Ausführungsermächtigung** herbeigeführt und ohne dass der Betroffene herangezogen wird.

Ist die tatsächliche Handlung jedoch mit einer Rechtsfolge für den Betroffenen verbunden, dann ist darin auch ein VA zu sehen.<sup>20</sup> Nicht zuletzt kommt das auch in der Möglichkeit des Erlasses eines VA durch „schlüssiges“, also Verhalten „in anderer Weise“ gemäß § 37 Abs. 2 VwVfG zum Ausdruck. Nach strenger Auslegung würden nur das Verlangen der Aushändigung bestimmter mitgeführter Ausweispapiere gemäß § 21 Abs. 3 S. 2, die Vorladung nach § 20, sowie Platzverweis, § 29, Aufenthaltsverbot, § 29 Abs. 2, Betretungsverbot, § 29a ASOG eine derartige Befehlsermächtigung aufweisen.<sup>21</sup>

Tatsächlich sind **Generalklausel und Standardmaßnahmen des ASOG** regelmäßig neben der Ausführungsermächtigung auch auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge beim Betroffenen gerichtet und damit **VAe**:<sup>22</sup> Sicherstellung (Verwahrungsverhältnis), Gewahrsam (Freiheitsentziehung), Durchsuchung von Personen und Sachen (Mitwirkung), Fotografieren von Personen (Einschränkung der Handlungsfreiheit), Begleiteingriffe zur IdF (Mitwirkung; der Haupteingriff, die eigentliche Kenntniserhebung bleibt allerdings ein Realakt), Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs (Rechtsfolge: Beschränkung der Freiheit); ausgesprochene Tathandlungen wie das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung können andererseits durch entsprechende „Begleittexte“ und Hinweise ebenfalls zum VA werden.<sup>23</sup>

Ferner gibt es „**faktische**“ Grundrechtseingriffe, die **keine Außenwirkungen** zeigen und als rechtliche Regelungen gar nicht erkennbar sind; diese Maßnahmen werden schlicht **ausgeübt** (ohne Anwendung des VwVfG) und bedürfen auch keiner Durchsetzung, z.B. die verdeckte Beobachtung, insbes. jede nicht offene Maßnahme zur Daten- und Informationsverarbeitung.

Die Qualifizierung von Tathandlungen als VA oder Realakt hat heute für den **Rechtsschutz** des Bürgers und seine Klage- und Überprüfungsmöglichkeiten keine Bedeutung mehr.

#### Anwendung des VwVfG:

Wenn eine (rechtserhebliche) **Tathandlung als VA** anzusehen ist, müssen alle allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen zwingend vorliegen.

<sup>19</sup> Die Bezeichnung als „Realakt“ führt inzwischen zu dem Missbrauch, die Anwendung der Verfahrensvorschriften in jedem Fall, quasi automatisch abzulehnen.

<sup>20</sup> Vgl. BVerwGE 26 S.161 für den polizeilichen Stockeinsatz

<sup>21</sup> s. K. Beckmann, Klassifizierung von Eingriffsnormen als Verwaltungsakt und Realakt, NVwZ 2011 S. 842

<sup>22</sup> s. auch die Rechtspr. zum Schlagstockeinsatz (BVerwGE 26, 161/164), Einsatz von Tränengas (VGH München BayVBl. 1988, 563), Wegnahme eines Fotoapparates (VG Frankfurt KritJ 1985,78), Fotografieren eines Demonstranten (VG Bremen NVwZ 1989, 895), Ingewahrsamnahme von Personen (VG Frankfurt NVwZ 1994, 721), Personenfeststellung (VGH Mannheim NVwZ 2011, 231).

<sup>23</sup> Vgl. Rachor in Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, Anm. F Rn. 44 f.

- Jeder VA ist zu seiner Wirksamkeit dem Betroffenen **bekannt zu geben**, § 43 in Verb.mit § 41 VwVfG; letztlich durch schlüssiges Verhalten gemäß § 37 Abs. 2 VwVfG oder durch entsprechende Hinweise, z.B. bei der tatsächlichen Ingewahrsamnahme oder der Sicherstellung von Sachen usw.<sup>24</sup>
- Es gibt andererseits Tathandlungen, die schon **ihrer Natur nach** nicht bekannt gegeben werden können, so **alle verdeckt durchgeführten Maßnahmen** und insbesondere solche zur Datenverarbeitung oder Datennutzung, sie bleiben Realakte ohne die strenge Verfahrensgebundenheit eines VA. Das ändert aber nichts an der darüber hinaus geltenden Beachtung der gesetzlich zwingenden Durchführungsvorschriften für die Maßnahme (z.B. § 18 Abs. 2 S. 2 ASOG)

Praktisch kann die Lösung darin gesehen werden, jede Eingriffsmaßnahme der Polizei als VA sowie daraufhin zu **prüfen, inwieweit es sinnvoll ist**, Verfahrensvorschriften des VwVfG anzuwenden. Zur Sicherung des Rechtsschutzes wird bei verdeckten Maßnahmen zumindest die nachträgliche Bekanntgabe und Unterrichtung verlangt .

Im vorliegenden Fall ist also für die verdeckte Beobachtung festzustellen, dass darin kein VA sondern ein Realakt zu sehen ist, für den die Prüfung der Vorschriften des VwVfG mithin entfallen kann.

#### **b) besondere Verfahrensvorschriften**

Nach § 18 Abs. 2 Satz 1 ASOG muss die Beobachtung allerdings **grundsätzlich offen** erfolgen, was nur anhand der tatsächlichen Umstände beurteilt werden kann. Hier wird offensichtlich verdeckt beobachtet, was dann nach Satz 2 begründet werden muss. Auf die Einhaltung weitergehender Hinweispflichten auf Grund der Datenschutzvorschriften kann hier nur hingewiesen werden.<sup>25</sup>

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

Zur Feststellung der aus der ErmG des § 18 Abs. 1 S.2 ASOG folgenden Handlungsbefugnis müssen die folgenden **Tatbestandsmerkmale** gegeben sein, das heißt mit dem Sachverhalt begründet werden:

- Erhebung personenbezogener Daten
- „in diesem Zusammenhang“
- zur Abwehr einer „Gefahr“
- oder zur Erfüllung anderer POR-Aufgaben,
- Erforderlichkeit.

#### **a) Erhebung personenbezogener Daten**

Was personenbezogene Daten sind, ergibt sich aus § 4 Abs. 1 BlnDSchG: „ *Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener).*“ Zu den **persönlichen** Verhältnissen gehören alle klassischen Merkmale zur Identifizierung, aber auch Eigenarten und Werturteile; zu den **sachlichen** Verhältnissen zählen alle „dinglichen“ Eigenschaften und Sachverhalte (z.B. Immobilien, Fahrzeuge), die dem Betroffenen zugeordnet werden können.<sup>26</sup>

**Hier** führt das Verhalten des Kindes zur Feststellung entsprechender, personenbezogener Daten einer bestimmten Person.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> vgl. auch den „fiktiven“ VA, der kraft besonderer Rechtsvorschriften bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als erlassen gelten kann, Kopp, §35 Anm2 mit weiteren Nachweisen

<sup>25</sup> vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 397 aE.

<sup>26</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 20; Gola/Schomerus, § 3 Anm. 2 ff

<sup>27</sup> zur Bestimmbarkeit einer Person s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 21

**b) „in diesem Zusammenhang“**

Darin liegt die Verbindung von Satz 2 mit Satz 1 und bedeutet, dass auch die Ermittlung nach Satz 2 „zur Klärung des Sachverhalts in einer bestimmten polizeilichen Angelegenheit“ erfolgen muss.<sup>28</sup> Diese Angelegenheit ist hier das Beschaffen von Informationen in einer für gefährlich gehaltenen Situation und liegt damit im Aufgabenfeld des § 1 ASOG (hiernach ist ein Ermitteln „ins Blaue hinein“ nicht erlaubt, vorausgesetzt wird der **konkrete** Vorfall und Lebenssachverhalt).<sup>29</sup>

**c) zur „Abwehr einer Gefahr“**

Voraussetzung ist das Vorliegen einer Gefahr im Sinne des **Begriffs** aus § 17 Abs. 1 ASOG:<sup>30</sup> Zu prüfen ist die in diesem Einzelfall hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.<sup>31</sup>

Betroffen vom Verhalten des auffälligen Kindes ist hier möglicherweise das Eigentum der jeweiligen Fahrzeugbesitzer (als **individuellem** Schutzgut) und zwangsläufig damit verbunden die mögliche Beeinträchtigung der das Eigentum schützenden Strafrechtsnormen (Schutzgut **Rechtsordnung**).<sup>32</sup>

Wie hinreichend wahrscheinlich ist aber der Eintritt des Schadens (der Gefahr)? Das hängt allein von den gegebenen Tatumständen ab, deren Einschätzung durch die Polizeibeamten objektiv nachvollzogen werden muss. Wie stellt sich der Vorfall, die Lage, einem „objektiven“ **Beobachter** dar? Wenn in dieser Hinsicht berechtigte Zweifel bestehen können, hilft nur der Rückgriff auf das rechtliche Institut des „Gefahrenverdacht“, welches dann eine weitere Aufklärung ermöglicht aber keine weitergehenden Maßnahmen zulässt.<sup>33</sup> Da diese „Aufklärung“ nahezu identisch ist mit der Informationsbeschaffung, welche § 18 Abs. 1 S.2 bezweckt (nämlich Aufklärung der Gefahrenlage als Grundlage für Entscheidungen) erscheint es mit der h.M. gerechtfertigt, für einen derartigen „Gefahrenerforschungseingriff“ dieselbe Rechtsgrundlage zuzulassen<sup>34</sup> – allerdings streng gebunden an den „reinen“ Aufklärungszweck, die **Klärung der Gefahrenlage** darf nicht mit der **Abwehr** der (ja noch bezweifelten) Gefahr einhergehen.<sup>35</sup>

Würden also **im vorliegenden Fall** - berechtigte - Zweifel am Bestehen einer Gefahr geltend gemacht, dürfte das Kind nur weiter beobachtet werden, um größere Gewissheit für das Vorliegen der notwendigen Gefahr zu erlangen. Jede weitergehende Maßnahme wäre im Rahmen der Gefahrenerforschung nicht mehr gedeckt, auch nicht eine Feststellung der Identität des Kindes, da mit ihr gleichzeitig die Abwehr der (immer noch zweifelhaften) Gefahr bezweckt würde (Beseitigung der Anonymität). Zur Möglichkeit der Befragung s. unten.

**d) zur Erfüllung anderer Aufgaben**

Diese Voraussetzung ist nur zu prüfen, wenn es nicht um c) geht, sondern die „Erfüllung der durch andere Vorschriften übertragenen Aufgaben“ in Frage steht. Soweit die speziellen Vorschriften des Besonderen POR die vorhandenen Befugnisse nicht abschließend regeln,<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Besondere Bedeutung hat der Wortlaut für Satz 3; vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 1.Teil I C 1

<sup>29</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 269

<sup>30</sup> s. den Wortlaut; vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 2.Teil II A 2 a

<sup>31</sup> s. v.Stoephasius, S.77 ff.

<sup>32</sup> Die Strafbarkeit des Verhaltens spielt dabei keine Rolle, jede rechtswidrige Verletzung der Rechtsordnung reicht aus.

<sup>33</sup> S. v.Stoephasius, S. 82; Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Anm. 47

<sup>34</sup> vgl.Arzt, Die Polizei 2003 S.100/103; VG Frankfurt NVwZ 1998, 770

<sup>35</sup> Wenn in Verb.mit dem Gefahrenerforschungseingriff doch einschneidendere Maßnahmen zugelassen und nur am GdV gemessen werden, wird übersehen, dass bei betroffenen höherwertigen Rechtsgütern schon die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts eher also auch bei Zweifeln bejaht werden kann; s.

Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 10; Lisken/Denninger-Denninger, E 38.

<sup>36</sup> S. z.B. das Vewrsammlungsgesetz

können die Ermächtigungen des ASOG gemäß § 17 Abs. 2 ASOG auch zur Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen herangezogen werden.<sup>37</sup>

#### e) **Erforderlichkeit**

Die Ermittlung muss schließlich erforderlich sein. Damit wird ein Kriterium der **Verhältnismäßigkeit**<sup>38</sup> als eigenes Merkmal zum Tatbestand gezogen; was dazu führt, dass schon die Handlungsbefugnis fehlt, wenn die Erforderlichkeit als ausdrückliche Voraussetzung des Tatbestandes nicht bejaht werden kann.<sup>39</sup>

Eine Maßnahme ist nur dann erforderlich, wenn sie den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten (von allen sonstigen möglichen und geeigneten Mitteln, § 11 Abs. 1 ASOG) belastet: **Somit ist nicht das effektivste Mittel, sondern das schonendste Mittel anzuwenden!**

Dabei kann nicht darauf abgestellt werden, ob und inwieweit der Betroffene den Eingriff überhaupt mitbekommt oder tatsächlich erleidet; das BVerfG hat festgestellt, dass jeder Eingriff in das RiS von besonderer Bedeutung ist und schwer wiegt, die „Heimlichkeit“ ändert daran nichts. Im vorliegenden Fall gibt es aber kein weniger einschneidendes Mittel zur Aufklärung der Gefahrenlage als eben die Beobachtung der fraglichen Person.

**Teilergebnis:** Die Handlungsbefugnis für den beobachtenden Eingriff ist gegeben.

### 7. **Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### a) **Ermessensentscheidung**

Im Recht der Gefahrenabwehr ist die Entscheidung, ob die Ermächtigung, die Befugnis zum Handeln auch tatsächlich umgesetzt wird, regelmäßig mit einem Ermessensspielraum verbunden. Das bedeutet: **Der Eingriff kann, er muss nicht erfolgen!**<sup>40</sup> An dieser Stelle ist nur zu prüfen, ob die Gefahrenlage ein entsprechendes Einschreiten nicht nur erlaubt, sondern sogar gebietet; gefragt wird nach einer möglichen **Reduzierung** des Ermessens. Diese Feststellung hängt insbesondere davon ab, welche Rechtsgüter geschützt werden sollen: Je bedeutsamer ein bedrohtes Rechtsgut ist, desto eher müssen zu seinem Schutz Abwehrmaßnahmen getroffen werden.<sup>41</sup> Hier kommt eine Gefährdung des Eigentums der Autofahrer durch das Kind in Betracht.<sup>42</sup> Der **Eigentumsschutz** hat regelmäßig nicht die besondere Bedeutung (wie sie sonst den Schutzgütern Leben, Freiheit, Gesundheit zukommt); die Polizei wird also nicht verpflichtet, sofort und ohne weiteres Abwarten einzugreifen.<sup>43</sup>

**Das heißt hier:** Die Polizeibeamten konnten durchaus eingreifen, sie mussten aber nicht, das hier gegebene Ermessensurteil wurde nicht reduziert.<sup>44</sup> Offensichtlich hielten sie es für zweckmäßig, hier durch Beobachtung die Gefahrenlage weiter aufzuklären.

#### b) **Adressat**

Die Ermächtigungsgrundlage, § 18 Abs.1 S.2 ASOG enthält eine eigentümliche Regelung zum Adressaten, indem zunächst die allgemeinen Vorschriften, §§ 13, 14 und 16 ASOG, dann aber auch „**andere**“ **Personen** ausdrücklich genannt werden. Das kann mehrere Gründe haben. Zunächst kann es sich regelmäßig nur um „andere“ Personen handeln, wenn die Gefahr wie hier erst ermittelt werden soll;<sup>45</sup> Damit kann aber auch eine Reihenfolge zur Verhältnismäßigkeit einer Inanspruchnahme von Adressaten vorgeschrieben worden sein, wie

<sup>37</sup> S. bei Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 2.Teil II A 3 a

<sup>38</sup> s. unten zur Rechtsfolge: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

<sup>39</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 11 Anm. 2

<sup>40</sup> s. v.Stoephasius, S. 86; Haurand/Vahle NVwZ 2003 S.513; OVG Berlin NJW 1981, 1478.

<sup>41</sup> Daneben kann noch die Schadenshöhe eine Rolle spielen, s. v.Stoephasius aaO.

<sup>42</sup> Würde es sich nicht um ein Kind handeln, käme eine Bedrohung der entsprechenden Eigentumsvorschriften des StGB, also der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung hinzu.

<sup>43</sup> S. auch zum eingeschränkten Schutz privater Rechte gemäß § 1 Abs. 4 ASOG.

<sup>44</sup> Mit anderen Worten: Es wäre rechtmäßig gewesen, wenn die Polizeibeamten z.B. weggefahren werden, weil ihnen die Verfolgung anderer Aufgaben zweckmäßiger erschienen wäre; es besteht dann kein Anspruch auf das Einschreiten, sondern nur auf Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens, § 12 ASOG.

<sup>45</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 19

sie auch zur Befragung in § 18 Abs. 4 enthalten ist. Hier kommt das Kind als einziger Verursacher in Betracht, also gemäß § 13 Abs. 1 ASOG.

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Dieser Grundsatz ist ein verfassungsrechtlich anerkannter Bestandteil jeder Prüfung einer Maßnahme; der Eingriff muss geeignet, erforderlich und angemessen erfolgen, § 11 Abs. 1 bis 3 ASOG.<sup>46</sup>

Zur Erforderlichkeit s. schon oben zu den Tatbestandsmerkmalen.

**Geeignet** ist eine Maßnahme, wenn sie zur Erreichung des Abwehrzwecks zumindest teilweise tauglich ist (BVerfGE 90 S.145), wobei es nicht darum geht, ob es noch besser geeignete Mittel gibt.<sup>47</sup> Hier ist die Beobachtung des Kindes geeignet zur weiteren Aufklärung der Gefahrenlage.

**Angemessen** ist dieser Eingriff, wenn er nicht außer Verhältnis steht zu dem angestrebten Erfolg. Hierbei sind die Schwere des Eingriffs (hier in das RiS) und der Schutzzweck der Maßnahme (hier die Abwehr der möglichen Eigentumsstörung) gegeneinander **abzuwägen**.

**Hier** besteht nach den Umständen des vorliegenden Falles kein Missverhältnis, der Eingriff in das RiS geschieht ohne jede Registrierung oder Aufzeichnung der Daten; andererseits gehört Eigentum auch zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit und damit zur Aufgabe der Polizei (§ 1 Abs. 1 ASOG).

#### **d) Ermessensausübung**

Wenn zuvor (zu a) schon zum Ermessensentscheidungsmerkmale Stellung genommen wurde, so geht es nun um die Frage, ob bei der Ausübung des Ermessens **Fehler** gemacht wurden (§ 40 VwVfG; § 114 VwGO) z.B. hinsichtlich der Interpretation und Anwendung der Tatbestandsmerkmale oder in der Durchführung der Rechtsfolge bei der Auswahl des Adressaten, des Mittels oder der Verhältnismäßigkeit.<sup>48</sup> **Hier** lässt der Sachverhalt zur Ausübung des Ermessens nichts erkennen, zu offensichtlichen Fehlern aber ebenso wenig. Weder kann eine Überschreitung noch ein Fehlgebrauch des Ermessens festgestellt werden.

#### **Ergebnis:**

Lediglich in der Beobachtung des Kindes liegt ein Eingriff, der einer Rechtsgrundlage bedarf. Die Beobachtung ist aber auch dann rechtmäßig, wenn in ihr „nur“ ein Gefahrerforschungseingriff gesehen wird, da insoweit alle entsprechenden Voraussetzungen von § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG gegeben sind.

### **III. Spezielle personenbezogene Datenerhebung, § 18 Abs. 1 Satz 3**

Im Verhältnis zur grundsätzlichen Regelung in § 18 Abs. 1 S.2 ASOG enthält Satz 3 verschiedene spezielle Regelungen für eine personenbezogene Datenerhebung. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass **ausschließlich die Polizei** zur Handlung ermächtigt wird. Wegen ihrer Spezialität sind diese Ermächtigungen dann vorrangig zu prüfen; das heißt praktisch, dass zunächst eine Anwendung von Satz 3 auszuschließen ist, bevor die grundsätzliche Regelung von Satz 2 herangezogen werden kann.<sup>49</sup>

Satz 3 enthält vier unterschiedliche **Tatbestandsregelungen**:

- zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erheblicher Bedeutung,
- zur vorbeugenden Bekämpfung von sonstigen Straftaten, die „organisiert“ begangen werden und mit einer Höchststrafe von mehr als 3 Jahren bedroht sind,

<sup>46</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 11 Anm. 1 ff

<sup>47</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 11 Anm. 3

<sup>48</sup> Da ein Verstoß gegen den GdV zugleich einen Ermessensfehler darstellt, ist diese Prüfung also auch erst am Schluss vorzunehmen.

<sup>49</sup> Wie auch im Verhältnis der speziellen ASOG-Standardmaßnahmen zur Generalklausel des § 17 Abs. 1 ASOG!

- zum Schutz privater Rechte (§ 1 Abs. 4 ASOG),
- zur Leistung von Vollzugshilfe (§ 1 Abs. 5, § 52 ASOG).

Die Spezialität der Alternativen liegt darin begründet, dass sie eine Datenerhebung unter bestimmten Umständen auch dann zulassen, wenn die sonst geforderte konkrete Gefahr (noch) nicht vorliegt. Hier sollen nur die beiden ersten Alternativen interessieren, wegen ihrer besonderen Bedeutung (s. schon zu § 1 Abs. 3 ASOG).<sup>50</sup>

### **Sachverhalt (2): „Erhöhte Streifentätigkeit“**

*In Veränderung des Sachverhaltes (1) „Auffälliges Verhalten“ sind jetzt die beiden Polizeibeamten P. und B. nicht zufällig am „Tatort“. Seit einiger Zeit schon kam es in diesem Bezirk vermehrt zu Pkw-Aufbrüchen und Diebstählen; die Polizei hat auch Anhaltspunkte für eine banden- bzw. zumindest serienmäßige Begehung der Straftaten. Das hat sie zur erhöhten Streifentätigkeit, insbesondere zum gezielten Einsatz von Zivilstreifen veranlasst; die beiden Polizeibeamten gehören einer dieser Zivilstreifen an. Während des Einsatzes beobachten sie einen nicht bewachten Parkplatz und bemerken wie eine Person von einem Auto zum nächsten geht, interessiert in das Wageninnere schaut und auch gelegentlich überprüft, ob das Fahrzeug verschlossen ist.*

**Wie ist diese Maßnahme polizeirechtlich zu beurteilen?**

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Die Beobachtung des Parkplatzes ist solange kein Eingriff, wie eine Person davon nicht betroffen ist. Mit dem Auftauchen der betreffenden Person liegt aber eine **zielgerichtete** Verknüpfung der beobachtenden Wahrnehmung mit den dienstlichen Aufgaben der Polizei als Grundrechtseingriff vor (s. Sachverhalt (1) „Auffälliges Verhalten“).<sup>51</sup>

#### **2. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG**

Wenn das Verhalten der betreffenden Person, jetzt als X. bezeichnet, bereits einen Anfangs-, Tatverdacht hinsichtlich einer Straftat ergibt (§ 152 Abs. 2 StPO), so tritt hier neben die strafprozessuale Aufklärung der Tat die polizeiliche Verpflichtung auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit (**Doppelfunktion des Polizeibeamten**), in diesem Fall also die Aufgabe, die entsprechenden Schutzgüter der Opfer vor Schäden zu bewahren. Nach dem Sachverhalt soll die polizeiliche Maßnahme aber nur „polizeirechtlich“, d.h. nach dem Recht der Gefahrenabwehr beurteilt werden. Das Legalitätsprinzip wird dadurch keineswegs verdrängt; wie nahe Strafverfolgung und Gefahrenabwehr beieinander liegen, folgt aus der Aufgabenzuweisung gemäß **§ 1 Abs. 3 ASOG** „zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“. Zu unterscheiden ist zwischen der Verhütung von Straftaten und der Vorsorge zur Verfolgung von Straftaten. Letztere ist sicher eine (neue) Aufgabenkategorie, die neben der klassischen Gefahrenabwehr (und der Strafverfolgung) eigenständig besteht und deshalb auch umstritten ist.<sup>52</sup> Im vorliegenden Fall bedeutsam ist die besondere Aufgabe der Polizei gemäß § 1 Abs. 3 ASOG, „im Rahmen der Gefahrenabwehr Straftaten zu verhüten“ – als Ausnahmeregelung zu Abs. 1. Natürlich gehört es schon ganz allgemein zur Aufgabe der Gefahrenabwehr, Verstöße gegen die Rechtsordnung (als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit), mithin zumindest rechtswidrige Straftaten zu verhindern – gemäß § 1 Abs. 1 ASOG eine regelmäßige Aufgabe von Polizei und Ordnungsbehörden. Die ausschließliche Aufgabe für die Polizei gemäß Abs. 3 lässt sich deshalb nur rechtfertigen, wenn **besondere** Tatumstände vorliegen:

<sup>50</sup> S. ansonsten v.Stoephasius, S. 41 ff.

<sup>51</sup> vgl. Keller, S.20

<sup>52</sup> vgl. v.Stoephasius, S. 41 ff; Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Anm. 55.

- entweder eine derartige Verunsicherung der Bevölkerung durch Anhäufung von bestimmten Straftaten, so dass deren weitere Unterbindung nur noch von der Polizei und deren Einsatzmöglichkeiten geleistet werden kann (Stichwort: **Kriminalitäts-Brennpunkte**),
- oder wenn es darum geht, eine **besonders schwerwiegende** und insoweit die Bevölkerung verunsichernde Tat zu verhindern (z.B. Mord, Vergewaltigung), bei der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr erst recht zusammen gehen müssen und auch insoweit als Aufgabe nur von der Polizei wahrgenommen werden kann.

In Prüfungs-Sachverhalten kündigen sich solche Kriminalitätspunkte regelmäßig durch Hinweise auf eine Reihe von Straftaten an oder durch vermehrte Beschwerden, wodurch sich die Polizei zum **Schwerpunkteinsatz**, zur gezielt gesteigerten Kontrolle veranlasst sieht. Im vorliegenden Fall liegt die Besonderheit ebenfalls in der besonderen Verunsicherung der Bevölkerung auf Grund der vermehrt festgestellten Pkw-Aufbrüche und Diebstähle; ein weiterer Anhaltspunkt ist die Reaktion der Polizei in Gestalt der erhöhten und gezielten Streifentätigkeit.<sup>53</sup> Die Aufgabenzuweisung ergibt sich hier somit aus § 1 Abs. 3 ASOG.<sup>54</sup>

#### **Anmerkung:**

Hingegen entfällt hier eine Anwendung von § 1 Abs. 4 ASOG (Schutz privater Rechte); erstens liegt in dieser Aufgabenstellung eine Einschränkung polizeilicher Tätigkeit (nur bestimmte Handlungen sind zur Ermöglichung eines gerichtlichen Verfahrens zugelassen), zweitens müsste klar sein, dass dieser Weg zum Gericht auch von einer bestimmten Person besritten werden soll; hierzu enthält der Sachverhalt nicht den geringsten Hinweis.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Ein ganz spezielles Gesetz zur Verhütung bestimmter Straftaten gibt es nicht. Das ASOG bietet in § 18 Abs. 1 Satz 3 zwei Alternativen zur „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“:

- Nr. 1 zur Verhinderung **erheblicher** Straftaten,
- Nr. 2 zur Bekämpfung **bestimmter anderer** Straftaten.

Da die Anwendung einer der beiden Vorschriften nicht von vornherein ausscheidet, muss die Entscheidung bei der Erörterung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen getroffen werden, welche Alternative letztlich heranzuziehen ist (zumal die formellen Voraussetzungen für beide Alternativen gleich zu behandeln sind).

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Die sachliche Zuständigkeit ist in der ErmG des § 18 Abs. 1 S.3 ASOG ausdrücklich und nur der Polizei zugestanden; es handelt sich um eine **spezielle** Regelung der Zuständigkeit, die jeder anderen vorgeht.<sup>55</sup>

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

##### **a) Allgemeine Vorschriften**

---

<sup>53</sup> Allein der „Wille“ der Polizei zu einer solchen Tätigkeit ist allerdings nicht ausreichend; hinzutreten müssen die tatsächlichen Anhaltspunkte für die besondere Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls der Bevölkerung, um diese Ausnahmeregelung auszulösen.

<sup>54</sup> In Betracht käme auch die Verhütung einer besonders verwerflichen Straftat, wenn in dem Verhalten des X. eine solche Erheblichkeit gesehen werden könnte, was auf Kfz-Aufbrüche und den entsprechenden Diebstahl sicher noch nicht zutrifft.

<sup>55</sup> Sie ist nur konsequent, indem sie der ausschließlichen Aufgabenstellung in § 1 Abs.3 entspricht.



Hier kann auf die Ausführungen zum o.a. Sachverhalt (1) verwiesen werden. Für die Anwendung von § 18 Abs. 1 S.3 ASOG ergeben sich keine Abweichungen.

#### **b) besondere Verfahrensvorschriften**

Die beiden Polizeibeamten werden hier als Zivilstreife tätig, d.h. sie sind als Polizei nicht erkennbar. Sie beobachten deshalb nicht offen sondern **verdeckt**; nach objektiven Maßstäben kann der Betroffene keine Kenntnis von der polizeilichen Tätigkeit erlangen.<sup>56</sup> Dieses Vorgehen muss nach § 18 Abs. 2 Satz 2 ASOG besonders begründet werden.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

§ 18 Abs. 1 S.3 Nr. 1 ASOG ist eine speziellere Regelung gegenüber Ziffer 2, sie ist also vorrangig zu prüfen. Zur Feststellung der daraus folgenden Handlungsbefugnis muss sich das Vorliegen der folgenden **Tatbestandsmerkmale** aus dem Sachverhalt ergeben:

- Erhebung personenbezogener Daten,
- zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten,
- Erheblichkeit der Straftaten,
- Erforderlichkeit.

##### **a) Erhebung personenbezogener Daten**

Insoweit kann ebenfalls auf die Ausführungen zu Sachverhalt (1) Bezug genommen werden.

##### **b) zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten**

Dieses Merkmal ist identisch mit dem Wortlaut der besonderen Aufgabenzuweisung in § 1 Abs. 3, so dass auf die oben zu 2. gemachten Ausführungen verwiesen werden kann; **hier** ist nach dem Sachverhalt der erforderliche **Kriminalitäts-Brennpunkt** gegeben.

##### **c) Erheblichkeit der Straftat**

Dieser Begriff ist gemäß § 17 Abs. 3 ASOG auszulegen, d.h. die zu verhütende Straftat muss eine bestimmte Schwere darstellen, d.h. nach Nr. 1 entweder ein Verbrechen oder im Strafkatalog von § 100 a StPO enthalten sein. Das kann grundsätzlich für die im Sachverhalt benannten Straftaten des Pkw-Aufbruchs bzw. Diebstahls, §§ 243 StGB, **nicht** angenommen werden.

Nach § 17 Abs. 3 Nr.3 ASOG sind aber ausdrücklich die Straftaten der §§ 243 und 244 Abs. 1 Nr.1 und 3 StGB dann als erheblich einzustufen, wenn sie „**organisiert**“ begangen werden.<sup>57</sup> In Betracht kommt hier zunächst der besonders schwere Fall des Diebstahls gemäß § 243 Abs. 1 Nr.1 StGB, wenn in einen umschlossenen Raum eingebrochen wird bzw. werden soll; Pkw gehören zu der fraglichen Kategorie;<sup>58</sup> zum Aufbrechen zählt wiederum das gewaltsame Öffnen.<sup>59</sup> Der Sachverhalt müsste Anhaltspunkte dafür enthalten, dass derartige Straftaten vorbeugend bekämpft werden sollen (dabei kommt es nicht darauf an, ob der X mit seinem persönlichen Verhalten die Kriterien erfüllt). **Hier** sind bereits Straftaten begangen worden, die als schwerer Diebstahl im Sinne von § 243 Abs.1 Nr.1 StGB qualifiziert werden können; gleichzeitig wird ausdrücklich im Sachverhalt betont, dass diese Taten auch einer banden- bzw. serienmäßigen Begehung zugeordnet werden können.<sup>60</sup>

Die Voraussetzungen für die Annahme erheblicher Straftaten gemäß § 17 Abs.3 ASOG sind demnach gegeben.

##### **d) Erforderlichkeit**

Auch hier muss die Datenerhebung schon **tatbestandsmäßig** „erforderlich“ sein, also den Betroffenen wie die Allgemeinheit voraussichtlich am Geringsten belasten, § 11 Abs.1

<sup>56</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 11 u. 15 ff

<sup>57</sup> damit auch eine spezielle Festlegung gegenüber § 18 Abs. 1 S. 3 Ziff. 2 ASOG

<sup>58</sup> BGHSt 2 S.214

<sup>59</sup> Lackner, § 243 Rn.10

<sup>60</sup> Eine konkrete Gefahr ist für die Anwendung dieser ErmG also nicht notwendig. Die Frage, was passiert, wenn der Sachverhalt keine einschlägigen Hinweise enthält, wird anschließend im „Exkurs“ behandelt.

ASOG. Zur Feststellung der „Gefahrenlage“ ergibt sich kein milderes Mittel als die auf X. bezogene Datenerhebung.

**Ergebnis:** Die Handlungsbefugnis aus § 18 Abs. 1 Satz 3 Ziff.1 ASOG ist gegeben; die Heranziehung der Ziffer 2 erübrigt sich damit.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Ermessensentscheidung

Die Einräumung von Ermessen dient der Optimierung der Gefahrenabwehr und unterliegt keineswegs der Beliebigkeit der handelnden Polizeibeamten; ihre Überlegungen zur **Zweckmäßigkeit** eines Handelns oder einer Untätigkeit müssen objektiv nachzuvollziehen sein. Die Betonung liegt demgemäß mehr auf der Feststellung, ob die Umstände des Falles so gelagert sind, dass sie in jedem Fall handeln müssen, ihr Ermessen also reduziert ist. Auch wenn die Polizeibeamten hier einer besonderen Aufgabenstellung aus § 1 Abs. 3 ASOG nachkommen, so erfordert der zugrundeliegende Schutz von Eigentum und Rechtsordnung keineswegs die zwingende Verpflichtung, nun in jedem Fall handeln zu müssen. Es genügt also die Feststellung, dass sie tätig werden konnten.<sup>61</sup>

### b) Adressat

§ 18 Abs. 1 S.3 ASOG enthält für die „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“ keine ausdrückliche Adressatenregelung, diese ist vielmehr **in § 16 Abs. 3 ASOG speziell** gegeben. Hiernach kann sich die Maßnahme der Datenerhebung nur gegen eine Person richten, für die Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie die vermutete Straftat begehen wird. Das von X. gezeigte Verhalten entspricht eigentlich nicht der erforderlichen „organisierten“ oder entsprechend professionellen Begehungsweise, noch nicht einmal hinsichtlich des Aufbrechens eines Fahrzeugs; offensichtlich wartet er auf die günstige Gelegenheit eines nicht abgeschlossenen Fahrzeuges, das gerade nicht aufgebrochen werden muss. Somit fehlt es an Anhaltspunkten für die Begehung eines so schweren Deliktes durch X.<sup>62</sup>

Auch wenn diese Regelung für Täter nur „grundsätzlich“ gelten soll, so muss es sich doch bei der Anwendung **auf „andere“ Personen**, die nicht derartige Straftäter sind, um solche handeln, die eine entsprechende **Beziehung** zu den maßgeblich zu bekämpfenden Straftaten haben.<sup>63</sup>

Nach dem Sachverhalt lässt sich nicht ausschließen, dass eine Reihe der bisher bekannt gewordenen Straftaten auch auf die von X. beabsichtigte Weise begangen wurde bzw. jetzt hier ein „Bandenmitglied“ möglicherweise nebenbei tätig werden will. Im Verhalten von X. liegt somit eine die Adressateneigenschaft rechtfertigende Tatsache.<sup>64</sup>

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die beobachtende Datenerhebung ist **geeignet**, die Lage zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten aufzuklären. Zur Erforderlichkeit des Eingriffs s. schon zur Tatbestandsmäßigkeit.

Die **Angemessenheit** des Vorgehens, § 11 Abs. 2 ASOG, ergibt sich aus der Feststellung, dass der Eingriff in das RiS von X. nicht besonders gravierend ist und nicht außer Verhältnis steht zum Schutz der öffentlichen Sicherheit vor weiterer Kriminalität.

### d) Ermessensausübung

Ermessensfehler sind in diesem Fall nicht erkennbar.

**Ergebnis:**

---

<sup>61</sup> Mit der pflichtgemäßen Ausübung dieses Ermessens wäre es allerdings nicht vereinbar, wenn sich die Beamten gebunden und zur Tätigkeit verpflichtet fühlten: ein Ermessensfehler durch „Nichtgebrauch“ des Ermessens, vgl. v.Stoephasius, S. 104.

<sup>62</sup> Vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 16 Anm. III C

<sup>63</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Anm. 10 unter Hinweis auf § 25 Abs. 2 Ziff.2 ASOG

<sup>64</sup> Letztlich erscheint es wenig sinnvoll, bei Anwendung der ErmG auf die Voraussetzung der konkreten Gefahr zu verzichten, diese aber bei der Adressateneigenschaft wieder vorzusetzen.

Die Polizeibeamten können zur vorbeugenden Bekämpfung von erheblichen Straftaten gemäß § 18 Abs. 1 S. 3 Ziff.1 ASOG die personenbezogenen Daten von X. durch Beobachtung erheben.

### **Exkurs:**

Was wäre, wenn der Sachverhalt (2) keinen Hinweis auf eine banden- oder serienmäßige Begehung der Einbruchstätigkeit enthielte?<sup>65</sup> Dann ergeben sich in der Bearbeitung folgende Änderungen/Ergänzungen:

#### **Zu 3. – Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

a) Die Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr.1 ASOG entfällt.

#### **b) Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr.2 ASOG**

Dann kommt jetzt § 18 Abs. 1 Satz 3 Nr.2 ASOG in Betracht, mit den folgenden **Tatbestandsmerkmalen:**

- Erhebung personenbezogener Daten,
- zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten,
- organisierte Begehung und Höchststrafe von mehr als 3 Jahren,
- Erforderlichkeit.

Die ersten beiden Merkmale sowie das letzte Merkmal entsprechen den obigen Ausführungen. In Betracht kommt die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten wie dem einfachen Diebstahl als „sonstige Straftat“, da sie mit einer Höchststrafandrohung von 5 Jahren ausgestattet ist, sofern sie auch organisiert begangen wurde. Da der Sachverhalt dazu aber schweigt, wird auch diese Tatbestandsalternative letztlich nicht erfüllt.

#### **a) Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG**

Für die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten, als Aufgabe gemäß § 1 Abs.3 ASOG, kommen nicht nur die speziellen ErmG (wie § 18 Abs. 1 Satz 3) in Betracht, sondern auch jede andere ErmG für Standardmaßnahmen, so § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG gerade bei den Straftaten, die nicht der nach Satz 3 geforderten Erheblichkeit entsprechen, aber gleichwohl in ihrer **Kriminalitäts-Häufigkeit** die Bevölkerung besonders verunsichern. Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ergibt sich auch aus den Ausführungen zur sachlichen Zuständigkeit der Polizei (s. § 4 ASOG).

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **Zu 4.- Zuständigkeit**

Wie zu Sachverhalt (1) gesehen, ergibt sich die Zuständigkeit der Polizei zur Anwendung von § 18 Abs. 1 S. 2 ASOG aus § 4 ASOG, wonach grundsätzlich der Eilfall zu prüfen ist. Das muss jedoch ausdrücklich nicht geschehen, wenn sich die Aufgabenzuweisung aus § 1 Abs. 3 ASOG ergibt. Diese **Ausnahme** liegt hier vor, d.h. auch im Fall der Ermächtigung aus § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG bleibt es dann bei der **ausschließlichen** Zuständigkeit der Polizei - § 4 in Verbindung mit § 1 Abs. 3 ASOG.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **Zu 6. – Tatbestandsmäßigkeit**

Hinsichtlich der oben aufgezählten einzelnen Merkmale:

Im Gegensatz zur Anwendung von § 18 Abs.1 S.3 Nr.1 und 2 ASOG muss jetzt das Vorliegen einer **konkreten Gefahr** im Sinne von § 17 Abs.1 ASOG geprüft werden; d.h. die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit muss im Einzelfall des X. hinreichend wahrscheinlich sein. Jetzt ist zu dieser Feststellung auf sein persönliches Verhalten im Sachverhalt einzugehen. Gefährdet sind Eigentum und Rechtsordnung (wie schon zu Sachverhalt (1); der

---

<sup>65</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob der Bearbeiter solches von vornherein unterstellen möchte: Maßgeblich ist immer der Sachverhalt mit „seiner“ Wirklichkeit!

Schadenseintritt an diesen Schutzgütern erscheint hinreichend wahrscheinlich sowohl auf Grund der bisherigen Ereignisse in diesem Gebiet als auch, wenn dem X. ganz andere Absichten unterstellt werden wie die „bloße“ Nutzung eines Fahrzeugs zu welchem Zweck auch immer.

#### **Zu 7. – Rechtsfolge**

##### **b) Adressat**

Hier stehen § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG und § 16 Abs. 3 ASOG als jeweils spezielle Regelung in Konkurrenz; da **hier** X. aber unzweifelhaft als Verursacher der Gefahrenlage feststeht (§ 13 Abs. 1 ASOG), werden auch die Voraussetzungen von § 16 Abs. 3 ASOG erfüllt.<sup>66</sup>

Die hier nicht weiter behandelten Punkte des Prüfungsschemas folgen den oben gemachten Ausführungen. **Im Ergebnis** lässt sich die beobachtende Ermittlung zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten also auch dann rechtfertigen, wenn der Sachverhalt keine Hinweise für die Anwendung der Spezialvorschrift § 18 Abs.1 S.3 ASOG enthält und die Voraussetzungen für eine konkrete Gefahr vorliegen.

## **IV. Befragung, § 18 Abs. 3 ASOG**

Die Befragung ist eine **besondere Form der Ermittlung**, s. den Wortlaut von § 18 Abs. 1 S. 1 ASOG. Sie unterscheidet sich von der bisher erörterten personenbezogenen Datenerhebung in mehrfacher Hinsicht:<sup>67</sup>

- Nicht nur das bloße Befragen einer Person ist bereits ein Eingriff in deren RiS (Art. 2 Abs. 1 / Art. 1 Abs. 1 GG),<sup>68</sup> für den die speziellen Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 Satz 1 ASOG vorliegen müssen. Zielt die Frage auf eine Erhebung personenbezogener Daten ab, dann sind **zusätzlich** deren rechtliche Voraussetzungen zu prüfen, also § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. 3 ASOG. Dann liegen also immer **zwei Eingriffe** in das RiS vor, was besonders deutlich wird, wenn von der Befragung und der Datenerhebung unterschiedliche Personen betroffen sind; aber auch, wenn es sich um ein und dieselbe Person handelt.<sup>69</sup>
- Die Befragung selbst geschieht **immer offen**, es gibt keine verdeckte Möglichkeit zur Befragung (deshalb bezieht sich § 18 Abs. 2 S.2 ASOG nur auf die Datenerhebung gemäß Abs. 1).<sup>70</sup>
- Bei der Befragung sind andere, **besondere** verfahrensrechtliche Anforderungen zu beachten (§ 18 Abs. 5 und 6 ASOG).
- § 18 Abs. 3 ermächtigt zu weiteren Eingriffen, wie **Anhalten und Personalien-Feststellung** (Satz 2 und 3).<sup>71</sup>

### **Sachverhalt (3): „Die Suchaktion“**

*Der 70jährige V. wird von seiner Familie als vermisst gemeldet; er sei aus „seinem“ Altenpflegeheim abgehauen und bislang nicht zurückgekehrt, wovon die Familie benachrichtigt worden sei. Es wird eine genaue Personenbeschreibung gegeben und weiter mitgeteilt, dass er schon sehr debil sei und man sich deshalb berechnigte Sorge machen müsse. Da das Heim am Rande eines Waldstücks liegt deutet alles darauf hin, dass der V. sich*

<sup>66</sup> Eine Entscheidung zugunsten einer Regelung ist damit nicht notwendig; s. ansonsten bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 19.

<sup>67</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 4 Teil I A 3

<sup>68</sup> und nicht nur ein Eingriff in die Handlungsfreiheit

<sup>69</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 274

<sup>70</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 262

<sup>71</sup> s. dazu den folgenden Abschnitt V. „Begleiteingriffe“

*irgendwo dort befindet und sich verirrt hat. Die Polizei startet eine Suchaktion, indem sie einige Streifenwagen losschickt, die das Waldstück systematisch „durchkämmen“ sollen. Entgegenkommende Spaziergänger werden sogleich befragt, ob sie eine entsprechend beschriebene Person oder sonst etwas Auffälliges gesehen hätten, was regelmäßig verneint wird. Zuvor haben die Polizeibeamten noch versucht, die Angestellten und Bewohner des Heimes – unter genauer Erläuterung des Zwecks - danach zu befragen, wer ihn zuletzt an welchem Ort gesehen hat, wo sich V. gern außerhalb des Hauses aufgehalten hat bzw. wohin er gegangen sein könnte.*

**Wie sind die „Befragungen“ rechtlich zu beurteilen?**

### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

#### **1. Eingriffshandlung**

Ebenso wie bei der (ermittelnden) Beobachtung gibt es bei dem Mittel der Befragung das Problem, den darin liegenden **Eingriff in das Grundrecht** auf informationelle Selbstbestimmung (RiS) festzustellen und gegenüber einem rechtlich nicht relevanten Handeln (sog. **informativische Befragung**) abzugrenzen. Im vorliegenden Fall kommen drei Situationen in Betracht:

- die Vermisstenmeldung mit allen Angaben,
- die Befragung der Spaziergänger,
- die Befragung der Heimbewohner.

#### Die Vermisstenmeldung

Die dazu erforderlichen Angaben werden sicherlich zunächst ganz **freiwillig** gemacht; wohl auch die Präzisierungen, die dann unter Umständen noch von der Polizei verlangt und abgefragt werden. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass es sich nur dann um einen Eingriff handelt, wenn darin die Anhörung einer Person gegen oder ohne ihren Willen zu polizeirechtlichen Zwecken gesehen werden kann.<sup>72</sup> Dagegen wird argumentiert, dass es auf den Willen der Auskunftsperson nicht ankommt; Befragung sei jedes Verhalten, das auf die Erlangung von Informationen durch Auskünfte seitens der befragten Person abzielt; entscheidend sei dann, dass die Polizei eine Äußerung herbeiführen wolle.<sup>73</sup>

Man wird beide Aspekte bei der Eingriffsbestimmung berücksichtigen müssen. So wird eine „**aufgedrängte**“ Information dann **rechtlich relevant** sein, wenn die Auskunftsperson einer darauf gerichteten Befragung nur zuvorkommt, so dass die Polizei schon beim „Zuhören“ die Einhaltung aller Voraussetzungen beachten und sogar die Person unterbrechen muss, z.B. um den Schutz gemäß § 18 Abs. 6 herbeizuführen. Andererseits bedarf es keiner Befugnis, wenn die Auskunftsperson selbst entscheiden kann, ob sie sich der Befragung stellt oder nicht.

Eine Befragung ist demnach ein **Eingriff**, wenn

- die Auskunft nicht freiwillig erfolgt, bzw. gegen den Willen erfolgen soll, oder
- die Auskunft im Hinblick auf eine Auskunftspflicht gegeben wird.

**Im vorliegenden Fall** handelt es sich um eine „passive“ Informationsbeschaffung mit Einverständnis der Betroffenen: Wenn die Angehörigen wieder Abstand nehmen von der Vermisstenmeldung (aus welchen Gründen auch immer), besteht für sie keine weitere Auskunftspflicht; ebenso hat die Polizei kein eigenes Interesse, die Daten zu erlangen, es

---

<sup>72</sup> vgl. Gusy, Rn.191

<sup>73</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 258 unter ausdrücklichem Hinweis auf die „gleichgelagerte Vernehmung“

besteht keine Handlungspflicht der Polizei.<sup>74</sup> Für die Entgegennahme der Anzeige bedarf es keiner Ermächtigung als Eingriffsgrundlage (wohl aber dann für jedes weitere Vorgehen).<sup>75</sup>

### **Befragung der Spaziergänger**

Ermitteln bedeutet die Aufklärung eines Gefahrenzustandes; dazu gehört sicher nicht das „belanglose“ Gespräch, die normale Kommunikation mit dem Bürger (worauf die Polizei natürlich auch angewiesen ist). Anders ist ein solche Unterhaltung dann zu beurteilen, wenn dadurch Hinweise auf ein aktuelles polizeiliches Problem erzielt werden sollen – unter Anwendung/Hinweis auf eine diesbezügliche Auskunftspflicht (s.o.).

Ähnlich ist hier die Einbeziehung der Spaziergänger zu bewerten, als bloße **Vorfrage**, ob jemand überhaupt bedeutsame Hinweise geben kann („informativische Befragung“). Erst dann, wenn einer der Spaziergänger diese Frage bejaht hätte, wäre eine Auskunftspflicht begründet und eine Ermächtigung zur Befragung durch die Polizei erforderlich geworden (s. zu Sachverhalt (3a)). So konnten die Spaziergänger auch weitergehen, und zwar ohne jede Antwort.

### **Befragung der Heimbewohner**

Die Polizei beabsichtigt, sich Informationen von diesen bestimmten Personen geben zu lassen, in dem Bewusstsein, die Auskünfte zur Wahrnehmung der Aufgabe der Gefahrenabwehr zu brauchen; das geschieht auch nicht in einer zwanglosen Unterhaltung sondern gezielt und ohne dass die Befragten dem ausweichen können (**Auskunftspflicht**).

**Anmerkung:** Im Zweifel sollte der fragende Polizeibeamte immer von einem Eingriff ausgehen und hierbei die gesetzlichen Voraussetzungen beachten.<sup>76</sup>

#### **2. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG**

Die Möglichkeit eines strafprozessualen Vorgehens ist zwar nicht vollständig auszuschließen (u.U. wegen Verletzung der Aufsichtspflicht), aber die Befragung dient hier eindeutig nicht der Aufklärung einer Straftat, sondern vor allem der Möglichkeit, zum Schutz des V. tätig zu werden. Da die Ausnahmeregelungen der Abs. 3 bis 5 ganz offensichtlich nicht gegeben sind, bleibt es bei der **allgemeinen** Aufgabenzuweisung zur Gefahrenabwehr gemäß § 1 Abs. 1 ASOG.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Für eine Befragung zum Auffinden vermisster Personen existiert kein derartig spezialisiertes Gesetz, so dass die Standardermächtigung aus § 18 Abs. 3 Satz 1 ASOG heranzuziehen ist;<sup>77</sup> hier allerdings in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG, deren rechtliche Voraussetzungen zusätzlich zu prüfen sind, da die Befragung auf die Erhebung personenbezogener Daten des V. abzielt.<sup>78</sup>

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Die Polizei muss zur Befragung zuständig sein. Die ErmG, § 18 Abs. 3 S. 1 ASOG, ermächtigt nebeneinander Ordnungsbehörden und Polizei, so dass regelmäßig der „Eilfall“ gemäß § 4 ASOG zu prüfen ist. Da hier die Ordnungsbehörden keine Möglichkeit zum Eingreifen haben, sind die Polizeibeamten für diese Befragung auch sachlich zuständig.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

##### **a) Allgemeine Vorschriften**

Die Befragung zählt zu den „befehlenden“ VA, bei denen generell die Anwendung des VwVfG in Betracht kommt. Im Gegensatz zur beobachtenden Ermittlung (s.o. zum

<sup>74</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 2.Teil B 1 (zum Begriff der Datenerhebung)

<sup>75</sup> zu eng deshalb Pieroth/Schlink/Kniesel, S.220, der einen Eingriff schon dann annimmt, wenn die Polizei zur Kenntnisnahme verpflichtet ist, weil die Daten ein polizeiliches Tätigwerden erforderlich machen könnten.

<sup>76</sup> Vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 4.Teil II A 1

<sup>77</sup> zur Anwendung der Generalklausel s. Lisken/Denninger-Rachor, F 277

<sup>78</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, aaO

Sachverhalt (1) kann die Befragung bzw. deren Ausführung durchaus vorher **bekannt gegeben** und auf diesem Wege wirksam werden – entweder durch schlüssiges Verhalten gegenüber den befragten Personen oder wie hier durch entsprechende Ankündigung, § 37 Abs.2 in Verbindung mit §§ 41, 43 VwVfG.

Das gilt ebenso für die **Anhörung** gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG; nach dem Sachverhalt haben die Polizeibeamten diese Vorschrift auch beachtet, indem sie die Heimbewohner vorher auf die anschließende Befragung und ihren Zweck hingewiesen haben.

**Anmerkung:** Wenn ein Sachverhalt solches nicht erkennen lässt, kann ein derartiges Fehlen nur alternativ beurteilt werden: Für den Fall, dass die Vorschrift tatsächlich beachtet wurde, ist alles in Ordnung; wenn nicht, ist die Rechtswidrigkeit der Maßnahme festzustellen. In dem Fall ist dann „hilfsweise“, d.h. zur Fortsetzung der Bearbeitung, von ihrer Rechtmäßigkeit auszugehen.

#### **b) Besondere Verfahrensvorschriften**

Bei Durchführung der Befragung sind besondere Vorschriften zu beachten, § 18 Abs. 5 und 6 ASOG, welche die **praktische** Anwendung der ErmG nicht erleichtert und deren Beachtung in der Praxis sicherlich schwer fällt.<sup>79</sup>

#### **Hinweispflichten (Abs. 5)**

Jede befragte Person ist zunächst über die genaue **Rechtsgrundlage** für die Befragung zu informieren (Ziffer 1); damit wird nicht nur bezweckt, den Eingriff transparent werden zu lassen (noch über die Anhörung hinaus), sondern auch die Wichtigkeit dieses Vorgehens zu verdeutlichen und den psychologischen Druck zur möglichen Beantwortung zu verstärken.<sup>80</sup>

Andererseits ist auf die **Freiwilligkeit** der Auskunft bzw. eine bestehende Auskunftspflicht hinzuweisen (Ziffer 2); letztere besteht gemäß § 18 Abs. 3 Satz 4 ASOG nur, soweit eine gesetzliche Handlungspflicht besteht;<sup>81</sup> zum Datenschutz s. § 6 BlnDSG.

Die **Hinweise** sind „in geeigneter Weise“ zu erteilen, also von den Umständen eines jeden Falles abhängig; ein Verzicht ist möglich, wenn dadurch die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe „erheblich erschwert oder gefährdet würde.“ Als Ausnahme ist von dieser Regelung nur restriktiv Gebrauch zu machen.

**Der vorliegende Sachverhalt** schweigt zu dieser Anforderung, es gibt auch keine Anhaltspunkte für die Annahme einer Ausnahme; so ist alternativ zu entscheiden und für den Fortgang der Prüfung („hilfsweise“) von einer tatsächlichen Erfüllung der Pflicht auszugehen.<sup>82</sup>

#### **Verweigerungsrechte (Abs. 6)**

Hiernach sind die §§ 52 bis 55 und § 136a StPO **entsprechend** (analog) heranzuziehen.<sup>83</sup>

Deren Anwendung birgt einige Schwierigkeiten bzw. Unterschiede zum Strafverfahrensrecht:

- Die Zeugnisverweigerung ist nur **auf die Sache** („sachliche Angaben“) bezogen, nicht aber auf die eigenen Personaldaten, soweit sie gemäß § 18 Abs.3 Satz 3 ASOG anzugeben sind (s. unten).
- **Keine Anwendung** der Verweigerungsrechte auf polizeipflichtige, verantwortliche Adressaten, z.B. gemäß §§ 13, 14 ASOG, der größere Schutz soll nur den Nicht-Verantwortlichen zustehen.

<sup>79</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 4.Teil IV und V

<sup>80</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 32 u.42

<sup>81</sup> s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, aaO

<sup>82</sup> s. v.Stoephasius, S. 30

<sup>83</sup> „entsprechend“, d.h. analog, weil es eben kein Strafverfahren ist und insoweit im Gefahrenabwehrrecht eine Lücke gesehen wird, die durch die Vorschriften sinngemäß auszufüllen ist.

- Der unterschiedliche Zweck der Befragung führt zu gewissen **Verwendungsverboten** hinsichtlich der gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren (umstritten ist aber die sog. „Fernwirkung“).<sup>84</sup>

Das Verbot bestimmter Befragungsmethoden folgt bereits direkt aus dem Grundrecht der **Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG**, und wird konkretisiert durch § 136a StPO und gilt entsprechend für die Befragung zur Gefahrenabwehr.<sup>85</sup>

Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass gegen diese Vorschrift verstoßen wurde; allerdings müssen auch hier die notwendigen Hinweise unterstellt werden, um den Fall „hilfsweise“ weiter zu bearbeiten

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

Die Befugnis zur Befragung wird hier geknüpft an die rechtlichen Voraussetzungen von zwei **miteinander verbundenen** ErmG, deren jeweilige **Tatbestandsmerkmale** erfüllt sein müssen:

§ 18 Abs. 3 Satz 1 (eigentliche Befragung):

- Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen
- für sachdienliche Angaben
- bei der Erledigung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe,
- Erforderlichkeit;

§ 18 Abs. 1 Satz 2 (personenbezogene Datenerhebung):<sup>86</sup>

- personenbezogene Datenerhebung,
- „in diesem Zusammenhang“
- zur Abwehr einer konkreten Gefahr,
- Erforderlichkeit.

#### **a) Voraussetzungen § 18 Abs.3 Satz 1 ASOG**

„**Tatsachen**“ sind objektive, nachweisbare, tatsächlich gegebene Umstände eines Falles;<sup>87</sup> sie müssen den Schluss rechtfertigen, dass die Person Auskunft geben kann. Bloße Vermutungen reichen ebenso wenig aus wie allgemeines polizeiliches Erfahrungswissen.<sup>88</sup> Grundsätzlich fraglich erscheint, ob diese Anforderungen – wie bei einer Gefahrenprognose – geringer sein dürfen, je schwerwiegender das zu schützende Rechtsgut ist.<sup>89</sup>

**Hier** sind die geforderten Tatsachen insofern gegeben, als die Personen, die ihn kurz zuvor noch gesehen haben, berichten können, wo das war, und die mit ihm eher befreundeten Heimbewohner aussagen können, wohin er üblicher Weise zu gehen pflegte. Darin liegen sachdienliche Hinweise, also Informationen, welche die Suche der Polizei konkreter werden lassen kann.

Gefordert ist die Erledigung einer **bestimmten polizeilichen Aufgabe**, wodurch die allgemeine Ausforschung durch Befragen einer Person ausgeschlossen wird.<sup>90</sup> Was eine polizeiliche Aufgabe ist, ergibt sich aus § 1 ASOG, **hier** ist es der Schutz des vermissten V. gemäß § 1 Abs. 1 ASOG.

Für die **Erforderlichkeit** ist festzustellen, dass die Befragung das mildeste Mittel sein muss, um die benötigten Informationen für die Suche nach V. zu erhalten. Da andere Personen dafür

<sup>84</sup> S. Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 43; Liskén/Denninger-Rachor, F 289

<sup>85</sup> vgl. hierzu Haurand/Vahle NVwZ 2003 S.513 (zum Entführungsfall Metzler)

<sup>86</sup> § 18 Abs. 1 Satz 3 ASOG kommt hier nicht in Betracht (wäre aber grundsätzlich zulässig).

<sup>87</sup> also nicht nur „tatsächliche Anhaltspunkte“ als Indizien, die nur zur sachgerechten Wertung führen, vgl. Prüm/Sigrist, Rn.142.

<sup>88</sup> Liskén/Denninger-Rachor, F 177

<sup>89</sup> so Baller/Eiffler/Tschisch, § 18 Anm. 36; Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 4. Teil I B 1 b

<sup>90</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 18 Anm. 4. Teil I B 3



nicht in Frage kommen und weitere Informationsquellen nicht vorhanden sind, ist die Befragung der Heimbewohner auch erforderlich, § 11 Abs. 1 ASOG.

#### **b) Voraussetzungen § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG**

Die Befragung ist darauf gerichtet, bestimmte Lebensverhältnisse des V. abzuklären, es handelt sich also um eine **personenbezogene** Datenerhebung (§ 4 BlnDSG): sie erfolgt auch in der bestimmten polizeilichen Angelegenheit gemäß Satz 1 („in diesem Zusammenhang“).

Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer **Gefahr** im Sinne von § 17 Abs. 1 ASOG sind ferner zu bejahen: Nach dem Sachverhalt ist der V. ein debiler und pflegebedürftiger Mensch und rechtlich als „hilfloser“ Mensch anzusehen, wenn er allein und auf sich gestellt in ungewohnter Umgebung unterwegs ist (vgl. § 30 Abs. 1 Ziffer 1 ASOG). Unter diesen Umständen ist eine Gefährdung seiner Gesundheit und sogar seines Lebens hinreichend wahrscheinlich, wobei wegen der Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter geringere Anforderungen genügen.

Zur Gewährleistung seines Schutzes ist der momentane Aufenthaltsort von V. herauszufinden; insoweit sind die Informationen über seine Lebensgewohnheiten als geringster Eingriff und damit als erforderlich anzusehen.

**Ergebnis:** Die Befugnis der Polizei zur Befragung der Heimbewohner über die Lebensumstände von V. ist somit gegeben.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

In Betracht kommt eine **Reduzierung** des Entscheidungsermessens, da hier Leben und Gesundheit der als hilflos anzusehenden Person bedroht sind; d.h. dass die Polizei, nachdem sie einmal eingeschaltet ist, dann sogar zu der Gefahrenabwehr durch eine aufklärende Befragung verpflichtet ist.

#### **b) Adressat**

Die Ermächtigung zur Befragung enthält eine **eigene Adressatenregelung** in § 18 Abs. 4 ASOG (s. auch Abs. 1 Satz 2). Hiernach ist eine Befragung grundsätzlich zuerst an die „betroffene Person“ zu richten, womit nur der Verantwortliche für die Gefahrenlage gemeint sein kann, denn Dritte sollen nur im Ausnahmefall befragt werden dürfen: u.a. nach Ziffer 1, wenn die betroffene Person „nicht oder nicht rechtzeitig“ erreicht werden kann. Das ist **hier** der Fall, der V. ist nicht auffindbar.<sup>91</sup>

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Zur tatbestandsmäßigen Erforderlichkeit s. dort.

Die Befragung ist nicht nur als sachdienlich zweckgebunden sondern auch, zumindest teilweise, **geeignet**, den jetzigen Aufenthaltsort des V. ausfindig zu machen; die Annahme ist gerechtfertigt, dass sich diese Menschen auch an den Orten aufhalten, die ihnen vertraut erscheinen bzw. gewohnt sind.

**Angemessen** ist die auf eine Datenerhebung gerichtete Befragung sowohl hinsichtlich der Befragten: Der Eingriff in das RiS ist gering, zumal die Auskunft freiwillig erteilt wird. Aber auch im Verhältnis zum bezweckten Schutz des V., zumal die Datenerhebung seinem persönlichen Schutz dient; denn in diesem Fall ist die Rechtsgüterabwägung mit dem Eingriff „innerhalb“ derselben Person vorzunehmen. Die Angemessenheit der Eingriffe folgt aus der Hilflosigkeit des V.

#### **d) Ermessensausübung**

Fehler bei der Ausübung des Ermessens durch die Polizeibeamten lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, es sei denn, die o.a. Verfahrensmängel sind tatsächlich gegeben.

#### **Ergebnis:**

---

<sup>91</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen vor allem gegen die Ausnahmeregelung in Abs.4 Ziffer 3; s. Prüm/Sigrist, Rn.143.

Die Befragung der Heimbewohner ist gemäß § 18 Abs. 3 S.1 in Verbindung mit § 18 Abs.1 S.2 ASOG rechtmäßig, wenn keine Verfahrensmängel festzustellen sind..

## **V. Begleiteingriffe, § 18 Abs. 3 Sätze 2 und 3 ASOG**

Die Befragung kann mit weiteren Eingriffen verbunden werden, für die § 18 Abs. 3 ASOG ebenfalls eine Ermächtigung enthält:

- zum Anhalten für die Dauer der Befragung (Satz 2),
- zur Identifizierung der befragten Person (Personalienfeststellung, Satz 3).

### **Sachverhalt (3 a): Fortsetzung „Suchaktion“**

*Einer der Polizeistreifen, welche das Waldstück durchsuchen, kommt ein Jogger entgegen, der auf die schnelle Frage, ob er etwas Besonderes bemerkt habe, nur zurück ruft: „Ja, dahinten ist eine komische Person zugange!“ Er will seinen Lauf fortsetzen, doch ein Polizeibeamter hindert ihn daran mit den Worten: „Tut mir leid, Sie müssen leider dableiben und den Fall etwas genauer schildern, da Lebensgefahr besteht.“ Nachdem der Jogger entsprechende Angaben gemacht hat, notiert sich der Polizeibeamte noch dessen Namen und Adresse.*

### **Zu Recht?**

#### **Vorbemerkung:**

Wird eine Person für eine Befragung ausdrücklich **angehalten**, weil sie nicht schon am Ort bereit steht oder wieder fort will, so wird in ihre Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, eingegriffen. Diese Person soll nicht nur die Befragung dulden, sondern soll auch zu diesem Zweck stehen bleiben. Weil das Anhalten als Eingriff nicht bei jeder Befragung notwendig wird (also nicht automatisch damit verbunden ist wie etwa bei einer Durchsuchung oder ED-Behandlung), bedarf es einer gesonderten Regelung und einer eigenen ErmG. Andererseits verfolgt das Anhalten keinen eigenständigen Zweck, sondern ist allein auf die Durchführung der Befragung zweckgerichtet, die dadurch erst ermöglicht wird. Es handelt sich um einen Begleiteingriff, dessen Rechtmäßigkeit dann vom Hauptzweck, der Befragung und deren Rechtmäßigkeit, abhängig ist (Mittel-Zweck-Relation):

- Ein **Begleiteingriff** kann nur auf einen rechtlich zulässigen Zweck, den rechtmäßigen Haupteingriff, gerichtet sein, d.h. ist der Haupteingriff rechtswidrig, so ist es auch automatisch der Begleiteingriff.<sup>92</sup>

Diese Abhängigkeit vom Hauptzweck trifft allerdings auch für die **Identifizierung** einer befragten Person zu; mit ihr wird die Befragung zwar nicht erst ermöglicht, diese muss aber rechtlich zulässig sein, um den Eingriff in das RiS durch die Feststellung der Personalien auszulösen. Die Befragung ist also für beide Begleiteingriffe der Haupteingriff, dessen Rechtmäßigkeit zunächst geprüft und bejaht werden muss, bevor der Frage nachgegangen wird, inwieweit die Begleitmaßnahmen die jeweiligen Voraussetzungen erfüllen.

### **Zum Haupteingriff:**

Die **Befragung des Joggers** gemäß § 18 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG ist der Haupteingriff. Für die Bearbeitung dieser Maßnahme soll hier auf die Ausführungen zur Befragung der Heimbewohner Bezug genommen werden (s. zum Sachverhalt (3)), sowohl was die Anwendung von der ErmG für die Befragung als auch die ErmG für die personenbezogene Datenerhebung betrifft.

---

<sup>92</sup> Allerdings nicht umgekehrt: Ist der Haupteingriff rechtmäßig, so kann doch der Begleiteingriff rechtswidrig sein.

### **Zum ersten Begleiteingriff:**

Die Rechtmäßigkeit des **Anhaltens** ist grundsätzlich genauso zu überprüfen wie bei jeder anderen Maßnahme, zumindest aber in ihren Schwerpunkten darzulegen.

#### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

##### **1. Eingriffshandlung**

Die Aufforderung zum Stehenbleiben ist ein **Anhalten** zum Zweck der Befragung. Eingegriffen wird damit in das Grundrecht der Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (als speziellere Regelung zur allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG); der Jogger kann sich nicht mehr dahin begeben, wohin er will, sondern muss stehen und vor Ort bleiben.

##### **2. Aufgabenzuweisung, § 1 ASOG**

Sie ist wegen der Abhängigkeit vom Haupteingriff wie dort zu beurteilen.

##### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt § 18 Abs. 3 Satz 2 ASOG als ErmG, da das Anhalten allein auf den Zweck einer Befragung gerichtet ist.

#### **Formelle Rechtmäßigkeit**

##### **4. Zuständigkeit**

Wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung folgt die Zuständigkeit dem Haupteingriff (s. Wortlaut von § 18 Abs. 3 ASOG).

##### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Das Anhalten ist ein VA, der sowohl angekündigt, aber auch durch schlüssiges Verhalten bekannt gegeben und wirksam werden kann (§ 37 Abs. 2, §§ 41, 43 VwVfG).<sup>93</sup>

Die Anhörung kann allerdings gemäß § 28 Abs. 2 VwVfG entfallen, da sie nach den Umständen des Falles (spontane Reaktion des Polizeibeamten) den VA nicht verhindert hätte und damit nicht geboten erscheint.<sup>94</sup>

#### **Materielle Rechtmäßigkeit**

##### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

Zu prüfen sind folgende Tatbestandsmerkmale:

- Rechtmäßigkeit des Haupteingriffs
- Keine längere Dauer bezweckt.

Die Rechtmäßigkeit der Befragung als Haupteingriff wurde festgestellt; nach dem Sachverhalt sollte das Anhalten auch nur für die Zeit der Befragung gelten.

##### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

- a) Entscheidungsermessen
- b) Adressat

Die Ausführungen zu beiden Punkten folgen dem Haupteingriff.

##### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Das Anhalten ist geeignet, die Befragung zu ermöglichen, und ist auch das mildeste Mittel. Zur Angemessenheit ist der Eingriff in die Bewegungsfreiheit bei dem Jogger mit dem angestrebten Schutz von V. gegeneinander abzuwägen.

##### **d) Ermessensausübung**

Erlass und Durchführung der Maßnahme lassen keine Ermessensfehler erkennen.

---

<sup>93</sup> S. schon oben

<sup>94</sup> Eine Anhörung macht nur Sinn, wenn die eigentliche Maßnahme dadurch abgewendet werden kann; vgl. den Wortlaut von § 28 Abs. 1 VwVfG.

### Zum zweiten Begleiteingriff:

Hier ist die Rechtmäßigkeit der **Personalienfeststellung** zu überprüfen, was **hier** nicht mehr streng im formalen Schema erfolgen soll, sondern verkürzt dargestellt wird, da auch für diese Maßnahme auf voranstehende Ausführungen zum Haupteingriff verwiesen werden kann.

- Mit der Identifizierung wird in das RiS, Art. 2 Abs. 1 / Art. 1 Abs. 1 GG **eingegriffen**.
- Als ErmG ist § 18 Abs. 3 Satz 3 ASOG heranzuziehen, da diese Maßnahme die **Befragung begleiten** bzw. abschließen und nicht eine allgemeine Identitätsfeststellung zur Gefahrenabwehr gemäß § 21 ASOG herbeiführen soll.
- Zur Anwendung von Verfahrensvorschriften: Die Feststellung der Personalien ist ein VA, für den die **Vorschriften des VwVfG** grundsätzlich gelten. Es erscheint allerdings „lebensnah“, auch insoweit von einer schlüssigen Bekanntgabe und Wirksamkeit des VA gemäß §§ 37, 41, 43 VwVfG auszugehen; ebenso kann eine vorherige Anhörung gemäß § 28 Abs. 2 VwVfG als nicht geboten angesehen werden.
- Einzige Tatbestandsvoraussetzungen sind die Rechtmäßigkeit des Haupteingriffs sowie die Begrenzung der Identifizierung auf die in Satz 3 aufgeführten Angaben, denen der Sachverhalt hier entspricht.
- **Zum GdV:** Der Eingriff in das RiS beim Jogger ist abzuwägen mit der Überlegung, die genauen Personalien des Joggers für den Fall zu benötigen, dass weitere Fragen an ihn zum Schutz des V. notwendig werden; die Identifizierung ist deshalb nicht unangemessen.<sup>95</sup>

### Ergebnis:

Beide Begleiteingriffe sind ebenfalls rechtmäßig gemäß § 18 Abs. 3 Sätze 2 und 3 ASOG.

## B. Identitätsfeststellung, § 21 ASOG

### **Begriff der Identitätsfeststellung (IdF):**

Sie ist die **Feststellung der Personalien** einer unbekannt Person; die Klärung, welche Identität die bestimmte Person hat anhand seiner Personalien, aber auch der möglichen individuellen Merkmale,<sup>96</sup> was auch aus § 23 Abs. 1 Ziffer 1 ASOG folgt. Die IdF umfasst alle Angaben, die es ermöglichen, eine Person von anderen zu unterscheiden und damit Verwechslungen auszuschließen.<sup>97</sup>

Regelmäßige Personalien sind die Angaben über Vor-, Familien-, Geburtsnamen, Geburtstag, Geburtsort, Wohnort, Adresse; für generell unzulässig gehalten bei einer präventiv-polizeilichen IdF wird die Frage nach Familienstand, Beruf und Religion,<sup>98</sup> wohl auch zur Staatsangehörigkeit.<sup>99</sup>

Zur IdF im Sinne des § 21 ASOG gehört nicht die Feststellung, ob die identifizierte Person **mit einer gesuchten Person identisch** ist,<sup>100</sup> denn diese Klärung ist bereits ein Vorgang der weiteren Verarbeitung der erhobenen Daten, im Wege des Datenabgleichs und insoweit eine neue, eigene Maßnahme (regelmäßig als Fahndungsmaßnahme gemäß § 28 Abs. 1 ASOG, oder als sog. Halterabfrage gemäß § 44 Abs. 7 ASOG).<sup>101</sup>

<sup>95</sup> vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, § 14 Rn.3

<sup>96</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. I B; Lisken/Denninger-Rachor, F 311

<sup>97</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 316

<sup>98</sup> vgl. OLG Düsseldorf NVwZ 1986 S.247; Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. I C 1; vgl. VGH Mannheim vom 14.12.2010, NVwZ-RR 2011 S.231, LS 2 und 3.

<sup>99</sup> da nur bei Ausländerdelikten, also im Strafverfahren relevant; vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm.4.

<sup>100</sup> so aber Gusy, S. 200; Prümm/Sigrist, Rn.152

<sup>101</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. I A 2

Mit der IdF allein wird noch keine Gefahr abgewehrt, sie ist in erster Linie auch ein **Erforschungseingriff**, mit dem grundsätzlich festgestellt wird, ob und wer als Verursacher und Störer in Betracht kommt, gegen den sich dann weitere Maßnahmen richten können. Für manche Maßnahmen ist die IdF überhaupt die erste Voraussetzung.<sup>102</sup> Sofern mit der Feststellung der Identität eine eher abschreckende Wirkung bezweckt wird, so ist diese Art der Einschüchterung sicher legitim, sie wird aber eher dem Strafverfahrensrecht zuzuordnen sein (Furcht vor Strafverfolgung) oder der Fürsorge.<sup>103</sup>

Mit einer IdF sind regelmäßig **mehrere Eingriffe** verbunden; es ist zu unterscheiden zwischen

- der Regelung der Voraussetzungen für den **eigentlichen Informationseingriff** auf Grund von § 21 Abs. 1 ASOG als „Grundtatbestand“ oder gemäß Abs. 2 für spezielle Tatbestände, und
- der Regelung der **zulässigen Mittel**, um diese Information herbeizuführen gemäß § 21 Abs. 3, § 23 Abs. 1 Ziffer 1 sowie § 21 a ASOG.

Dem entspricht die **Aufteilung** in einen **Haupteingriff** in das RiS, Art. 2 Abs.1 / Art. 1 Abs.1 GG, und allen **Begleiteingriffen**, die diesen erst ermöglichen sollen, z.B.

- Anhalten (betroffenes Grundrecht: Art. 2 Abs.2 S.2 GG),
- Frage nach den Personalien (Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG),
- Verpflichtung, Angaben zur Feststellung der Identität zu machen (Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG),
- Verpflichtung, mitgeführte Papiere auszuhändigen (Art. 2 Abs.1 GG),
- Suche nach den Papieren (Art. 2 Abs. 1 GG) oder
- Festhalten/Mitnahme (Art. 2 Abs.2 S.2 GG) und
- Ed-Behandlung (Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG),
- aber auch jede andere insoweit erforderliche Maßnahme gemäß § 21 Abs. 3 Satz 1 ASOG.<sup>104</sup>
- Neu eingeführt ist § 21 a ASOG für medizinische und molekulargenetische Untersuchungen (zur Identifizierung von verstorbenen oder willen- bzw. hilflosen Personen).

Rechtlich sind diese Begleiteingriffe als Mittel zum Zweck davon abhängig, dass der Haupteingriff rechtmäßig ist, d.h. alle Voraussetzungen für die Identifizierung auch erfüllt.<sup>105</sup>

Wann eine Identität „ausreichend“ festgestellt ist, ist eine Frage des Einzelfalles. Der Nachweis durch die regulären Ausweispapiere ist zwar der Regelfall, es können aber auch andere Mittel herangezogen werden, wenn sich aus ihnen die erforderlichen Daten zuverlässig ergeben, z.B. auch durch eine Gegenüberstellung (ED-Behandlung).<sup>106</sup>

Wesentlich ist der IdF, dass sie **offen und für den Betroffenen erkennbar** durchgeführt wird.<sup>107</sup> Dadurch werden vorangehende heimliche oder verdeckte Maßnahmen keineswegs ausgeschlossen z.B. die heimliche Beobachtung von Umweltsündern oder Tierquälern oder die „Identifizierung“ einer Person durch einen sog. venezianischen Spiegel,<sup>108</sup> nur dass sie nicht auf § 21 ASOG gestützt werden können, sondern eine andere ErmG brauchen.

<sup>102</sup> vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 321 ff; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2011 S. 231, LS 2

<sup>103</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 117 und F 124 speziell für die IdF

<sup>104</sup> s. Prümm/Sigrist, Rn.165, wo die Gegenüberstellung als Beispiel genannt wird.

<sup>105</sup> S. schon zur Identifizierung einer befragten Person als Begleiteingriff zur Befragung.

<sup>106</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. I D 2 und 3

<sup>107</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 314; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 3

<sup>108</sup> s. OLG Schleswig NJW 1980 S.352

Im Folgenden soll zuerst der **Grundtatbestand** der IdF gemäß § 21 Abs. 1 ASOG sowie die darauf gerichteten Begleiteingriffe erörtert und anschließend die **speziellen** Ermächtigungen des § 21 Abs. 2 ASOG dargestellt werden.

## **I. Anwendung von § 21 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 ASOG**

### **Sachverhalt (4): „Farbschmierereien“**

*In der Polizeibehörde wird die Losung ausgegeben, verstärkt auf die Beschädigung von Häusern durch Bemalen mit Farben und Sprühdosen (Farbschmierereien) zu achten, ganz allgemein und ohne dass bestimmte Gegenden besonders benannt wurden.*

*Eines Nachts, gegen 01.15 Uhr fährt ein Streifenwagen langsam durch die X-Straße im Berliner Bezirk Treptow. Die beiden Polizeibeamten nehmen plötzlich zwei jüngere Personen wahr, die einen Farbeimer und offensichtlich bereits benutzte Malerpinsel mit sich führen. Die Beamten entschließen sich, die Personen zu überprüfen. Sie halten die beiden Personen an mit dem Hinweis, sie überprüfen zu wollen. Der Aufforderung aber, sich auszuweisen, können die beiden Personen nicht nachkommen; sie erklären, keine Ausweise und an sonstigen Papieren nur Führerschein und Scheckkarte bei sich zu haben. Diese Unterlagen sind auf die A. und den B. ausgestellt. Als Adresse geben beide verschiedene Anschriften in anderen Berliner Stadtteilen an. Auf die Frage der Polizeibeamten, was sie mit den Malerutensilien vorhätten, gaben sie zur Antwort, mit der Renovierung einer Wohnung in der nahen Y-Straße beschäftigt zu sein, welche sie gemeinsam beziehen wollten. Per Mobilfunk können die Polizeibeamten feststellen, dass die von A. und B. angegebenen Adressen mit ihren Namen übereinstimmen. Die Fahndungsabfrage ergibt auch keine Anhaltspunkte.*

**1. Wie sind die getroffenen Maßnahmen polizeirechtlich zu beurteilen?**

**2. Welche Maßnahmen können jetzt noch von den Polizeibeamten getroffen werden?**

### **Vorbemerkungen:**

In diesem Sachverhalt sind **verschiedene** Eingriffs-Handlungen rechtlich zu beurteilen:

- Die Wahrnehmung der beiden Personen,
- das Anhalten der Personen,
- die Verpflichtung, sich auszuweisen, also Ausweispapiere auszuhändigen,<sup>109</sup>
- die Einsichtnahme in die Papiere,
- die Frage nach der Adresse,
- die Frage nach den Malerutensilien,
- die Überprüfung der Adressen per Mobilfunk,
- die Fahndungsabfrage.

Die grundsätzliche Frage, in welchem **Zusammenhang** alle Maßnahmen stehen, ist zunächst zu klären; die Polizeibeamten wollen das Pärchen „überprüfen“, nachdem sie zuvor die Situation wahrgenommen und erfasst haben, das sind demnach zwei eigenständige Komplexe: Der Entschluss zur Überprüfung folgt der ersten Beobachtung. Zur Überprüfung gehören zunächst Anhalten, Verpflichtung zur Aushändigung von Ausweispapieren, Frage nach der Adresse: alles Begleiteingriffe, welche die eigentliche Information, die Einsichtnahme als Haupteingriff ermöglichen sollen. Andererseits gehören auch die Abfrage per Mobilfunk sowie die Fahndungsabfrage zur „Überprüfung“; diese sind eigenständige Folgemaßnahme, da mit ihr die erhobenen Daten weiterverarbeitet werden. Die Frage nach den Malerutensilien wiederum dient nicht der Identifizierung sondern der Aufklärung der Gefahrensituation, sie ist

---

<sup>109</sup> vertretbar wäre auch, insoweit in der Frage nach den Personalien den Eingriff zu sehen.

somit ebenfalls eigenständig zu beurteilen. Daraus ergibt sich dann die gewünschte Reihenfolge in der Bearbeitung.<sup>110</sup>

## **Erste Maßnahme:**

### **Wahrnehmung der beiden Personen**

Es handelt sich hierbei um eine **beobachtende Ermittlung**, mit der die Situation gezielt zur Gefahrenabwehr erfasst wird; allerdings nur in Wahrnehmung der allgemeinen Aufgabe gemäß § 1 Abs.1 ASOG; auch wenn die Beamten hier besonders auf Farbschmierereien, als möglicher Schwerpunkt ihrer Tätigkeit, achten sollen, so folgt allein aus dem Willen der Polizei noch keine spezielle Zuweisung der Aufgabe aus § 1 Abs. 3 ASOG. Straftaten zu verhindern, ist in jedem Fall auch eine **allgemeine** Aufgabe der Gefahrenabwehr: Schutz der Rechtsordnung als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit.

Für die weitere Bearbeitung kann hier auf die Ausführungen zur Anwendung von § 18 Abs. 1 Satz 2 ASOG verwiesen werden.<sup>111</sup>

## **Zweiter Maßnahmenkomplex:**

### **Identitätsfeststellung (Grundtatbestand)**

Zunächst ist hier der **Haupteingriff**, der eigentliche Informationseingriff: Kenntnisnahme der Daten, zu prüfen, nur wenn die bezweckte Identifizierung rechtmäßig ist, sind die beiden Personen zu Recht angehalten und entsprechend aufgefordert worden.

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt hier in der Feststellung der Identität, in der **Kenntnisnahme** von den persönlichen Daten (welche auch immer) der angehaltenen Personen; betroffen ist also Art. 2 Abs.1/Art.1 Abs.1 GG.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Zur ersten Maßnahme wurde schon darauf hingewiesen, dass hier die **allgemeine** Aufgabe zur Gefahrenabwehr gemäß § 1 Abs.1 ASOG heranzuziehen ist; die Voraussetzungen für eine Anwendung der Ausnahmen (Abs. 3 bis 5) liegen jedenfalls nicht vor. Abgesehen von der POR-Fragestellung im Sachverhalt, gibt es auch keine Anhaltspunkte für eine doppel funktionale Aufgaben-Wahrnehmung.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Eine speziellere Ermächtigung zur Identitätsfeststellung ist hier nicht ersichtlich; in Betracht kommt § 21 Abs.1 ASOG als Grundtatbestand.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Nach dem Wortlaut der gewählten Ermächtigung sind die Polizeibehörden zu dieser Maßnahme nur neben den Ordnungsbehörden, also systematisch gemäß § 4 Abs.1 ASOG nur dann zuständig, wenn diese nicht eingreifen können. Der so geforderte „**Eilfall**“ ist während der Nachtstunden offensichtlich.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

##### **a) allgemeine Vorschriften**

Der Haupteingriff, die eigentliche Kenntnisnahme der Daten, ist ein Realakt (also ohne Verfahrensgewandtheit durch das VwVfG). Es erscheint aber vertretbar, in dem Hinweis auf die bevorstehende „Überprüfung“ auch eine **Bekanntgabe** und Wirksamkeit als VA anzunehmen, §§ 41, 43 VwVfG. Darin ferner eine Anhörung gemäß § 28 Abs.1 VwVfG zu

<sup>110</sup> Auch in einer Klausur ist es hilfreich, derartige Bemerkungen der weiteren Bearbeitung voranzustellen.

<sup>111</sup> s. A.II. zu Sachverhalt (1)

sehen, geht sicher zu weit; zu begründen ist aber dann, dass diese nach den Umständen des Falles nicht geboten ist, § 28 Abs.2 VwVfG.

#### **b) besondere Verfahrensvorschriften**

Hinweispflichten ergeben sich auf Grund von Datenerhebungsvorschriften,<sup>112</sup> die hier nicht geprüft werden können.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zur Feststellung der aus der ErmG des § 21 Abs.1 ASOG folgenden Befugnis zur Identifizierung müssen die folgenden **Tatbestandsmerkmale** (nach dem Sachverhalt) gegeben sein:

- Abwehr einer Gefahr
- oder: zur Erfüllung anderer Aufgaben (§ 1 Abs. 2 ASOG),
- Erforderlichkeit.

##### **a) zur Abwehr einer Gefahr**

Voraussetzung ist das Vorliegen einer Gefahr im Sinne des Begriffs aus § 17 Abs.1 ASOG; zu prüfen ist also die in diesem Einzelfall hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit.<sup>113</sup>

Zu Beginn der Kontrolle besteht die Gefahr in der anzunehmenden **Wahrscheinlichkeit**, dass hier das Pärchen fremdes Eigentum durch Farbschmierereien beschädigen will (und insoweit auch die Rechtsordnung verletzen wird). Ob diese „Annahme“ hinreichend ist, kann nach den Sachverhaltsangaben bejaht werden: Nach dem Sachverhalt sind Farbschmierereien nach wie vor an der Tagesordnung und dazu gehören eben auch Farbe und Pinsel (neben den Sprühdosen).

Die Beurteilung der Maßnahme geschieht hier aber „im Nachhinein“ und ex-post stellt sich heraus, dass die vermutete Gefahr zu keinem Zeitpunkt gegeben war und dass sich die Beamten somit geirrt haben. Für diesen Fall der „**Anscheinsgefahr**“ ist der Irrtum der Polizeibeamten rechtlich zu bewerten. Ein solcher Irrtum wirkt sich im vorliegenden Fall rechtlich nicht aus, da die Entscheidung zur Kontrolle bzw. zur Annahme der Gefahr auch von einem **objektiven Beobachter** so und nicht anders getroffen worden wäre.

Die Voraussetzung der Gefahr zum Zeitpunkt der Entscheidung ist somit zu bejahen.

##### **b) Erfüllung anderer Aufgaben**

Diese Alternative ist nicht mehr zu prüfen, wenn die Gefahr bejaht worden ist.<sup>114</sup>

##### **c) Erforderlichkeit**

Die Identitätsfeststellung muss **tatbestandsmäßig** erforderlich sein, also die beiden Personen (wie die Allgemeinheit) am Geringsten belasten, § 11 Abs. 1 ASOG. Es gibt hier keine geringere Maßnahme, um festzustellen, ob es sich tatsächlich um Störer handelt, gegen die dann weitere Maßnahmen getroffen werden müssen.<sup>115</sup>

#### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

##### **a) Entscheidungsermessen**

Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Entscheidungsspielraum hier eingeschränkt wird; auch die bedrohten Rechtsgüter sind nicht so bedeutsam, dass das Ermessen der Polizeibeamten reduziert wird. Sie **können** einschreiten (müssen aber nicht).

##### **b) Adressat**

Als Verursacher der zunächst vermuteten Gefahr kommen nur die beiden Personen in Betracht, § 13 Abs.1 ASOG; sie sind letztlich als „**Anscheinsstörer**“ zu betrachten.

<sup>112</sup> vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 397 f.

<sup>113</sup> An dieser Stelle könnte eigentlich schon auf die Ausführungen zur „Wahrnehmung“, also zu § 18 Abs.1 Satz 2 verwiesen werden

<sup>114</sup> ansonsten s. zu Sachverhalt (1); vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 8

<sup>115</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 5; Lisken/Denninger-Rachor, F 322; Prümm/Sigrist, Rn.153.



### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Über die bereits festgestellte Erforderlichkeit hinaus muss die Identitätsfeststellung geeignet und angemessen sein. Wegen des Zusammenhanges mit möglichen Folgemaßnahmen ist zumindest eine **Teileignung** der Identitätsfeststellung zu bejahen. Im Verhältnis zum angestrebten Schutz der betroffenen Rechtsgüter (Eigentum, Rechtsordnung) ist der Eingriff in das RiS der beiden Personen, der die übliche Personalienfeststellung beinhalten soll, **nicht unangemessen**, § 11 ASOG.

### **d) Ermessensausübung**

Irgendwelche Ermessensfehler sind nicht erkennbar.

**Ergebnis:** Der Haupteingriff der Identitätsfeststellung (als Informationseingriff, als Einsichtnahme) ist **rechtmäßig**, auch unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsgefahr.

## **Begleiteingriffe zur Identitätsfeststellung**

Nach dem Sachverhalt diene das Anhalten und die Frage nach Papieren und Adresse dem **Zweck, die Identitätsfeststellung zu ermöglichen**. Da diese Begleiteingriffe alle nur dem einen Zweck dienen und regelmäßige Voraussetzung deren Erforderlichkeit ist, lässt sich die Prüfung insoweit zusammenfassen.

## **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

### **1. Eingriffshandlung**

Von den Begleiteingriffen werden **unterschiedliche Grundrechte** betroffen: mit dem Anhalten die Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs.2 Satz 2 GG, mit der Frage nach Aushändigung der Papiere die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs.1 GG, und mit der Frage nach der Wohnadresse als Personalie erneut das RiS, Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG.

### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie folgt dem Haupteingriff, also § 1 Abs.1 ASOG.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Als gemeinsame ErmG für die Begleiteingriffe zur Identitätsfeststellung kommt hier § 21 Abs.3 Satz 2 ASOG in Betracht.

## **Formelle Rechtmäßigkeit**

### **4. Zuständigkeit**

Für die Anwendung dieser ErmG ist die Zuständigkeit gemäß § 4 Abs.1 ASOG („Eilfall“) wie beim Haupteingriff festzustellen, s. den Wortlaut der generellen Ermächtigung in Satz 1 von § 21 Abs.3 ASOG.

### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Das Anhalten ist ein befehlender VA, der hier durch schlüssiges Verhalten, § 37 Abs.2 VwVfG, bekannt gegeben und damit wirksam wurde, §§ 41, 43 VwVfG. Die anderen Begleitmaßnahmen wurden mündlich bekannt gegeben. Eine vorangehende Anhörung erscheint nach den Umständen des Falles als nicht geboten gemäß § 28 Abs.2 ASOG.

## **Materielle Rechtmäßigkeit**

### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Alle in § 21 Abs.3 Satz 2 ASOG genannten Begleiteingriffe haben als **Voraussetzung**:

- Rechtmäßigkeit des bezweckten Haupteingriffs
- Erforderlichkeit (s. Abs.3 Satz 1).

Nach dem Sachverhalte verfolgen alle genannten Begleiteingriffe den Zweck, die Identitätsfeststellung zu ermöglichen; die Rechtmäßigkeit des Haupteingriffs wurde bereits festgestellt.

Beide Personen waren in Bewegung, sie mussten angehalten werden. Um zu wissen, worum es ging, mussten sie nach den Personalien befragt und zur Herausgabe verpflichtet werden. Als feststand, dass sie keine regulären Personalpapiere dabei haben, ist auch die Frage nach der Wohnadresse die geringste Belastung für das Pärchen.

#### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

##### **a) Entscheidungsermessen**

Auch die Begleiteingriffe unterliegen keiner Reduzierung des Ermessenspielraums für die jeweiligen Entscheidungen zu ihrem Erlass.

##### **b) Adressat**

Feststellung folgt dem Haupteingriff.

##### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Zur Erforderlichkeit s. oben. Alle Begleiteingriffe sind **geeignet**, den Haupteingriff, also die Identifizierung, auch tatsächlich herbeizuführen; das diese letztlich nicht so erfolgreich, wie vorgestellt, verläuft, ist nur maßgeblich für die Frage, welche Folgerungen aus diesem Umstand zu ziehen und welche weiteren Maßnahmen dann zu treffen sind. An der Eignung der durchgeführten Begleiteingriffe ändert das nichts.

Alle Grundrechtseingriffe sind auch nicht so einschneidend, als dass sie nicht als **angemessen** im Verhältnis zu den bedrohten Schutzgütern angesehen werden könnten.

##### **d) Ermessensausübung**

Bei der weiteren Ermessensausübung sind ebenfalls keine Fehler aufgetreten.

**Ergebnis:** Die Begleiteingriffe des Anhaltens und der Fragen nach Papieren bzw. Wohnadresse gemäß § 21 Abs.3 S.2 ASOG sind rechtmäßig.

### **Dritter Maßnahmenkomplex:**

#### **Befragung**

Die Frage nach den Malerutensilien dient nicht mehr der Durchführung einer IdF, sondern ist als eigenständige Maßnahme auf die **Aufklärung der Gefahrensituation** gerichtet. Es handelt sich um eine Befragung als Ermittlungshandlung gemäß § 18 Abs.3 ASOG. Da die Frage auch eine personenbezogene Datenerhebung beinhaltet, sind die Voraussetzungen von § 18 Abs.1 Satz 2 ASOG zu prüfen.

Im Einzelnen s. dazu oben Abschnitt IV.<sup>116</sup>

An dieser Stelle soll lediglich noch auf den **GdV** eingegangen werden. Denn die Frage nach den Malerutensilien ist natürlich dann nicht mehr erforderlich, wenn mit der IdF die Lage bereits geklärt wäre. Das ist jedoch nicht der Fall; die beiden Personen können sich zwar einigermaßen ausweisen, wozu auch die mündliche Wohnungsangabe gehört; die Tatsache aber, dass sie in anderen Stadtteilen von Berlin wohnen, macht sie (noch) nicht unverdächtig. Unter den gegebenen Umständen bedeutet dann die Befragung auch den geringsten Eingriff. Im Ergebnis ist also auch die Rechtmäßigkeit der Befragung festzustellen.

### **Vierter Maßnahmenkomplex:**

#### **Überprüfung der Personaldaten**

Es handelt sich um Maßnahmen, die regelmäßig einer personenbezogenen Datenerhebung folgen, als **Abgleich** der gewonnenen Daten mit **polizeilichen oder anderen Dateien**, hier zu zwei unterschiedlichen Bereichen:

- i. ob die Wohnungsangaben von A. und B. stimmen,
- ii. und zu der Frage, ob die betroffenen Personen gesucht werden oder sonst etwas gegen sie vorliegt.<sup>117</sup>

<sup>116</sup> Zur Anwendung von § 18 Abs.1 S.2 kann natürlich auf die Ausführungen verwiesen werden, die bereits in diesem Sachverhalt zur ersten Maßnahme der „Wahrnehmung“ erforderlich wurden.

<sup>117</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. I C 2; Baller/Eiffler/Tschisch, § 28 Anm. 1

## Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

### 1. Eingriffshandlung

Der Datenabgleich beinhaltet die Abfrage, ob bestimmte Daten dort gespeichert sind, und ist eine besondere Form der Datennutzung, womit erneut in das RiS (Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG) eingegriffen wird; vgl. § 4 BlnDSG.

### 2. Aufgabenzuweisung

Der Eingriff gehört zur Gefahrenabwehr; zureichende Anhaltspunkte für eine Strafverfolgung (§ 152 Abs.2 StPO) fehlen nach wie vor. Die Aufgabenzuweisung ergibt sich aus § 1 Abs.1 ASOG; soweit das Meldegesetz zur Anwendung kommt, gilt dann § 1 Abs. 2 ASOG..

### 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommen unterschiedliche ErmG:

- für die **Fahndungsabfrage** § 28 Abs.1 Satz 2 ASOG und
- für die **Wohnungsabfrage** § 28 Abs.2 ASOG in Verbindung mit § 26 Abs.3 MeldeG (in Verbindung mit der DVO-MeldeG).<sup>118</sup>

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Die Fahndungsabfrage ist **ausschließlich** der Polizei vorbehalten (Wortlaut der ErmG).

Für die Meldeabfrage: Nach Anlage 5 zu § 3 DVO-MeldeG wird der Polizeipräsident (§ 5 ASOG) ermächtigt bestimmte Meldedaten abzurufen.<sup>119</sup>

### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

Es dürfte schwierig sein, den Datenverarbeitungsakt insoweit rechtlich einzuordnen, insbesondere wenn er ohne Wissen des Betroffenen vollzogen wird. Im vorliegenden Fall geschieht der Abgleich aber **nicht verdeckt**, so dass es vertretbar erscheint, auch die allgemeinen Verfahrensvorschriften auf den Eingriff Anwendung finden zu lassen.<sup>120</sup> Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, ob der Datenabgleich den Betroffenen bekanntgegeben wurde; zumindest ist kein Grund erkennbar, das seitens der Polizei nicht zu tun. Dann müsste erneut eine alternative Feststellung getroffen werden und nur für den Fall, dass die Bekanntgabe unterstellt wird, die Wirksamkeit und insoweit die Rechtmäßigkeit des Eingriffs bejaht werden, §§ 41, 43 VwVfG.

Zur Notwendigkeit einer vorangehenden **Anhörung** (§ 28 Abs.1 VwVfG) ließe sich allerdings eher annehmen, dass sie nach den Umständen des Einzelfalles als nicht geboten erscheint, § 28 Abs.2 VwVfG.

Besondere Verfahrensvorschriften sind weder gemäß § 28 ASOG noch aus dem MeldeG ersichtlich.

## Materielle Rechtmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Fahndungsabfrage, § 28 Abs.1 Satz 2 ASOG

Folgende **Tatbestandsmerkmale** sind auf Grund der Vorgaben des Sachverhaltes zu prüfen:

- im Rahmen der polizeilichen Aufgabenerfüllung
- rechtmäßig erlangte personenbezogene Daten,
- Abfrage im Fahndungsbestand,
- bei gerechtfertigter Annahme auf sachdienliche Hinweise.

Der Abgleich erfolgt im Rahmen der polizeilichen Gefahrenabwehr, § 1 Abs.1 ASOG; die Daten, die abgeglichen werden sollen, sind das Ergebnis einer **rechtmäßig** durchgeführten

<sup>118</sup> vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 28 Anm. II B

<sup>119</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 28 Anm. 10

<sup>120</sup> s. schon oben zum Sachverhalt (1) und Punkt 5

IdF (s.o.). Nach dem Sachverhalt wird ausdrücklich der Fahndungsbestand abgefragt. Zum Zeitpunkt der Abfrage gehen die Polizeibeamten davon aus, dass es sich bei A. und B. um mögliche Verursacher von Farbschmierereien handelt; die damit zusammenhängenden Straftaten werden auch in der POLIKS-Datei als Fahndungsgrundlage gespeichert. Der Ausgangspunkt könnte durch entsprechende Hinweise aus der Datei verstärkt werden bzw. durch ihr Fehlen relativiert werden; die Annahme von sachdienlichen Hinweisen ist somit gerechtfertigt.<sup>121</sup>

#### **b) Meldeabfrage**

Insoweit erfolgt der Zugriff auf eine Datei des **Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten (LABO)**,<sup>122</sup> in der alle in Berlin wohnhaften Einwohner mit ihren Wohnungen auf der Grundlage des Meldegesetzes erfasst sind. Voraussetzungen des § 26 MeldeG:

- automatisierter Datenabgleich
- bereit gehaltene Daten
- für den Empfänger zur Aufgabenerfüllung erforderlich und
- im Verhältnis zum Betroffenen angemessen.

Der automatisierte Abgleich dient zum reinen **Abruf der Daten** (keine Speicherung);<sup>123</sup> bereit gehalten werden auch nicht alle vollständigen Datensätze des LABO, sondern nur die, die zur Durchführung der polizeilichen Aufgaben gemäß Anlage 5 zu § 3 der DVO-MeldeG bestimmt sind, hier also zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit gemäß Anlage 4. Freigegeben sind u.a. alle Daten, die für eine Identifizierung oder Ladung notwendig sind, wozu auch gegenwärtige oder frühere Meldanschriften gehören.<sup>124</sup> Der Abgleich aus Anlass der konkreten Gefahrenabwehr ist als **geringste Belastung** zu diesem Zeitpunkt erforderlich sowie in der Rechtsgüterabwägung zwischen Schutzgütern und Grundrechtseingriff auch **angemessen**.

**Ergebnis:** Für beide Abfragen ist die Handlungsbefugnis gegeben.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Ermessensentscheidung**

Der Entscheidungs-Spielraum für die Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens ist nicht reduziert (s. schon zu den anderen Maßnahmen).

#### **b) Adressat**

Adressat des datenverarbeitenden Eingriffs ist die Person, deren Daten für den Abgleich erhoben worden sind, hier also A. und B.<sup>125</sup>

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die beiden Merkmale der Erforderlichkeit und Angemessenheit sind bereits zum Tatbestand erörtert worden; die **Eignung** der beiden Abfragemassnahmen ist ebenfalls zu bejahen, da sie mehr Aufschluss über die beteiligten Personen geben können.

#### **d) Ermessensausübung**

Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

**Ergebnis:**

Die beiden Abfragen gemäß § 28 Abs.1 Satz 2 ASOG sowie dem MeldeG sind rechtmäßig.

### **Fünfter Komplex:**

#### **Weitere Maßnahmen**

Der Sachverhalt stellt als 2.Aufgabe, die Möglichkeit weiterer Maßnahmen zu prüfen.

<sup>121</sup> Prümm/Sigrist, Rn.207 ff.

<sup>122</sup> s. Nr. 33 ZustKatOrd/ASOG

<sup>123</sup> vgl.Baller/Eiffler/Tschisch, § 42 Anm. 9

<sup>124</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, aaO; Berg/Knape/Kiworr, § 28 Anm. II B

<sup>125</sup> Prümm/Sigrist, Rn.208

Zu denken wäre hier zunächst an die Vervollständigung der Identifizierung, also dahingehend, ob weitere Begleiteingriffe hier erlassen werden können, z.B. eine **Durchsuchung** der beiden Personen als Suche nach den „richtigen“ Ausweispapieren oder, wenn auch so nichts gefunden wird, sogar die Sistierung bzw. das entsprechende **Festhalten**.

In der Bearbeitung von erst beabsichtigten Maßnahmen ändert sich systematisch und schematisch nichts, Aufbau und Ablauf der Prüfung bleiben unverändert. Schon jetzt lässt sich jedoch feststellen, dass beide Maßnahmen in jedem Fall die weitere Rechtmäßigkeit eines Haupteingriffs voraussetzen würden:

Schon tatbestandsmäßig bestehen **Zweifel**, ob überhaupt noch die zunächst vermutete Gefahr gegeben ist und nicht schon zu diesem Zeitpunkt von einer „Anscheinsgefahr“ auszugehen ist (s.o.). Sicher, bislang sind die Angaben, mit den Malerutensilien eine Wohnung renovieren zu wollen und das auch noch zu dieser Nachtzeit, nicht verifiziert.

Außerdem haben sich A. und B. ausweisen bzw. Angaben machen können, deren Richtigkeit bestätigt wurde. Unter den gegebenen Umständen erscheint eine weitere Identifizierung **nicht mehr verhältnismäßig**, da sie zur Aufklärung der Lage nicht mehr beitragen würde.

Wenn eine weitere Aufklärung der Gefahrenlage noch für notwendig gehalten wird, dann nur dahingehend, ob die Angaben zur neuen Wohnung des Pärchens auch stimmen. Für diese Ermittlung käme dann erneut § 18 Abs.1 Satz 2 ASOG als ErmG in Betracht (Prüfung wie zu Sachverhalt 1). In der praktischen Durchführung käme der Ermessensausübung besondere Bedeutung zu, d.h. der Frage, ob die Beamten eine weitere (rechtlich mögliche) Aufklärung für zweckmäßig halten!

## **II. Spezielle Identitätsfeststellung, § 21 Abs. 2 ASOG**

Als spezielle Ermächtigungen (**ausschließlich**) für die Polizei haben die Tatbestände des § 21 Abs.2 ASOG Vorrang vor einer Anwendung des Grundtatbestandes in Abs.1. Mit diesen Spezialregelungen soll die polizeiliche Identitätsfeststellung regelmäßig erleichtert werden,

- indem **für bestimmte Örtlichkeiten** keine konkrete Gefahr (wie zu Abs.1) gefordert wird, sondern auf Grund bestimmter Umstände schon von einer generellen („abstrakten“)<sup>126</sup>, erhöhten Gefährlichkeit ausgegangen wird, und
- grundsätzlich **alle dort anzutreffenden Personen** identifiziert werden können.

Aus dem Rahmen fällt allerdings § 21 Abs.2 Nr.2 ASOG als ErmG zum **Schutz privater Rechte** (1. Alt.) bzw. zur **Vollzugshilfe** (2.Alt.). In der ersten Alternative besteht eine Gefahr, aber wiederum nur darin, dass jemand seinen gegebenen Anspruch gerichtlich nicht geltend machen kann, weil er den Namen seines Antragsgegners nicht kennt; d.h., diese IdF kann nur unter den begrenzten Voraussetzungen der Ausnahmeregelung von § 1 Abs.4 ASOG durchgeführt werden und muss zusätzlich erforderlich sein.<sup>127</sup>

Ebenso in der zweiten Alternative: Auch hier besteht die Gefahr im Einzelfall darin, dass ein anderer Amtsträger seine Aufgaben nicht erfüllen kann, weil jemand Widerstand leistet, der z.B. nur nach Aktenlage bekannt ist und in diesem Zusammenhang dann von der Polizei identifiziert werden kann.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> was nicht ganz stimmt, weil die erhöhte Gefährlichkeit auf der Grundlage konkreter Einzelfälle beruht und nicht bloß vorgestellt oder nur gedacht ist; vgl. v.Stoephasius, S. 78.

<sup>127</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 14

<sup>128</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 15

### Sachverhalt (5): „Bahnhofskontrolle“

Die Berliner Polizei führt an mehreren Tagen Kontrollen am Berliner Busbahnhof durch, um dort insbesondere den Verkauf von geschmuggelten Zigaretten langfristig zu unterbinden; die Maßnahmen gehören zu dem „Programm“ der vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität an besonders gefährlichen Orten.

Im Rahmen der Kontrollen stößt die Polizei in einer Ecke des weitläufigen Bahnhofs auf den A., der auf seinem voll gepackten Rucksack sitzt und einen erschöpften Eindruck macht. Unter dem Hinweis auf die Durchführung allgemeiner Kontrollen im Bahnhof wird A. aufgefordert, sich auszuweisen. Wortlos reicht er seinen Pass den Polizeibeamten; daraus geht hervor, dass er britischer Staatsangehöriger und wohnhaft in Manchester/UK ist.

**Wie ist die Rechtmäßigkeit der Überprüfung zu beurteilen?**

Nach der **Fragestellung** soll nur die polizeiliche Überprüfung des A. rechtlich untersucht werden. Diese ist offensichtlich auf eine IdF ausgerichtet, die mit entsprechenden Begleiteingriffen, hier mit der Aufforderung, sich auszuweisen, auch durchgeführt wird. Wegen der rechtlichen Abhängigkeit dieses Mittels von der Zulässigkeit der bezweckten Identifizierung, ist zunächst dieser Informationseingriff als Haupteingriff zu prüfen.

### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

#### **1. Eingriffshandlung**

Mit der **Kenntnisnahme** der persönlichen Daten des A. wird in sein RiS, Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG, eingegriffen, auch bei einem Ausländer.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie ergibt sich nur aus dem Gesichtspunkt der **Gefahrenabwehr** (der Sachverhalt enthält nicht den geringsten Hinweis auf eine Straftat). In Betracht kommt § 1 Abs.3 ASOG zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten; der Sachverhalt enthält die geforderten Hinweise darauf, dass der Berliner Busbahnhof ein **Kriminalitätsbrennpunkt** ist, an dem insbesondere der Zigaretenschmuggel als Bestandteil der grenzüberschreitenden Kriminalität gefährlich zugenommen und so die ausschließliche Aufgabe für die Polizei ausgelöst hat.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt der **spezielle** IdF-Tatbestand in § 21 Abs.2 ASOG und zwar

- Nr.1: der sog. **kriminalitätsbelastete** Ort (KBO; früher als „gefährlicher“ Ort bezeichnet).

**Anmerkung:** Für den Fall, dass die Voraussetzungen von § 21 Abs.2 nicht bejaht werden können: Da keine konkrete Gefahr im Fall von A. gegeben ist, kommt eine Anwendung von § 21 Abs.1 von vornherein nicht zur Anwendung.

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### **4. Zuständigkeit**

Nach dem Wortlaut der ErmG § 21 Abs.2 ist **nur die Polizei** befugt, die speziellen Möglichkeiten für eine IdF durchzuführen.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Die Kenntnisnahme der Daten ist ein Realakt, auf den das VwVfG keine Anwendung findet; in dem Hinweis auf die allgemeine Kontrolle durch die Polizeibeamten auch eine Bekanntgabe des Haupteingriffs zu sehen, erscheint nicht lebensnah.

Zur fehlenden Anhörung s. die Ausführungen zum Sachverhalt (4).

### Materielle Rechtmäßigkeit

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Die Ermächtigung zum Handeln kann sich aus § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG ergeben, wenn folgende **Voraussetzungen** bzw. Alternativen erfüllt sind:

- Sich-Aufhalten einer Person
- an einem „kriminalitätsbelasteten“ (gefährlichen) Ort,
- von dem in der Alternative a) **Tatsachen die Annahme rechtfertigen**,
  - (aa) dass dort Personen **erhebliche** Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben,
  - (bb) oder sich dort Personen treffen, die gegen **aufenthaltsrechtliche** Strafvorschriften verstoßen
  - (cc) oder sich **gesuchte** Straftäter verbergen;
- in der Alternative b)  
an dem der **Prostitution** nachgegangen wird.

In Betracht kommt **hier** die Bestimmung des KBO im Sinne der Alternative a) Variante (aa).

#### a) Sich- Aufhalten

Dann müsste sich der A. zunächst an dem fraglichen Ort, dem Berliner Busbahnhof, „aufhalten“. Dieser Begriff ist dahingehend **auszulegen**, dass die fragliche Person eine gewisse Zeit an diesem Ort verbringt, dort verweilt. Da A. den Bahnhof nicht lediglich durchquert, sondern sich, auf seinem Rucksack sitzend, offensichtlich ausruhen will, hat er die entsprechende Verweilabsicht.<sup>129</sup>

#### b) Tatsachen, welche die Annahme rechtfertigen

Es müssen **Tatsachen** vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, dass es sich um einen kriminalitätsbelasteten (gefährlichen) Ort handelt. Zur Qualität der Tatsachen wird stets auf polizeiliche Erkenntnisse und Erfahrungen aus Einsätzen hingewiesen, auf die Auswertung der Kriminalstatistik ebenso wie auf Anzeigen; hiernach handelt es sich um Erkenntnisse, die über einen längeren Zeitraum hinweg gewonnen werden und in **polizeilichen Lagebildern** festgehalten werden.<sup>130</sup>

Missverständlich ist deshalb jeder Hinweis, dass auch der **einzelne Polizeibeamte** im Streifendienst die erforderlichen Feststellungen treffen kann.<sup>131</sup> Beruht eine derartige Feststellung auf ad-hoc-Kenntnissen, also auf vorliegenden Tatsachen, welche die besondere Gefährlichkeit begründen (also dass Personen gerade in dem Moment Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben), dann dürften auch die Merkmale der Gefahr im Einzelfall vorliegen, so dass § 21 Abs.1 ASOG unmittelbar zur Anwendung kommen kann. Hält der Beamte dagegen den Ort nur auf Grund **eigener Lageeinschätzung** für so gefährlich, so liegt darin keine ausreichend rechtfertigende Tatsache, geschweige denn, dass sie (gerichtlich) nachprüfbar wäre; – es sei denn die Gefahr ist auch in dieser Variante konkret gegeben, was erneut zur Anwendung von § 21 Abs.1 ASOG führt. Möglich bleibt noch die Variante, dass der Beamte bereits bekannte und festgehaltene Lageerkenntnisse schließlich vor Ort mit der Feststellung der Gefährlichkeit „vollendet“; in diesem Fall stand die erhöhte Gefährlichkeit des Ortes auch schon vorher fest. Das heißt: Einzelbeobachtungen allein reichen nicht aus, sie können aber als Mosaikstein für das notwendige Lagebild dienen.<sup>132</sup>

Andererseits müssen die Lageerkenntnisse auf einen **bestimmten** Ort bezogen sein; Hinweise auf eine entsprechende Umgebung reichen ebenso wenig wie abstrakte Bezeichnungen oder Eigenschaften z.B. als Bahnhof, Park oder Rotlicht-Bereich.<sup>133</sup>

**Im vorliegenden Fall** ist der Sachverhalt nicht sehr ergiebig; er lässt aber erkennen, dass die besonderen tatsächlichen Anhaltspunkte einer grenzüberschreitenden Kriminalität für den

<sup>129</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. II B 1.b; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 13; OVG Hamburg NVwZ-RR 2003,276.

<sup>130</sup> Prümm/Sigrist, Rn.155; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 9; Lisken/Denninger-Rachor, F 333 und 325 unter Hinweis auf § 104 II StPO.

<sup>131</sup> so aber Baller/Eiffler/Tschisch, aaO; vgl. Der Polizeipräsident vom 24.9.1996 – St 1211-05141

<sup>132</sup> Lisken/Denninger-Rachor, aaO

<sup>133</sup> Gusy, Rn.200; Prümm/Sigrist, Rn.155; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 10; a.A. wohl OVG Berlin NJW 1986 S.3223 „Tom's Bar“.

Berliner Busbahnhof vorliegen, insbesondere was den Zigarettenschmuggel betrifft, und das auch über einen längeren Zeitraum.

### c) Erheblichkeit der Straftaten

Die besondere Gefährlichkeit müsste auf tatsächlichen Erkenntnissen beruhen, dass dort erhebliche Straftaten verabredet, vorbereitet oder verübt werden. Die Frage ist, ob der **Zigarettenschmuggel** als erhebliche Straftat eingestuft werden kann (der sonstige Hinweis im Sachverhalt auf eine grenzüberschreitende Kriminalität ist nicht genau genug). Es soll dabei unterstellt werden, dass damit eine gewerbs- oder bandenmäßige Steuerhinterziehung gemeint ist (§ 373 AO), welche zur erhöhten Kriminalität im Berliner Busbahnhof geführt hat.

Gemäß dem hier einschlägigen § 17 Abs.3 Nr.1 ASOG sind Straftaten u.a. dann erheblich, wenn sie Verbrechen oder Straftaten des Katalogs in § 100a StPO sind.<sup>134</sup> Verstöße gegen Strafvorschriften der **Abgabenordnung** sind nun in § 100a Abs. 2 Nr. 2 ausdrücklich aufgeführt.

### Ergebnis:

Mit den Angaben im Sachverhalt kann die Annahme eines kriminalitätsbelasteten Ortes begründet werden; unter diesen Umständen ist die Handlungsbefugnis des A. also gegeben.

### **Anmerkung:**

Die rechtliche Beurteilung muss als „hilfsweise Prüfung“ fortgesetzt werden, wenn das gegenteilige Ergebnis unterstellt wird, hier also nicht von der Annahme eines gefährlichen Ortes ausgegangen wird. Dieser „Kunstgriff“ erfolgt immer dann, wenn es gilt, weitere Rechtsfehler einer Maßnahme aufzuzeigen.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Ermessensentscheidung

Es sind keine Gründe ersichtlich, die hier eine Reduzierung des Ermessensspielraums begründen könnten; der Polizeibeamte **kann** aber handeln.

### b) Adressat

§ 21 Abs.2 ASOG enthält eine **eigene** Adressatenregelung. Handelt es sich um einen KBO, so kann grundsätzlich jede Person, die sich dort aufhält und angetroffen wird, überprüft werden.<sup>135</sup> Eingeschränkt wird die Möglichkeit insofern, als die betreffende Person dann nicht in Betracht kommt, wenn sie „offensichtlich keine Beziehung“ zu den die Gefährlichkeit begründenden Tätigkeiten hat; zumindest ist das auch eine Frage der Verhältnismäßigkeit.<sup>136</sup>

**Hier** erscheint der A. ganz offensichtlich als ein erschöpfter Tourist, der zwar im Bahnhof verweilt, aber ebenso offensichtlich **nicht** zur Szenerie eines möglichen Zigarettenschmuggels bzw. der damit verbundenen Steuerhinterziehung zu zählen ist – weder als Käufer noch als Verkäufer von Zigaretten. Hiernach scheidet er als Adressat aus.

### **Hilfsweise wird weiter geprüft:**

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Eine IdF ist stets **geeignet**, eine Person wie hier den A. zu identifizieren; eine geringere Maßnahme als die IdF ist auch nicht erkennbar. Nur wenn die Adressateneigenschaft des A (hilfsweise) unterstellt wird, ist der Eingriff **angemessen**; wird er als unbeteiligte Person angesehen, dann nicht; die Abwehr der grenzüberschreitenden Kriminalität am Berliner Busbahnhof erfordert nicht die IdF einer Person, die sich offensichtlich dort als Tourist aufhält. Bei Bedenken käme auch als geringerer Eingriff die Beobachtung in Betracht.

### d) Ermessensausübung

Wegen der fehlerhaften Adressatenbestimmung und des Verstoßes gegen den GdV liegen auch **Fehler** in der Ermessensausübung vor (Überschreitung des Ermessens).<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. II B 1 d

<sup>135</sup> s. KG Berlin NJW 1975 S.887

<sup>136</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm.II B 1e

<sup>137</sup> s. v.Stoephasius, S. 103



### Ergebnis:

Der Haupteingriff der IdF ist somit rechtswidrig, da er an Rechtsfehlern leidet; die Maßnahme ist fehlerhaft hinsichtlich Adressat und GdV.

Da der Haupteingriff schon rechtswidrig ist, wird davon auch der darauf abzielende Begleiteingriff erfasst, hier die ausdrückliche Aufforderung, sich auszuweisen (§ 21 Abs.3 S.2 ASOG).

### Exkurs:

#### **(1) Anwendung der ErmG § 21 Abs. 2 Nr. 3 ASOG**

Der Tatbestand der Nr. 3 unterscheidet sich von Nr. 1 dadurch, dass hier tatsächlich eine „anlassbezogene konkrete Gefährdungslage“ bestehen muss;<sup>138</sup> es ist nur ungewiss, welches der genannten vergleichbaren Objekte gefährdet ist, m.a.W. wo genau die Gefahr eintreten wird. Insoweit müssen Tatsachen die Annahme der Gefährdung dieser Objekte rechtfertigen, z.B. wenn im Internet eine Drohung gegen bestimmte jüdische Einrichtungen geäußert werden.<sup>139</sup> In einem solchen Fall können alle Personen, die sich in **unmittelbarer** Nähe eines derartig gefährdeten Objektes aufhalten, identifiziert werden.<sup>140</sup>

Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs hängt dann von der Gefährdungslage oder von personenbezogenen Anhaltspunkten ab (s. den gesetzlichen Wortlaut).

#### **(2) Anwendung von § 21 Abs. 2 Nr. 4 ASOG**

Die Einrichtung der Kontrollstelle selbst ist eingriffsloses, hoheitliches Handeln und bedarf keiner Ermächtigung; deren tatbestandliche Voraussetzungen werden aber dann relevant, wenn an der Kontrollstelle bestimmte **Maßnahmen** wie die IdF durchgeführt werden.<sup>141</sup> Eine der Voraussetzungen betrifft den Zweck der Kontrollstelle, die Verhütung besonders genannter Straftaten:

- § 129a StGB<sup>142</sup> stellt die Bildung von („terroristischen“) Vereinigungen zu einem verbrecherischen Tun (aufgezählt in Abs. 1 und 2) und die Beteiligung/Unterstützung unter Strafe,

- ferner die dort besonders aufgeführten Straftaten, § 250 Abs.1 Nr.1 oder 2, § 255 StGB; alles Straftaten, die wegen ihrer Schwere oder Gemeingefährlichkeit als besonders erheblich einzustufen sind.

Erforderlich sind auch hier **Tatsachen** für die Annahme, dass solche (konkreten) Straftaten begangen werden sollen.

Verfahrensmäßig ist die Einrichtung der Kontrollstelle nur mit Zustimmung der Senatsinnenverwaltung zulässig; außer bei Gefahr im Verzug, was hier im Verhältnis zur Senatsinnenverwaltung zu bestimmen ist („Eilfall“, s. § 4 Abs. 1 ASOG). Die praktische Bedeutung der Vorschrift wird allerdings stark bezweifelt.<sup>143</sup>

### **III. Sistierung, § 21 Abs.3 Satz 3 ASOG**

#### **ED-Behandlung, § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG**

#### **Sachverhalt (6):“Neuköllner Stadtpark“**

<sup>138</sup> Baller/Eiffler/Tschisch aaO, § 21 Rn. 19

<sup>139</sup> weitere Beispiele bei Baller/Eiffler/Tschisch aaO

<sup>140</sup> Die Bestimmung der „unmittelbaren“ Nähe ist umstritten, s. bei Baller/Eiffler/Tschisch aaO Rn. 20.

<sup>141</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 21

<sup>142</sup> Davon ist § 129 (Bildung krimineller Vereinigungen) zu unterscheiden.

<sup>143</sup> S. Baller/Eiffler/Tschisch aaO Rn. 23 mit weiteren Nachweisen.

*Der Neuköllner Stadtpark ist seit langem als bedeutender Umschlagplatz für Drogen bekannt, wobei festzustellen ist, dass die Szene eine zunehmende Gewaltbereitschaft zeigt. Die Bevölkerung ist entsprechend verunsichert und wagt sich kaum noch in den Park.*

*Bei einem der Kontrollgänge der Polizeistreifen wird der B. angetroffen. Der Polizeibeamte P. verlangt, dessen Ausweis zu sehen. B. nennt seinen Namen und seine Wohnadresse; er sagt aber auch, weder Ausweise noch sonstige Papiere bei sich zu haben. Daraufhin erklärt ihm der Polizeibeamte, dass er ihn eigentlich jetzt nach Papieren durchsuchen müsste, bevor er ihn zur genaueren Identifizierung auf den Abschnitt mitnehmen würde. B. ist damit durchaus einverstanden, dass die Sistierung sofort durchgeführt wird. Dort werden seine persönlichen Angaben überprüft, ohne Ergebnis; deshalb wird er schließlich auch der ED-Behandlung zugeführt.*

**Wie ist die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen zu beurteilen?**

Hier sind erneut mehrere Maßnahmen zu beurteilen:

- das Verlangen der Ausweispapiere,
- die Kenntnisnahme von Namen und Adresse,
- die Mitnahme zum Abschnitt (Sistierung),
- die Überprüfung und
- die ED-Behandlung.

Soweit die genannten Maßnahmen darauf gerichtet sind, die Identität des B. festzustellen, handelt es sich um **Begleiteingriffe** zum eigentlichen Haupteingriff der Kenntnisnahme von den gewünschten Personalien. Zu dieser Information ist es allerdings nur unzureichend gekommen, bzw. B. hat zwar persönliche Angaben gemacht, der Polizeibeamte wollte aber von vornherein Ausweispapiere sehen; dieser Eingriff durch Einsichtnahme in die Papiere hat noch nicht stattgefunden. Die Begleiteingriffe sind von der **Zulässigkeit** der gewünschten Einsichtnahme als Haupteingriff abhängig sind, das heißt, dass auch hier zunächst die Rechtmäßigkeit des vorgesehenen Haupteingriffs geprüft werden muss, bevor die Rechtmäßigkeit der darauf gerichteten Begleit-Maßnahmen beurteilt wird.<sup>144</sup>

Möglich wäre allerdings auch die Annahme, dass diesen Maßnahmen eine gezielte Beobachtung vorangegangen ist; hierzu kann auf die entsprechenden Ausführungen zu § 18 Abs. 1 verwiesen werden.

## **Die Identitätsfeststellung als Haupteingriff:**

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Mit dem Haupteingriff, der Kenntnisnahme der Personalien wird in das RiS des B., Art. 2 Abs.1/Art. 1 Abs.1 GG, eingegriffen.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr; Anhaltspunkte für eine Straftat bzw. ein strafprozessuales Vorgehen gegenüber B. sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. In Betracht kommt hier die Aufgabenwahrnehmung **gemäß § 1 Abs.3 ASOG** (Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten), da für den Neuköllner Stadtpark nach den Sachverhaltsangaben ein **Kriminalitätsbrennpunkt** angenommen werden kann: Es handelt sich um einen bedeutenden Drogenumschlagplatz, um erhöhte Gewaltbereitschaft und eine starke Verunsicherung der Bevölkerung. Hieraus folgt die **besondere Aufgabe** der Polizei, der weiteren Bedrohung durch die Kriminalität entgegenzuwirken.

---

<sup>144</sup> Rein praktisch ist es natürlich auch möglich, zunächst die Begleiteingriffe durchzuprüfen, mit dem Vorbehalt, dass über ihre Rechtmäßigkeit noch keine endgültige Aussage getroffen werden kann, solange die Rechtmäßigkeit des bezweckten Haupteingriffs nicht feststeht.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt § 21 Abs.2 Nr.1a ASOG zur IdF am „kriminalitätsbelasteten“ Ort; andere Spezialbestimmungen sind nicht ersichtlich.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Nach dem Wortlaut der ErmG, § 21 Abs.2 ASOG, ist nur die Polizei befugt, die spezielle IdF gemäß Nr.1 durchzuführen.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Jede Kenntnisnahme der Personalien ist eine Tathandlung, auf die eine Anwendung des VwVfG nicht sinnvoll ist.

Besondere Verfahrensvorschriften sind mit der IdF gemäß § 21 Abs.2 Nr.1a ASOG nicht verbunden.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

Nach § 21 Abs.2 Nr.1 a (aa) müssen für eine IdF am „kriminalitätsbelasteten“ Ort (KBO) folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Person muss sich an diesem Ort aufhalten,
- es müssen Tatsachen die Annahme rechtfertigen,
- dass dort Straftaten verabredet, vorbereitet oder verübt wurden,
- Erheblichkeit der Straftaten.

##### **a) Sich-Aufhalten**

Der B. wird in dem Stadtpark angetroffen; mehr sagt der Sachverhalt nicht. Für die weitere Prüfung muss deshalb angenommen (unterstellt) werden, dass er nicht bloß den Park durchquert, sondern dort auch verweilt (Dafür kann immerhin der Hinweis sprechen, dass sich die „normale“ Bevölkerung eigentlich nicht mehr in den Park wagt).

##### **b) Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen**

Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für einen „kriminalitätsbelasteten“ Ort vorliegen. Der Sachverhalt selbst bezeichnet den Park nicht als so gefährlich registrierten Ort; er spricht nur vom bekannten Drogenumschlagplatz und der Feststellung zunehmender Gewaltbereitschaft. Insoweit kann aber das Vorhandensein entsprechender Tatsachen über begangene Straftaten bei der Polizei bejaht werden (s.u.).<sup>145</sup>

##### **c) Erheblichkeit der Straftaten**

Die genannten Tatsachen müssen sich auf erhebliche Straftaten beziehen, § 17 Abs.3 ASOG; gemäß Nr.1 also auf Verbrechen oder Katalog-Straftaten des § 100a StPO. Einschlägig ist hier § 100a Abs.2 Nr. 7 mit dem Hinweis auf **Straftaten gegen das BtMG**, die von dem Begriff des Drogenumschlagplatzes gedeckt werden.

Auch wenn der Sachverhalt den Neuköllner Stadtpark nicht als „kriminalitätsbelasteten Ort“ bezeichnet, liegen die besonderen **Voraussetzungen für eine derartige Einstufung** zu jedem Zeitpunkt aber vor. Unter diesen Umständen ist hier die Annahme eines so gefährlichen Ortes für die rechtliche Beurteilung der polizeilichen Maßnahmen gerechtfertigt.<sup>146</sup>

**Ergebnis:** Die Voraussetzungen für eine IdF gemäß § 21 Abs.2 Nr.1a (aa) ASOG sind erfüllt.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

<sup>145</sup> Zur Drogenszene als Gefahr vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 467

<sup>146</sup> Die formale Entscheidung ist dann allerdings zu beachten, wenn z.B. die Polizei es abgelehnt hat, einen bestimmten Ort als „gefährlich“ einzustufen (wie bei der Simon-Dach-Straße in Bln-Friedrichshain).

Für eine **Reduzierung** des vorhandenen Ermessensspielraums kann die Bedeutung der durch Drogenhandel und Gewalt bedrohten Rechtsgüter als vertretbar angeführt werden. Die Polizeibeamten sind in diesem Fall verpflichtet, die IdF bei B durchzuführen.

#### **b) Adressat**

Der richtige Adressat einer IdF gemäß § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG ist grundsätzlich **jede Person**, die an dem „kriminalitätsbelasteten Ort“ angetroffen wird – sofern sie nicht offensichtlich als Bezugsperson ausscheidet.<sup>147</sup> Letzteres lässt der Sachverhalt nicht erkennen, B. ist der richtige Adressat.

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die IdF ist **geeignet**, den B. zu identifizieren und insoweit zur Gefahrenabwehr beizutragen.<sup>148</sup> Das lässt sich auch nicht durch eine **geringer belastende** Maßnahme erreichen, § 11 Abs.1 ASOG. Die einfache Kenntnisnahme der Personalien des B. ist nicht ausreichend für die angestrebte Identitätsfeststellung zur vorbeugenden Bekämpfung der Drogenszene.

Die Rechtsgüterabwägung zwischen dem bezweckten Eingriff in das RiS des B. und dem Schutz der durch Drogenhandel und Gewalt bedrohten Rechtsgüter Leben und Gesundheit ergibt ferner, dass dieser Eingriff nicht außer Verhältnis, also **angemessen** ist, § 11 Abs.2 ASOG. Der Schutz der bedrohten Rechtsgüter hat hier Vorrang.

#### **d) Ermessensausübung**

Bei der Kenntnisnahme der Personalien sind Ermessensfehler nicht ersichtlich.

#### **Ergebnis:**

Die IdF des B. ist als Haupteingriff gemäß § 21 Abs.2 Nr.1a (aa) ASOG rechtmäßig.

### **Der Begleiteingriff des Verlangens der Ausweispapiere**

Die Frage nach den Ausweispapieren wurde als Begleiteingriff zur IdF bereits oben durchgeprüft (zu Sachverhalt (4)). Der vorliegende Sachverhalt gibt nur Anlass zu folgender Ergänzung zum Tatbestandsmerkmal der **Erforderlichkeit** (oder zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit):

Ist es hier wirklich die geringste Belastung des B., sofort die Vorlage von Ausweispapieren zu verlangen? Es wurde schon zum Haupteingriff festgestellt, dass die einfache Kenntnisnahme der Personalien des B. für die bezweckte IdF nicht ausreicht. Im Anschluss daran hätte der Polizeibeamte in jedem Fall die Vorlage von Ausweispapieren verlangt, um eine größere Sicherheit über die an einem „KBO“ angetroffene Person zu erhalten und damit seiner Aufgabe zur vorbeugenden Bekämpfung des Drogenhandels gerecht zu werden. Zu diesem Zweck ist aber die von vornherein gestellte Frage nach Ausweispapieren als erforderlich zu beurteilen.

**Im Ergebnis** ist auch die Rechtmäßigkeit dieses Begleiteingriffs zu bejahen.

### **Der Begleiteingriff der Sistierung**

#### **Vorbemerkungen:**

Nach dem Wortlaut von § 21 Abs.3 Satz 3 ASOG kann die Polizei eine Person festhalten und zur Dienststelle bringen (wenn die Identität sonst nicht festgestellt werden kann). Der Begriff „Sistierung“ bezeichnet das **Verbringen zur Dienststelle**;<sup>149</sup> der (nach dem Anhalten weitere) Eingriff in Art.2 Abs.2 Satz 2 GG wird aber ebenso verwirklicht, wenn die Person „nur“ **festgehalten** wird und ohne dass sich eine Mitnahme zur Dienststelle anschließt.<sup>150</sup> Das heißt: Führen Anhalten und die anderen Begleiteingriffe als „zeitlich kurze und überschaubare

<sup>147</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm.II.B.1.e

<sup>148</sup> s. oben zu B.

<sup>149</sup> vgl. Gusy, Rn.205; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 27

<sup>150</sup> Die Maßnahme beginnt bereits mit dem Festhalten, auch wenn sich die Mitnahme anschließt, EGMR NJW 1999 S.775 (Festname und Vorführung gemäß § 163 c Abs.3 StPO).

Maßnahmen“ vor Ort nicht zur ausreichenden Identifizierung, dann bedarf es für jedes weitere Festhalten – z.B. im Polizeifahrzeug oder wo auch immer <sup>151</sup>– sowie erst recht für die Mitnahme der ErmG aus § 21 Abs.3 S. 3 ASOG. Ist im Anhalten wegen der kurzen Zeitdauer eine **Freiheitsbeschränkung** zu sehen, so liegt in jedem Festhalten eine **Entziehung** der Freiheit.<sup>152</sup> Nach der Rechtsprechung von BGH und BVerwG<sup>153</sup> ist das allerdings nicht ganz so eindeutig: Hiernach bestimmt sich der Unterschied zwischen Beschränkung und Entziehung der Bewegungsfreiheit nach der **Intensität des Eingriffs**; wobei neben der zeitlichen Dauer ferner maßgeblich ist, ob der Eingriff in die Bewegungsfreiheit im Vordergrund der Maßnahme steht (wie beim Gewahrsam) oder ob er einem anderen polizeilichen Zweck untergeordnet ist (wie bei der ED-Behandlung, der Durchsuchung von Personen oder Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs). Im letzteren Fall ist nur dann eine Freiheitsentziehung festzustellen, wenn die Maßnahme länger als gewöhnlich dauert (z.B. bei längerer Wartezeit).<sup>154</sup> Das Berliner ASOG legt allerdings mit **§ 31 Abs.1** jedes Festhalten gemäß § 21 Abs.3 S.3 ausdrücklich als Freiheitsentziehung fest; in erster Linie wohl, um den Richtervorbehalt in jedem Fall zu gewährleisten, wenn das Festhalten nicht nur kurzfristig ist (s. § 31 Abs.1 S.2 ASOG).<sup>155</sup>

#### **Anmerkung:**

Dasselbe Problem besteht zur „**zwangsweisen Durchsetzung**“ der Vorladung gemäß § 20 Abs.3 ASOG, auch als „Vorführung“ bezeichnet und als Grundlage für eine Vollstreckung durch unmittelbaren Zwang genommen.<sup>156</sup> Solange jedoch der Berliner Gesetzgeber in § 31 Abs.1 ASOG diese Durchsetzung als ein Festhalten ansieht, wird sie auch als eine Freiheitsentziehung zu behandeln sein,<sup>157</sup> die sicher auch mit Vollstreckungsmaßnahmen nach dem VwVG durchgesetzt werden kann, wenn Widerstand geleistet wird. Die hier vertretene Auffassung, dass die „zwangsweise Durchsetzung“ in § 20 Abs. 3 nicht mit dem unmittelbaren Zwang gleichzusetzen ist, wird gestützt durch die vergleichbare Möglichkeit zur Vorführung in der StPO, § 134.<sup>158</sup>

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Die Mitnahme des B. auf die Polizei-Dienststelle ist ein Eingriff in seine **Bewegungsfreiheit**, Art.2 Abs.2 Satz 2 GG; sein „Einverständnis“ bezieht sich nicht auf diesen Eingriff, sondern nur darauf, die vorangehende Durchsuchung (als Suche nach den Papieren) wegfallen zu lassen.<sup>159</sup>

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie folgt dem Haupteingriff, hier also § 1 Abs.3 ASOG.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

---

<sup>151</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 14 Rn.53; Berg/Knape/Kiworr, § 31 Anm. I.B.1

<sup>152</sup> vgl. Prümm/Sigrist, Rn.166; Berg/Knape/Kiworr, § 21 Anm. III.A.1.a; Gusy, Rn.205;

<sup>153</sup> BGHZ 82 S.261; BverwGE 62 S.317; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 27 und § 31 Anm. 2.

<sup>154</sup> s.bei Lisken/Denninger-Rachor, F 486 f. und das Beispiel von den wenigen Beamten, die eine Vielzahl von Personen kontrollieren sollen.

<sup>155</sup> Vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm. 2; Lisken/Denninger-Rachor, F 487 u.440

<sup>156</sup> Prümm/Sigrist, Rn.148 ff; Baller/Eiffler/Tschisch, § 20 Anm. 11; s ferner im 2.Teil

<sup>157</sup> Prümm/Sigrist, Rn.166, s.aber Rn.148; Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm.2 und § 20 Anm. 12; wer nur in der Anwendung unmittelbaren Zwangs die Vorführung sehen will, übersieht die Rechtsprechung von BGH und BVerwG, wonach darin überhaupt keine Freiheitsentziehung enthalten sein soll.

<sup>158</sup> S. unten 2.Teil A

<sup>159</sup> In der Praxis hätte sicher eine Durchsuchung stattgefunden, wenn auch nicht als Suche nach Papieren, so doch schon zur Eigensicherung; s. § 34 Abs.2 Nr.1 oder speziell für den „gefährlichen Ort“ § 34 Abs.2 Nr.2 ASOG. Diese Aspekte sollen hier aber nicht untersucht werden.

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist hier Begleiteingriff zur IdF, somit kommt § 21 Abs.3 Satz 3 ASOG in Betracht.

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### 4. Zuständigkeit

Gemäß der ErmG obliegt die Sistierung allein der Polizei.

#### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

##### a) allgemeine Vorschriften

Nach dem Sachverhalt wird dem B. die Mitnahme zum Abschnitt **mündlich** bekanntgegeben und damit wirksam, §§ 41, 43 VwVfG. In diesem Fall führt die vorherige Ankündigung der Mitnahme sogar zum „Einverständnis“ bei B., so dass in diesem Vorgehen des Polizeibeamten sogar eine **Anhörung** gemäß § 28 Abs.1 VwVfG gesehen werden kann.

##### b) besondere Verfahrensvorschriften

Zu beachten sind die §§ 31 – 33 ASOG; hierzu enthält aber der Sachverhalt überhaupt keine Anhaltspunkte. Insoweit ist dann alternativ zu entscheiden. Für den Fortgang der rechtlichen Prüfung kann ihre Einhaltung hier nur unterstellt werden.

### Richterliche Entscheidung, § 31 Abs.1 ASOG

Gemäß § 31 Abs.1 ASOG ist bei der freiheitsentziehenden Mitnahme „**unverzüglich**“ eine richterliche Entscheidung herbeizuführen (s. auch Art. 104 Abs.2 GG). Unverzüglich heißt zum frühest-möglichen Zeitpunkt, unter Berücksichtigung von Hinderungsgründen, für die keine Verantwortlichkeit der Polizei bestehen darf.<sup>160</sup>

Die Freiheitsentziehung dient hier der Identifizierung, u.a. durch ED-Behandlung (§ 23 Abs.1 Nr.1 ASOG), und deren Überprüfung. Im Sachverhalt gibt es auch keine Hinweise dafür, dass diese Maßnahmen länger als gewöhnlich dauern sollen. Folgt man der Rechtsprechung von BGH und BVerwG kann in einem solchen Fall die Einholung der richterlichen Entscheidung unterbleiben. Die Auslegung von § 31 Abs.1 Satz 2 ASOG kommt zum gleichen Ergebnis, wenn anzunehmen ist, dass die Einholung der richterlichen Entscheidung länger dauert als die Durchführung der weiteren Maßnahmen zur Identifizierung.<sup>161</sup>

### Bekanntgabe und Belehrung, § 32 ASOG

Es besteht auch im Fall der Sistierung eine Pflicht zur ausdrücklichen **Bekanntgabe des Grundes** der Sistierung und der **Rechtsschutzbelehrung**, § 32 ASOG.<sup>162</sup> Eine Verletzung der Pflichten würde allerdings nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führen.<sup>163</sup>

### Materielle Rechtmäßigkeit

#### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung

Voraussetzungen für Festhalten und Mitnahme zur Dienststelle gemäß § 21 Abs.3 Satz 3 ASOG sind

- die Rechtmäßigkeit des Haupteingriffs, sowie
- dass die Identität auf andere Weise nicht oder
- nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann.

Die **Rechtmäßigkeit des Haupteingriffs** zur Kenntnisnahme der Personalien gemäß § 21 Abs.2 Nr.1.a) ASOG wurde bereits festgestellt. Die weiteren Anforderungen sind eine besondere Ausprägung des GdV-Merkmals der **Erforderlichkeit** im Tatbestand der ErmG.

<sup>160</sup> BVerwGE 45 S.51; vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm. 3

<sup>161</sup> s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm. 4

<sup>162</sup> s. dazu Liskan/Denninger-Rachor, F 397, wo eine Hinweispflicht schon zur IdF bejaht wird.

<sup>163</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 32 Anm. 3

Nicht festgestellt werden kann die Identität, wenn jemand sich nicht ausweisen will oder kann, z.B. weil er keine Ausweispapiere dabei hat und mündliche Angaben nicht ausreichen. Erhebliche Schwierigkeiten können in Witterungseinflüssen bestehen oder im Verhalten anderer Personen z.B. größerer Menschenansammlungen; allerdings ist dann zu prüfen, inwieweit gegen derartige Behinderungen oder Bedrohungen direkt vorzugehen ist.<sup>164</sup>

Festhalten und Mitnahme zur Dienststelle sind aber dann nicht erforderlich, wenn andere, also **weniger belastende** Möglichkeiten zur Klärung der Identität bestehen, z.B.

- die Mitnahme (statt zur Dienststelle) an einen weniger entfernten Ort wie ein Polizeifahrzeug oder eine Polizei-Rufsäule (!),<sup>165</sup>
- durch Begleitung in die nahegelegene Wohnung, also ohne Zeitverlust,<sup>166</sup>
- oder schon mittels einer Durchsuchung gemäß § 21 Abs.3 Satz 4 ASOG.

Festhalten und Mitnahme dürfen also nicht lediglich einer Erleichterung der polizeilichen Arbeit dienen.

**Hier** kommen zwei weniger belastende Maßnahmen in Betracht, einmal die Suche nach Papieren bei B. gemäß § 21 Abs.3 Satz 4 ASOG, zum anderen die Abfragen zur Überprüfung der mündlichen Angaben gemäß § 28 ASOG (Fahndungsbestand, Melderegister).

- Zur **Durchsuchung** gemäß § 21 Abs.3 Satz 4 ASOG:

Nach dem Sachverhalt stellt der Polizeibeamte diesen Begleiteingriff in Aussicht, verzichtet aber dann auf diese Möglichkeit, weil B. mit einer sofortigen Sistierung einverstanden ist. Erforderlich ist nur das, was den Betroffenen (und die Allgemeinheit) weniger belastet, § 11 Abs.1 ASOG. Wenn dieser zu erkennen gibt, dass ihn die insoweit beabsichtigte Maßnahme **eher belastet**, weil sie in seinen Augen unnötig ist, dann muss das sogar vom Polizeibeamten berücksichtigt werden – es sei denn, das „Einverständnis“ ist offenkundig bestimmt, etwas zu verheimlichen und den Polizeibeamten gerade von dieser Maßnahme abzuhalten. Für Letzteres gibt es aber im vorliegenden Sachverhalt keine Hinweise.<sup>167</sup>

- Zur **Abfragemöglichkeit** gemäß § 28 ASOG:

Nach dem Sachverhalt erfolgt diese Überprüfung erst auf dem Abschnitt. Unterstellt, der handelnde Beamte verfügte über die Möglichkeit zur Mobilfunk-Abfrage, ergibt sich die Frage, ob dann in jedem Fall auf die Mitnahme verzichtet worden wäre. Die Feststellung ist sicher nicht falsch, dass der B. auch dann zur Dienststelle mitgenommen worden wäre, wenn die Fahndungsabfrage positiv verlaufen wäre – in dem Fall zur vollständigen IdF als gesuchte Person.

**Im Ergebnis** erfüllt die Mitnahme zur Dienststelle die **tatbestandlichen** Voraussetzungen gemäß § 21 Abs.3 S.3 ASOG.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Entscheidungsermessen

Wenn der Polizeibeamte zur IdF als Haupteingriff **verpflichtet** ist, weil sein Ermessen reduziert ist, dann hat das auch für jeden Begleiteingriff zu gelten. Die Verpflichtung zur Sistierung besteht, weil es keine anderen Möglichkeiten zur ausreichenden IdF gibt.

### b) Adressat

Die Adressateneigenschaft folgt ebenfalls dem Haupteingriff.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zur Erforderlichkeit s. zum Tatbestand. Die Sistierung ist sicher geeignet, die weitere Klärung der Identität zu ermöglichen. Der Eingriff ist auch angemessen im Verhältnis zum angestrebten Schutz der öffentlichen Sicherheit bzw. ihrer von der Drogenszene betroffenen Rechtsgüter.

<sup>164</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 21 III.A.2.b

<sup>165</sup> Berg/Knape/Kiworr, aaO

<sup>166</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 27; OLG Hamm NJW 1978 S.231

<sup>167</sup> s. im Übrigen die Möglichkeit zur weitergehenden Durchsuchung einer Person, die festgehalten werden darf.

#### **d) Ermessensausübung**

Fehler bei der Ausübung des Ermessens sind nicht ersichtlich.

#### **Ergebnis:**

Die Mitnahme zum Abschnitt gemäß § 21 Abs.3 S.3 ASOG ist auch als Begleiteingriff zur IdF des B. rechtmäßig.

#### **Die weitere Überprüfung**

Wie schon zu Sachverhalt (4) festgehalten, bedeutet die Überprüfung auch hier einen Folgeeingriff, der sich an die bisherige Datenerhebung anschließt und deren Absicherung bezweckt, aber auf die (weitere) IdF selbst nicht abzielt. In Betracht kommen erneut

- die Fahndungsabfrage gemäß § 28 Abs.1 S.2 ASOG sowie
- die Abfrage des Melderegisters gemäß § 28 Abs.2 ASOG in Verbindung mit § 26 Abs.3 MeldeG (und DVO-MeldeG).

Da im vorliegenden Fall keine Besonderheiten zu beachten sind, kann auf die Ausführungen zum 4. Maßnahmekomplex des Sachverhaltes (4) verwiesen werden. Beide Abfragen sind als rechtmäßig zu beurteilen.

#### **Die ED-Behandlung (als Begleiteingriff zur IdF)**

Die ED-Behandlung ist erst nach den Abfragen erfolgt; auch wenn sie regelmäßig mit der Mitnahme verbunden ist, so soll dieser Begleiteingriff (zur IdF) doch immer das letzte Mittel zur Identifizierung einer Person sein.<sup>168</sup> Da die Abfragen in den Dateien zu keinem Ergebnis geführt haben, ist die Identität nach wie vor **nicht ausreichend** geklärt; diese Ungewissheit ist auch nicht hinzunehmen, da der Anlass für die IdF des B. keineswegs gering ist.<sup>169</sup> Das heißt: Nunmehr ist die Zulässigkeit einer ED-Behandlung zur Identifizierung des B. gemäß § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG zu prüfen.

Was sind erkenntnisdienliche Maßnahmen? Zum **Begriff**: Alle Feststellungen über Merkmale des äußeren Erscheinungsbildes einer Person, die ihre Wiedererkennung ermöglichen.<sup>170</sup> Die Aufzählung in § 23 Abs.3 ASOG ist nicht abschließend (s. Wortlaut „insbesondere“);<sup>171</sup> für zulässig werden weitere Maßnahmen gehalten:

- die Gegenüberstellung mit Zeugen,<sup>172</sup>
- Identifizierung durch Angehörige oder andere Auskunftspersonen, welche die Person kennen,<sup>173</sup>
- Video-Aufzeichnungen,<sup>174</sup>
- Veröffentlichung von Lichtbildern in Medien,<sup>175</sup>
- Stimmenvergleich, bzw. Stimm-Aufnahme als Identitätsmerkmal,<sup>176</sup>
- Schriftproben.<sup>177</sup>

**Ausgeschlossen** bleibt jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, § 23 Abs.4 ASOG, z.B. Blutuntersuchungen, Genom-Analysen (zur DNA), Entnahme von Haaren, Samen.<sup>178</sup>

---

<sup>168</sup> Prümm/Sigrist, Rn.169

<sup>169</sup> vgl. Liskén/Denninger-Rachor, F 407; Baller/Eiffler/Tschisch, § 21 Anm. 24

<sup>170</sup> Fugmann NJW 1981, 2227

<sup>171</sup> Prümm/Sigrist, Rn.167; Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm. A.1

<sup>172</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm. A.1; a.A. Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 11

<sup>173</sup> Liskén/Denninger-Rachor, F 408

<sup>174</sup> BVerfG NSTZ 1983 S.84 (zu § 81b StPO); Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 11

<sup>175</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm. B.1.b.aa

<sup>176</sup> Prümm/Sigrist, Rn.167; Liskén/Denninger-Rachor, F403; Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 11, die aber nur Letzteres zulassen wollen (Missverständnis?).

<sup>177</sup> Liskén/Denninger-Rachor, F 403

<sup>178</sup> vgl. Prümm/Sigrist, Rn.168; Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 12; Liskén/Denninger-Rachor, F 404



## Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

### 1. Eingriffshandlung

Mit jeder erkenntnisdienstlichen Maßnahme wird in das RiS eingegriffen, Art. 2 Abs.1/Art.1 Abs.1 GG.

### 2. Aufgabenzuweisung

Sie folgt dem Haupteingriff, hier also gemäß § 1 Abs.3 ASOG.

### 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG; insoweit besteht auch keine Konkurrenz zu § 81b 2.Alternative StPO.

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Die Anordnung und Vornahme der ED-Behandlung liegt allein in der Zuständigkeit der Polizei.

### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

#### a) allgemeine Vorschriften

Die einzelnen ED-Maßnahmen sind sicher Tathandlungen, die nicht nur offen durchgeführt werden, sondern auch mit einer Rechtsfolge für den Betroffenen verbunden sind, der entsprechenden Beschränkung von Handlungs- und Bewegungsfreiheit. Die ED-Behandlung ist damit als VA bekannt zu geben, um Wirksamkeit zu erlangen, §§ 41, 43 VwVfG. Der Sachverhalt enthält hierzu keine Hinweise, was alternativ zu beurteilen ist, d.h. bei negativer Annahme wird die Maßnahme rechtswidrig und es ist hilfsweise weiter zu prüfen.

Ebenso zur Notwendigkeit einer vorherigen Anhörung gemäß § 28 Abs.1 VwVfG, auf die wegen der verschiedenen Möglichkeiten auch nicht verzichtet werden kann.

#### b) Besondere Verfahrensvorschriften

Abgesehen davon, dass die ED-Behandlung immer **offen** durchgeführt werden muss (d.h. heimlich gefertigte Foto-, Film- oder Videoaufnahmen brauchen andere Rechtsgrundlagen),<sup>179</sup> gibt es eine spezielle Regelung für die Aufbewahrung der zur IdF angefertigten Unterlagen in § 23 Abs.2 ASOG.<sup>180</sup>

## Materielle Rechtmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Nach § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG müssen folgende **Tatbestandsmerkmale** erfüllt sein:

- Zulässige Ermächtigung zur IdF (als Haupteingriff),
- Auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festzustellen.

Die Ermächtigung zur IdF gemäß § 21 Abs.2 Nr.1 ASOG wurde bereits festgestellt.

Zur Auslegung der weiteren Anforderung s. schon die grundsätzlichen Ausführungen zur Sistierung. Hier bleibt die Identifizierung nach wie vor erforderlich, weil der Anlass der Bekämpfung des Drogenhandels keineswegs gering ist; und da alle anderen Möglichkeiten zur Identifizierung des B. ausgeschöpft sind, ist die ED-Behandlung tatsächlich das letzte Mittel. Das kann hier allerdings nur generell festgestellt werden, da der Sachverhalt zu einzelnen Maßnahmen schweigt. Grundsätzlich ist aber die **Handlungsbefugnis** für diesen Begleiteingriff gegeben.

### 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

#### a) Entscheidungsermessen

<sup>179</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 405

<sup>180</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 1 u.13; Lisken/Denninger-Rachor, F 409 ff (auch für den Fall, dass die IdF letztlich nicht festgestellt werden kann).

Auch hier ist die Annahme vertretbar, dass sich die **Reduzierung** des Ermessens zur Durchführung des Haupteingriffs auf diesen Begleiteingriff auswirkt und eine entsprechende Verpflichtung der Polizei angenommen wird.

**b) Adressat**

Die Adressateneigenschaft folgt dem Haupteingriff.

**c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die Erforderlichkeit wurde bereits zum Tatbestand festgestellt. Die ED-Behandlung ist sicher geeignet, die IdF des B. festzustellen. In **Abwägung** dieses Eingriffs in das RiS des B. mit dem öffentlichen Interesse an der polizeilichen Aufgabenerfüllung überwiegt hier nach wie vor der Schutz der von Drogenhandel und Gewalt bedrohten Rechtsgüter.

**d) Ermessensausübung**

Unter den gegebenen Umständen sind Ermessensfehler nicht festzustellen, es sei denn, dass das Nichtvorliegen bestimmter Voraussetzungen unterstellt wird. Fehlen diese, ist auch eine Ermessensüberschreitung gegeben.

**Ergebnis:**

Grundsätzlich kann auch die Rechtmäßigkeit der ED-Behandlung gemäß § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG bejaht werden.

## **C. Erkennungsdienstliche Behandlung, § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG**

Erkennungsdienstliche Maßnahmen sind alle Feststellungen über Merkmale des **äußeren Erscheinungsbildes einer Person**, die ihre Wiedererkennung ermöglichen.<sup>181</sup> § 23 Abs.3 ASOG enthält eine nicht abschließende Aufzählung (s. schon oben zu Sachverhalt (6): ED-Behandlung als Begleiteingriff zur IdF).

**Sachverhalt (7): „Stiller Alarm“**

*Die Polizei kann zwei Personen bei einem Einbruch auf frischer Tat ertappen, weil der „stille“ Alarm frühzeitig ausgelöst wurde. Bei der Identitätsprüfung stellt sich heraus, dass A. ein 21jähriger Deutscher (mit Geburtsort in Rumänien) und sein Helfer B. ein 12jähriges rumänisches Kind ist. Datei-Abfragen ergeben, dass dem Duo wahrscheinlich weitere Einbrüche zugeschrieben werden können. Es ist deshalb von der Polizei beabsichtigt, sowohl A. als auch B. der präventiven ED-Behandlung zuzuführen.*

***Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme?***

**Vorbemerkung:**

Es ist also nur die bevorstehende ED-Behandlung für beide Personen zu prüfen, was für eine Klausur nicht ausreichen würde, hier aber zur Konzentration auf die Problematik der ED-Behandlung notwendig ist.<sup>182</sup>

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

**1. Eingriffshandlung**

Jede erkennungsdienstliche Maßnahme greift in das RiS des Betroffenen ein, Art.2 Abs.1/Art.1 Abs.1 GG.

---

<sup>181</sup> Fugmann, NJW 1981,2227

<sup>182</sup> Im Übrigen wäre bei der Identifizierung von Ausländern der neue § 49 Aufenthaltsg (Art.1 Zuwanderungsgesetz; BGBl. 2004, I S.1950) zu beachten.

## 2. Aufgabenzuweisung

Beabsichtigt ist eine **präventive** ED-Behandlung; auch wenn diese an das laufende Strafverfahren anknüpft, liegt sie doch im Bereich der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs.1 ASOG).<sup>183</sup> Hier könnte sogar die Ausnahmeregelung des **§ 1 Abs.3 ASOG** zutreffen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten). Nach den Abfragen hat sich herausgestellt, dass beide Personen für weitere Straftaten in Frage kommen, somit einen eigenen Kriminalitäts-„Schwerpunkt“ bilden, dem es auch künftig vorzubeugen gilt.

## 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Als gesetzliche Ermächtigungen für eine präventive ED-Behandlung kommen hier in Betracht:

- **§ 81b Alt.2 StPO und**
- **§ 23 Abs.1 Nr.2 ASOG.**

Die Zweckrichtung der beiden Vorschriften ist grundsätzlich identisch: Sie sind nicht allein auf die Erleichterung späterer Strafverfolgung gerichtet,<sup>184</sup> oder nur auf Abschreckung,<sup>185</sup> sondern darauf, bei entsprechenden Hinweisen sofort und wirksam zur Verhinderung weiterer Straftaten durch die Polizei reagieren zu können, aber auch gleichzeitig deren Verfolgung zu gewährleisten (vgl. die Aufgabe gemäß § 1 Abs.3 ASOG).

Verfolgen beide Bestimmungen denselben Zweck, stellt sich die Frage des **Vorrangs** der bundesrechtlichen Vorschrift gemäß Art.31 GG – sofern § 81b Alt.2 StPO selbst überhaupt verfassungsrechtlich Bestand hat. Die rein präventive ED-Behandlung ist zwar kein Teil des konkreten Strafverfahrens, dennoch hat die Rechtsprechung entschieden, dass ausnahmsweise eine Bundeskompetenz zur gesetzlichen Regelung **kraft Sachzusammenhangs** mit dem Straf- und Strafprozessrecht (Art. 74 Nr.1 GG) besteht.<sup>186</sup> Dieser Zusammenhang muss allerdings jedes Mal auch **tatsächlich** gegeben sein; das bedeutet, dass die Maßnahme des § 81b Alt.2 StPO nur gegen die Personen durchgeführt werden kann, die zu dem Zeitpunkt noch die **Eigenschaft eines Beschuldigten** haben, irgendwie und u.U. ohne Bezug zur konkreten ED-Behandlung.<sup>187</sup> Da der Bundesgesetzgeber § 81b Alt.2 StPO nicht nur erlassen durfte, sondern damit auch eine abschließende Regelung schaffen wollte,<sup>188</sup> bleibt nur wenig Raum für eine **verfassungskonforme Anwendung** von § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG<sup>189</sup> auf Nicht-Beschuldigte, wenn also die Voraussetzungen von § 81b Alt.2 StPO nicht greifen.<sup>190</sup> Unstrittig ist das der Fall bei **Straf unmündigen** (Schuldunfähigen, § 19 StGB), umstritten aber bei rechtskräftig Verurteilten und bei Strafgefangenen vor der Haftentlassung sowie bei Verfahrenseinstellung gemäß § 170 Abs.2 oder § 206a oder §§ 153 ff StPO.<sup>191</sup> In diesen Fällen ist stets zu prüfen, inwieweit wegen des Verdachts einer Straftat nicht doch noch Ermittlungsverfahren durchgeführt werden können, z.B. auch wenn Vortaten auftauchen, die vor der Verurteilung noch nicht bekannt waren. Ferner erscheint es rechtsstaatlich bedenklich, eine ED-Behandlung zur Gefahrenabwehr durchzuführen, wenn der „Verdacht“ noch nicht oder nicht mehr die Qualität nach § 152 Abs.2 StPO auf eine **zumindest rechtswidrige** Tat aufweist; der Wortlaut von § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG enthält insoweit keine geringeren Anforderungen als die StPO-Norm.

<sup>183</sup> Zur Klarstellung: Die ED-Behandlung soll auch nicht dem laufenden Strafverfahren dienen.

<sup>184</sup> So aber Liskén/Denninger-Rachor, F 417

<sup>185</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm.B.2.b.aa.(1): „psychische Hemmschwelle“

<sup>186</sup> BVerwGE 11 S.182; 26 S.169; 66 S.192 u.202; vgl. BVerfGE 3 S.407; a.A. Pieroth/Schlink/Kniesel, § 14 Anm. 58, die § 81b Alt.2 für verfassungswidrig halten.

<sup>187</sup> Prümml/Thieß, S.60; Gusy, Rn.212; BVerwG NJW 1983, 772; OVG Bautzen NVwZ 2001, 238

<sup>188</sup> s. Liskén/Denninger-Rachor, F 425

<sup>189</sup> § 23 Abs.1 Nr.2 wird wiederum für verfassungswidrig gehalten von Fugmann NJW 1981,2227 und von Götz, Rn.402.

<sup>190</sup> OVG Koblenz NVwZ 2001,238; OVG Münster NJW 1999, 2689; Hess.VGH NVwZ-RR 1994, 652

<sup>191</sup> s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 5; Liskén/Denninger-Rachor, F 425; Prümml/Sigrist, Rn.173

Im vorliegenden Fall wird **gegen A.** offensichtlich ein Ermittlungsverfahren durchgeführt, zu dem die Polizei schon auf Grund der Verdachtsstärke in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auch gezwungen ist.<sup>192</sup> A. hat somit den Status eines Beschuldigten mit der Folge, dass für seine ED-Behandlung als ErmG nur § 81b Alt.2 StPO in Betracht kommt.

Hingegen ist B. als 12jähriger noch absolut **schuldunfähig**, d.h. ein Strafverfahren kann gegen ihn gar nicht durchgeführt, geschweige denn eingeleitet werden. Seine ED-Behandlung kann sich nur auf § 23 Abs.1 Nr.2 stützen.

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### 4. Zuständigkeit

In beiden Fällen ist für die beabsichtigte ED-Behandlung nur die **Polizei** sachlich zuständig, § 81b Alt.2 in Verbindung mit § 163 StPO bzw. § 23 Abs.1 ASOG.

#### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

##### a) Allgemeine Vorschriften

Unzweifelhaft ist die Anordnung der ED-Behandlung mit einer Rechtsfolge (Mitwirkung) für B. verbunden und deshalb ein Verwaltungsakt, der gemäß §§ 41, 43 VwVfG bekannt gegeben und wirksam werden kann (s. auch zum Sachverhalt (6).

Dasselbe kann aber auch für die Anordnung gegenüber A. gelten, da es sich nach der Rechtsprechung in der Anwendung von § 81b Alt.2 StPO um eine polizeirechtliche (präventive) Maßnahme handelt, die ebenfalls **im Wege des Verwaltungsverfahrens** umgesetzt wird.<sup>193</sup>

Dann muss beiden Beteiligten aber noch vorher Gelegenheit gegeben werden, sich zur beabsichtigten ED-Maßnahme zu äußern, § 28 Abs.1 VwVfG; ein zwingendes, öffentliches Interesse, davon abzusehen gemäß § 28 Abs.3 VwVfG, ist nicht ersichtlich.

##### b) Besondere Verfahrensvorschriften

Auch diese ED-Behandlung ist offen durchzuführen (s.schon zu § 23 Abs.1 Nr.1 ASOG). Die Nutzung der ED-Daten erfolgt dann nach den **allgemeinen** Vorschriften zur Datenverarbeitung, §§ 42 ff ASOG (insbes. § 48 ASOG). Fraglich ist nur, inwieweit für A. und B. eine getrennte Aufbewahrung notwendig ist; denn solange B. strafunmündig ist, scheidet der Zweck einer Strafverfolgung ganz aus, im Vordergrund steht allein die frühzeitige Möglichkeit zur Verhinderung weiterer Verletzungen der Rechtsordnung als Schutzgut der Öffentlichen Sicherheit.

### Materielle Rechtmäßigkeit

#### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung

Nach allgemeiner Meinung sind die Tatbestandsvoraussetzungen der beiden ErmG § 81b Alt.2 StPO und § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG **inhaltlich identisch**.<sup>194</sup> Folgende Merkmale sind zu prüfen.

- vorbeugende Bekämpfung von Straftaten,
- Verdacht, eine Straftat begangen zu haben bzw. Beschuldigteneigenschaft,
- Wiederholungsgefahr (wegen der Art und Begehungsweise der Tat),
- Erforderlichkeit.

##### a) Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten

Sie umfasst die spezielle Aufgabe der Polizei, im Rahmen der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs.1 ASOG) besondere Straftaten zu verhüten und für die Verfolgung künftiger Straftaten

<sup>192</sup> BGHSt 37 S.48 = NJW 1990,2633; vgl. v.Stoephasius, S.111.

<sup>193</sup> BVerwGE s.oben FN 179; weitere Nachweise bei Lischen/Denninger-Rachor, F 424 (FN 562);

Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 5; Prümm/Thieß, S.60.

<sup>194</sup> Prümm/Thieß, S.60

vorzulegen, § 1 Abs.3 ASOG (s. schon zur Aufgabenzuweisung). Die entsprechende Prävention gilt auch für § 81b Alt.2 StPO.

#### b) Tatverdacht/Beschuldigter

Nicht jeder Tatverdächtige ist bereits Beschuldigter; für A. ist diese Eigenschaft aber zu bejahen, wie bereits zur Auswahl der ErmG festgestellt.

**Verdächtig** ist demgegenüber derjenige, der nicht frei von Verdacht gemäß § 152 Abs.2 StPO ist – und solange noch ein entsprechendes Aufklärungsinteresse besteht.<sup>195</sup> Es ist umstritten, ob das Tatbestandsmerkmal „verdächtig, eine Straftat begangen zu haben“ in § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG so, d.h. strafprozessual gemäß § 152 Abs.2 StPO, auszulegen ist.<sup>196</sup> Hiernach sollen dann die Personen weiter verdächtig sein,

- bei denen der Verdacht im strafgerichtlichen Urteil bestätigt wurde,<sup>197</sup>
- die als Strafgefangene vor der Haftentlassung stehen,<sup>198</sup>
- bei denen das Verfahren eingestellt wurde,<sup>199</sup>
- sogar bei Freispruch unter Umständen.<sup>200</sup>

**In jedem Einzelfall** soll geprüft werden, ob – trotz der staatsanwaltlichen oder gerichtlichen Entscheidung – aus polizeilicher Sicht ein erheblicher Restverdacht bestehen bleibt.<sup>201</sup>

Richtig ist, dass auch die Rechtsprechung in den genannten Fällen eine ED-Behandlung nicht von vornherein ausgeschlossen hat.<sup>202</sup> Richtig ist aber ebenso, dass § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG nur dann zum Zuge kommen kann, wenn der Rest-Verdacht nicht die Qualität eines Anfangsverdacht im Sinne von § 152 Abs.2 StPO hat – da sonst das Legalitätsprinzip zur Einleitung eines Strafverfahrens führen müsste.<sup>203</sup> Das spricht eigentlich für eine andere Auslegung des Begriffs „Tatverdacht“ in § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG; ebenso wie die Tatsache, dass diese Vorschrift gerade nicht auf Strafmündige anwendbar wäre, soweit der strafprozessuale Tatverdacht die Schuld mit umfasst.

In diesem Problembewusstsein haben andere Bundesländer eine andere Formulierung der polizeirechtlichen ED-Behandlung gewählt: verdächtig, eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben. Hierdurch wird die **Schuldfrage** eben ausgeklammert; was auch gerechtfertigt ist, denn die Polizeipflicht einer Person hängt nicht von ihrem Verschulden ab.<sup>204</sup> Die präventive ED-Behandlung ist keine strafprozessuale Maßnahme, die täterbezogen wirkt und letztlich auf die Feststellung seiner Schuld gerichtet ist. Hier geht es um die Abwehr von gefährlichen Situationen, von Taten, die als solche – und unabhängig von der Schuld des Verursachers – eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit und ihres Schutzgutes Rechtsordnung darstellen; das heißt, für diese Annahme reicht immer schon die objektive Verletzung einer Strafnorm und die Rechtswidrigkeit der Handlung.<sup>205</sup>

Allerdings würde diese auslegende Begrenzung des Tatverdacht auf die Rechtswidrigkeit nicht das o.a. Problem lösen, inwieweit auch ein (strafprozessualer) Restverdacht von § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG noch erfasst wird. Da mit dieser Vorschrift künftigen Gefahren vorgebeugt werden soll, wird es wohl eher auf die **Prognose der Wiederholung** ankommen; d.h. auch diese Anlässe könnten mit einbezogen werden.

<sup>195</sup> KK-Wache, § 163b Rn.3; vgl. v.Stoephasius, S.111.

<sup>196</sup> so Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 5; Prümm/Thieß, S.60; a.A. BVerwGE 64 S.55/61 = NJW 1982,1008

<sup>197</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 5

<sup>198</sup> Prümm/Sigrist, Rn.173; a.A. Lisken/Denninger-Rachor, F 425;

<sup>199</sup> Kay/Böcking Rn.139; a.A. Lisken/Denninger-Rachor, aaO

<sup>200</sup> BVerfG DVBl. 2002,1110=NJW 2002,3231; BVerwG NJW 1989,2640

<sup>201</sup> Prümm/Sigrist, Rn.173

<sup>202</sup> Nachweise bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 5

<sup>203</sup> Ausgenommen möglicherweise die Einstellung gemäß §§ 153 ff StPO.

<sup>204</sup> BVerwGE 45 S.51; OVGE Münster 5 S.185; Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Anm. 2; vgl. v.Stoephasius, S.88.

<sup>205</sup> Allerdings wäre das auch im strafrechtlichen Sprachgebrauch nicht Neues: § 11 Abs.1 Nr.5 StGB; vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm. 2c.

**Im vorliegenden Fall** ist B. als 12jähriger zwar strafunmündig, er kann aber rechtswidrig handeln; und er ist hier auch „verdächtig“, da er auf frischer Tat beim Einbruch betroffen wurde.

### c) Vortatentypische Wiederholungsgefahr

Es muss die Gefahr bestehen, dass die Betroffenen künftig erneut straffällig werden bzw. zumindest rechtswidrig handeln, und die Hinweise dafür müssen sich aus den Vortaten, aus Art oder Begehungsweise, ergeben. „**Gefahr**“ ist hier nicht im Sinne von § 17 Abs.1 ASOG zu verstehen, auch nicht als „Wiederholungsgefahr“ im Sinne von § 112a StPO;<sup>206</sup> sondern darin ist das Ergebnis enthalten, welches die Vortat (die Verdachtstat) nach kriminologischen Erkenntnissen und kriminalistischer Erfahrung angesichts aller Umstände für die Frage weiterer Straffälligkeit bietet.<sup>207</sup> Es liegt auf der Hand, dass einfache bzw. geringfügige Straftaten ausscheiden (s. auch zu § 1 Abs.3 ASOG); in Betracht kommen vielmehr Gewaltdelikte, gewerbs- oder gewohnheitsmäßig begangene Taten oder Triebtäter.<sup>208</sup>

**Hier** stehen beide Betroffenen im Verdacht, nicht nur eine Straftat gemeinsam begangen zu haben, sondern eine ganze Reihe von Einbrüchen. Der Sachverhalt gibt allerdings keine Begründung, warum die anderen Taten dem Duo zugeschrieben werden; wahrscheinlich ist die Annahme, dass Art und Begehungsweise sich gleichen. Die Einbrüche können auch gemäß § 17 Abs.3 Nr.3 ASOG als erheblich eingestuft werden. Hiernach erscheint es trotz der dürftigen Hinweise im Sachverhalt vertretbar, die Gefahr der weiteren Begehung von Straftaten zu bejahen.

### d) Erforderlichkeit/Notwendigkeit

Abgesehen davon, dass regelmäßig die Notwendigkeit für eine ED-Behandlung mit dem Wahrscheinlichkeitsurteil zur Wiederholungsgefahr gleichgesetzt wird,<sup>209</sup> liegt in diesem Begriff auch ein Merkmal des GdV in Übereinstimmung mit der Erforderlichkeit der Maßnahme als **geringste Belastung** für die Beteiligten, § 11 Abs.1 ASOG.

Eine andere, nicht so schwerwiegende Maßnahme zur vorbeugenden Bekämpfung als die Anfertigung (und Speicherung) von ED-Unterlagen ist allerdings nicht ersichtlich, zumal die Dauer der Aufbewahrung befristet ist (§ 48 ASOG).<sup>210</sup>

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Entscheidungsermessen

Sowohl § 23 Abs.1 ASOG als auch § 81b Alt.2 StPO haben als polizeirechtliche Maßnahmen einen Entscheidungsspielraum,<sup>211</sup> für eine Reduzierung dieses Ermessens gibt es aber keine Hinweise.

### b) Adressat

Beide Vorschriften haben eine **eigene** Adressatenregelung: A. ist Beschuldigter, B. ist betroffene Person.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die **präventive Eignung** ist (zumindest teilweise) vorhanden; die ED-Behandlung gemäß § 81b Alt.2 StPO dient der Vorbereitung und besseren Durchführung künftiger Strafverfolgung; Gleiches gilt für § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG, daneben besteht aber auch die Eignung zur Abschreckung und tatsächlichen Verhinderung künftiger Straftaten.

Zur **Angemessenheit** ist zwischen dem Eingriff in das RiS und dem Schutz von Rechtsordnung und individuellen Rechtsgütern (Eigentum) abzuwägen. Einerseits ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in höherem Maße durch die ED-Behandlung

<sup>206</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 420

<sup>207</sup> BverwGE 66 S.192; Prümm/Sigrist, Rn.171

<sup>208</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 23 Anm. 2.c

<sup>209</sup> VGH München NVwZ-RR 1998, 496; Kleinknecht/Meyer-Goßner § 81b Rn.12; so auch Baller/Eiffler/Tschisch, § 23 Anm. 10.

<sup>210</sup> Baller 23/11

<sup>211</sup> nach § 81b StPO „dürfen“ ED-Maßnahmen getroffen werden.

betroffen als durch Speicherung z.B. der Daten über Tatzeit, Tatort, Opfer, Zeugen usw.;<sup>212</sup> andererseits gilt es hier eine Serie von Einbrüchen zu beenden und die Fortsetzung zu verhindern. Dabei handelt es sich auch nicht um einfache Vermögensdelikte, sondern um solche, die mit Gewaltanwendung verbunden, also erheblich sind.

**d) Ermessensausübung**

Fehler in der Ermessensausübung sind nach dem Sachverhalt nicht erkennbar.

**Ergebnis:**

Beide Personen, sowohl der A. gemäß § 81b Alt.2 StPO, als auch der 12jährige B. gemäß § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG, können der präventiven ED-Behandlung zugeführt werden.

---

<sup>212</sup> VG Braunschweig NVwZ-RR 2000, 217; VGH München NVwZ-RR 1998,496

## 2. Teil: Eingriffe in Freiheit und Freizügigkeit

Die **Bewegungsfreiheit** ist als „Freiheit der Person“ gemäß Art.2 Abs.2 Satz 2 GG unverletzlich und nach Satz 3 nicht nur durch einen (speziellen) Gesetzesvorbehalt geschützt, sondern auch durch Art.104 GG weiter qualifiziert.<sup>213</sup> Einen ähnlichen Schutz enthält das Grundrecht auf **Freizügigkeit** in Art.11 Abs.1 und Abs.2 Satz 1 GG. Eingriffe in diese Grundrechte benötigen somit eine spezielle, auf Bewegungsfreiheit und Freizügigkeit bezogene Ermächtigung (neben der Beachtung des Zitiergebotes aus Art.19 Abs.1 GG; s. § 66 ASOG); das heißt: Die Befugnis muss hinsichtlich Zweck und Ausmaß des Eingriffs hinreichend bestimmt und begrenzt sein, so dass die Beschränkung der Grundrechte voraussehbar und berechenbar ist.<sup>214</sup>

Folgende **Standardmaßnahmen** sollen hier erörtert werden:

- Vorführung (nach Vorladung), § 20 Abs.3 ASOG,
- Platzverweisung, § 29 Abs.1 ASOG,
- Gewahrsam, § 30 ASOG,
- Aufenthaltsverbot, § 29 Abs.2 ASOG.

Bei Eingriffen in die Bewegungsfreiheit ist zwischen einer **Beschränkung** und der **Entziehung der Freiheit** zu unterscheiden, Art. 104 GG.<sup>215</sup> Nach der Rechtsprechung bestimmt sich der Unterschied nach der **Intensität** des Eingriffs, wobei neben der zeitlichen Dauer darauf abzustellen ist, ob der Eingriff in die Bewegungsfreiheit im Vordergrund steht (z.B. beim Gewahrsam) oder einem anderen polizeilichen Zweck untergeordnet ist (wie z.B. bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs).<sup>216</sup> Diese beiden Merkmale, Kurzfristigkeit und polizeilicher Nebenzweck, kennzeichnen die Freiheitsbeschränkung, es sei denn, die damit verbundene Einschränkung dauert länger als gewöhnlich und wird so zum „Festhalten einer Person“. Freiheitsentziehende Maßnahmen müssen den besonderen Bedingungen von Art. 104 Abs.2 GG entsprechen.

Die Möglichkeit zur Einschränkung der **Freizügigkeit** ist mit dem Änderungsgesetz vom 11.5.1999 in das ASOG eingefügt worden,<sup>217</sup> insbesondere um an Kriminalitätsbrennpunkten strafbare Handlungen (Drogenhandel) nicht nur vorübergehend zu verhindern.<sup>218</sup>

### A. Vorführung / Vorladung, § 20 ASOG

Mit einer **Vorladung** wird eine bestimmte Person verpflichtet, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort und zu einem bestimmten Zweck (Befragung, ED-Behandlung) zu erscheinen. Allgemein wird noch die Verpflichtung ergänzt, dort bis zur Erledigung des in der Vorladung bezeichneten Zwecks zu **bleiben**.<sup>219</sup> Letzteres will aber nicht ganz einleuchten, wenn mit der Vorladung nur das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art.2 Abs.1

---

<sup>213</sup> S. v.Stoephasius, S. 20 ff.

<sup>214</sup> BVerfGE 42 S.1/41 = NJW 1976, 1736; dabei sind strenge Maßstäbe an die „Regelungsdichte“ zu stellen.

<sup>215</sup> s. schon 1.Teil, A.III zum Begleiteingriff der Sistierung (Sachverhalt (6) „Neuköllner Stadtpark“)

<sup>216</sup> BGHZ 82 S.261; BVerwGE 62 S.317; vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 486 ff

<sup>217</sup> BlnGVBl. S. 164

<sup>218</sup> Amtliche Begründung; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 11; zur Gesetzgebungskompetenz

Lisken/Denninger-Rachor, F 455

<sup>219</sup> was allerdings notwendig ist, wenn die „Durchsetzung“ als Vollstreckungshandlung plausibel erscheinen soll; vgl. BVerfGE105 S. 239/248; Baller/Eiffler/Tschisch, § 20 Anm. 1



GG, betroffen sein soll,<sup>220</sup> mit der Verpflichtung zum Verweilen jedoch unzweifelhaft auch die **Bewegungsfreiheit** eingeschränkt wird, das wiederum dann nur durch die bezweckten Maßnahmen abgedeckt werden kann.

Die **Vorführung** ist schwieriger zu definieren; nicht nur weil dieser Begriff so in § 20 ASOG gar nicht erwähnt ist,<sup>221</sup> sondern auch, inwieweit er mit der „**zwangsweisen Durchsetzung**“ der Vorladung in Abs.3 gleichzusetzen ist. Regelmäßig wird § 20 Abs.3 ASOG nicht als eigene Maßnahme, sondern als spezielle **Vollstreckungshandlung** interpretiert:

- Die Vorladung gemäß § 20 Abs.1 ASOG kann nur im Wege des Abs.3 durchgesetzt werden, worin **Einschränkungen** liegen sollen, materiell durch Beschränkung der Vollstreckung auf einen der Tatbestände des Abs.3, formell durch Festlegung der Zuständigkeit auf die Polizei (entgegen § 7 VwVG).<sup>222</sup>
- Für die zwangsweise Durchsetzung kommen dann nur die Zwangsmittel des **Zwangsgeldes** und des **unmittelbaren Zwanges** in Betracht (vgl. § 9 VwVG); letzterer ist dann mit dem Begriff der Vorführung identisch.<sup>223</sup>
- Abgesehen davon, dass die genannten Beschränkungen als wenig praktisch (insbesondere für Ordnungsbehörden) bezeichnet werden können, soll für die Durchsetzung auch das **VwVG** gelten, wobei § 6 Abs.1 VwVG nach einer Meinung durch § 20 Abs.3 ASOG verdrängt wird, nach einer anderen Auffassung zusätzlich zu prüfen ist.<sup>224</sup>

Diese Interpretation begegnet Schwierigkeiten bzw. enthält Ungereimtheiten. **§ 31 Abs.1 ASOG** bezeichnet das „Festhalten“ gemäß § 20 Abs.3 ausdrücklich als Freiheitsentziehung,<sup>225</sup> und die Obergerichte haben festgestellt, dass Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs solches gerade nicht sind. Ferner bedeutet unmittelbarer Zwang die Anwendung von Gewalt gegen Personen (oder Sachen; vgl. § 2 UZwG). Die Vorführung bzw. das Festhalten gemäß § 20 Abs.3 ASOG ist jedoch ohne Weiteres auch **gewaltfrei** möglich; zum Vergleich die Vorführung nach § 134 StPO: Erst dann, wenn dagegen Widerstand geleistet wird, kommt es zur Anwendung des UZwG. Dieses Verhältnis erscheint auch nach dem ASOG möglich, wenn unter „zwangsweiser Durchsetzung“ allein die Vorführung und diese als **(Grund-) Verwaltungsakt** verstanden wird; mit der Folge, dass erst bei Widerstand unmittelbarer Zwang, also Gewalt angewendet wird.

Ein weiterer Unterschied besteht zu den **Voraussetzungen des Normalvollzuges** nach § 6 Abs.1 VwVG. Hiernach genügt es, wenn der Grund-VA bestandskräftig und vollziehbar ist, er muss aber nicht rechtmäßig sein; Voraussetzung für jede „zwangsweise Durchsetzung“ ist jedoch, dass gerade die Vorladung rechtmäßig ist (s. dazu unten: Begleiteingriffe).

Schließlich werden mit der Gleichsetzung von „zwangsweiser Durchsetzung“ und Vorführung andere Zwangsmittel wie das Zwangsgeld auch praktisch nicht ausgeschlossen. § 20 Abs.3 ASOG enthält nur eine Spezialregelung für die Vorführung und ist eine Kann-Bestimmung, das schließt nicht aus, die **Vorladung** direkt im Wege der Verwaltungsvollstreckung mit Zwangsgeld durchzusetzen, und würde auch die Zuständigkeit nach § 7 VwVG bestehen lassen. Erst wenn sich dabei die Frage des unmittelbaren Zwangs stellt, ist zunächst § 20

---

<sup>220</sup> Berg/Knape/Kiworr § 20 Anm. I A 4; Baller/Eiffler/Tschisch, § 20 Anm. 1

<sup>221</sup> § 31 Abs.1 ASOG spricht insoweit nur vom „Festhalten“; dagegen verwenden die §§ 34 Abs.3 Satz2 und 36 Abs.2 ASOG den Begriff der Vorführung ausdrücklich.

<sup>222</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 20 Anm.8; Berg/Knape/Kiworr, § 20 Anm. II A; Lisken/Denninger-Rachor, F 438 ff

<sup>223</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 20 Anm.10; Prümm/Sigrist, Rn.148; Lisken/Denninger-Rachor, F 440;Gusy, Rn.198

<sup>224</sup> Prümm/Sigrist, Rn.148 f; Berg/Knape/Kiworr, § 20 Anm.II A

<sup>225</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 14 Anm. 80; Lisken/Denninger-Rachor, F 440; s. auch oben 1.Teil zur Sistierung gemäß § 21 Abs.3 Satz 3 ASOG

Abs.3 als ErmG für die Vorführung zu beachten, bevor das VwVG und UZwG für die Durchsetzung zur Anwendung kommen können.<sup>226</sup>

**Sachverhalt (8): „Die Hilfe des Fabrikbesitzers“**

*Der R. hat unter Verwendung einer Waffe die Bank X. überfallen. Ihm wird ein Beutel mit Geld ausgehändigt, gleichzeitig aber auch Alarm ausgelöst. Auf seiner Flucht hat er einen Bankangestellten als Geisel genommen und sich anschließend in einem Fabrikgebäude versteckt.*

*Die Polizei braucht dringend nähere Angaben über das Fabrikgebäude, um die Geisel befreien und den Täter ergreifen zu können: Zugänge zum Gebäude, Lage der Räume und sonstige Einzelheiten. Deshalb schildert sie fernmündlich dem Inhaber der Fabrik F. die Situation und fordert ihn auf, entweder selbst sofort am Tatort zu erscheinen oder aber eine andere Person zum Kommen zu veranlassen, die sich ebenfalls mit dem Gebäude und seinen Verhältnissen auskennt. Der F. erklärt, er würde sich zwar gut auskennen, er sei aber, so leid ihm das tue, zur Zeit unabkömmlich; deshalb werde er jemand Anderen schicken, dafür benötige er aber 15 Minuten. Um der Vorladung Nachdruck zu verleihen, droht ihm die Polizei die Vorführung an, wenn er sich nicht innerhalb des genannten Zeitraums melden würde. Die 15 Minuten verstreichen, ohne dass sich der F. wieder gemeldet hat.*

**Aufgabe: Prüfen Sie, ob und wie der F. vorgeführt werden kann!**

**Vorbemerkung:**

Die **Vorführung** dient der Durchsetzung der **Vorladung**, deren Rechtmäßigkeit dafür Voraussetzung ist.<sup>227</sup> Andererseits verfolgt die Vorladung den Zweck, die Befragung des F. durchzuführen; mithin sind Vorladung und Vorführung nur Mittel zum Zweck, also **Begleiteingriffe**, deren Rechtmäßigkeit wiederum grundsätzlich davon abhängt, dass die **Befragung als Haupteingriff** rechtmäßig ist. Daraus ergibt sich die Reihenfolge in der Prüfung der Zulässigkeit

- der Befragung,
- der Vorladung,
- der Vorführung.

Des Weiteren kann vorab festgestellt werden, dass alle Maßnahmen zum Bereich der Gefahrenabwehr gehören. (Es wird zwar sicher ein Ermittlungsverfahren gegen den R. geben, in dessen Verlauf der F. auch zu vernehmen ist, aber nicht zum jetzigen Zeitpunkt.)

**Der Haupteingriff:**

**Befragung, § 18 Abs.3 in Verbindung mit § 18 Abs.1 ASOG:**

Der Prüfungsablauf erfolgt hier nur in Stichworten (s. im Einzelnen ausführlicher 1.Teil A.IV. Sachverhalt (3) „Die Suchaktion“):

1. **Eingriff** in das RiS des Befragten F.
2. **Aufgabenzuweisung:** § 1 Abs.3 ASOG (Verhinderung einer besonders erheblichen Straftat: Ermordung der Geisel; Beendigung einer erheblichen Straftat: Bankraub).
3. **ErmG:** § 18 Abs.3 in Verbindung mit Abs.1 Satz 3 ASOG.
4. **Zuständigkeit** der Polizei gemäß § 4 in Verbindung mit § 1 Abs.3 ASOG (vertretbar auch direkt aus § 18 Abs. 1 S.3 ASOG).
5. **Verfahrensvorschriften:**

<sup>226</sup> vgl. VG Gießen NVwZ-RR 1999, 376: Sonderregelung, welche die allgemeine Verwaltungsvollstreckung verdrängt; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 14 Anm. 80 und § 17 Anm. 3

<sup>227</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 20 Anm. II A;

- a) **Allgemein:** Bekanntgabe, dass der F. befragt werden soll, gleichzeitig mit der Vorladung, oder schlüssig dann, wenn die Befragung erfolgt; spätestens dann auch wirksam, §§ 41, 43 VwVfG.
- b) **Hinweis- und Belehrungspflichten** sind anlässlich der Befragung zu beachten, § 18 Abs.5 und 6 ASOG

#### 6. Tatbestandsmäßigkeit:

- a) **§ 18 Abs.3:** F. ist Eigentümer des Gebäudes und hat selbst erklärt, dass er genaue Kenntnisse hat, also sachdienliche Hinweise geben kann, auf welche Weise die Gefahr für die Geisel abgewehrt werden könnte; Befragung ist auch das geringste Mittel.
- b) **§ 18 Abs.1 S.3:** Die Polizei will Auskünfte über das Gebäude des F., sowohl als personenbezogene Daten des F. als auch des R. (wo und wie er sich aufhält); vorbeugende Bekämpfung der Geiselnahme, Abwehr der Todesdrohung für die Geisel, erhebliche Straftaten gemäß § 17 Abs.3 Nr.1 ASOG in Verbindung mit § 100a Abs.1 Nr.2 StPO; Datenerhebung als geringste Belastung.

#### 7. Rechtsfolge:

- a) Entscheidungsermessen **reduziert** auf Null ( Bedrohung des Lebens der Geisel);
- b) **Adressat**, § 18 Abs.3 in Verbindung mit Abs.4: F. ist Dritter, da Nr.1 und Nr.3.
- c) Eingriff nicht unbedeutend, aber im Verhältnis zum Schutz der Geisel nicht außer Verhältnis.
- d) Keine Ermessensfehler.

**Ergebnis:** Befragung wäre rechtmäßig.

### **Begleiteingriff:**

#### **Vorladung, § 20 Abs.1 Nr.1 ASOG**

#### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

##### 1. Eingriffshandlung

Die Aufforderung zum Erscheinen ist nicht unverbindlich, sondern eine höfliche **Verpflichtung**, wie auch aus dem weiteren Text des Sachverhalts klar wird;<sup>228</sup> davon betroffen ist die allgemeine Handlungsfreiheit, Art.2 Abs.1 GG (die Verpflichtung, zu diesem Zweck einen bestimmten Ort aufzusuchen, erscheint demgegenüber von untergeordneter Bedeutung).

##### 2. Aufgabenzuweisung

Die Vorladung soll die Befragung ermöglichen; der Begleiteingriff folgt somit der Aufgabe des Haupteingriffs, § 1 Abs.3 ASOG.

##### 3. Ermächtigungsgrundlage

In Betracht kommt nur § 20 Abs.1 Nr.1 ASOG als **spezielle Standardmaßnahme** des ASOG.

#### **Formelle Rechtmäßigkeit**

##### 4. Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut der ErmG ist § 4 Abs.1 ASOG zu prüfen, hier liegt allerdings die **Ausnahme** gemäß § 1 Abs.3 ASOG vor, d.h. die Polizei ist ausschließlich zuständig (zulässig ist auch die Verweisung auf den Haupteingriff mit demselben Ergebnis).

##### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

###### a) allgemeine Vorschriften

---

<sup>228</sup> vgl. BVerfGE 22 S.21

Gemäß § 37 Abs.2 VwVfG kann ein (befehlender) VA mündlich erlassen werden, dem ein fernmündlicher Erlass gleichgestellt ist.<sup>229</sup> Die Vorladung des F. steht jedoch unter der Bedingung, dass keine andere Person gefunden wird; sie bleibt aber auch insoweit **hinreichend bestimmt**, § 37 Abs.1 VwVfG, da F. genau erkennen kann, was er zu tun hat: Entweder die Vorladung an eine geeignete andere Person weiterreichen oder im Zweifel selbst Folge leisten. Der VA ist durch Bekanntgabe wirksam geworden, §§ 41, 43 VwVfG. Eine vorherige **Anhörung** erscheint nicht geboten insbesondere gemäß § 28 Abs.2 Nr.1 VwVfG (jedenfalls ist in der Androhung der Vorführung keine Anhörung zum VA der Vorladung zu sehen).

#### **b) Besondere Verfahrensvorschriften**

Gemäß § 20 Abs.2 ASOG ist der Grund für die Vorladung anzugeben, auch im Fall der Befragung nach Nr.1;<sup>230</sup> das ist hier fernmündlich geschehen.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zur Anwendung kommt § 20 Abs.1 Nr.1 ASOG mit folgenden Voraussetzungen:

- Schriftliche oder mündliche Vorladung,
- Tatsachen, die die Annahme von sachdienlichen Angaben rechtfertigen,
- Erfüllung einer bestimmten polizeilichen Aufgabe,
- Erforderlichkeit.

Zur Form der Vorladung s. schon zu Punkt 5., die fernmündliche Vorladung entspricht den Anforderungen. Die nächsten beiden Voraussetzungen wiederum sind identisch mit denen zur Befragung, dem Haupteingriff gemäß § 18 Abs.3 ASOG.

Zusätzlich ist noch die **Erforderlichkeit** zu prüfen: Den Fabrikhaber über sein Gebäude zu befragen, ist die geringste Belastung, sofern keine andere Person zur Verfügung steht, die ebenso gute Auskünfte erteilen kann. Diese Erkenntnisse können auch durch keine andere Maßnahme erlangt werden.<sup>231</sup>

#### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

##### **a) Entscheidungsermessen**

Die zum Haupteingriff festgestellte **Reduzierung** des Ermessens trifft auch für die Vorladung zu.

##### **b) Adressat**

Die Vorladung richtet sich an die Person, die befragt werden soll (Haupteingriff).

##### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Zur Erforderlichkeit s. Punkt 7. (Tatbestandsmerkmal); die Vorladung ist **geeignet**, die Befragung zu ermöglichen. F. gibt an, er sei unabhkömmlich; der Sachverhalt lässt den Grund offen. Andererseits sind seine Kenntnisse von besonderem Wert für das polizeiliche Vorgehen. Da es hierbei um den Schutz des Lebens der Geisel geht, reicht die Aussage des F. über seine „Unabhkömmlichkeit“ nicht aus, von Befragung und Vorladung Abstand zu nehmen. Nach dem Sachstand sind diese Maßnahmen nicht außer Verhältnis, also **angemessen**. Allerdings ist ebenso die Verpflichtung der Polizei zu bejahen, dem F. sofort mitzuteilen, wenn sich die Sachlage ändert und er nicht mehr gebraucht wird. Ansonsten kann auch auf die Möglichkeit zur Entschädigung gemäß § 20 Abs.4 ASOG hingewiesen werden.

##### **d) Ermessensausübung**

Ermessensfehler sind nicht erkennbar.

**Ergebnis:** Die Vorladung ist als Begleiteingriff zur Befragung gemäß § 20 Abs.1 Nr.1 ASOG rechtmäßig.

<sup>229</sup> OLG Hamm NJW 1972,1769

<sup>230</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 20 Anm. I C 1

<sup>231</sup> nach dem Sachverhalt; sonst wäre an Unterlagen des Katasteramtes zu denken.

## 2. Begleiteingriff:

### „Zwangswise Durchsetzung“, § 20 Abs.3 Nr.1 ASOG

#### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

##### 1. Eingriffshandlung

Der F. soll vorgeführt werden, also für eine bestimmte Zeit so **festgehalten** werden, dass dann die Befragung durchgeführt werden kann. Der Eingriff in seine **Bewegungsfreiheit**, Art.2 Abs.2 Satz 2 GG, bekommt hier eine eigene Bedeutung.

##### 2. Aufgabenzuweisung

Als Handlung zur Durchsetzung der Vorladung folgt der Eingriff der entsprechenden Aufgabe, also § 1 Abs.3 ASOG.

##### 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht:

- Entweder § 20 Abs.3 ASOG als **Ergänzung zur Verwaltungsvollstreckung** mit der Vorführung als Anwendung unmittelbaren Zwangs,
- oder § 20 Abs.3 ASOG als **eigene ErmG** für die Maßnahme des Festhaltens (VA; wie bei § 21 Abs.3 S.3 und § 30 ASOG).

##### **Anmerkung:**

Für eine sehr gute Bearbeitung müsste an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit den o.a. Problemen erfolgen bzw. die jeweilige Entscheidung begründet werden. Entsprechend dem auf S. 55 aufgezeigten Lösungsvorschlag soll hier § 20 Abs.3 ASOG als **selbständige ErmG** zum Erlass der Maßnahme des Festhaltens/der Vorführung bearbeitet werden.<sup>232</sup>

#### Formelle Rechtmäßigkeit

##### 4. Zuständigkeit

§ 20 Abs.3 ASOG ermächtigt nur die **Polizei**, die Vorführung anzuordnen und durchzuführen.

##### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

###### a) allgemeine Vorschriften

Bislang ist dem F. die Vorführung nur angekündigt worden, für den Fall, dass eine bestimmte Frist nicht eingehalten wird; zum fraglichen Zeitpunkt der Durchführung kann der VA dann bekannt gegeben und wirksam werden, §§ 41, 43 VwVfG. Inwieweit vorher noch die **Anhörung** gemäß § 28 Abs.1 VwVfG erfolgt, hängt von den weiteren Umständen ab, die jetzt noch nicht beurteilt werden können; vorstellbar ist auch das Vorliegen der Ausnahme nach § 28 Abs.2 Nr.1 oder Abs.3 VwVfG.

###### b) Besondere Verfahrensvorschriften

**Die §§ 31, 32 ASOG sind zu beachten.** Gemäß § 31 Abs.1 ist die **richterliche** Entscheidung unverzüglich herbeizuführen, wenn das Festhalten nicht nur kurzfristig ist (s. Abs.1 Satz 2). Diese Verpflichtung folgt aus Art.104 Abs.2 GG für Freiheitsentziehungen. Das könnte hier zwar dann zutreffen, wenn sich die Geiselnahme in dem Fabrikgebäude hinzieht und entsprechende Angaben des F. notwendig bleiben. Zu prüfen wäre dann aber, ob das weitere Festhalten noch auf die Vorführung zu stützen ist, oder dann nur mit der ErmG zur Befragung zu rechtfertigen ist (§ 18 Abs.3 Satz 2 ASOG).<sup>233</sup>

§ 32 ASOG verlangt die genaue Angabe des Grundes für die Vorführung, was bereits vorher geschehen ist.

<sup>232</sup> Im anderen Fall ginge es um die Prüfung (Schema) des Verwaltungszwanges im Wege des Normalvollzuges, § 6 Abs.1 VwVG.

<sup>233</sup> Möglich wäre es dann, den Bereitschaftsrichter herbeizuholen.

## Materielle Rechtmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Für eine Vorführung gemäß § 20 Abs.3 Nr.1 ASOG sind folgende **Voraussetzungen** zu erfüllen:

- Der Vorladung wird nicht gefolgt,
- ohne hinreichenden Grund,
- Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person,
- erforderliche Angaben.

Dem F. wurde eine Frist eingeräumt, die er nicht eingehalten hat; warum er sich bislang nicht gemeldet hat, dazu lässt sich dem Sachverhalt nichts Genaues entnehmen. Zum jetzigen Zeitpunkt ist jedenfalls kein hinreichender Grund bekannt; die von ihm behauptete Unentbehrlichkeit ist spekulativ und reicht nicht aus. Die Gefahr besteht hier auch für Leib, Leben und Freiheit der Geisel; zur Abwehr sind die Angaben des F. auch das geringste Mittel, die geringste Belastung für ihn.

### 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

#### a) Entscheidungsermessen

Zur Reduzierung des Entscheidungsspielraums s. schon zu Vorladung und Befragung. Hier besteht eine Verpflichtung der Polizei, zum Schutz der Geisel die Vorführung des F. zu veranlassen.

#### b) Adressat

Als Adressat der Vorladung ist F. auch der **richtige** Adressat der Vorführung, s. § 20 Abs.3 ASOG.

#### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Vorführung ist **geeignet**, die Vorladung durchzusetzen; wenn keine andere Person mit gleichwertigen Kenntnissen benannt wird, ist die Vorführung auch das geringere Mittel gegenüber der Zwangsanwendung. Zum Schutz der Geisel ist die Vorführung des F. **nicht außer Verhältnis**, § 11 Abs.2 ASOG.

#### d) Ermessensausübung

Ermessensfehler sind nicht erkennbar.

**Ergebnis:** Die Vorführung des F. nach § 20 Abs.3 Nr.1 ASOG – oder jeder anderen Person, die benannt wird – wäre rechtmäßig.

**Anmerkung:** Zum gleichen Ergebnis müsste auch die Anwendung des Vollstreckungsrechts kommen, zumal wenn keine Gewalt angewendet wird.

## Exkurs:

### Vorladung/Vorführung zur ED-Behandlung, § 20 Abs.1 Nr.2 in Verbindung mit § 20 Abs.3 Nr.2 ASOG

Die Vorladung zur ED-Behandlung ist zulässig aus zwei Gründen:

- gemäß § 23 Abs.1 Nr.1 zur **Identifizierung**, d.h. als Begleiteingriff zur IdF (s. im 1. Teil),
- gemäß § 23 Abs.1 Nr.2 zur **rein präventiven ED-Behandlung**, insofern aber nur bei den Personen, die von § 81b Alt.2 StPO nicht erfasst werden (s. oben 1. Teil C. zu § 23 Abs.1 Nr.2 ASOG), also hauptsächlich Strafunmündige. Bei bereits Verurteilten ist stets zu prüfen, inwieweit wegen des Verdachtes einer Straftat nicht doch noch Ermittlungsverfahren durchgeführt werden können, z.B. auch bei Vortaten, die vor der Verurteilung noch nicht bekannt waren. Ferner wäre es rechtsstaatswidrig, eine ED-Behandlung zur Gefahrenabwehr durchzuführen, wenn der „Verdacht“ einer Straftat noch nicht die Qualität einer mindestens rechtswidrigen Tat nach § 152 Abs.2 StPO aufweist.

Ungereimt erscheint in jedem Fall die Notwendigkeit, die **Zuständigkeit** zur Vorladung aus § 20 Abs.1 ASOG gemäß § 4 Abs.1 ASOG zu prüfen, wenn die ED-Behandlung allein von der Polizei durchgeführt werden kann (s. den Wortlaut von § 23 Abs.1).

Ein weiteres Problem stellt sich für die Frage, ob § 20 ASOG auch zur Anwendung kommen kann, wenn es darum geht, die unzweifelhaft polizeirechtliche ED-Behandlung **gemäß § 81b Alt.2 StPO** durchzuführen. Dagegen spricht, dass die betroffene Person „Beschuldigter“ ist und damit Bestandteil des abschließend geregelten Strafverfahrens ist; das heißt, dass eine Hilfestellung des ASOG insoweit nicht in Frage kommt (auch wenn das VwVfG dann auf die Durchführung angewendet wird).

## **B. Platzverweisung, § 29 Abs. 1 ASOG**

§ 29 Abs.1 Satz 1 ASOG enthält **zwei Regelungen**:

- das Gebot, einen bestimmten Ort (vorübergehend) zu verlassen (Verweisung) sowie
- das Verbot, einen bestimmten Ort (vorübergehend) nicht zu betreten (Betretungsverbot);

beides wird begrifflich als Platzverweisung bezeichnet, s. § 29 Abs.1 Satz 2 und § 30 Abs.1 Nr.3 ASOG.<sup>234</sup> Damit wird in das Grundrecht auf „Freiheit der Person“, Art.2 Abs.2 Satz 2 GG eingegriffen,<sup>235</sup> gemeint ist die „**körperliche Bewegungsfreiheit.**“<sup>236</sup> Sie wird beschränkt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten oder an einem Ort festgehalten wird.<sup>237</sup>

### **Sachverhalt (9): „Schützenfest“**

*Der K. ist als Anführer der rechten Szene bekannt, die u.a. in szenetypischer Kleidung auftritt und immer wieder auf grund ihrer Militanz Proteste hervorruft; so kam es auch in mehreren Stadtteilen von Berlin in der Vergangenheit zu verschiedenen Bürgeraktionen gegen die Szene. Anlässlich des Schützenfestes im Berliner Bezirk H. erscheint K. zusammen mit einigen Begleitern auf dem Schützenplatz. Sofort kommt es zu Reibereien mit einigen Festplatzbesuchern. Die beiden unmittelbar dort anwesenden Polizeibeamten können aber nicht feststellen, dass sich K. und seine Gruppe provozieren lassen oder dass von ihnen irgendwelche Provokationen ausgehen. Zu der dennoch entstehenden Konfrontation tragen sie weder durch Rufen, Gesten oder ähnliche Verhaltensweisen bei. Die Anzahl der sie anfeindenden Festplatzbesucher vergrößert sich zusehends auf 40, 50 und schnell noch mehr Personen. Die Anzeichen mehren sich, dass diese Menge gewillt ist, den K. und seine Gruppe anzugreifen. Die Stimmung wird auch nach Eintreffen eines Polizei-Einsatzzuges (insgesamt stehen etwa 40 Polizeibeamte zur Verfügung) immer aggressiver. Als die ersten Gegenstände geworfen werden, fordert deshalb der Einsatzleiter der Polizei den K. und seine Begleiter auf, den Festplatz innerhalb von 5 Minuten zu verlassen und für die Dauer des Schützenfestes diesen Ort nicht mehr zu betreten. Der Polizeibeamte lässt sich dabei von der Befürchtung leiten, dass es bei ungehindertem Geschehensablauf zu gewalttätigen Auseinandersetzungen kommen würde mit der Folge einer Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit nicht nur des K. und seiner Begleiter, sondern auch der anwesenden Polizeibeamten und anderer Festplatzbesucher.*

**Wie ist die Rechtmäßigkeit der Platzverweisung zu beurteilen?**<sup>238</sup>

<sup>234</sup> Abgrenzung zum Aufenthaltsverbot, § 29 Abs.2 ASOG, s. Lisken/Denninger-Rachor, F 441, sowie weiter unten.

<sup>235</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 16 Anm.4; Lisken/Denninger-Rachor, F 442; Prümm/Thieß, S.113; a.A. Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 2, wo offensichtlich die Entscheidung des VG München NVwZ 2000,454 mißverstanden wird; so auch Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I A 4 b.

<sup>236</sup> BVerwGE 6 S.354

<sup>237</sup> BVerfGE 94 S.166=NvWZ 1996,678; VGH München NVwZ 2000,454; Maunz-Dürig, Art.2 Rn.49 ff

<sup>238</sup> Der Sachverhalt beruht auf der Entscheidung des VG Schleswig NVwZ 2000, 464

Nach der gestellten Aufgabe geht es um die rechtliche Beurteilung nur einer einzigen Maßnahme, der Platzverweisung gegenüber K. und seinen Begleitern.

### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

#### 1. Eingriffshandlung

Die Aufforderung der Polizei, den Festplatz zu verlassen und in der Folgezeit nicht mehr zu betreten (Platzverweisung), betrifft nicht allein die Handlungsfreiheit sondern speziell die **Bewegungsfreiheit** von K. und seinen Begleitern, Art. 2 Abs.2 Satz 2 GG; sie wird eben beschränkt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder dort zu bleiben.<sup>239</sup> Der Eingriff ist somit den speziellen und qualifizierten Anforderungen von Art. 2 Abs.2 Satz 3 und Art. 104 GG unterworfen.<sup>240</sup>

#### 2. Aufgabenzuweisung

Die Polizei will mit ihrer Maßnahme Gefahren für die öffentliche Sicherheit abwehren, insbesondere gewalttätige Auseinandersetzungen verhindern, die sowohl individuelle Schutzgüter wie Leib und Leben von Personen als auch die Rechtsordnung beeinträchtigen können. Grundlage ist die **allgemeine Aufgabe** zur Gefahrenabwehr gemäß § 1 Abs.1 ASOG; die Voraussetzungen für eine Anwendung der Ausnahmen in Abs.3 bis 5 liegen jedenfalls nicht vor. Ebenso wenig sind Anhaltspunkte für die Vornahme einer strafprozessualen Maßnahme vorhanden (s. auch die Fragestellung<sup>9</sup>).

#### 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Für den Eingriff in die Bewegungsfreiheit ist eine speziell darauf gerichtete ErmG gemäß Art. 2 Abs.2 S.3 GG erforderlich; in Betracht kommt als Rechtsgrundlage § 29 Abs.1 Satz 1 ASOG, die auch dem Erfordernis eines förmlichen Gesetzes nach Art. 104 Abs.1 GG entspricht.

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### 4. Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut der ErmG ist zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit der Polizei regelmäßig der Eilfall zu prüfen, § 4 Abs.1 ASOG. Da hier die Ordnungsbehörden keine Möglichkeit zum Eingreifen hatten, ist die **Eilkompetenz** der Polizei begründet.

#### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

##### a) allgemeine Vorschriften

Die Platzverweisung ist ein **befehlender VA**, auf den die verfahrensrechtlichen Bestimmungen für VA Anwendung finden. Die mündliche Aufforderung an K. und seine Begleiter ist hinreichend bestimmt, § 37 Abs.1 VwVfG, und durch die mündliche Bekanntgabe auch wirksam geworden, §§ 37 Abs.2, 41, 43 VwVfG.<sup>241</sup>

Eine vorhergehende Anhörung gemäß § 28 Abs.1 VwVfG ist hier entbehrlich, da nach dem Sachverhalt die sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug bzw. im öffentlichen Interesse als notwendig erschien, § 28 Abs.2 Nr.1.<sup>242</sup>

##### b) Besondere Vorschriften

Derartige Bestimmungen sind für die Platzverweisung insbesondere wegen des nur kurzfristigen Eingriffs in die Bewegungsfreiheit nicht ersichtlich, vgl. § 31 ASOG.

### Materielle Rechtmäßigkeit

#### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung

---

<sup>239</sup> BVerfGE 94 S.166

<sup>240</sup> „spezieller qualifizierter Gesetzesvorbehalt“, s. v.Stoephasius, S. 20 ff.

<sup>241</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I A 1 b

<sup>242</sup> VG Schleswig NVwZ 2000 S.464 unter Verweis auch auf die Ausführungen zur folgenden materiellen Rechtmäßigkeit.



Zur Feststellung der Handlungsbefugnis aus § 29 Abs.1 S.1 ASOG müssen sich die folgenden **Tatbestandsmerkmale** aus dem Sachverhalt ergeben:

- Abwehr einer Gefahr,
- vorübergehende Verweisung oder vorübergehendes Betretungsverbot,
- für einen bestimmten Ort.

#### **a) Abwehr einer Gefahr**

Gemeint ist die Abwehr einer Gefahr im Sinne des Begriffs aus § 17 Abs.1 ASOG; zu prüfen ist somit die „im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung.“ Im vorliegenden Fall bedroht ist die körperliche Unversehrtheit (Leib, Leben) von mehreren Personen als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit, deren Verletzung gleichzeitig eine Beeinträchtigung entsprechender Bestimmungen der Rechtsordnung darstellt. Der Eintritt des Schadens erscheint zum Zeitpunkt der Entscheidung auch **hinreichend wahrscheinlich**; nach dem Sachverhalt mehren sich die Anzeichen für einen gewaltsamen Konflikt zwischen der K.-Gruppe und den übrigen Festplatzbesuchern, die ersten Gegenstände werden geworfen. Die darauf beruhende Einschätzung der Gefahrenlage durch die Polizeibeamten kann von jedem verständigen und besonnenen Beobachter nachvollzogen werden.<sup>243</sup>

Die Annahme einer polizeirechtlich relevanten Gefahr ist nicht zu beanstanden.

#### **b) vorübergehende Freiheitsbeschränkung**

Was als „vorübergehend“ anzusehen ist, wird **nicht eindeutig** definiert. Die dazu vertretenen Ansichten reichen von „allenfalls wenige Stunden“ bis zu „2 Wochen“.<sup>244</sup> Im letzteren Fall war die Meinungsbildung sicher von dem Wunsch geprägt, auch die Fälle mit einer Platzverweisung abzudecken, die heute von dem längerfristigen Aufenthaltsverbot erfasst werden können. Allein maßgeblich dürfte die Gefahrenlage und deren zeitliches Andauern sein; ist diese nur langfristig absehbar, kommt eine Platzverweisung nicht mehr in Betracht;<sup>245</sup> erst recht dann nicht mehr, wenn mit der Verweisung eine Dauerwirkung erreicht werden soll, z.B. bei der Räumung von Häusern.<sup>246</sup>

Hier soll die Platzverweisung nur einige Stunden dauern, solange das Schützenfest noch läuft; sie trägt damit kurzfristigen Charakter und ist eine vorübergehende Freiheitsbeschränkung.

#### **c) Ortsbestimmung**

Die Bestimmung des Ortes, von dem verwiesen und dessen erneutes Betreten verboten wird, hängt gleichermaßen von der Gefahrenlage und ihrer geografischen Eingrenzung ab, wie **hier** auf den Festplatz, also unter freiem Himmel.<sup>247</sup> Das Ausmaß der räumlichen Sperrung eines bestimmten Ortes ist dann keine Frage der Tatbestandsmäßigkeit mehr, sondern der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (s.u.).<sup>248</sup>

**Ergebnis:** Die Befugnis der Polizei zur Platzverweisung gemäß § 29 Abs.1 S.1 ASOG ist gegeben.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

Die ErmG räumt der Polizei bei ihrer Entscheidung grundsätzlich einen Ermessensspielraum ein, wonach der Eingriff erfolgen kann aber nicht muss! Es sei denn, dieser Spielraum wird wieder eingeschränkt auf Grund der Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter und des bevorstehenden Schadens. Eine derartige **Ermessensreduzierung** ist hier anzunehmen: Insbesondere gefährdet ist die körperliche Unversehrtheit der Beteiligten, unter Umständen sogar ihr Leben; in einem solchen Fall wird die Polizei zum Handeln geradezu verpflichtet.

<sup>243</sup> Vgl. Lisken/Denninger-Denninger, E 36 ff

<sup>244</sup> s. die Nachweise bei Götz NVwZ 1998, 679/683; Cremer NVwZ 2001, 1218/1220

<sup>245</sup> vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 442 ff; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 6; Prümm/Sigrist, Rn.246 (S.166)

<sup>246</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I A 2

<sup>247</sup> möglich ist auch ein abgegrenzter Bereich innerhalb eines Gebäudes, z.B. Wohnungen; vgl.

Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I A 3; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 7

<sup>248</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 6

### b) Adressat

Fraglich ist nur, ob sich die Entscheidung der Polizei an den **richtigen** Adressaten gewendet hat. Mit der Formulierung „eine Person“ in § 29 Abs.1 S.1 ASOG ist der Adressatenkreis nicht genau genug festgelegt worden, so dass die allgemeinen Vorschriften der §§ 13, 14 und 16 ASOG zur Anwendung kommen.<sup>249</sup> Das bedeutet, dass die Platzverweisung generell nur gegen Verhaltens- oder Zustandsverantwortliche („Störer“) gerichtet werden kann und nur ausnahmsweise gegen sog. **Nicht-Störer**.<sup>250</sup>

Nach den Angaben des Sachverhaltes ist nicht festzustellen, dass K. und seine Begleiter durch irgendwelche Handlungen oder provozierende Beiträge die Gefahrenlage **unmittelbar** verursacht haben. Die Konflikt- und Gewaltbereitschaft geht ganz offensichtlich von den übrigen feindselig gesinnten Festplatzbesuchern aus, die immer aggressiver auf die Anwesenheit von K. und seinen Begleitern reagieren. Diese könnten aber als mittelbare Verursacher, als sog. **Zweckveranlasser** verantwortlich sein; so wenn sie mit ihrem Verhalten die störenden Folgehandlungen „bezweckt“ haben und die entsprechende Zurechnung von Ursache und Wirkung gerechtfertigt erscheint.<sup>251</sup> Die Ursache der Gefahr liegt hier aber in keinem Verhalten, sondern allein in der Anwesenheit von K. und seinen Begleitern, die sich ausdrücklich jeder weiteren Provokation, z.B. durch Rufen, Gesten oder ähnliche Verhaltensweisen, enthalten. Aus der Anwesenheit allein ergibt sich aber noch keine Einheit im Sinne einer zwangsläufigen Folge in Richtung der bevorstehenden Gewalttätigkeit (auch wenn sich die anderen dadurch provoziert fühlen).<sup>252</sup>

Bleibt nur noch die Möglichkeit, die K.-Gruppe **ausnahmsweise** als Nicht-Störer gemäß § 16 Abs.1 ASOG heranzuziehen (sog. polizeilicher Notstand). Dafür müssten folgende **Voraussetzungen** gegeben sein:

- 1.) Abwehr einer gegenwärtig erheblichen Gefahr,
- 2.) Gegen die eigentlich nach §§ 13, 14 Verantwortlichen sind Maßnahmen nicht oder nicht rechtzeitig möglich oder sie versprechen keinen Erfolg,
- 3.) weder die Polizei noch beauftragte Dritte können die Gefahr abwehren,
- 4.) die Inanspruchnahme des Nicht-Störers führt weder zur eigenen erheblichen Gefährdung noch zur Verletzung höherwertiger Pflichten.

Alle Voraussetzungen müssen insgesamt und **gleichzeitig** gegeben sein. Die besondere Problematik der Ausnahmeregelung liegt darin, dass die Inanspruchnahme eines Nicht-Verantwortlichen nachrangig bleiben muss hinter der Heranziehung der tatsächlich Verantwortlichen oder des behördlichen Eigenhandelns.

(1) Eine **gegenwärtige erhebliche Gefahr** liegt hier vor; bedroht sind erhebliche Rechtsgüter wie Leib und Leben (Körperliche Unversehrtheit) und der Eintritt des Schadens ist sofort und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, zumal bereits Gegenstände geworfen werden.<sup>253</sup>

(2) Hier erscheinen **Maßnahmen gegen die tatsächlichen Störer**, die aggressiven Festplatzbesucher, allerdings möglich; versprechen sie auch den notwendigen Erfolg? Maßgeblich ist, ob die Inanspruchnahme der Störer zu einem Schaden führt, der erkennbar außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg steht.<sup>254</sup> Hier könnte der Schaden, wie er durch Maßnahmen gegen die Festplatzbesucher verursacht würde, in krassem Missverhältnis stehen zu dem beabsichtigten Schutz der K.-Gruppe während der gesamten Dauer des Schützenfestes. Der von der Polizei durchzuführende größere Aufwand darf bei der Abwägung allerdings keine Rolle spielen. Aber nachdem feststand, dass auch das

<sup>249</sup> Prümm/Sigrist, Rn.246; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 6; Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I B 1 b

<sup>250</sup> s. dazu VG Schleswig NVwZ 2000, 464 f.

<sup>251</sup> vgl. Götz, Rn.196; Baller/Eiffler/Tschisch, § 13 Anm. 12; Lisken/Denninger-Denninger, E 63 ff

<sup>252</sup> VG Schleswig NVwZ 2000, 464/465

<sup>253</sup> BverwGE 45 S.51; Götz, Rn.243; Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Anm. 3

<sup>254</sup> Götz, Rn.244

Eintreffen des weiteren Einsatzzuges der Polizei zu keiner Beruhigung führte, war nicht mehr auszuschließen, dass die Aggression noch zunimmt sowohl durch weiteres Anwachsen der Zahl von unmittelbar gewaltbereiten Besuchern als auch durch mögliche Solidarisierung zunächst Unbeteiligter im Laufe von Auseinandersetzungen. Unter diesen Umständen erscheint die Annahme vertretbar, dass die K.-Gruppe nicht mehr wirksam für die weitere Dauer des Schützenfestes geschützt werden kann, zumal mit 40 Polizeibeamten nicht genügend Einsatzkräfte zur Verfügung standen, und dass es zu Gewalttätigkeiten mit nicht mehr überschaubaren Personen- und Sachschäden kommen würde.<sup>255</sup>

(3) Unter den gegebenen Umständen konnte die festgestellte Gefahr auch nicht durch die **Polizei** allein oder durch **andere Beauftragte** abgewehrt werden.

(4) Die Inanspruchnahme von K. und seinen Begleitern war ihnen ferner zumutbar, sie wurden dadurch weder einer zusätzlichen Gefährdung ausgesetzt noch wurden auf ihrer Seite **höherwertige Pflichten** verletzt.<sup>256</sup>

Die Inanspruchnahme von K. und seinen Begleitern war ausnahmsweise gemäß § 16 Abs.1 ASOG zulässig.

#### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Auch wenn sich aus dem Vorstehenden schon eine gewisse Indizwirkung für die Verhältnismäßigkeit ergibt, so muss die Maßnahme selbst auch in dem Maße verhältnismäßig sein, also dass hier die Platzverweisung allein **geeignet, erforderlich und angemessen** war, um der drohenden Gefahr zu begegnen, § 11 ASOG.

Entfernen sich K. und seine Leute, endet die unmittelbare Gefahrenlage; eine andere, weniger belastende Maßnahme ist auch nicht ersichtlich. Schließlich steht der Zweck der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zum angewandten Mittel: Schutz aller beteiligten Personen durch einen verhältnismäßig einfachen Eingriff in die Bewegungsfreiheit; die in der Platzverweisung liegende Freiheitsbeschränkung ist als geringer einzustufen im Verhältnis zu der sonst möglichen erheblichen und zahlreichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit.<sup>257</sup> Unverhältnismäßig ist auch nicht die Maßgabe für K. und seine Begleiter, den Ort innerhalb der gesetzten Frist von 5 Minuten zu verlassen, jedenfalls lässt der Sachverhalt nichts Gegenteiliges erkennen. Schließlich begegnet die Dauer des Betretungsverbotens keinen Bedenken, da es auf die Dauer des Schützenfestes begrenzt bleibt und sich insoweit allein an der gegenwärtigen Gefahrenlage ausrichtet.

#### d) Ermessensausübung

Hiernach sind Ermessensfehler nicht zu begründen.

#### Ergebnis:

Die Verweisung von K. und seinen Begleitern vom Festplatz und das Betretungsverbot für die Dauer des Schützenfestes sind rechtmäßig gemäß § 29 Abs.1 Satz 1 ASOG.

### Exkurs:

#### Anwendung von § 29 Abs.1 Satz 2 ASOG

Diese Vorschrift ist gegenüber Satz 1 eine **speziellere Form der Platzverweisung** für bestimmte Personen, wenn sie den Einsatz von Polizei, Feuerwehr oder Hilfs- und Rettungsdiensten behindern. Welche **Bedeutung** dieser Regelung zukommt, ist umstritten. Nach der einen Auffassung hätte es dieser Regelung nicht zwingend bedurft, da von den Personen regelmäßig eine konkrete Gefahr ausgehen wird.<sup>258</sup> Nach der gegenteiligen

<sup>255</sup> VG Schleswig NVwZ 2000, 464

<sup>256</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 16 Anm.8

<sup>257</sup> Der Sachverhalt könnte anders zu beurteilen sein, wenn z.B. auch das Versammlungs- und Demonstrationsrecht aus Art. 8 GG betroffen wäre.

<sup>258</sup> Prümm/Sigrist, Rn.246; missverständlich, aber wohl auch dieser Auffassung Liskén/Denninger-Rachor, F 445; ebenso Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. I B 2 a aa.

Auffassung ist die **störungsfreie Durchführung eines Einsatzes** allein noch kein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit, so dass sie Regelung notwendig wurde, um mit der speziellen Adressatenregelung auch wirklich alle Personen erreichen zu können.<sup>259</sup>

Als speziellere Regelung ist § 29 Abs.1 S.2 jedenfalls einfacher mit folgenden Tatbestandsmerkmalen anzuwenden:

- **Einsatz von Polizei, Feuerwehr oder Hilfs- und Rettungsdiensten,**
- **Behinderung des Einsatzes.**

Bei polizeilichen Maßnahmen auf Grund der StPO enthält § 164 StPO eine eigene spezielle Rechtsgrundlage gegen Störungen, die nicht nur eine Platzverweisung sondern letztlich auch die Festnahme gestattet. Wird die Polizei zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit tätig und wird sie dabei behindert, dann ist das ASOG anzuwenden. Die Behinderung des Einsatzes muss objektiv gegeben sein; es reicht nicht aus, wenn sich Polizeibeamte bei ihrem Einsatz nur gestört fühlen, z.B. durch Beobachtung.<sup>260</sup>

Speziell ist die **Adressatenregelung**; nach Satz 2 kann jede Person, die den bestimmten Einsatz behindert, angewiesen werden, den Ort zu verlassen und nicht mehr zu betreten. Auch diese Platzverweisung darf nur vorübergehend sein; alles andere wäre nicht verhältnismäßig. Größere Bedeutung wird in diesem Zusammenhang ferner dem Ausmaß der mit einer Platzverweisung verbundenen **Absperrung** von Orten zukommen, insbesondere wenn es sich um rein vorsorgliche Absperrungen bei Polizeieinsätzen handelt: Wird damit allein eine Arbeitserleichterung bezweckt,<sup>261</sup> entspricht das nicht der Erforderlichkeit, § 11 Abs.1 ASOG.<sup>262</sup>

## **C. Aufenthaltsverbot, § 29 Abs. 2 ASOG**

Ebenso wie die Platzverweisung beinhaltet ein Aufenthaltsverbot das **Gebot**, sich von einem bestimmten Ort zu entfernen, und das **Verbot**, einen bestimmten Bereich zu betreten. Im Unterschied zur (kurzfristigen) Platzverweisung ist das Aufenthaltsverbot aber sowohl auf einen längeren Zeitraum angelegt als auch auf einen größeren geografisch abgegrenzten Bereich innerhalb Berlins festgelegt. Ob hierin ein qualitativer oder lediglich quantitativer Unterschied liegt, ist umstritten.<sup>263</sup> Weitgehende Übereinstimmung besteht hingegen darin, dass mit einem Aufenthaltsverbot wegen der zeitlichen und räumlichen Ausdehnung in das Grundrecht auf **Freizügigkeit** eingegriffen wird, Art. 11 GG.<sup>264</sup> Freizügigkeit bedeutet, ungehindert durch staatliche Gewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt oder Wohnsitz nehmen zu können.<sup>265</sup> Dem (speziellen) Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs.2 GG und dem daraus folgenden Zitiergebot (Art. 19 Abs.1 Satz 2 GG) entsprechen die Einfügung des § 29 Abs.2 in das ASOG sowie die Ergänzung von § 66 ASOG.<sup>266</sup> Anfängliche Bedenken hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz eines Landes – nach Art. 73 Nr.3 GG gehört die Freizügigkeit eigentlich zur ausschließlichen Regelungsbefugnis des

<sup>259</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.8

<sup>260</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 1 Anm.19, s. auch zu § 38 Anm.9 – Filmen von Polizeieinsätzen.

<sup>261</sup> Vgl. die tagelange Absperrung bei Staatsbesuchen.

<sup>262</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 9

<sup>263</sup> OVG Bremen NVwZ 1999, 314; Lisken/Denninger-Rachor, F 453; Cremer NVwZ 2001, 1218.

<sup>264</sup> OVG Bremen aaO; Lisken/Denninger-Rachor, F 449; Berg/Knape/Kiworr § 29 Anm.II.A.2;

Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Rn.2; a.A. Götz NVwZ 1998, 683.

<sup>265</sup> St.Rspr. BVerfGE 2 S.266; E 43 S.203; E 80 S.137; s. auch bei Lisken/Denninger-Rachor, F 450 ff.

<sup>266</sup> Änderungsgesetz vom 11.5.1999 BlnGVBl. S.164; vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. II A 2; Cremer NVwZ 2001,1218.

Bundes – dürften zwischenzeitlich beseitigt sein; zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs.2 GG auch Bereiche aufzählt, die – wie der sog. Kriminalvorbehalt „um strafbaren Handlungen vorzubeugen“ – in die **Regelungszuständigkeit der Länder** fallen.<sup>267</sup>

**Sachverhalt (10): „Drogenszene Mauerpark“**

*Der Mauerpark ist als Umschlagplatz von Drogen bekannt; dessen Auswirkungen einzudämmen, wird von der Polizei immer wieder mit Schwerepunkteinsätzen und umfangreichen Kontrollen versucht. Bei einem solchen Einsatz wird gegen 18.00 Uhr der K., wie sich herausstellt ein holländischer Staatsangehöriger, einer Personenkontrolle unterzogen. K. wird auf den Zweck der Kontrollen hingewiesen; auf Fragen erklärt er, noch nie etwas mit Drogen zu tun gehabt zu haben. Im Übrigen sei ihm bekannt, dass jedenfalls Cannabis-Produkte keine verbotenen Betäubungsmittel seien. Seine Ausweisdaten werden auch in der Fahndungsdatei überprüft; es ergibt sich, dass gegen den K. in den letzten 5 Jahren insgesamt schon ein Dutzend Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz (Drogenbesitz, -Handel) eingeleitet wurden und auch zu mehrfacher Verurteilung geführt haben. Unabhängig davon wurde er wiederholt des Mauerparks verwiesen. Die anschließende Durchsuchung seiner Person führt zu keinen weiteren Erkenntnissen.*

*Die Polizei überlegt, den K. nicht bloß erneut des Platzes zu verweisen, sondern darüber hinaus dem K. sofort jeglichen Aufenthalt im und in der Umgebung des Mauerparks zu verbieten, und zwar für mindestens 3 Monate.*

***Prüfen Sie, ob die Polizei sofort gegen K. ein derartiges Aufenthaltsverbot erlassen kann!***<sup>268</sup>

**Vorbemerkung:**

Natürlich wären regelmäßig in einer Klausur auch die anderen, bereits erlassenen Maßnahmen zu prüfen. Insoweit soll jedoch hier auf Ausführungen verwiesen werden:

- hinsichtlich der IdF nach § 21 Abs.2 Nr.1 mit Begleiteingriffen und der Fahndungsabfrage gemäß § 28 Abs.1 S.2 siehe 1.Teil zu den Sachverhalten „Bahnhofskontrolle“ und „Farbschmierereien“;
- zur Befragung Sachverhalt „Die Suchaktion“;
- zur Durchsuchung siehe den kommenden 3.Teil („Durchsuchung und Sicherstellung“).

Die Aufgabe hier bezieht sich also allein auf die beabsichtigte Maßnahme eines Aufenthaltsverbotes.

**Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

**1. Eingriffshandlung**

Mit dem Aufenthaltsverbot wird in das Grundrecht auf Freizügigkeit, Art. 11 GG, eingegriffen. K. ist jedoch **Ausländer**, deren Freizügigkeit „nur“ durch Art. 2 Abs.1 GG geschützt wird.<sup>269</sup> Allerdings ist K. als Holländer auch **EU-Bürger**, so dass Art. 18 AEUV (auch Art 45) nicht nur zu beachten ist, sondern vorrangige und unmittelbare Geltung hat.<sup>270</sup> Hiernach gehört der „freie Personenverkehr“, die Freizügigkeit der EU-Bürger, zu den Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes, die grundsätzlich unterschiedslos

<sup>267</sup> OVG Bremen NVwZ 1999,314; Lisken/Denninger-Rachor, F 455; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.2; Cremer NVwZ 2001,1218; Hecker NVwZ 1999,261.

<sup>268</sup> Der Sachverhalt geht zurück auf 2 Urteile: VGH München NVwZ 2001,1291 und OVG Bremen NVwZ 1999,314

<sup>269</sup> Art. 11 GG ist ein sog. Deutschen-Recht; BVerwG NVwZ-RR 1997,317.

<sup>270</sup> EuGH Slg. 1963, I „vanGend&Loos“, Slg.1964, 1151 „Costa/ENEL“; BVerfGE 73 S.339 „Solange II“; E 89 S.155 Stellungnahme zum Maastricht-Vertrag

gewährleistet werden. Im Ergebnis heißt das hier, entweder den persönlichen Schutzbereich von Art. 11 GG auf EU-Bürger zu erweitern oder das gleiche Schutzniveau über Art. 2 Abs.1 GG zu garantieren.<sup>271</sup>

Da sich K. in Berlin im Schutzbereich des GG aufhält, wird mit dem Aufenthaltsverbot in sein Grundrecht eingegriffen.

## 2. Aufgabenzuweisung

Mit dem Aufenthaltsverbot sollen Gefahren für die öffentliche Sicherheit in Gestalt des Handels mit Betäubungsmitteln und seiner Folgewirkungen abgewehrt werden, bezogen auf den als Drogenumschlagplatz bekannten Mauerpark; gemäß § 1 Abs.3 ASOG hat die Polizei die besondere Aufgabe, an derartigen Kriminalitätsbrennpunkten vorbeugend Straftaten zu bekämpfen.<sup>272</sup>

## 3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage

Der Eingriff in Art. 11 GG kann nur durch ein spezielles Gesetz oder auf Grund eines speziellen Gesetzes erfolgen (s. Art. 19 Abs. 1 GG: Zitiergebot); bei EU-Ausländern kann sich dasselbe Schutzniveau in Anwendung von Art. 2 Abs.1 GG (und in Verbindung mit Art. 18 AEUV) ergeben. In jedem Fall muss die Befugnisnorm hinsichtlich des Eingriffszwecks (Beschränkung der Freizügigkeit) und seines Ausmaßes hinreichend bestimmt und begrenzt sein.<sup>273</sup> In Betracht kommt § 29 Abs.2 ASOG. Die Generalklausel des § 17 Abs.1 ASOG scheidet hingegen als Ermächtigung aus:

- zum einen wegen fehlender Bestimmtheit und Regelungsdichte,<sup>274</sup>
- zum anderen, weil es die ausdrückliche Regelung in § 29 Abs.2 als lex spec. gibt.<sup>275</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken könnten hinsichtlich der Regelungskompetenz des Landes Berlin bestehen, da Art. 73 Nr.3 GG ausdrücklich nur dem Bund die Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit überlassen hat. Der Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs.2 GG nennt andererseits auch solche Bereiche, die wiederum in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen, wie hier die präventive Verhinderung von Straftaten. Die überwiegende Meinung geht deshalb von einer **Verfassungsmäßigkeit** der Landes-Ermächtigungen aus.

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Die Ermächtigungsgrundlage erteilt nur der **Polizei** die Befugnis, ein Aufenthaltsverbot auszusprechen. (Abgesehen davon könnte hier die ausschließliche Zuständigkeit der Polizei über § 4 in Verbindung mit § 1 Abs.3 ASOG begründet werden.)

### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

#### a) allgemeine Vorschriften

Das Aufenthaltsverbot ist ein **befehlender Verwaltungsakt**, auf den die üblichen Verfahrensvorschriften Anwendung finden; das heißt, das Verbot kann auch mündlich erlassen und bekannt gegeben werden, §§ 37 Abs.2, 41, 43 VwVfG. Soweit die Schriftform gefordert wird,<sup>276</sup> ist das keineswegs zwingend. Die Schriftform ist zwar wünschenswert und sicher angebracht, wenn der Erlass eines Aufenthaltsverbotes auch bzw. in erster Linie durch die Ordnungsbehörden erfolgen soll (wie in anderen Landesgesetzen vorgesehen). Mit der ausschließlichen Kompetenz der Polizei wird jedoch gerade der sofortige Erlass als **unaufschiebbare** Maßnahme ermöglicht (mit der Wirkung des § 80 Abs.2 Nr.2 VwGO).<sup>277</sup>

<sup>271</sup> Schmidt/Seidel, S.272; zu unbestimmt Katz, Rn.784

<sup>272</sup> s. schon oben im 1.Teil zu Sachverhalt (2) „Erhöhte Streifenförmigkeit“.

<sup>273</sup> BVerfGE 42 S.1

<sup>274</sup> a.A. OVG Bremen NVwZ 1999,314 im Gegensatz zur Vorinstanz des VG Bremen

<sup>275</sup> Liskan/Denninger-Rachor, F 453 f.; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 16 Rn.22 f.

<sup>276</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. II A 3; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.16

<sup>277</sup> Insoweit kann auch das Zwangsgeld mündlich gleich mit angedroht werden (entsprechend dem Rechtsgedanken aus § 13 Abs.1 in Verbindung mit § 6 Abs.2 VwVG).

An die **Bestimmtheit des Verbotes** gemäß § 37 Abs.1 VwVfG sind gleichwohl höhere Anforderungen zu stellen: Das Gebiet ist genau zu umschreiben (am besten unter Verwendung von Lageskizzen), für welches das Aufenthaltsverbot gelten soll; dabei muss der Zugang zur Wohnung möglich bleiben, § 29 Abs.2 Satz 3 ASOG; und das Verbot muss zeitlich begrenzt sein. Um diese Bestimmtheit zu erreichen, erscheint eine **Anhörung** des K. gemäß § 28 Abs.1 VwVfG unerlässlich; es sei denn, der Betroffene gibt zu erkennen, dass er keine Angaben machen will, dann gilt § 28 Abs.2 Nr.1 VwVfG.

**a) Besondere Vorschriften**

Zwingende, besondere Durchführungsvorschriften sind nicht ersichtlich.

**Materielle Rechtmäßigkeit**

**6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Das Aufenthaltsverbot kann nur erlassen werden, wenn folgende **Tatbestandsmerkmale** erfüllt sind bzw. sich aus dem Sachverhalt begründen lassen:

- Verhütung von Straftaten,
- Tatsachen, welche die Annahme rechtfertigen für eine bevorstehende (erhebliche) Straftat,
- Betretungsverbot für ein bestimmtes Gebiet.

**a) Verhütung von Straftaten**

Das Aufenthaltsverbot ist insofern problematisch, als der Gesetzesvorbehalt in Art. 11 Abs.2 GG nicht jede Beschränkung der Freizügigkeit, sondern diese nur **unter ganz bestimmten Voraussetzungen** zulässt. Wegen der Intensität des Eingriffs kann somit nicht jede beliebige Straftat, die verhindert werden soll, für ein Aufenthaltsverbot herangezogen werden.<sup>278</sup>

Anlass für die Einfügung von § 29 Abs.2 in das ASOG ist vor allem die Bekämpfung der offenen Drogenszene („als Anlaufstelle zum Erwerb von Rauschgift“<sup>279</sup>), für die sich die Standard-Platzverweisung in der Praxis als letztlich wirkungslos erwiesen hat.<sup>280</sup> Daraus ist zu folgern, dass auch nicht jedes Drogendelikt zur Verhängung eines Aufenthaltsverbotes ausreicht, sondern notwendig ist, dass der fragliche Bereich bereits als **Schwerpunkt** von Drogenhandel und Drogenerwerb in Erscheinung getreten ist, mit allen Begleiterscheinungen wie Beschaffungskriminalität, Straßenverschmutzung, unter Umständen auch Prostitution und Bettelerei, und mit der Folge einer Kriminalitätsfurcht der dort wohnenden Bevölkerung.<sup>281</sup> Damit entspricht das Merkmal der Verhütung von Straftaten genau der Aufgabenzuweisung in § 1 Abs.3 ASOG zur vorbeugenden Bekämpfung von erheblichen Straftaten.

**Hier** besteht kein Zweifel, dass es sich um einen derartigen Bereich handelt, wenn im Sachverhalt von einem bekannten Drogenumschlagplatz die Rede ist.

**Anmerkung:**

Hiernach kommen Aufenthaltsverbote auch in anderen **Szene-Bereichen** in Betracht, die vergleichbare Strukturen aufweisen und eine begründete Kriminalitätsfurcht der Bevölkerung bewirken, z.B. an Treffpunkten von Hooligans oder Punks, wenn diese mit gewalttätiger Randalie verbunden sind; vorstellbar auch bei Orten mit aggressiver Bettelerei oder Prostitution (wenn das Verhalten als erheblich einzuordnen ist). Keineswegs sind aber Aufenthaltsverbote gerechtfertigt, wenn sich Passanten lediglich belästigt fühlen oder Gewerbetreibende durch unattraktives Äußeres, Alkoholkonsum oder Auftreten von Obdachlosen, Nichtsesshaften beeinträchtigt fühlen.<sup>282</sup>

<sup>278</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. II B 2.; Alberts NVwZ 1997,45.

<sup>279</sup> OVG Bremen NVwZ 1999, 314; vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 446.

<sup>280</sup> S. die Amtliche Begründung zum Änderungsgesetz von 1999

<sup>281</sup> vgl. BverwGE 6 S.173, wonach Art.11 ein Recht der Gemeinschaft gibt auf einen Schutz der lebenswichtigen Belange.

<sup>282</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 463; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 16 Rn.24; Albertz NVwZ 1997,45.

### **b) Tatsachen für die Annahme einer bevorstehenden erheblichen Straftat**

Tatsachen sind zwar objektive, tatsächlich vorhandene und nachweisbare Umstände eines Falles;<sup>283</sup> sie ermöglichen auch die Prognose, dass die betroffene Person eine Straftat in dem fraglichen Bereich begehen wird. Verlangt wird aber nicht das Vorliegen einer konkreten Gefahr (im Sinne von § 17 Abs.1 ASOG, also hier die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts), sondern es genügt bereits der **Verdacht auf eine derartige Gefahr** mit der Maßgabe, dass hier ausnahmsweise nicht nur die weitere Aufklärung sondern schon die Abwehrmaßnahme selbst zulässig wird.<sup>284</sup> Immerhin ist eine **Einzelfallbetrachtung** erforderlich; pauschale Verbote oder Allgemeinverfügungen, gerichtet an alle der örtlichen Szene angehörenden Personen, sind unzulässig.<sup>285</sup> Die bloße Anwesenheit von Personen ist ebenfalls nicht relevant.<sup>286</sup> Die tatsächlichen Anhaltspunkte müssen sich auf die **Begehung einer Straftat** beziehen. Auch wenn § 29 Abs.2 ASOG keine besonderen Anforderungen an die Qualität einer solchen Straftat stellt, so ergibt doch die Auslegung die schon oben erwähnte Feststellung, dass es sich um schwerwiegendere Straftaten handeln muss;<sup>287</sup> Bagatelldelikte scheiden damit aus, es sei denn, es liegt eine Qualifizierung gemäß § 17 Abs.3 ASOG vor, z.B. die Erheblichkeit eines gewerbs- oder bandenmäßig betriebenen Diebstahls zu Lasten der umliegenden Geschäfte.<sup>288</sup>

Anhaltspunkte wären dann zumindest das Mitführen von Tatwerkzeugen, das äußere Erscheinungsbild der Person und/oder die Existenz eines einschlägigen Vorstrafenregisters.<sup>289</sup> Die offene Drogenszene wird als erhebliche Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit angesehen;<sup>290</sup> fraglich ist insoweit der einzelne Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz. Die justiziellen Reaktionen auf der Grundlage von Straf- und Strafprozessrecht sprechen eher für eine Geringfügigkeit der einzelnen Delikte in der Drogenszene.<sup>291</sup> In diesem Bereich werden Tatsachen, welche die Annahme einer bevorstehenden, entsprechend qualifizierten Straftat rechtfertigen sollen, **regelmäßig dann gegeben** sein, wenn die betroffene Person

- in der Vergangenheit bereits wegen einschlägiger Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt wurde,<sup>292</sup>
- bei der Kontaktaufnahme zu Zwecken des Drogenhandels oder Drogenerwerbs beobachtet werden konnte<sup>293</sup> und
- frühere Platzverweisungen keine Wirkung gezeigt haben.<sup>294</sup>

Die Qualifizierung der bevorstehenden Straftat liegt also in der **Wiederholung** des abgestraften Delikts durch die betreffende Person.

**Im vorliegenden Fall** erfüllt K. diese Anforderungen, er ist schon mehrfach wegen Straftaten nach dem BtMG verurteilt und wiederholt des Platzes verwiesen worden. Unschädlich ist es dann, wenn K. zum jetzigen Zeitpunkt weder Anzeichen für eine unmittelbare Anbahnung von Drogengeschäften aufweist noch überhaupt entsprechende Drogen bei sich hat. Notwendig ist gerade nicht das Vorhandensein der Gefahr, sondern es genügt der Verdacht, gestützt auf die frühere Verurteilung und Verweisung. Die Tatsache, dass er im Mauerpark

<sup>283</sup> s. schon oben zu § 18 Abs.3 (1.Teil); Prümm/Sigrist, Rn.142; Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. II B 1.

<sup>284</sup> s. oben zu § 18 Abs.1 S.2 (1.Teil); Pieroth/Schlink/Kniesel, § 16 Rn.25; Lisken/Denninger-Rachor, F 462.

<sup>285</sup> OVG Bremen NVwZ 1999,314; VGH Mannheim NVwZ 2003, 113; VGH München NVwZ-RR 1997,225; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.11

<sup>286</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 467, insbes. dort mit FN 626; a.A. OVG Münster NVwZ 2001,459.

<sup>287</sup> So ausdrücklich § 36 Abs.2 SOG LSA; s. aber VG Hamburg NVwZ-RR 2012, 274

<sup>288</sup> Prümm/Sigrist, Rn.246; Lisken/Denninger-Rachor, F 464

<sup>289</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 462

<sup>290</sup> OVG Bremen NVwZ 1999,314/317; VGH Mannheim NVwZ-RR 1998,428 und 1997,225; OVG Münster NVwZ 2001,459.

<sup>291</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 447 u. 476; VG Stuttgart NVwZ-RR 1996,390; a.A. VGH Mannheim NVwZ-RR 1997,225

<sup>292</sup> VG Göttingen NVwZ-RR 1999,169; Dürig in Maunz/Dürig, Art.11 Rn.81.

<sup>293</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2000,454 hält schon das für ausreichend.

<sup>294</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.11



erneut angetroffen wird, erlaubt dann die ausreichende **Prognose** einer bevorstehenden Straftat gegen das BtMG. Allerdings wird diese Annahme weiter gestützt durch seine wahrheitswidrige Erklärung, bislang nichts mit Drogen zu tun gehabt zu haben, und seine irriige Auffassung über verbotene Cannabisprodukte.

### c) **Betretungsverbot für ein bestimmtes Gebiet**

Nach dem Sachverhalt wird keine weitere Platzverweisung angestrebt, sondern ein mindestens 3monatiges Betretungsverbot. Dieses Verbotsgelbiet muss „innerhalb von Berlin“ liegen, also regelmäßig nur einen Teil der Stadt umfassen.<sup>295</sup> In jedem Fall muss die räumliche Abgrenzung genau festgelegt werden, z.B. durch Kennzeichnung des Verbotsgelbietes, hier Mauerpark und Umgebung, in einem Lage- oder Stadtplan. Der Betroffene muss erkennen können, was von ihm präzise verlangt wird; nur dann ist das Aufenthaltsverbot auch eine klare Grundlage für die etwaige Durchsetzung oder Vollstreckung. Hierbei ist die Wohnung des Betroffenen bzw. ein zumutbarer Zugang ausdrücklich gemäß § 29 Abs.2 S.3 ASOG zu berücksichtigen.<sup>296</sup> Welche weiteren persönlichen Interessen des Betroffenen unter Umständen zu beachten sind, kann sich nur aus der unbedingt erforderlichen **Anhörung** ergeben, deren Zweck hier in der möglichen begrenzenden Wirkung auf den VA zu sehen ist.<sup>297</sup>

**Ergebnis:** Unter Beachtung der genauen Ortsbestimmung ist die Handlungsbefugnis für ein Betretungsverbot des K. zu bejahen.

## 7. **Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

### a) **Entscheidungsermessen**

Die Ermächtigungsgrundlage räumt der Polizei einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Ausübung der Handlungsbefugnis ein („kann untersagen“). Eine größere Verpflichtung zum Handeln ergibt sich aus dem Schutz bedeutsamer Rechtsgüter. Die Bejahung eines Kriminalitätsbrennpunktes bzw. die Aufgabenstellung der Verhütung von Straftaten vermögen allein das Ermessen noch nicht zu reduzieren, ebenso wenig der mögliche, bevorstehende Verstoß gegen das BtMG. Vertretbar ist es jedoch, die den Strafbestimmungen als besonders schützenswertes Rechtsgut zugrunde liegende Gesundheit der Bevölkerung als bedeutsam heranzuziehen und daraus eine **Verpflichtung** der Polizei zum Handeln abzuleiten.

### b) **Adressat**

Der Personenkreis, der für ein Aufenthaltsverbot in Betracht kommt, **unterscheidet** sich auch in der Rechtsprechung (und entspricht den unterschiedlichen Auffassungen zur Qualifizierung der drohenden Straftat): Das geht von allen Mitgliedern der Drogenszene, also auch des einfachen Drogenabhängigen,<sup>298</sup> über den „harten Kern“<sup>299</sup> bis zum Intensivdealer.<sup>300</sup> Nach dem Wortlaut von § 29 Abs.2 ASOG kommt als Adressat des Aufenthaltsverbotes **nur die Person** in Betracht, von der die Verübung einer entsprechenden Straftat angenommen wird.<sup>301</sup> Diese bewirkt auch die weitere Qualifizierung der Person: Dealer und drogenabhängige Konsumenten müssen eben schon mehrfach aufgefallen, verurteilt und des Platzes verwiesen worden sein. Insoweit kann es dann allerdings alle Mitglieder der Drogenszene treffen, auch „einfache“ Drogenabhängige, sofern die Intensität ihrer Abhängigkeit in ausreichendem Maße gerichts- und aktenkundig ist. **Hier** ist K der richtige Adressat, da er bereits mehrfach verurteilt und des Platzes verwiesen wurde.

<sup>295</sup> Ausnahmsweise kann das gesamte Stadtgebiet betroffen sein, wenn der Betroffene dort nicht wohnhaft ist, OVG Lüneburg NVwZ 2000,454; s. aber Lisken/Denninger-Rachor, F 457.

<sup>296</sup> Außerdem die mögliche Teilnahme an Versammlungen, aaO Satz 4; vgl.Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm. 13.

<sup>297</sup> vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 460 f.; Cremer NVwZ 2001,1218; Baller/Eiffler/Tschisch, § 29 Anm.14.

<sup>298</sup> vgl. VG Stuttgart NVwZ-RR 1996,390

<sup>299</sup> OVG Bremen NVwZ 1999,314

<sup>300</sup> OVG Hamburg, s.bei Cremer NVwZ 2001,1218

<sup>301</sup> vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, § 16 Rn.26; Lisken/Denninger-Rachor, F 466.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das beabsichtigte Aufenthaltsverbot muss geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Schon die **Eignung** eines derartigen Verbotes zur Abwehr der prognostizierten Drogengefahr ist umstritten, soweit dieser Maßnahme nur ein Verdrängungseffekt zukommt und das eigentliche Ziel der Verhütung von Straftaten gar nicht erreicht wird.<sup>302</sup> In der Rechtsprechung wird das Aufenthaltsverbot damit gerechtfertigt, dass zumindest der Rauschgifthandel erschwert wird.<sup>303</sup>

Das Verbot ist nur dann **erforderlich**, wenn die Polizei keine andere, gleich wirksame, aber die Grundrechte des Betroffenen weniger einschränkende Maßnahme wählen kann.<sup>304</sup> Das heißt, dass die Polizei zunächst auch alle eigenen Mittel ausschöpfen muss, um die Straftat zu verhindern, z.B. durch weitere polizeiliche Präsenz an derartigen Kriminalitätsbrennpunkten; das Aufenthaltsverbot darf also nicht lediglich der erleichterten Aufgabenerfüllung durch die Polizei dienen.<sup>305</sup> Das Verbot ist ferner auf den „zeitlich und örtlich auf den zu Verhütung von Straftaten erforderlichen Umfang zu beschränken“, § 29 Abs.2 Satz 2 ASOG; zu den möglichen Ausnahmen s. schon zum Tatbestandsmerkmal des Verbotgebietes.<sup>306</sup> Zur Frage der **zeitlichen Dauer** eines Aufenthaltsverbotes in der Drogenszene ergeben sich ebenfalls Unterschiede, sie reichen von der gesetzlichen Festlegung auf 14 Tage (§ 36 Abs.2 SOG LSA)<sup>307</sup> und 3 Monaten (§ 21 Abs.2 Satz 1 Sächs.PolG)<sup>308</sup> bis zur gerichtlichen Bestätigung von 6 Monaten<sup>309</sup> und sogar von 12 Monaten.<sup>310</sup> Mit drei Monaten bliebe **hier** das vorgesehene Aufenthaltsverbot sozusagen im mittleren Zeitbereich und insoweit als erste Verhängung auch akzeptabel, zumal alle vorangehenden Platzverweisungen offensichtlich keine nachhaltigen Wirkungen zeigen.

Die **Angemessenheit** eines Aufenthaltsverbotes wird schon im Hinblick auf die tatsächlich mit ihm verbundene Erleichterung polizeilicher Arbeit bezweifelt; aber ebenso wegen seines **Ersatzcharakters**: An ein Aufenthaltsverbot wird nur gedacht, wenn strafprozessuale Maßnahmen keine hinreichende Abhilfe schaffen können.<sup>311</sup> Hierauf ist zu antworten, dass Gefahrenabwehr und Strafverfolgung unterschiedliche Ziele nach unterschiedlichen Prinzipien verfolgen, was nicht ausschließt, dass sie sich ergänzen. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass die Rauschgiftkriminalität auch in offenen Drogenszenen grundsätzlich nicht so gewichtig ist, um einen Eingriff in die Freizügigkeit zu rechtfertigen.<sup>312</sup> Dieses Argument richtet sich eigentlich schon gegen eine Bejahung des Tatbestandes der Ermächtigungsgrundlage. Wird dem aber nicht gefolgt, die Handlungsbefugnis also zugelassen, dann greift auch die folgende Überlegung: Wenn – wie im vorliegenden Fall – die betroffene Person eine entsprechend qualifizierte Straf-Vergangenheit aufzuweisen hat und andere Maßnahmen nichts bewirkt haben, dann erscheint der Eingriff in sein Aufenthaltsrecht auch nicht außer Verhältnis, § 11 Abs.2 ASOG.<sup>313</sup>

### d) Ermessensausübung

Werden die aufgezeigten Grenzen bei der beabsichtigten Verhängung des Aufenthaltsverbotes eingehalten, dann sind auch insgesamt keine Ermessensfehler ersichtlich.

<sup>302</sup> So die Kritik von Lisken/Denninger-Rachor, F 468 f.

<sup>303</sup> OVG Bremen NVwZ 1999,314; VGH München NVwZ 2000,454.

<sup>304</sup> BVerfGE 67 S.157; 30 S.292.

<sup>305</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 29 Anm. II C 1.; besonders kritisch Lisken/Denninger-Rachor, F 473.

<sup>306</sup> Vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 477.

<sup>307</sup> In sonstigen Fällen allerdings nur 4 Tage!

<sup>308</sup> VG Leipzig NVwZ 2001,1317

<sup>309</sup> OVG Bremen NVwZ 199,314; VG Göttingen NVwZ-RR 1999,169; OVG Münster NVwZ 2001,459; OVG Lüneburg NVwZ 2000,454.

<sup>310</sup> VGH München NVwZ 2000,454; s. auch Prümm/Sigrist, Rn.246.

<sup>311</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 475

<sup>312</sup> Lisken/Denninger-Rachor, aaO

<sup>313</sup> Schmidt/Seidel, S.274

**Ergebnis:** Gegenüber K. kann ein Aufenthaltsverbot gemäß § 29 Abs.2 ASOG von 3 Monaten erlassen werden.

**Anmerkung:**

Für **andere Szenebereiche** können dieselben Anforderungen gelten (siehe schon zu Punkt 6a), insbesondere also entsprechende Vor-Verurteilungen der betroffenen Person; die Rechtsprechung ist dazu allerdings sehr widersprüchlich:

- zur **Hütchenspielerszene**: als erhebliche Straftat nur über die Annahme eines erheblichen Betruges einzustufen (§ 100a Abs. 2 Nr. 1n); VG Frankfurt bemängelt jedenfalls die fehlende Rechtsgrundlage;<sup>314</sup>
- zur **rechtsradikalen** Gewaltszene: VG Leipzig bestätigt ein Aufenthaltsverbot (ohne Strafvergangenheit des Betroffenen).<sup>315</sup>

**Exkurs:**

**Wegweisung und Betretungsverbot, § 29 a ASOG**  
**(„Häusliche Gewalt“)**

Mit § 29a ASOG wird das sog. **Gewaltschutzgesetz** vom 11.12.2001 ergänzt.<sup>316</sup> Das Gewaltopfer soll in aller Ruhe überlegen, auf der Grundlage eines Betretungsverbotes und dem Überlassen der Wohnung (Wegweisung),<sup>317</sup> ob es mit dem Gewalttäter weiter zusammen leben oder den gerichtlichen Schutz vor Gewalt erreichen will. Das Gesetz enthält keine Ermächtigung für die polizeilichen Maßnahmen, mit dem Handeln der ausschließlich zuständigen Polizei soll das gerichtliche Verfahren ermöglicht werden. Es handelt sich also um einen speziellen Schutz privater Rechte (zur Geltendmachung vor Gericht), hier allerdings ohne Rückgriff auf die Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 4 ASOG; insofern bleibt es bei der allgemeinen Aufgabenzuweisung des § 1 Abs. 1, es sei denn § 1 Abs. 3 ASOG kommt in Betracht, wenn erheblichen Straftaten des Gewalttäters entgegengewirkt werden soll. Das Betretungsverbot endet spätestens 14 Tage nach seiner Anordnung oder mit ablehnender Entscheidung des Gerichts, § 29a Abs. 3 ASOG; im Falle einer unzweifelhaften Versöhnung von Opfer und Täter sind die Maßnahmen aufzuheben bzw. als (rechtmäßige) VA zu widerrufen, § 49 VwVfG.<sup>318</sup>

**Sachverhalt (10a): „Treppensturz“**

*Der 40jährige J. „pflegt“ enge Kontakte zu Kneipen in seiner Nachbarschaft, wo er sich in steter Regelmäßigkeit „voll laufen“ lässt. Zu Hause tobt er sich dann ebenso regelmäßig lautstark aus; seine inzwischen 80jährige Mutter M. versucht genauso regelmäßig ihn zu beschwichtigen, vor allem im Interesse der Nachbarn. Seine „Antwort“ fällt zunehmend handgreiflicher ihr gegenüber aus. In letzter Zeit hat er die Mutter heftig geschlagen, die jedoch niemals einen Strafantrag gegen ihren Sohn gestellt hat.*

*In der letzten Nacht kam er wieder betrunken heim, tobte, drohte und schrie. Als die um die Nachtruhe der Nachbarn besorgte Mutter vorsichtig um Ruhe bat, ergriff er sie und stieß sie die Treppe hinunter, wobei sie schwere Verletzungen erlitt. Nachbarn alarmierten die Polizei. Welche Maßnahmen gegenüber dem J. kommen hier in Betracht?<sup>319</sup>*

---

<sup>314</sup> NVwZ-RR 2002,575

<sup>315</sup> NVwZ 2001,1317

<sup>316</sup> Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen. BGBl. 2001 I S. 3513; vgl. BverfG NJW 2002 S. 2225; vgl. Baller/eiffler/Tschisch, § 29a Rn.1

<sup>317</sup> Bei Abwesenheit des Täters kommt nur das Betretungsverbot in Betracht.

<sup>318</sup> Beruhen die Maßnahmen auf einer unzutreffenden Gefahrenprognose, z.B. auf Grund der Falschaussage des Opfers, sind die insoweit rechtswidrigen VA zurückzunehmen, § 48 VwVfG.

<sup>319</sup> Der Fall beruht auf W.Kay, Wohnungsverweisung – Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt, NVwZ 2003 S. 521

### **Vorbemerkungen:**

Es handelt sich hier um eine „offene“ Fragestellung: Verdacht auf Straftaten ist bei J. sicherlich gegeben, erkennbar geht es dem Sachverhalt aber nicht um die „Verfolgung“ und Durchführung allseits bekannter strafprozessualer Maßnahmen, sondern um die Prävention, die Abwehr entsprechender Gefahren. In Betracht kommen dabei verschiedene Maßnahmen nach dem ASOG: die Platzverweisung, § 29 I, scheidet aus, da sie nur kurzfristig wirkt („vorübergehend“); das Aufenthaltsverbot nach § 29 II ebenfalls, da die eigene Wohnung des Gewalttäters betroffen ist; für den Gewahrsam gemäß § 30 I Nr.1 und 2 fehlt es an notwendigen Einzelheiten; bleibt nur als langfristige Lösung eine Anwendung von § 29 a ASOG.

**Ergänzende** Maßnahmen werden nach dem Wortlaut von § 29a ASOG ausdrücklich zur Durchsetzung der Wegweisung oder des Betretungsverbot zugelassen, Abs. 1 Satz 3 ist insoweit aber keine Ermächtigungsgrundlage,<sup>320</sup> in Betracht kommen die Sicherstellung des Hausschlüssels (§ 38 Nr. 1), das Auswechseln des Schließzylinders (§ 17 I) sowie die Durchsuchung (§ 34 I Nr.1, § 35 I Nr. 1 und 3 ASOG). Ebenso ist der Begleiteingriff des Betretens auf § 36 I Nr. 3 ASOG zu stützen. Dem Betroffenen muss Gelegenheit gegeben werden, dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs mitzunehmen, z.B. Kleidung, Hygieneartikel, Ausweise, Bargeld, Medikamente (GdV!); u.U. kann das auch nachgeholt werden (in Begleitung). Zusätzliche Kontakt- und Annäherungsverbote können auf § 17 Abs. 1 ASOG gestützt werden.<sup>321</sup>

Im Folgenden soll nur die Wegweisung des J. und das entsprechende Betretungsverbot gemäß § 29a ASOG geprüft werden.

## **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

### **1. Eingriffshandlung**

Mit Wegweisung des J. aus der gemeinsamen Wohnung und dem Betretungsverbot kann in mehrere Grundrechte eingegriffen sein; in Betracht kommen Art. 11 (Freizügigkeit), 13 (Privatheit der Wohnung), 14 (Eigentum) GG.<sup>322</sup> Im Vordergrund steht hier der beabsichtigte **Eingriff in Art. 11 GG** als das Grundrecht, seinen Aufenthaltsort frei wählen zu können (soweit andere Grundrechte „berührt“ sind, sozusagen als Nebenfolge, ist dem beim GdV Rechnung zu tragen).

### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie ergibt sich aus § 1 Abs. 1 ASOG, da die Ausnahmeregelungen der Abs. 3 bis 5 nicht gegeben sind.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Als Ermächtigung kommt § 29 a Abs. 1 ASOG in Betracht:

- für die Verweisung aus der Wohnung Satz 1,
- für das Betretungsverbot Satz 2.

## **Formelle Rechtmäßigkeit**

### **4. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit für die Maßnahmen gemäß § 29 a ASOG liegt ausschließlich bei der Polizei (s. Wortlaut).

### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

#### **a) Allgemeine Verfahrensvorschriften**

<sup>320</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 29a Rn. 8

<sup>321</sup> einschränkend Baller/Eiffler/Tschisch, aaO, wo § 29a Abs. 1 Satz 3 als Ermächtigung für alle Maßnahmen gelten soll, die auch vom Gericht gemäß § 1 Abs. 1 GewSchG getroffen werden können.

<sup>322</sup> Zu Art. 13 und 14 s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 29a Rn. 4

Verweisung und Betretungsverbot sind Verwaltungsakte (VA), auf welche die Vorschriften des VwVfG Anwendung finden, d.h. dass beide Maßnahmen dem J. bekannt gegeben werden müssen, um wirksam zu werden, §§ 41, 43 VwVfG. Die nach § 37 Abs. 1 VwVfG notwendige Bestimmtheit richtet sich danach, welchen inhaltlichen Umfang die Maßnahmen haben sollen (erfasst werden können nach § 29 a Abs. 1 der unmittelbare Wohnungsbereich sowie alle Orte, an denen sich das Opfer regelmäßig aufhält, z.B. hier die Mutter zum Einkauf). Um herauszufinden, welche Dinge der Täter benötigt, ist sicher seine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich.

#### **b) Besondere Verfahrensvorschriften**

Besonders zu beachten ist § 29 a Abs. 2 ASOG: Verlangen einer Adresse oder Zustellungsanschrift des Betroffenen, Übermittlung an das Opfer.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zur Feststellung der Handlungsbefugnis aus § 29a Abs. 1 ASOG müssen sich folgende Tatbestandsmerkmale mit den Angaben aus dem Sachverhalt begründen lassen:

- Wohnung des Täters,
- belegbare Tatsachen
- für die Annahme einer Gefahr für Körper, Gesundheit oder Freiheit des Opfers,
- Gewaltopfer ist Mitbewohner derselben Wohnung,
- Erforderlichkeit.

#### **a) Wohnung des Täters**

Der Sachverhalt sagt dazu nichts Genaues, er ergibt aber nur Sinn, wenn der J. zumindest als Mitbewohner der Wohnung aufgefasst wird. Nicht notwendig ist, dass der Täter auch Eigentümer oder Inhaber der Wohnung ist

#### **b) belegbare Tatsachen**

Hierzu gehört nach dem Wortlaut der Vorschrift insbesondere ein vorangegangener tätlicher Angriff zur Rechtfertigung. Der Sachverhalt selbst spricht von Handgreiflichkeiten und Schlägen des J. gegen seine Mutter (so dass es auf irgendwelche Zeugenaussagen nicht ankommt, auch wenn sie wahrscheinlich sind).

#### **c) Annahme einer entsprechenden Gefahr**

Als betroffene Schutzgüter kommen ausschließlich „Körper, Gesundheit oder Freiheit“ des Opfers in Betracht; hier spricht der Sachverhalt von schweren Verletzungen, also sind Körper und Gesundheit der Mutter betroffen.

Die Gefahr definiert sich als hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt an den Schutzgütern. Regelmäßig lässt sich diese Wahrscheinlichkeit bei Serielikten als Wiederholungsgefahr begründen, wofür der gesetzliche Hinweis auf einen vorangegangenen tätlichen Angriff spricht. Hier lässt der Sachverhalt die Wahrscheinlichkeit weiterer Angriffe auf die Mutter erkennen.

#### **Anmerkung:**

Bei der Gefahrenprognose bleibt ein entgegenstehender Wille des Opfers grundsätzlich unbeachtlich; auch ein anschließendes ruhiges und besonnenes Verhalten des Täters lässt nicht ohne Weiteres den Schluss zu, dass die Gefährlichkeit der Situation entfallen ist.<sup>323</sup> Je bedeutsamer das bedrohte Rechtsgut umso geringer dann die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit.

Die relevante Gewaltanwendung kann auch auf dem Weg nach Hause oder – wie hier - vor der gemeinschaftlichen Wohnung stattgefunden haben, ebenso möglich in einer Nachbarwohnung, sofern sich dazu eine häusliche Beziehung ergibt.

<sup>323</sup> VG Gelsenkirchen NWVBl. 2002 S. 361

#### **d) Gewaltopfer als Mitbewohner**

Für die Mutter gilt das schon zum Täter Gesagte; der Fall macht nur Sinn, wenn die Mutter zumindest Mitbewohnerin ist.

#### **e) Erforderlichkeit**

Sie ist als Kriterium des GdV gemäß § 11 Abs. 1 ASOG zu beurteilen, d.h. Wegweisung und Betretungsverbot müssen die geringstmögliche Belastung für J. darstellen, um die Mutter zu schützen. Da der Sachverhalt selbst von zunehmenden Handgreiflichkeiten spricht, die beim gemeinsamen Wohnen also immer wieder stattfinden können, erscheint die – zumindest zunächst - zeitweise Trennung der Wohngemeinschaft als das mildeste Mittel, um den gerichtlichen Schutz zu ermöglichen.

Insoweit gehört auch die zu bemessende Dauer der Maßnahmen zur Erforderlichkeit. Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, ob eine geringere Frist als die genannten 14 Tage hier erforderlich ist.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

Die Vorschrift räumt einen grundsätzlichen Ermessensspielraum ein (trotz der an sich schon bestehenden bedeutsamen Rechtsgutgefährdung); hier erscheint eine Reduzierung vertretbar auf Grund der im Sachverhalt erwähnten schweren Körperverletzungen der Mutter.

#### **b) Adressat**

Grundsätzlich kommt jeder gewalttätige Mitbewohner als Adressat in Betracht, auch derjenige, der sich längerfristig in der Wohnung aufhält (Besuch, Freunde).<sup>324</sup>

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Zur Erforderlichkeit s. zur Tatbestandsmäßigkeit. Die Maßnahmen sind geeignet, wenn sie den Erfolg herbeiführen können, hier geben sie der Mutter die Möglichkeit, den gerichtlichen Schutz zu erreichen, ohne weiter mit Gewalt bedroht zu werden.

Die Feststellung der Angemessenheit beruht auf einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter. Auf der einen Seite geht es um den Schutz der Mutter vor schweren Körperverletzungen und der gesundheitlichen Beeinträchtigung; auf der Seite des Opfers wird in sein Grundrecht auf Freizügigkeit eingegriffen, deshalb ist die Verhältnismäßigkeit besonders eingehend zu prüfen.<sup>325</sup> Hier ist es zu erheblichen Verletzungen der Mutter gekommen, dabei hätte der Treppensturz noch größere Folgen haben können. Unter diesen Umständen sind Wegweisung und Betretungsverbot für den Sohn als Mitbewohner nicht außer Verhältnis.

#### **d) Ermessensausübung**

Die Maßnahmen sind noch nicht erlassen, werden die oben angeführten Punkte bei Erlass dann beachtet, ergeben sich keine Ermessensfehler.

### **Ergebnis:**

Die beabsichtigten Maßnahmen gemäß § 29a ASOG können rechtmäßig erlassen werden.

#### **Anmerkung:**

Wenn das Rückkehr- und Betretungsverbot erst später ausgesprochen wird, handelt es sich nicht mehr um eine „unaufschiebbare“ Maßnahme der Polizei im Sinne von § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO, wonach ein Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hätte. Das heißt, in diesem Fall ist die „sofortige Vollziehung“ der Maßnahme gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO anzuordnen, um dieselbe Wirkung zu erzielen.

<sup>324</sup> s. auch zum Tatbestandsmerkmal des Mitbewohners

<sup>325</sup> s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 29a Rn. 9; Kay, NVwZ 2003 S. 521/524

## D. Gewahrsam, § 30 ASOG

Der Gewahrsam gehört zu den intensivsten polizeilichen Standardeingriffen. Mit dem Gewahrsam<sup>326</sup> wird einer Person zur Gefahrenabwehr die Freiheit entzogen, d.h. jemand wird in einem **bestimmten, eng umgrenzten Raum** festgehalten und daran gehindert, sich fortzubewegen; polizeilicher Gewahrsam ist immer eine **Freiheitsentziehung**, mit der in das Grundrecht aus Art. 2 Abs.2 Satz 2 GG (in Verbindung mit Art. 104 GG) eingegriffen wird.<sup>327</sup> Auch wenn der Gewahrsam regelmäßig in dafür vorgesehenen Hafträumen durchgeführt wird, kommen auch andere Räumlichkeiten für einen Gewahrsam in Betracht, z.B. Polizeifahrzeuge<sup>328</sup> oder Krankenzimmer und im Freien sog. Polizeikessel.<sup>329</sup> Es muss sich dabei „nur“ um einen **allseitigen Ausschluss** der Bewegungsfreiheit handeln.<sup>330</sup> Der Unterschied zur Freiheitsbeschränkung ist gradueller Art und bestimmt sich nach der **Intensität des Eingriffs** und ihrer Gewichtung.<sup>331</sup> Maßgeblich ist, ob sich der Eingriff in die Bewegungsfreiheit

- als kurzfristige Nebenfolge einer anderen Maßnahme unterordnet, dann ist sie (als Freiheitsbeschränkung) nicht zu beachten<sup>332</sup> oder
- nach dem Zweck als eigene Maßnahme darstellt, dann handelt es sich um eine Freiheitsentziehung, selbst wenn das Festhalten nur kurzfristig ist,<sup>333</sup> aber auch dann, wenn das Anhalten (zunächst als Freiheitsbeschränkung) länger dauert und dadurch eine neue, eigene Bedeutung erhält.<sup>334</sup>

Die Unterscheidung zwischen einer Beschränkung und einer Entziehung der Freiheit ist bedeutsam für die Frage, wann gemäß Art. 104 Abs.2 GG nur der **Richter im Einzelfall** über Zulässigkeit und Fortdauer eines Gewahrsams als Freiheitsentziehung zu entscheiden hat. Die gesetzliche Grundlage für den polizeilichen Gewahrsam bildet **§ 30 ASOG**:

- zum Schutz des Betroffenen gegen Leibes- oder Lebensgefahr („**Schutzgewahrsam**“), Abs.1 Nr.1,<sup>335</sup>
- zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden oder fortgesetzten Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat („**Sicherheitsgewahrsam**“<sup>336</sup>), Abs.1 Nr.2;
- zur **Durchsetzung** von Platzverweisungen, Aufenthaltsverboten und Maßnahmen nach § 29a ASOG, Abs.1 Nr.3;<sup>337</sup>
- zur Durchsetzung bestimmter **privater Rechte**, Abs.1 Nr.4,<sup>338</sup>
- zur Rückführung entlaufener **Minderjähriger** („Schutz der Personensorge“), Abs.2;<sup>339</sup>

<sup>326</sup> andere Bezeichnung auch „Verwahrung“, BVerwGE 45 S.51.

<sup>327</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.1 m.w.N.; Lisken/Denninger-Rachor, F 485.

<sup>328</sup> OVG Bremen NVwZ 1987, 236; Gewahrsamnahme, Transport und Verwahrung in einem Haftraum bilden andererseits einen einheitlichen Vorgang, BVerwGE 62 S.317; vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 31 Anm. I B 4.

<sup>329</sup> VG Berlin NVwZ-RR 1990,457; Lisken/Denninger-Rachor, F 484.

<sup>330</sup> Gusy, Rn.247; Gusy NJW 1992,457; Dürig in Maunz/Dürig, Art.104 Rn.12.

<sup>331</sup> st.Rechtspr., s. bei Gusy, Rn.246 f.

<sup>332</sup> s.oben die Einführung in den 2.Teil; Berg/Knape/Kiworr, § 31 Anm. I B 2.

<sup>333</sup> s. das Beispiel bei Lisken/Denninger-Rachor, F 487: Ingewahrsamnahme eines Tobsüchtigen, der sich kurz danach wieder beruhigt.

<sup>334</sup> BVerwGE 62 S.317; BGHZ 82 S.261; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.3; Lisken/Denninger-Rachor, F 488, auch zum Unterschied zwischen Gewahrsam und Festhalten.

<sup>335</sup> S. Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.5

<sup>336</sup> auch bezeichnet als Vorbeuge-, Verhinderungs- oder Unterbindungsgewahrsam, Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.11; Lisken/Denninger-Rachor, F 495.

<sup>337</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.17

<sup>338</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.21

<sup>339</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.23

- zur Rückführung entwichener **Gefangener**, Abs.3.<sup>340</sup>

## **I. Verbringungsgewahrsam**

Kritisch zu beurteilen ist der sog. Verbringungsgewahrsam, bei dem die betroffene Person nicht in eine Gewahrsamseinrichtung, sondern **an einen anderen Ort** verbracht und dort sofort wieder entlassen wird; regelmäßig geschieht das bei Stadtstreichern, Drogenabhängigen aber auch Demonstranten, die dann z.B. am Stadtrand abgesetzt werden.<sup>341</sup> Ähnlich gelagert ist der „Rückführungsgewahrsam“, mit dem regelmäßig Fußballrowdies zurück in ihren Heimatort verbracht und dort entlassen werden.<sup>342</sup> In allen Fällen wird den Betroffenen die Freiheit entzogen, sie werden an einem eng umgrenzten Ort festgehalten.<sup>343</sup> Die Frage nach einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage stellt sich, da das Berliner ASOG keine spezielle oder ausdrückliche Standard-Regelung für den Verbringungs- oder Rückführungsgewahrsam kennt.<sup>344</sup> Zum Teil werden derartige Maßnahmen deshalb generell für **rechtswidrig** und unzulässig gehalten.<sup>345</sup> Dem ist zuzustimmen, wenn einziger Verbringungszweck nicht die Verwahrung oder eine entsprechende Vorsorge ist, sondern die Absicht besteht, die betroffene Person gerade den Folgewirkungen einer fremden Umgebung auszusetzen, also den Schwierigkeiten z.B. der Suche nach Verkehrsmittel, entsprechenden Warte- und Fahrtzeiten, Fahrtkosten, aber auch Dunkelheit, Wetter, physischen und psychischen Problemen. In diesem Fall wird der Zweck der Verbringung nicht vom Gewahrsam gedeckt: *„Die Verbringung des Betroffenen an einen anderen als den Ort der Festnahme geht über das Festhalten und Verwahren hinaus und ist grundsätzlich nur dann eine Maßnahme des Gewahrsams, wenn sie einer dem polizeilichen Zweck entsprechenden Verwahrung dient oder von den weiteren Regelungen des Gewahrsams vorgesehen ist.“* (LG Hamburg)<sup>346</sup> Vom Gewahrsamszweck werden demgegenüber andere Formen der Verbringung erfasst, wie die Fahrt zum Arzt oder Krankenhaus, zurück zum Ergreifungsort, zum Wohnsitz oder zu einer sozialen Einrichtung; diese Formen können geboten sein, wenn die Entlassung am Verwahrungsort den Betroffenen wegen der konkreten Umstände unverhältnismäßig belasten würde.<sup>347</sup>

Die Verbringung einer Person zu einem **anderen Zweck** als dem eines Gewahrsams und der damit verbundenen Zielsetzung ist dann sicher auch ein „aliud“ und kein Minus gegenüber dem Gewahrsam.<sup>348</sup> Es besteht aber noch die Möglichkeit, die Verbringung (ohne Gewahrsamszweck) als Maßnahme des unmittelbaren Zwangs zu begreifen.<sup>349</sup> Das wäre der Fall, wenn eine entsprechende Platzverweisung, also § 29 Abs.1 ASOG, oder die unmittelbare Einhaltung eines Aufenthaltsverbotes, § 29 Abs.2 ASOG, **zwangsweise** durchgesetzt werden soll.<sup>350</sup> Die Durchsetzung dieser Maßnahmen kann nicht nur im Wege des Gewahrsams erfolgen, § 30 Abs.1 Nr.3 ASOG, sondern auch im Wege des Verwaltungszwangs, also auch

<sup>340</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.24; nach Knemeyer, Rn.150 ist diese Vorschrift systemwidrig.

<sup>341</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 493; Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.3

<sup>342</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.4; Köbschall, Die Polizei 1997,263.

<sup>343</sup> LG Hamburg NVwZ-RR 1997,537; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.4.

<sup>344</sup> mit Ausnahme der speziellen Regelungen in § 30 Abs.2 und 3 ASOG, die hier jedoch nicht gemeint sind.

<sup>345</sup> LG Hamburg NVwZ-RR 1997,537; Lisken/Denninger-Rachor, F 493; Gusy, Rn.244; Maass NVwZ 1985,151.

<sup>346</sup> NVwZ-RR 1997,538: In diesem Fall wurde der Betroffene bereits auf der Wache festgehalten und erst anschließend an den Stadtrand verbracht; die Folgewirkungen wurden bewusst eingesetzt, weil er sich uneinsichtig zeigte!

<sup>347</sup> Vgl. auch Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. I B

<sup>348</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.4; Lisken/Denninger-Rachor, F 494; a.A. Leggereit NVwZ 1999,263; Köbschall, Die Polizei 1997,263.

<sup>349</sup> S. BVerwGE 62 S. 325; E 82 S. 243

<sup>350</sup> Die Anwendung der Generalklausel als ErmG erscheint demgegenüber sehr konstruiert; vgl. Stoermer, S.130; Mussmann, S.218; Götz, NVwZ 1998,679.



durch unmittelbaren Zwang, § 12 VwVG.<sup>351</sup> Die mit der Anwendung körperlicher Gewalt und ihrer Hilfsmittel regelmäßig verbundene Beschränkung der Bewegungsfreiheit bleibt dann einem anderen polizeilichen Zweck untergeordnet und ist entsprechend kurzfristig, letztlich damit keine Freiheitsentziehung.<sup>352</sup> Beide Möglichkeiten der Durchsetzung, unmittelbarer Zwang oder Gewahrsamnahme nach § 30 Abs.1 Nr.3, stehen aber zueinander im Verhältnis der **Erforderlichkeit**; d.h. die Beurteilung läuft auf die Frage zum GdV hinaus, inwieweit das Verbringen an einen anderen Ort im Wege des Zwangs eine geringere Belastung gemäß § 4 UZwG ist als die Ingewahrsamnahme und das Festhalten in der Gewahrsamseinrichtung. Selbst wenn die Zwangsmaßnahme die geringere Belastung darstellt, müssten dann immer noch die mit dem Verbringen an einen anderen Ort verknüpften Belastungen verhältnismäßig sein.<sup>353</sup> Umgekehrt gilt das auch für das Verbringen an einen anderen Ort, soweit es als Maßnahme des Gewahrsams angesehen werden kann, insbesondere also zur Durchsetzung von Platzverweisungen gegen<sup>354</sup> oder zur Verhinderung bevorstehender Straftaten durch randalierende Demonstranten.<sup>355</sup> Das Land Brandenburg hat allerdings festgelegt, dass diese Art der Durchsetzung gegenüber Nichtsesshaften unzulässig ist.<sup>356</sup>

## II. Sicherheitsgewahrsam

### Sachverhalt (11): „Nächtliche Ruhestörung“

*Eines Abends wurde die Polizei von aufgebrauchten Nachbarn wegen besonderer Ruhestörung in die X-Straße gerufen. Schon durch die geschlossene Tür zur Wohnung der Eheleute R. war laute Musik zu hören. Diese wurden dann auch eindringlich ermahnt, die Musik nur noch auf Zimmerlautstärke einzustellen, anderenfalls sähe sich die Polizei zur Ingewahrsamnahme gezwungen. Die Polizeibeamten hatten insoweit festgestellt, dass es nicht möglich sein würde, die Musikanlage wegen ihrer Größe und besonderen Verkabelung zu entfernen. Nur kurze Zeit später wurde die Polizei erneut von den Nachbarn alarmiert; dieses Mal konnten sich die Beamten im Schlafzimmer der unmittelbar benachbarten Wohnung nicht nur von der noch größeren Lautstärke der Musik überzeugen, sondern auch starke Schläge gegen die Wand vernehmen; offensichtlich wurde mit den Fäusten gegen die Wand gehämmert. Die enorme Lautstärke der Musik wurde von weiteren Nachbarn bestätigt. Auf diesen Vorhalt entgegneten die Eheleute R., die beide einen angetrunkenen Eindruck machten, dass sie eine Feier hätten und auch mal laute Musik machen dürften; und, so ausdrücklich Herr R, ganz sicher werde er die Musik wieder aufdrehen, wenn die Beamten die Wohnung verlassen hätten. Daraufhin wurde Herr R. in Gewahrsam genommen und in den Haftraum des Abschnitts gebracht. Als die Polizei die Mitteilung erhielt, dass aus der Wohnung immer noch laute Musik zu hören sei, fuhren die Polizeibeamten ein drittes Mal in die Wohnung und nahmen auch Frau R. in Gewahrsam. Beide Personen wurden am folgenden Morgen um 06.00 Uhr wieder entlassen. Eine richterliche Entscheidung wurde nicht eingeholt. Wie ist der Gewahrsam der beiden Personen rechtlich zu beurteilen?<sup>357</sup>*

### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

#### 1. Eingriffshandlung

<sup>351</sup> Vgl. Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. I B mit dem Beispiel des Rädelsführers.

<sup>352</sup> BGHZ 82 S.261; BverwGE 62 S.317; Lisken/Denninger-Rachor, F 486; Berg/Knape/Kiworr, aaO.

<sup>353</sup> LG Hamburg NVwZ-RR 1997,537/539

<sup>354</sup> OVG Bremen NVwZ 1987,235

<sup>355</sup> BayObLG NVwZ 1990, 194

<sup>356</sup> s.bei Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. I B

<sup>357</sup> Der Sachverhalt entspricht der Entscheidung des VG Schleswig NJW 2000,970

Das Verbringen und Festhalten der beiden Personen im Haftraum des Polizeiabschnitts ist ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit, Art. 2 Abs.2 Satz 2 GG (in Verbindung mit Art. 104 GG).

## **2. Aufgabenzuweisung**

Die Eheleute R. könnten sich einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 117 OWiG („unzulässiger Lärm“) bzw. gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3 und 5 Landesimmissionsschutzgesetz<sup>358</sup> schuldig gemacht haben. Für das Bußgeldermittlungsverfahren bei Ordnungswidrigkeiten gelten gemäß § 46 OWiG die Vorschriften über das Strafverfahren, namentlich der StPO. Ausdrücklich ausgenommen bleiben jedoch gemäß § 46 Abs.3 OWiG freiheitsentziehende Maßnahmen wie Verhaftung und vorläufige Festnahme.<sup>359</sup> Daraus folgt, dass die hier durchgeführte Freiheitsentziehung nur zum **Zwecke der Gefahrenabwehr**, also zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, erfolgt sein kann. Diese Aufgabe ist der Polizei grundsätzlich gemäß § 1 Abs.1 ASOG zugewiesen.

## **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Es handelt sich bei dem Eingriff um eine Freiheitsentziehung, die keinem anderen Zweck untergeordnet ist. Die speziellen Regelungen des Berliner LImSchG enthalten keine ausreichende Ermächtigung; als Standardmaßnahme für den Eingriff in die Bewegungsfreiheit kommt **§ 30 Abs.1 Nr.2 ASOG** in Betracht, da es darum ging, die Fortsetzung ordnungswidrigen Verhaltens zu unterbinden. Die ErmG erfüllt auch die qualitativen Erfordernisse des Gesetzesvorbehaltes in Art. 2 Abs.2 S. 3 in Verbindung mit Art. 104 Abs.1 GG, es handelt sich um eine im förmlichen Gesetzesverfahren entstandene Vorschrift, speziell vorgesehen für den Grundrechtseingriff und entsprechend Art. 19 Abs.1 GG dokumentiert in § 66 ASOG.

## **Formelle Rechtmäßigkeit**

### **4. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit zur Ingewahrsamnahme liegt allein bei der **Polizei**, § 30 Abs.1 ASOG.

### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

#### **a) allgemeine Verfahrensvorschriften**

Die Gewahrsamnahme ist ein **Verwaltungsakt**, auf den die Vorschriften des VwVfG Anwendung finden. Der VA wurde den Eheleuten bekannt gegeben und ist damit wirksam geworden, §§ 41, 43 VwVfG. Der Sachverhalt lässt nicht erkennen, ob dem Gewahrsam eine **Anhörung** gemäß § 28 Abs.1 VwVfG vorangegangen ist. Die Androhung des Gewahrsams, die nach dem ersten Einschreiten von den Polizeibeamten ausgesprochen wurde, kann nicht als Gelegenheit zur Äußerung über die Maßnahme aufgefasst werden.<sup>360</sup> Es ist aber vertretbar, hier von einer Ausnahmesituation gemäß § 28 Abs.2 Nr.1 VwVfG auszugehen: Die Eheleute R. haben gezeigt, dass sie in jedem Fall uneinsichtig sein werden, auch nach der Androhung von Gewahrsam, so dass es aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten war, eine sofortige Entscheidung zu treffen.<sup>361</sup>

#### **b) besondere Vorschriften**

Bei jeder Gewahrsamnahme sind die **§§ 31 bis 33 ASOG** zu beachten; insbesondere muss nach § 31 Abs.1 Satz 1 ASOG in Verbindung mit Art. 104 Abs.2 GG die richterliche Bestätigung der Freiheitsentziehung unverzüglich herbeigeführt werden, es sei denn diese bleibt entsprechend kurzfristig, § 31 Abs.1 Satz 2 ASOG. Das Verfahren zur Einholung der richterlichen Entscheidung richtet sich nach §§ 415 ff. des neuen FGG-RG (s. § 31 Abs.3 ASOG).<sup>362</sup>

<sup>358</sup> vom 5.12.2005, BlnGVBl. S.375

<sup>359</sup> Göhler, § 46 Rn.12

<sup>360</sup> s. dazu Kopp, § 28 Rn.2: Anhörungspflicht insbesondere bei Ermessensentscheidungen.

<sup>361</sup> Vgl. Kopp, § 28 Rn.39

<sup>362</sup> Gusy, Rn.246; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.8

Die Eheleute R. wurden nach Ablauf von etwa 6 Stunden entlassen, ohne dass sie dem Richter vorgeführt worden sind. Grundsätzlich ist die richterliche Entscheidung schon vor der Ingewahrsamnahme einzuholen, Art. 104 Abs.2 Satz 1 GG,<sup>363</sup> oder unverzüglich danach,<sup>364</sup> d.h. es ist jede Verzögerung zu vermeiden, die sich nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen rechtfertigen lässt.<sup>365</sup>

- Generell wird ein polizeilicher Gewahrsam von **mehr als 3 Stunden** ohne Entscheidung durch einen Richter als unzulässig beurteilt,<sup>366</sup> die Frist beginnt mit der Ingewahrsamnahme.
- Voraussetzung ist andererseits, dass ein Richter erreichbar ist, es kommt also darauf an, ob ein richterlicher **Bereitschaftsdienst** außerhalb der allgemeinen Dienststunden eingerichtet ist. Bislang wurde das für die Nachtzeit nicht als rechtlich geboten angesehen;<sup>367</sup> er ist aber dann verfassungsrechtlich geboten, wenn ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht, also nicht nur ganz vereinzelt gebraucht wird.<sup>368</sup>

**Hier** lässt der Sachverhalt nicht erkennen, an welchem Tag der Woche die Eheleute R. den Lärm veranstalteten; also kann nur alternativ entschieden werden. Konnte im vorliegenden Fall die richterliche Entscheidung in der Gewahrsamszeit gar nicht eingeholt werden, ohne die Dauer entgegen § 31 Abs.1 S.2 ASOG nach Wegfall des Gewahrsamsgrundes zu verlängern, dann bleibt die Maßnahme rechtmäßig.

Schließlich ist noch § 32 ASOG einzuhalten, u.a. durch Bekanntgabe des Festhaltegrundes sowie durch Belehrung über die zulässigen Rechtsbehelfe. Der Sachverhalt schweigt auch hierzu. Vertretbar wäre es in diesem Fall, für eine ausreichende Bekanntgabe schon die Androhung des Gewahrsams gelten zu lassen, da diese zeitlich nur unwesentlich früher erfolgt ist und deshalb einen erneuten Hinweis bei der tatsächlichen Durchführung erübrigt. Ist wiederum die Belehrung unterblieben, so führt dieser Fehler nicht zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung sondern „nur“ zur Möglichkeit von Amtshaftungsansprüchen.<sup>369</sup>

Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen § 32 Abs.3 ASOG sind nicht im Sachverhalt vorhanden.

#### Anmerkung:

Auf den Punkt, inwieweit **Betrunkene** überhaupt vorgeführt werden müssen, weil sie nicht ansprechbar sind und später bei ihnen, wenn sie nüchtern sind, der Fall des § 31 Abs.1 S.2 ASOG immer gegeben ist, ist hier nicht einzugehen, weil die Eheleute R. hier nicht wegen Trunkenheit zu ihrem eigenen Schutz (§ 30 Abs.1 Nr.1 ASOG) sondern wegen der nächtlichen Ruhestörung in Gewahrsam genommen wurden. Abgesehen davon, bedingt die Vorführung eines Betrunkenen vor den Richter nicht die Vernehmungsfähigkeit dieser Person (anders im Strafverfahren, s. Art 104 Abs.3 GG), sondern die Vorführung soll zur **Feststellung der Gefahrenlage** durch den Richter führen,<sup>370</sup> die ja in dem Fall gerade in der Volltrunkenheit besteht. Auch § 420 FGG-RG verlangt keine Vernehmung sondern eine Anhörung, die eben auch zur

<sup>363</sup> s. dazu Lisken/Denninger-Rachor, F 532

<sup>364</sup> Insoweit handelt es sich um eine Amtspflicht, BVerfG NJW 2001, 1121.

<sup>365</sup> BverwGE 45 S.51; Maunz/Dürig Art.104 Rn.38; zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen s.

Lisken/Denninger-Rachor, F 533; Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm.3; Berg/Knape/Kiworr, § 31 Anm.II B 3.

<sup>366</sup> OVG Münster DVBl. 1979, 731; in der amtlichen Begründung des ASOG von 1975 wurden 2 Stunden zugestanden, s. bei Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. II B.

<sup>367</sup> BverwGE 45 S.51; ebenso BVerfG vom 10.12.2003 (2 BvR 1481/02)

<sup>368</sup> zitiert aus der Umfrage des DRB zum richterlichen Bereitschaftsdienst, DriZ 2004 S.161; vgl. auch Gusy, Rn.249; zur Berliner Situation Baller/Eiffler/Tschisch, § 31 Anm.3. auch zur verfassungsrechtlichen Kritik

<sup>369</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 32 Anm.4

<sup>370</sup> BVerfGE 83 S.24; VGH Mannheim NVwZ-RR 2012 S. 346

Feststellung der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen führen kann, ohne dass dieser auch nur ein Wort spricht.<sup>371</sup>

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigung**

Zur Feststellung der Handlungsbefugnis aus § 30 Abs.1 Nr.2 ASOG müssen sich folgende **Tatbestandsmerkmale** mit Angaben aus dem Sachverhalt belegen lassen:

- Verhinderung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder einer Straftat,
- deren unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung,
- die Unerlässlichkeit des Gewahrsams.

##### **a) Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit oder Straftat**

Der Wortlaut dieses Merkmals ist nicht ganz unproblematisch.<sup>372</sup> Die Einschränkung der Gefahrenabwehr allein auf die **Verletzung der Rechtsordnung** durch strafbare oder ordnungswidrige Handlungen hat allerdings keine großen Folgen, weil

- mittlerweile der größte Teil des gesellschaftlichen Lebens und Handelns **durchnormiert**, d.h. mit Strafnormen bewehrt ist,<sup>373</sup> und
- im Recht der Gefahrenabwehr bereits an die Vollendung des **objektiven** Tatbestandes einer Strafbestimmung oder Ordnungswidrigkeit angeknüpft werden kann und nicht auf ein Verschulden zur Strafbarkeit abgestellt werden muss.

Das heißt, regelmäßig sind keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit gegeben, die nicht gleichzeitig auch eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellen (ausgeschlossen bleibt aber in jedem Fall die Gefährdung der öffentlichen Ordnung).<sup>374</sup>

**Im vorliegenden Fall** geht es nicht um die Verhinderung einer Straftat (s. dazu die folgende Anmerkung), sondern um die Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten, sofern deren Verletzung eine erhebliche Bedeutung für die Allgemeinheit aufweist. § 30 Abs.1 Nr.2 setzt damit eine im Einzelfall bestehende **Sozialschädlichkeit und Gemeinschaftswidrigkeit** voraus.<sup>375</sup> Maßgeblich ist jeder einzelne Fall, in dem sich auch eine Ordnungswidrigkeit als so schädlich für die Allgemeinheit erweisen kann, dass sie einen Gewahrsam rechtfertigt, so wenn sie nach Art und Dauer geeignet ist, den Rechtsfrieden nachhaltig zu beeinträchtigen.<sup>376</sup>

Inzwischen kann auch die Vereinbarkeit der Regelung, die drohende oder fortgesetzte Verletzung von Ordnungswidrigkeiten als Grundlage für den Gewahrsam zu nehmen, mit **Art. 5 Abs.1 lit.c) EMRK** begründet werden: Die Auslegung dieser Vorschrift ergibt, dass die dort genannten „strafbaren“ Handlungen nicht eng sondern als weit gefasster Sammelbegriff aufzufassen sind, der von den Mitgliedstaaten entsprechend ausgestattet werden kann.<sup>377</sup>

**Hier** geht es um eine nächtliche Ruhestörung der Nachbarn infolge extrem lauten Verhaltens der Eheleute R., die den Tatbestand der Ordnungswidrigkeit gemäß § 117 OWiG bzw. § 15 Abs. 1 Nr. 3 und 5 LImSchG erfüllt. Die Vorschriften gehören zum Bereich des Umwelt- und Immissionsschutzrechts, die teilweise sogar gemäß **§ 17 Abs.4 ASOG** als erhebliche

<sup>371</sup> a.A. Berg/Knape/Kiworr, § 31 Anm. II B 1.

<sup>372</sup> Prümm/Sigrist, Rn.251 (insbes. FN 176)

<sup>373</sup> s. Skriptum, Grundlagen des Eingriffsrechts, S.35

<sup>374</sup> OVG Berlin DVBl.1971,279; vgl. Prümm/Sigrist, Rn.251.

<sup>375</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.13

<sup>376</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. II B 1.; gefährlich erscheint BayObLG NVwZ 1999,106, wenn darauf abgestellt wird, dass die Duldung der Ordnungswidrigkeit den Eindruck vermittelt, der Rechtsstaat könne sich nicht durchsetzen.

<sup>377</sup> Das ist aber nach wie vor umstritten; vgl. VG Schleswig NJW 2000,970; Lisken/Denninger-Rachor, F 501 ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.17; Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.14.

Straftaten eingestuft werden. Für den Einzelfall bedarf es aber noch der Feststellung der Sozialschädlichkeit des zugrundeliegenden Verhaltens, um dieses mit Gewahrsam abwehren zu können. Die Lärmbelästigung darf also **im konkreten Fall** nicht bloß zur Belästigung des seelischen Wohlbefindens von Nachbarn und Allgemeinheit führen, sondern muss geeignet sein, den Gesundheitszustand zu beschädigen.<sup>378</sup> Hier wurden mehrere Nachbarn der R. empfindlich in ihrer Nachtruhe gestört; laute Musik war im Hausflur und in den Nachbarwohnungen über einen längeren Zeitraum zu hören, außerdem – beim zweiten Besuch der Polizeibeamten – ein wildes Schlagen gegen die Wand. Ein derartiger, die Nachtruhe erheblich störender Lärm geht über die bloße Belästigung der Nachbarn hinaus und kann somit eine Ingewahrsamnahme grundsätzlich rechtfertigen.<sup>379</sup>

### **Anmerkung:**

Fraglich bleibt, welcher Maßstab an die **Qualität von Straftaten**, deren Begehung oder Fortsetzung verhindert werden soll, anzulegen ist. Es fällt auf, dass die Erheblichkeit nicht auf die Straftat bezogen ist; im Gegensatz zur früheren Regelung des § 18 Abs.1 ASOG von 1975, wonach in allen Fällen eines Gewahrsams die (gegenwärtige) erhebliche Gefahr vorliegen musste.<sup>380</sup> Nach § 30 Abs.1 Nr.2 kommt es aber nicht mehr auf die Schwere der Tat an, grundsätzlich kommt jede Straftat als Anlass in Betracht; was vom BVerwG auch nicht beanstandet wurde.<sup>381</sup> Der notwendige Ausschluss von leichteren Straftaten als Grundlage eines Gewahrsams (der im Ergebnis immer gewünscht wird) kann dann im einzelnen Fall nur über den GdV bzw. über das Merkmal der „**Unerlässlichkeit**“ im Tatbestand erfolgen.<sup>382</sup> Dasselbe Ergebnis würde natürlich ebenso erreicht, wenn schon im Wege der Auslegung der Vorschrift dem schwersten Eingriff in die Bewegungsfreiheit Rechnung getragen und der Gewahrsam nur bei Vorliegen einer erheblichen Straftat als besondere Gefahr für den Rechtsfrieden<sup>383</sup> gerechtfertigt wird (wie schon beim Aufenthaltsverbot). Diese Auslegung würde sogar eher der Wechselwirkungstheorie des **BVerfG** entsprechen: Da § 30 Abs.1 ASOG den Art. 2 Abs.2 Satz 2 GG einschränkt, muss sich die Vorschrift auch daran messen lassen, mit dem Ergebnis, dass in dieses Grundrecht nur zum Schutz gewichtiger Rechtsgüter mit einer Freiheitsentziehung eingegriffen werden darf.<sup>384</sup>

### **b) unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung**

Der Eintritt eines Schadens muss **zeitlich so nahe** liegen, dass er jederzeit, also auch sofort erfolgen kann.<sup>385</sup> Die Intensität des Eingriffs verlangt für diese Schadensprognose eine auf nachvollziehbaren Tatsachen beruhende Gewissheit.<sup>386</sup> Im vorliegenden Fall sind die Tatsachen unbestreitbar, dass es die nächtliche Ruhestörung bereits gibt und die Ordnungswidrigkeit auch fortgesetzt werden soll, wie der R. gegenüber der Polizei ausdrücklich bekräftigt hat.

---

<sup>378</sup> Göhler, § 117 Rn.15

<sup>379</sup> VG Schleswig NJW 2000,970; Lisken/Denninger-Rachor, F 505; Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. II B 1; Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.13.

<sup>380</sup> so auch in den meisten Polizeigesetzen der Länder; s. Pieroth/Schlink/Kniesel, § 17 Rn.16;

Lisken/Denninger-Rachor, F 495.

<sup>381</sup> BVerwGE 45 S.51

<sup>382</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 495; Baller/Eiffler/Tschisch, § 30 Anm.12

<sup>383</sup> s. dazu Lisken/Denninger-Denninger, E 49

<sup>384</sup> BVerfGE 7 S.198; Prümm/Thieß, S.93 f.; Götz NVwZ 1998,679/682.

<sup>385</sup> OVG Münster NVwZ 1989,886; vgl. zu § 15 Abs.1 VersG Dietel/Gintzel/Kniesel, § 15 Rn.24;

Lisken/Denninger-Denninger, E 48.

<sup>386</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 408

### c) Unerlässlichkeit des Gewahrsams

Die Bedeutung des GdV (als Übermaßverbot) wird durch das Tatbestandsmerkmal der „Unerlässlichkeit“ besonders herausgestellt; Tatbestandsvoraussetzung ist somit, dass mildere Maßnahmen als der Gewahrsam nicht möglich sind und dieser das **letzte polizeiliche Mittel** zur Abwehr der Gefahr ist. Hier war die Ingewahrsamnahme der Eheleute R. das einzige Mittel, die nächtliche Ruhestörung für die Nachbarn dauerhaft zu unterbinden.<sup>387</sup> Die erste Aufforderung, die Lautstärke zu vermindern, blieb nicht nur unbeachtet, die Musik wurde sogar noch lauter aufgedreht, nachdem die Polizeibeamten die Wohnung der R. verlassen hatten. Beim zweiten Mal stellten die Beamten zudem in einer der Nachbarwohnungen die zusätzliche Belästigung durch Schläge gegen die Wand fest. Schließlich zeigte sich R. besonders uneinsichtig, indem er ausdrücklich erklärte, das lärmende Verhalten in jedem Fall fortsetzen zu wollen. Dabei kann sogar dahingestellt bleiben, ob nicht doch Teile der Musikanlage ohne Beschädigung hätten entfernt werden können; denn **nach den Umständen** mussten die Polizeibeamten davon ausgehen, dass die Eheleute R. dann andere Wege und Möglichkeiten – wie das Trommeln gegen die Wand zeigt – gesucht und gefunden hätten, um sich lautstark bemerkbar zu machen, sei es durch andere Musikquellen sei es in anderer Form. Hiernach war es unerlässlich, zunächst den R. in Gewahrsam zu nehmen und anschließend auch seine Frau auf Grund ihres eigenen, die Störung ebenso fortsetzenden Verhaltens.

**Ergebnis:** Die Handlungsbefugnis aus § 30 Abs.1 Nr.2 ASOG ist gegeben.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Entscheidungsermessen

Wegen der Bedrohung des besonderen Schutzgutes Gesundheit (körperliche Unversehrtheit) ist es vertretbar, von einer **Reduzierung** des Ermessensspielraums bzw. von einer Verpflichtung der Polizeibeamten zum Einschreiten auszugehen.

### b) Adressat

§ 30 Abs.1 Nr.2 ASOG enthält eine eigene, **spezielle Adressatenregelung**: Der Sicherheitsgewahrsam kommt nur gegenüber den Personen in Betracht, die selbst die Straftat oder Ordnungswidrigkeit begehen oder fortsetzen wollen. Das sind hier die Eheleute R., sie sind die richtigen Adressaten.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zur Erforderlichkeit (Unerlässlichkeit) s. schon zum Tatbestand. Der ca. 6-stündige Gewahrsam war auch geeignet und angemessen, § 11 ASOG. Die **Eignung** folgt schon aus der Tatsache, dass danach die Ruhestörung beendet war. Der Eingriff in die Bewegungsfreiheit war auch **nicht außer Verhältnis** zum geschützten Rechtsgut, der ungestörten Nachtruhe der Nachbarn bzw. ihrer Gesundheit, insbesondere im Hinblick auf die uneinsichtige Weigerung der Eheleute R., die gebotene Rücksicht auf die Rechte anderer zu nehmen.<sup>388</sup>

### d) Ermessensausübung

Irgendwelche Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

**Ergebnis:** Die Ingewahrsamnahme der Eheleute R. gemäß § 30 Abs.1 Nr.2 ASOG ist rechtmäßig; ebenso die weitere Durchführung des Gewahrsams (sofern § 31 beachtet wurde).

## Exkurs:

### Anschlussgewahrsam

Um den sog. Anschlussgewahrsam handelt es sich, wenn eine Person zunächst im Rahmen von **strafprozessualen** Ermittlungen vorläufig festgenommen wird, dann aber wieder freigelassen werden muss, weil – unter Umständen erst durch den Richter – festgestellt wird, dass kein Haftgrund gegeben ist. Dann stellt sich die Frage, inwieweit eine Entziehung der

<sup>387</sup> VG Schleswig NJW 2000, 970

<sup>388</sup> VG Schleswig NJW 2000, 970

Freiheit jetzt nach polizeirechtlichen Vorschriften möglich ist. Das ist eigentlich eine Frage der **Doppelfunktion** des Polizeibeamten, die in solchen Fällen schon von Anfang an gegeben ist, nur im Wege der Schwerpunkttheorie des BVerwG „vernachlässigt“ werden kann.<sup>389</sup> Ist der bislang angenommene Schwerpunkt der Tätigkeit nicht mehr gegeben, kann die weitere Funktion des Polizeibeamten zum Zuge kommen, sofern für dieses Handeln (noch) die Voraussetzungen vorliegen, für den Anschlussgewahrsam also die Voraussetzungen von § 30 ASOG.<sup>390</sup>

Der Anschlussgewahrsam entbindet aber nicht von der Pflicht, zu dieser Freiheitsentziehung die **richterliche Entscheidung** einzuholen, entweder gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG sogleich mit der strafprozessualen Vorführung (wenn es dazu kam) oder dann „unverzüglich“ gemäß § 31 Abs. 1 ASOG.

---

<sup>389</sup> BVerwGE 47 S.255/264; s. v.Stoephasius, S.15 ff.

<sup>390</sup> s. das Beispiel bei Prümm/Sigrist, Rn.252 und Berg/Knape/Kiworr, § 30 Anm. II B 2 b.

### 3. Teil: Durchsuchung und Sicherstellung

Eine Durchsuchung ist das **zielgerichtete Suchen** nach etwas (Person, Sache), das bei äußerlicher Betrachtung nicht sofort wahrnehmbar ist.<sup>391</sup> Eine Durchsuchung setzt damit ein Nachsehen, die Suche nach etwas voraus (s. schon die Suche nach Ausweispapieren gemäß § 21 Abs.3 S.4 ASOG).<sup>392</sup> Zu unterscheiden sind 3 Durchsuchungsbereiche im ASOG:

- **Personen**, § 34, als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs.1 GG,
- **Sachen**, § 35, als Eingriff in Art. 14 GG,<sup>393</sup>
- **Wohnungen**, § 36, als Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, mit der Besonderheit spezieller Vorbehaltsschranken.

Die jeweilige Durchsuchung kann verschiedenen Zwecken folgen:

- (1) Suche nach „gefährlichen“ Gegenständen bei rechtmäßig **festgehaltenen Personen**, § 34 Abs.2 Nr.1, § 34 Abs.3 S.2 ASOG;
- (2) **Schutz** von Personen und Sachen, § 34 Abs.1 Nr.2, § 34 Abs.3 S.1, § 35 Abs.1 Nr.2, § 36 Abs.1 Nr.2 und 3 ASOG;
- (3) Suche nach Gegenständen, die **sichergestellt** werden sollen, § 34 Abs.1 Nr.1, § 35 Abs.1 Nr.3, § 36 Abs.1 Nr.1;
- (4) Suche nach Personen, die **vorgeführt** oder in **Gewahrsam** genommen werden können, § 35 Abs.2 Nr.1, § 36 Abs.2 ASOG;
- (5) **Spezielle** Regelungen
  - o im Zusammenhang mit der speziellen IdF, § 34 Abs.2 Nr.2 bis 4, § 35 Abs.2 Nr.2 bis 4, § 36 Abs.4 ASOG;
  - o zum Betreten öffentlich zugänglicher Räume, § 36 Abs.5 ASOG.

Soweit die Durchsuchung von dem Zweck gekennzeichnet ist, Gegenstände zu finden, kommt regelmäßig deren **Sicherstellung** in Betracht. Darin kann ein selbständiger **Folgeeingriff** liegen, aber auch – wie bei der 3.Gruppe – der eigentliche Haupteingriff, von dessen Rechtmäßigkeit dann die Durchsuchung als (auf die Sicherstellung gerichteter) **Begleiteingriff** abhängig ist (s. schon zu den Begleiteingriffen des § 21 Abs.3 zur Identitätsfeststellung).<sup>394</sup> Dasselbe Verhältnis besteht in den Fällen der 4.Gruppe, in denen Personen gesucht werden, bei denen von vornherein eine Freiheitsentziehung (Gewahrsam, Vorführung) als zulässig gegeben sein muss.

Mit der **Sicherstellung** von Gegenständen ist dann der Eingriff in Art. 14 GG verbunden.

#### A. Durchsuchung von Personen und Sachen

Die Durchsuchung von **Personen** ist darauf gerichtet, Gegenstände aufzufinden, die sich in der Bekleidung einer Person oder unmittelbar an ihrem Körper oder in den (ohne weiteres) zugänglichen Körperöffnungen befinden. Letzteres ist allerdings strittig.<sup>395</sup>

<sup>391</sup> BVerfGE 32 S.54; BVerwGE 47 S.31; OVG Berlin NVwZ-RR 1990,194; Gusy, Rn.218.

<sup>392</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.3

<sup>393</sup> zum Grundrecht auf Eigentum gehört auch die Verfügungsfreiheit.

<sup>394</sup> S. 1. Teil, B.

<sup>395</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 569; Gusy, Rn.219 f.; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.3 f.



Davon zu unterscheiden ist die eingriffsintensivere **körperliche Untersuchung**. Hierbei handelt es sich um die Betrachtung und Begutachtung des Körpers selbst, seine äußere wie innere Beschaffenheit (z.B. Narben, Tätowierungen), insbesondere wenn die Untersuchung mit einem medizinischen Eingriff verbunden ist.<sup>396</sup> Eine derartige Untersuchung ist ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG, und nach dem ASOG nicht zugelassen, es fehlt die notwendige spezielle Ermächtigungsgrundlage (s.auch § 66 ASOG).<sup>397</sup>

Die Durchsuchung von **Sachen** bezieht sich auf jeden körperlichen Gegenstand, § 90 BGB (also Taschen, Gepäckstücke, abgelegte Kleidung, Fahrzeuge, auch unbewegliche Sachen)<sup>398</sup>; Tiere sind zwar keine Sache, § 90a BGB, die Vorschriften finden aber entsprechende Anwendung.<sup>399</sup> Auch hier ist die Durchsuchung von der **Untersuchung einer Sache** abzugrenzen, die darauf gerichtet ist, den Zustand oder die Beschaffenheit einer Sache festzustellen (insoweit als mögliche Ermittlung gemäß § 18 Abs.1 ASOG).

Die Durchsuchung von Personen und Sachen ist nicht generell, z.B. auf Grund einer Generalklausel, zugelassen, sondern nur in Gestalt von besonderen Tatbeständen in § 34 und § 35 ASOG (mit entsprechender Auswirkung auf die Zuständigkeitsregelung). Hier sollen vor allem die praktisch bedeutsame Durchsuchung zur Sicherstellung bestimmter Gegenstände und die Durchsuchung zur Eigensicherung im Vordergrund der Beurteilung stehen.

## I. Durchsuchung zur Sicherstellung

### Sachverhalt (12:) „Der bemalte Kleinbus“:

*Wegen einer ordnungsgemäß angemeldeten Demonstration der NPD befürchtet die Polizei schwere Ausschreitungen durch sog. „antifaschistische“ Kräfte und autonome Gruppen, die ihren massiven Widerstand angekündigt haben und von deren Erscheinen auch aus anderen Teilen der Republik die Polizei Kenntnis erlangt hat. Am Morgen der Demonstration versucht deshalb die Polizei u.a. durch Kontrollen an den Hauptzufahrtstraßen nach Berlin die Demonstrationsgegner herauszufinden und deren voraussichtliche Gewaltanwendung zu unterbinden.*

*Bei einer dieser Kontrollen fällt der Polizei ein Kleinbus wegen seiner graffiti-ähnlichen Bemalung und „gegen Rechts“ gerichteten Beschriftung auf. Bei einem Blick durch die Fenster erblicken die Beamten einige Baseballschläger. Im Rahmen der Durchsuchung des Kleinbusses findet die Polizei insgesamt sechs Baseballschläger und mehrere Fahrradketten. Durch anschließendes Abtasten der sechs Insassen werden noch einige Messer gefunden. Die gefundenen Gegenstände werden sichergestellt und vorerst nicht herausgegeben. (Weitere Maßnahmen sollen hier nicht erörtert werden.)<sup>400</sup>*

### Aufgabe:

**Wie sind die Maßnahmen der Durchsuchung rechtlich zu beurteilen?**

### **Vorbemerkung:**

Gefragt ist die Beurteilung folgender Maßnahmen, die als Durchsuchung in Betracht kommen, (in chronologischer Reihenfolge):

---

<sup>396</sup> Prümm/Sigrist Rn.263

<sup>397</sup> Deshalb sind auch die folgenden Eingriffe zur Grefahrenabwehr nicht gerechtfertigt: Eingabe von Abführmitteln, Ausheben des Mageninhaltes; Berg/Knape/Kiworr § 34 Anm. I.B.2.b.; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.4; vgl.VGH München NVwZ-RR 1999,310.

<sup>398</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 657; VGH Kassel DÖV 1993, 581.

<sup>399</sup> Prümm/Sigrist Rn.275

<sup>400</sup> Der Sachverhalt ist teilweise der Entscheidung OVG Münster NVwZ 1982,46 entnommen; s. auch Gornig/Jahn Fall Nr.7 S.83 ff.

- Blick durch das Fenster,
- Durchsuchung des Fahrzeugs,
- Abtasten der Insassen.

Der erste schnelle Blick in das Fahrzeug, mit dem schon einige Baseballschläger entdeckt werden, erfüllt noch nicht die Definition einer Durchsuchung als zielgerichtetes Suchen. Vertretbar aber ist es, wenn der Blick schon als Beobachtung, als Eingriff in das RiS gewertet wird (§ 18 Abs. 1 S. 2 ASOG). Hier soll nur der Aspekt der Durchsuchung bearbeitet werden. Sicher ist, dass mit den genannten Maßnahmen allein die **Gefahrenabwehr** bezweckt wird; für ein strafprozessuales Vorgehen fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten gemäß § 152 Abs.2 StPO.

Konzeptionell stellt sich die Frage, ob die Bearbeitung chronologisch aufgebaut werden soll oder unter Beachtung weiterer Zusammenhänge. So wäre die Durchsuchung des Fahrzeugs automatisch nach § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG zulässig, wenn die Insassen gemäß § 34 kontrolliert werden dürfen. Andererseits kommen alle Durchsuchungen auch als Begleiteingriffe zur letztlich beabsichtigten Sicherstellung in Betracht, die somit als Haupteingriff über die Fragestellung im Sachverhalt hinaus zu prüfen wäre.

Nach der Darstellung im Sachverhalt stand wohl zunächst die Durchsuchung des Fahrzeugs im Vordergrund, deshalb soll mit dieser Maßnahme hier begonnen werden. Natürlich ist auch ein anderer Ablauf vertretbar.

## Durchsuchung des Fahrzeugs

### *Feststellung der Ermächtigungsgrundlage*

#### **1. Eingriffshandlung**

Die Durchsuchung des Fahrzeugs betrifft das Recht des Fahrzeughalters/Fahrzeugführers, über sein Eigentum (Besitz) unabhängig und frei verfügen zu können, **Art. 14 GG**; dieses Grundrecht ergänzt die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit des Einzelnen.<sup>401</sup>

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Mit dem Eingriff verfolgt die Polizei keinen strafprozessualen Zweck; weder die Benutzung eines derartigen Fahrzeugs noch der Besitz oder das Mitführen von zunächst entdeckten Baseballschlägern ist strafbar und für andere strafrechtlich u.U. relevante Gegenstände fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten gemäß § 152 Abs.2 StPO. Der alleinige Zweck für das Vorgehen der Polizei liegt somit in der allgemeinen **Gefahrenabwehr nach § 1 Abs.1 ASOG**, da auch die Ausnahmetatbestände der Abs.3 bis 5 nicht gegeben sind. Für die Annahme der besonderen Aufgabe zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, § 1 Abs.3 ASOG, fehlt es an den Voraussetzungen entweder eines Kriminalitätsschwerpunktes oder einer entsprechend erheblichen konkreten Straftat.<sup>402</sup> Gefährliche Körperverletzungen sind zwar beim Einsatz von Baseballschlägern durchaus vorstellbar, aber eben nicht so konkret, dass sie eine besondere Aufgabenzuweisung begründen; zumal die Abwehr von körperlichen Verletzungen auch nach § 1 Abs.1 ASOG die Aufgabe der Polizei bleibt.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt **§ 35 Abs.1 Nr.3 ASOG**, wonach eine Sache durchsucht werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in ihr eine andere Sache befindet, die sichergestellt werden darf. Insoweit ist die rechtliche Zulässigkeit einer Sicherstellung auch Voraussetzung für die Durchsuchung (Verhältnis Haupt- und Begleiteingriff, s. zur Tatbestandsmäßigkeit, 6.c).

---

<sup>401</sup> BVerfGE 68 S.193/222; Katz, Rn.813; Heintschel von Heinegg/Pallas, Rn.424.

<sup>402</sup> s. 1.Teil zu § 18 Abs.1 Satz 3 ASOG und Sachverhalt (2).

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Für Durchsuchungen nach § 35 Abs.1 ASOG ist die Polizei nicht allein zuständig, sondern nur neben den Ordnungsbehörden, so dass der sog. **Eilfall gemäß § 4 Abs.1 ASOG** zu prüfen ist.<sup>403</sup> Nun fällt es schwer, eine zeitlich begründete Eilzuständigkeit der Polizei anzunehmen, wenn ausreichend Zeit bestanden hat, die (gemäß § 2 ASOG an sich originär zuständige) Ordnungsbehörde vorher zu informieren. Der Sachverhalt lässt das offen. Andererseits ist kaum vorstellbar, dass Angehörige der Ordnungsbehörde zu den hier erforderlichen Durchsuchungen überhaupt in der Lage sind.<sup>404</sup> Unter diesen Umständen erscheint die Abwehr von Gefahren, soweit sie von gewalttätigen Gegendemonstranten ausgehen können, durch eine andere Behörde als die Polizei tatsächlich gar „nicht möglich“.<sup>405</sup> Die Polizei ist hier sachlich zuständig, § 4 Abs.1 ASOG.

### 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

#### a) allgemeine Vorschriften

Die Durchsuchung ist eine Tathandlung, die zwar nur von der Polizei selbst vorgenommen werden kann, aber dennoch mit einer unmittelbaren Rechtsfolge verbunden ist, der entsprechenden Mitwirkungs- und Duldungspflicht des Betroffenen, so dass von einem VA auszugehen ist, auf den die Vorschriften des VwVfG Anwendung finden.<sup>406</sup> Der Sachverhalt lässt allerdings nicht erkennen, ob die Durchsuchung des Fahrzeugs ausdrücklich angeordnet wurde oder der VA – letztlich - in anderer Weise, durch schlüssiges Verhalten, erlassen wurde, § 37 Abs.2 VwVfG. An einer wirksam gewordenen Verfügung gemäß §§ 41, 43 VwVfG, bestehen jedoch keine Zweifel.

Ebenso wenig ist die Durchführung einer **Anhörung** des betroffenen Fahrzeugführers aus dem Sachverhalt ersichtlich, § 28 Abs.1 VwVfG; sie erscheint wiederum auch nicht geboten gemäß § 28 Abs.2 Nr.1 VwVfG, da ein sofortiges Handeln nach den Umständen des Falles als notwendig angenommen werden konnte.

#### b) besondere Vorschriften

Zu beachten ist § 35 Abs.3 ASOG zum **Anwesenheitsrecht** des Fahrzeugführers als Inhaber der tatsächlichen Gewalt über die zu durchsuchende Sache; dem wurde hier entsprochen.

## Materielle Rechtmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Zur Bejahung der Handlungsbefugnis müssen folgende Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs.1 Nr.3 ASOG nach dem Sachverhalt gegeben sein:

- Sache als Durchsuchungsgegenstand,
- Tatsachen für die Annahme von aufzufindenden Gegenstände,
- Möglichkeit der Sicherstellung (als Haupteingriff).

#### a) Durchsuchung einer Sache

Relevante Sache ist jeder **körperliche Gegenstand** gemäß § 90 BGB; dem entspricht der Kleinbus als Fahrzeug. Es wurde auch zielgerichtet im Fahrzeug nach bestimmten Gegenständen gesucht.

#### b) Rechtfertigende Tatsachen für bestimmte Gegenstände

Die notwendige Rechtfertigung beruht hier auf folgenden Tatsachen: Schon die Aufmachung des Fahrzeugs, seine Beschriftung deuteten daraufhin, dass die Insassen zu den gewaltbereiten Störern der NPD-Demonstration gehören können; bestätigende **Gewissheit** bringt sodann der

<sup>403</sup> Vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 4 Rn.10.

<sup>404</sup> Womit Durchsuchungen der Ordnungsbehörden in anderen Bereichen der Gefahrenabwehr nicht ausgeschlossen sind.

<sup>405</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 4 Anm. B.1.a. „taktisch nicht ausreichend geschultes Personal“; vgl. Huber BayVBl. 1989,50.

<sup>406</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 573 für die gleichgelagerte Durchsuchung von Personen.

erste, schnelle Blick in das Fahrzeug, mit dem schon ein Teil der Baseballschläger gesehen wurde. Hiernach ist auch die Annahme berechtigt, dass diese und weitere Gegenstände zur Gewaltanwendung im Fahrzeug gefunden werden.

Bei falscher Beurteilung, also bei einem **Irrtum** über die relevanten Tatsachen sind die Grundsätze der „Anscheinsgefahr“ anzuwenden; d.h. es ist zu fragen, was ein objektiver Beobachter angenommen hätte.

### c) Möglichkeit der Sicherstellung

Die mögliche Sicherstellung muss der Gefahrenabwehr dienen<sup>407</sup> und ergibt sich hier aus der **Anwendung von § 38 ASOG**, dessen Voraussetzungen zu prüfen sind; in Betracht kommt Nr.1 zur Abwehr einer **gegenwärtigen Gefahr**.

(1) Es muss eine **Gefahr im Sinne von § 17 Abs.1 ASOG** vorliegen:

Betroffene Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit sind hier die individuellen Rechte der Demonstrationsteilnehmer insbesondere auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Versammlung, aber auch die Rechtsordnung mit entsprechenden Strafvorschriften zur Körperverletzung und Sachbeschädigung.

(2) Die Gefahr muss **gegenwärtig** sein.

Der Eintritt des Schadens muss nicht nur hinreichend wahrscheinlich sondern sogar gegenwärtig sein. Das ist hier der Fall, wenn das Schadensereignis als gewiss angesehen werden kann, weil es in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.<sup>408</sup> Dabei sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit/Gewissheit des Schadenseintritts umso geringer je ranghöher das bedrohte Schutzgut ist.<sup>409</sup>

Wenn der Kleinbus mit seinen gewaltbereiten Insassen die Fahrt fortsetzt und dann auf die NPD-Demonstration trifft, kommt es mit großer Gewissheit zu den gewalttätigen (angekündigten) Ausschreitungen, also zur Beeinträchtigung der bedeutsamen Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und Versammlungsfreiheit, ohne dass die Polizei das noch verhindern könnte, wenn sie jetzt nicht einschreitet. Die Gefahr ist gegenwärtig.

(3) Die Polizei wäre auch **zuständig** gemäß § 4 Abs.1 ASOG.

(4) Die **Adressateneigenschaft** folgt aus der Durchsuchung.

(5) Die Rechtsfolge der Sicherstellung wäre auch **verhältnismäßig**.

Die Sicherstellung wäre zumindest teilgeeignet, die Verletzung der Menschen zu verhindern; eine andere, weniger belastende Maßnahme ist nicht ersichtlich (insoweit wäre der bloße Platzverweis zu ungewiss). Im Verhältnis zu den bedrohten Schutzgütern ist die Einschränkung des Eigentumsrechts durch (zeitweilige) Sicherstellung der Gegenstände auch angemessen, § 11 ASOG.

**Teil-Ergebnis:** Die Voraussetzungen des Tatbestands von § 35 Abs.1 Nr.3 ASOG sind erfüllt und damit ist die Handlungsbefugnis gegeben.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Entscheidungsermessen

Vertretbar ist die Auffassung, dass der Ermessensspielraum hier im Hinblick auf die Bedeutsamkeit der bedrohten Schutzgüter **reduziert** wird, die Polizei also zum Handeln verpflichtet ist.

### b) Adressat

Die Durchsuchung des Fahrzeugs richtet sich gegen den Fahrzeugführer als den Inhaber der tatsächlichen Gewalt über den Kleinbus, in dem die gefährlichen Gegenstände vermutet werden, von dem somit die abzuwehrende Gefahr ausging, § 14 Abs.1 ASOG.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Durchsuchung des Fahrzeugs ist geeignet, die erwarteten gefährlichen Gegenstände zu finden; dieses Ergebnis kann auch nicht durch eine geringer belastende Maßnahme erreicht

<sup>407</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm.II.A.1.c

<sup>408</sup> BVerwGE 47 S.51; VGH Mannheim NVwZ-RR 1998,173; Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.3.

<sup>409</sup> BVerwG NJW 1970,1890; OVG Koblenz NVwZ 2002,1528 für die sog. Rasterfahndung.

werden (Erforderlichkeit). Schließlich ergibt die Rechtsgüterabwägung die Angemessenheit des Eingriffs in das Eigentumsrechts (Einschränkung der Verfügung über den Kleinbus), das Ziel ist der Schutz der Rechtsgüter der Demonstrationsteilnehmer.

#### **d) Ermessensausübung**

Ermessensfehler sind auch ansonsten nicht ersichtlich.

#### **Ergebnis:**

Die Durchsuchung des Fahrzeugs gemäß § 35 Abs.1 Nr.3 ASOG ist als Begleiteingriff zur beabsichtigten Sicherstellung rechtmäßig.

### **Durchsuchung der Personen**

#### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

##### **1. Eingriffshandlung**

Die Durchsuchung von Personen betrifft deren **allgemeine Handlungsfreiheit**, Art. 2 Abs.1 GG; die daneben bestehende Freiheitsentziehung tritt rechtlich dahinter zurück (s. oben zum Gewahrsam). Die Fahrzeuginsassen werden abgetastet, das heißt, die Suche nach gefährlichen Gegenständen erstreckt sich auf die am Körper getragenen Kleidungsstücke, ohne dass in die körperliche Unversehrtheit der Personen eingegriffen wird.<sup>410</sup>

##### **2. Aufgabenzuweisung**

Insoweit kann auf die Ausführungen zur Durchsuchung des Fahrzeugs verwiesen werden.

##### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Die Durchsuchung erfolgt hier nicht zum Auffinden von Personalpapieren (die spezielle Regelung in § 21 Abs.3 S.4 ASOG ist nicht einschlägig). In Betracht kommen zwei Möglichkeiten:

- § 34 Abs.2 Nr.1 ASOG als spezielle Regelung bei möglicher Freiheitsentziehung und
- § 34 Abs.1 Nr.1 ASOG bei gerechtfertigter Annahme einer Sicherstellung (der Haupteingriff).

Für die Anwendung von **§ 34 Abs.2 Nr.1** ist nicht erforderlich, dass die betroffene Person bereits festgehalten wird, es genügt, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung zu diesem Zeitpunkt vorliegen.<sup>411</sup> Hier ist aber offensichtlich, dass zum fraglichen Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung weder nach dem ASOG (s. § 31 ASOG) noch nach anderen Vorschriften gegeben sind. Es bleibt somit nur die Anwendung von **§ 34 Abs.1 Nr.1**.

Theoretisch ist allerdings noch die Durchsuchung zur Eigensicherung gemäß § 34 Abs.3 Satz 1 ASOG denkbar; aus dem Sachverhalt folgt allerdings die Ausrichtung und Zweckrichtung einer Durchsuchung zur Sicherstellung, entsprechend der vorangegangenen Durchsuchung des Fahrzeugs (s. ansonsten die Anmerkung am Schluss dieser Prüfung).

#### **Formelle Rechtmäßigkeit**

##### **4. Zuständigkeit**

Auch hier ist die Zuständigkeit der Polizei gemäß § 4 Abs.1 ASOG festzustellen; s. die o.a. Ausführungen.

##### **5. Anwendung der Verfahrensvorschriften**

###### **a) allgemeine Vorschriften**

Die Durchsuchung von Personen ist ebenfalls als Tathandlung mit unmittelbarer Rechtsfolge verbunden („Freiheitsbeschränkung“), also ein VA. Zur Anwendung des VwVfG kann erneut auf die Ausführungen zur Durchsuchung des Fahrzeugs verwiesen werden.

<sup>410</sup> Knemeyer, Rn.159; Lisken/Denninger-Rachor, F 569; Pieroth/Schlink/Kniesel, § 18 Rn.2 f.; Gusy, Rn.219.

<sup>411</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.10; Gusy, Rn.219; Prümm/Sigrist, Rn.269; Lisken/Denninger-Rachor, F 578.

### **b) besondere Vorschriften**

Bei einer Durchsichtung von Personen ist § 34 Abs.4 ASOG anzuwenden und damit die persönliche Würde der Betroffenen zu achten.<sup>412</sup> Der Sachverhalt sagt weder etwas über das Geschlecht der Fahrzeuginsassen noch über die Vorgehensweise der Polizei aus. Andererseits tritt die Regelung dann zurück, wenn die sofortige Durchsichtung zum Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, was z.B. vorstellbar ist im Fall der Durchsichtung zur Eigensicherung gemäß § 34 Abs.3 ASOG.<sup>413</sup> Der Sachverhalt macht hierzu genauso wenig Angaben wie zu einer so hohen zeitlichen Dringlichkeit, dass schon deswegen von der Ausnahme auszugehen wäre. Unter diesen Umständen kann lediglich darauf hingewiesen werden, dass die Verletzung der Vorschrift zur Rechtswidrigkeit der Durchsichtung führt.<sup>414</sup>

## **Materielle Rechtmäßigkeit**

### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zur Anwendung der Ermächtigung aus § 34 Abs.1 Nr.1 ASOG müssen sich die folgenden Voraussetzungen aus dem Sachverhalt ergeben:

- Durchsichtung von Personen,
- rechtfertigende Tatsachen für bestimmte Gegenstände,
- Möglichkeit einer Sicherstellung.

#### **a) Durchsichtung von Personen**

Die Fahrzeuginsassen werden von der Polizei abgetastet auf der Suche nach Gegenständen, die in der Bekleidung verborgen sein können. Es handelt sich um eine Durchsichtung im Sinne der Vorschrift.

#### **b) Rechtfertigende Tatsachen für bestimmte Gegenstände**

Zusätzlich zu den Tatsachen, die schon die Annahme gemäß § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG rechtfertigten (s. oben), sind hier **weitere Anhaltspunkte** festzustellen. Die Durchsichtung des Fahrzeugs brachte nicht nur die Baseballschläger zum Vorschein sondern auch Fahrzeugketten. Da drängt sich sogar die Annahme auf, dass die betroffenen Personen besonders gewaltbereit sind und auch in ihrer Kleidung weitere gefährliche Gegenstände mit sich führen, wie z.B. Messer, Schlagringe und Ähnliches.<sup>415</sup>

#### **c) Möglichkeit der Sicherstellung**

Die vermuteten gefährlichen Gegenstände können auch nach § 38 Nr.1 ASOG sichergestellt werden; insoweit kann auf die Ausführungen zur Durchsichtung des Fahrzeugs verwiesen werden.

**Ergebnis:** Die Handlungsbefugnis aus § 34 Abs.1 Nr.1 ASOG ist gegeben.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

Die Reduzierung des Entschließungsermessens ist auch bei dieser Maßnahme vertretbar (s.o.).

#### **b) Adressat**

Die Durchsichtung – wie auch die Sicherstellung – richtet sich gegen die Personen, die als Störer und Verursacher der Gefahr gemäß § 13 Abs.1 ASOG in Betracht kommen;<sup>416</sup> die Fahrzeuginsassen sind die richtigen Adressaten.

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die Durchsichtung der Personen ist genauso geeignet, erforderlich und angemessen, wie das schon zur Durchsichtung des Fahrzeugs festgestellt werden konnte.

#### **d) Ermessensausübung**

Irgendwelche Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

<sup>412</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 18 Rn.5; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.15.

<sup>413</sup> Lischen/Denninger-Rachor, F 590; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.15.

<sup>414</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, § 18 Rn.5; Knemeyer, Rn.161.

<sup>415</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm.II.A.1.b.

<sup>416</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 38 Anm.II.A.1.c.aa.

### **Ergebnis:**

Die Durchsuchung der Fahrzeuginsassen gemäß § 34 Abs.1 Nr.1 ASOG ist rechtmäßig (auch hier als Begleiteingriff zur beabsichtigten Sicherstellung).

### **Anmerkung:**

Der o.a. Sachverhalt könnte auch mit einem ganz anderen Ablauf geschildert werden. Im Ursprungsfall folgten den Erkenntnissen aus der Durchsuchung zur Sicherstellung das Verbot der Weiterfahrt, die Aufnahme der Personalien, die Kontrolle des Führerscheins und die eigentliche Sicherstellung der gefundenen Gegenstände.<sup>417</sup> Im Folgenden soll die Fallkonstellation untersucht werden, dass die Polizei vor jeder anderen Maßnahme, insbesondere vor einer Identitätsfeststellung, auf Schutz und Sicherung bedacht ist und deshalb eine Person durchsuchen will, zur sog. Eigensicherung.

## **II. Durchsuchung zur Eigensicherung**

### **Sachverhalts-Variante (12a): „Kontrolle der NPD-Demonstranten“**

*Die Polizei führt die im Sachverhalt (12) „Der bemalte Kleinbus“ erwähnten Kontrollen durch, um die gewalttätigen Gegner der NPD-Demonstration auszuschalten. Bei einer dieser Kontrollstellen trifft nun ein Kleinbus ein, dessen äußerliches Erscheinungsbild aber nicht weiter auffällt. Die Polizei lässt alle Insassen des Kleinbusses aussteigen, um sie besser kontrollieren zu können; diese geben jedoch jetzt Sprüche von sich, die eine Zugehörigkeit zu den gesuchten Gruppen andeuten, zumindest auf die Bereitschaft zu gewalttätigen Ausschreitungen schließen lassen. Die Polizei entschließt sich deshalb sofort, die einzelnen Personen zunächst zu durchsuchen. Hierbei werden Messer und Schlagringe gefunden; die sich anschließende Durchsuchung des Fahrzeugs fördert dann Baseballschläger und Fahrradketten zutage. Offensichtlich haben die Betroffenen mit einer so frühen Kontrolle nicht gerechnet.*

*Schließlich werden die Personalien aller Fahrzeuginsassen aufgenommen und die gefundenen Gegenstände sichergestellt.*

### **Aufgabe:**

***Wie sind die Maßnahmen zur Durchsuchung rechtlich zu beurteilen?***

### **Vorbemerkung:**

Auch wenn erneut nur nach der Beurteilung der Durchsuchungsmaßnahmen gefragt wird, sollen die anderen Maßnahmen kurz angesprochen werden.

- Das ASOG ermöglicht keine allgemeinen Kontrollen. Das **Anhalten des Fahrzeugs** an der „Kontrollstelle“ lässt sich also nur in Verbindung mit einer konkreten Maßnahme zur Gefahrenabwehr rechtfertigen, hier also durch eine Identitätsfeststellung gemäß § 21 Abs.3 Satz 2 in Verbindung mit § 21 Abs.1 ASOG zur Identifizierung von potentiellen Störern. Allerdings sind die Anforderungen an die Gefahrenlage geringer wegen der Bedeutsamkeit der betroffenen individuellen Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit: körperliche Unversehrtheit und Versammlungsfreiheit der Demonstrationsteilnehmer.
- Die **Aufforderung zum Aussteigen** ist dann ein weiterer Begleiteingriff zur beabsichtigten Identitätsfeststellung gemäß § 21 Abs.3 Satz 1 ASOG.

---

<sup>417</sup> s. Gornig/Jahn, Fall Nr.7 „Befürchtete Ausschreitungen“

- Bei der IdF als dem Haupteingriff ist bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen allerdings zu unterscheiden zwischen der **Gefahrenlage** zu Beginn der Kontrolle und der bei tatsächlicher Durchführung, da zu diesem Zeitpunkt weit mehr Anhaltspunkte für die Gefahr vorhanden sind (auf Grund der Durchsuchungen).
- Die Sicherstellung und Aufbewahrung der Gegenstände betrifft das nächste Kapitel.

Die Beurteilung der Durchsuchungsmaßnahmen verweist teilweise auf die Ausführungen im Abschnitt I., um unnötige Wiederholungen zu vermeiden.

## Durchsuchung der Personen

### Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

#### **1. Eingriffshandlung**

Die Durchsuchung der Person greift ein in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, **Art. 2 Abs.1 GG**.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie ergibt sich aus **§ 1 Abs.1 ASOG**; auch hier rechtfertigt die mögliche Gefahr (noch) nicht die Aufgabe einer vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten gemäß **§ 1 Abs. 3 ASOG** (Begründung s. oben Abschnitt I.).

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Nach der vorliegenden Sachverhaltsvariante ist nicht anzunehmen, dass die Polizei schon zu diesem Zeitpunkt nach Ausweispapieren gemäß **§ 21 Abs.3 S.4 ASOG** suchen will, da die Identitätsfeststellung noch gar nicht begonnen hat. In Betracht kommt zunächst

- **§ 34 Abs.2 Nr.1 ASOG** als spezielle Regelung bei möglicher Freiheitsentziehung; das Anhalten von Personen ist aber noch kein Festhalten (s. **§ 31 ASOG**);<sup>418</sup>
- **§ 34 Abs.1 Nr.1 ASOG** scheidet ebenfalls aus, da hier noch keine ausreichende Tatsachen zur gerechtfertigten Annahme von Sicherstellungen bestimmter Gegenstände vorliegen.<sup>419</sup>
- Bleibt die Durchsuchung zur Eigensicherung gemäß **§ 34 Abs.3 Satz 1 ASOG**.

### Formelle Rechtmäßigkeit

#### **4. Zuständigkeit**

Mit **§ 34 Abs.3** ist eine ganz spezielle Befugnis nur für die Polizei gegeben.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Insoweit können hier die Ausführungen zu Abschnitt I. herangezogen werden, sowohl hinsichtlich der allgemeinen Anwendung des VwVfG als auch zur Anwendung von **§ 34 Abs.4 ASOG**.

### Materielle Rechtmäßigkeit

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Folgende Voraussetzungen sind zu prüfen:

- Durchsuchung einer Person,
- vor einer zulässigen Identitätsfeststellung,
- Suche nach Waffen, anderen gefährlichen Werkzeugen, Explosivmitteln,
- „nach den Umständen“ eine Gefahr für Leib oder Leben der Polizei oder von Dritten,
- Erforderlichkeit.

##### **a) Durchsuchung einer Person**

Es handelt sich um eine zielgerichtete Suche nach gefährlichen Gegenständen in der Bekleidung der betroffenen Personen.

<sup>418</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, **§ 34 Rn.10**; Lisken/Denninger-Rachor, F 488; Prümm/Sigrist, Rn.269.

<sup>419</sup> Prümm/Sigrist, Rn.272



### **b) vor einer zulässigen IdF (Tatbestand)**

Das Fahrzeug wird auch zum Zweck der Personenkontrolle angehalten, aber die Durchsuchung liegt noch vor der Durchführung des Informationseingriffs, der eigentlichen Identitätsfeststellung als Kenntnisnahme der Personalien. Die Identitätsfeststellung ist ferner nicht Zweck der Durchsuchung, sondern Anlass für die Durchsuchung als eigenständige Maßnahme.<sup>420</sup>

Andererseits sind die Voraussetzungen für die rechtliche Zulässigkeit einer derartigen Identitätsfeststellung gegeben, hier gemäß § 21 Abs.1 ASOG: Die Gefahr besteht in der möglichen Beeinträchtigung der individuellen Rechtsgüter der Demonstrationsteilnehmer (nämlich körperliche Unversehrtheit, Versammlungsfreiheit) sowie der Rechtsordnung durch gewalttätige Auseinandersetzungen; wobei die **Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit** des Schadenseintritts wegen der Bedeutsamkeit der betroffenen individuellen Schutzgüter geringer sein können.<sup>421</sup> Diese Gefahr ist hier zu bejahen. Die betroffenen Fahrzeuginsassen sind auch die richtigen Adressaten einer solchen Überprüfung. Schon nach dem Grundsachverhalt (12) können zu diesem Zeitpunkt die anreisenden Personen, die dann erkennbar (auf Grund der mündlichen „Sprüche“) **keine Demonstrationsteilnehmer** sind, als potentielle Störer der Demonstration aufgefasst werden.<sup>422</sup> Die Rechtsgüterabwägung ergibt auch die Angemessenheit der IdF, § 11 ASOG.

### **c) Suche nach Waffen**

Der Wortlaut von **§ 34 Abs.3 ASOG begrenzt** die Suche nach gefährlichen Gegenständen ausdrücklich auf Waffen, andere gefährliche Werkzeuge und Explosivmittel. Für Waffen gilt die Definition von § 1 WaffG: Schuss-, Hieb- oder Stoßwaffen; andere Werkzeuge sind nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder nach der Art ihrer Benutzung als gefährlich zu beurteilen, wenn sie erhebliche Verletzungen herbeiführen können.<sup>423</sup> Nun kann (fast) jeder Gegenstand in der Hand eines gefährlichen Täters zu einer derartig genutzten Waffe werden. Aus diesem Grund wird es eher darauf ankommen, ob aus den **Einzelheiten eines Falles** gefolgert werden kann, dass sich eine betroffene Person dem polizeilichen Zugriff unter Anwendung von Waffengewalt entziehen will; hier ist die Bereitschaft zu gewalttätigen Auseinandersetzungen erkennbar.

### **d) Leib- oder Lebensgefahr „nach den Umständen“**

Eine Durchsuchung zur Eigensicherung ist ohne weitere Bedingung nur im Fall des § 34 Abs.2 Nr.1 ASOG zulässig; d.h. jede festzuhaltende Person kann auch zum Schutz der Polizeibeamten durchsucht werden, ohne dass eine konkrete Gefahr gegeben sein muss. Andererseits müssen auch zur Anwendung von § 34 Abs.3 ASOG keine rechtfertigenden Tatsachen wie im Fall des § 34 Abs.1 Nr.1 ASOG vorliegen. Die Gefahr für Leib oder Leben eines Polizeibeamten oder eines Dritten muss **„nach den Umständen“** gegeben sein. Diese Begriffsbestimmung ist sicher unklar, zumal sich das Handeln der Polizei immer an den Umständen eines Falles auszurichten hat.<sup>424</sup> Es muss sich auch nicht um einen gefährlichen oder gefährdeten Ort handeln, da insoweit bereits spezielle Regelungen in § 34 Abs.2 Nr.2 bis 4 ASOG bestehen. Im Ergebnis sind geringere Anforderungen an die Gefahrenlage zu stellen (was wiederum nur der Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter entspricht). Als Beispiel in Betracht kommen nächtliche Kontrollen, insbesondere an abgelegenen Orten oder von entsprechend dunkel gekleideten Personen.<sup>425</sup>

<sup>420</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 585; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.12; Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm. II.B.5.a.bb.

<sup>421</sup> s. oben Abschnitt I. zur im Rahmen der Fahrzeugdurchsuchung geprüften Sicherstellung.

<sup>422</sup> Stellt sich später heraus, dass von ihnen keine Gefahr ausging, so bleiben sie doch nach objektiven Maßstäben „Anscheinstörer“.

<sup>423</sup> Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm. II.B.5.a.dd.

<sup>424</sup> so Lisken/Denninger-Rachor, F 586; Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.13 sprechen von konkreter Gefahr mit abgesenkter Eingriffsschwelle; ungenau auch Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm. II.B.5.a.cc.

<sup>425</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 587 auch mit dem Gegenbeispiel der leicht bekleideten Dirne.

Die Umstände müssen eine Durchsuchung der Person **nach Waffen** rechtfertigen; das kann der Fall sein, wenn in Polizei-Dateien auf eine entsprechende Gefährlichkeit hingewiesen wird; nicht ausreichend wäre die bloß „sorgenvolle“ Vermutung des Polizeibeamten; eine Routine-Durchsuchung soll eben insoweit ausscheiden.<sup>426</sup>

Im vorliegenden Fall sind für die anreisenden Bus-Insassen bereits Gefahrenlage und Adressateneigenschaft bejaht worden, ausreichend für die Durchführung einer Identitätsfeststellung. Zu klären bleibt die von ihnen ausgehende Waffen-Gefahr. Die im Sachverhalt vorhandenen Hinweise, dass es sich bei ihnen um Angehörige der antifaschistischen oder autonomen Gruppierungen handeln kann, lassen die Annahme zu, dass sie notfalls auch mit Waffengewalt auf Maßnahmen der Polizei „antworten“. Das heißt, die geforderte gefahrenträchtige Situation ist hier gegeben.

#### **e) Erforderlichkeit**

Die Durchsuchung zur Eigensicherung ist auch der geringstmögliche Eingriff zu diesem Zeitpunkt für die Gefahrenabwehr.

**Ergebnis:** Die **Handlungsbefugnis** aus § 34 Abs.3 S.1 ASOG ist zu bejahen.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

Wegen der Bedeutsamkeit des individuell – bei den Polizeibeamten - betroffenen Schutzgutes kann von einem reduzierten Ermessen ausgegangen werden.

#### **b) Adressat**

§ 34 Abs.3 S.1 ASOG bestimmt den Adressaten nach der IdF-Möglichkeit, hier also gemäß § 21 Abs.1 in Verbindung mit § 13 Abs.1 ASOG.

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die Durchsuchung ist geeignet, entsprechend gefährliche Gegenstände aufzufinden; zum Schutz der Polizeibeamten (oder von Dritten) ist sie auch erforderlich, da eine weniger belastende Maßnahme zur Entwaffnung der Störer nicht ersichtlich ist. Die Angemessenheit der Durchsuchung zur Eigensicherung ergibt sich aus der Rechtsgüterabwägung, einerseits der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Störer, andererseits der notwendige Schutz der Polizeibeamten vor einer möglichen Gewaltanwendung.

#### **d) Ermessensausübung**

Der pflichtgemäß wahrzunehmende Ermessensspielraum, § 12 ASOG, wurde auch ansonsten nicht überschritten oder missbraucht.

#### **Ergebnis:**

Die Durchsuchung der Personen **zur Eigensicherung** der Polizeibeamten ist gemäß § 34 Abs.3 S.1 ASOG rechtmäßig.

#### **Anmerkung:**

Für die Anwendung von **§ 34 Abs.3 Satz 2 ASOG** gilt „dasselbe“, das heißt, dass auch bei einer Vorführung bzw. einer anderen Verbringung „nur“ nach Waffen gesucht werden kann und sich die Leib- oder Lebensgefahr aus den Umständen des Einzelfalles ergibt.<sup>427</sup> Allerdings sind die Maßnahmen des ASOG der Vorführung (§ 20 Abs. 3) und der Verbringung (§ 21 Abs. 3 S. 3, § 30) immer mit einer Freiheitsentziehung verbunden, § 31 Abs. 1, so dass sich die Möglichkeit zur Durchsuchung wiederum direkt aus § 34 Abs.2 Nr.1 ASOG ergibt. § 34 Abs. 3 insoweit als einschränkende spezielle Regelung anzusehen, erscheint unsinnig (s. auch § 34 Abs. 2 Nr.1). In Betracht kommt die Vorschrift deshalb nur in Verbindung mit anderen Vorschriften in weiteren Gesetzen.<sup>428</sup>

<sup>426</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.13

<sup>427</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 34 Rn.12; Prümm/Sigrist, Rn.273; Berg/Knape/Kiworr, § 34 Anm. II.B.5.b.

<sup>428</sup> Baller/Eiffler/Tschisch aaO

## **Durchsuchung des Fahrzeugs**

Die anschließende Durchsuchung des Fahrzeugs ist dann rechtlich einfacher zu beurteilen, da gemäß § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG jede Sache ohne weitere Voraussetzung durchsucht werden kann, wenn sie von einer Person, die selbst durchsucht werden kann, mitgeführt wird. Insoweit bietet sich auch eine verkürzte Prüfung an.

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Mit einer Durchsuchung des Fahrzeugs wird in das Eigentumsrecht des Fahrzeugbesitzers eingegriffen, Art. 14 GG (s. oben Abschnitt I.).

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Sie folgt der Durchsuchung der Person, hier also § 1 Abs.1 ASOG.

#### **3. Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Entgegen dem Wortlaut von § 35 Abs.1 (wonach der Eilfall zu prüfen wäre) ist in diesem Fall darauf abzustellen, dass schon die Bezugspersonen nur von der Polizei durchsucht werden dürfen. Es ist sinnvoll, wenn sich diese Zuständigkeit auch auf die Durchsuchung des Fahrzeugs zur Eigensicherung auswirkt.

#### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

Insoweit kann auf die Ausführungen zur Fahrzeugdurchsuchung im Abschnitt I. verwiesen werden.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Folgende Voraussetzungen sind gemäß § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG zu prüfen:

- Zulässige Personen-Durchsuchung, hier gemäß § 34 Abs.3 S.1 ASOG gegeben.
- Durchsuchung einer mitgeführten Sache: Das ist der Fall, wenn die Bezugsperson immer (noch) Zugriff auf die Sache hat und ihr die Sache auch objektiv zugerechnet werden kann.<sup>429</sup> Das trifft hier zu, da der Fahrzeugführer zusammen mit seinem Fahrzeug angekommen ist.

#### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

- Adressat der Fahrzeugdurchsuchung ist der Fahrzeugführer (-besitzer) als Betroffener der Durchsuchung zur Eigensicherung.
- Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelten die gleichen Erwägungen wie zur Personen-Durchsuchung.
- Bei der Ermessensausübung sind ebenfalls keine Fehler ersichtlich.

### **Ergebnis:**

Die Durchsuchung des Fahrzeugs gemäß § 35 Abs.1 Nr.1 ASOG ist ebenfalls rechtmäßig erfolgt.

### **Exkurs:**

#### **Videoüberwachung zur Eigensicherung, § 19a ASOG**

Obwohl es sich bei dieser Maßnahme um einen Informationseingriff in das RiS, also Art. 2 Abs. 1 / Art. 1 Abs. 1 GG, handelt, soll sie hier erläutert werden wegen ihrer sachlichen Nähe

<sup>429</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 35 Rn.4

zur Durchsuchung als Eigensicherung, zumindest wegen der gleichen Voraussetzungen in der Gefahrenlage: „wenn dies nach den Umständen zum Schutz der Polizeivollzugsbeamtinnen und –beamten oder Dritter gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist.“

**Sachverhalt (12b): Prügelei mit Regenschirm**<sup>430</sup>

Die Polizeibeamten A und B fahren seit den Morgenstunden Streife. In der T-Straße, einer nicht dicht befahrenen Nebenstraße erblicken sie gegen Mittag, dass sich auf der anderen Straßenseite zwei junge Männer, X und Y, die offensichtlich betrunken sind, schubsen. Sie vermitteln jedenfalls den Eindruck, als würden sie sich gleich wild prügeln.

A und B beobachten die Szene kurz. A ruft aus dem geöffneten Fenster über die Straße, während er auf den X zeigt: „Hey Sie! Her zu mir! Zeigen Sie mir sofort Ihren Ausweis!“ Während die beiden Polizeibeamten aussteigen, kommt X herüber geschlurft und zeigt A seinen Ausweis. Nachdem A den Ausweis geprüft und sich die Anschrift notiert hat, gibt er ihn zurück. Dabei bemerkt er eine leichte Alkoholfahne bei X und einen festen Gegenstand unter dessen Jacke: „Was haben Sie denn da?“ Antwort des X: „Sag ich nicht.“ Daraufhin fordert A den X auf, seine Arme zu heben und durchsucht ihn. Er findet unter der Jacke einen Regenschirm. „Den nehme ich erst mal an mich und schicke ihn Ihnen dann nach Hause.“

Y, der von der anderen Straßenseite die Szene beobachtet hatte, brüllte mit einer Geste auf die Videokamera in dem geparkten Polizeifahrzeug aufs Geratewohl hinüber: „Keine Bilder!“ Tatsächlich hatte B die Kamera so eingestellt, dass der Nahbereich aufgezeichnet wurde.

**Waren die Maßnahmen der Polizei rechtmäßig?**

(Bearbeitungsvermerk: Die Frage nach dem Gegenstand unter der Jacke ist nicht zu prüfen.)

**Vorbemerkung:**

Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Videografierens stellt sich erst ganz zuletzt, kann aber nur richtig beantwortet werden in Würdigung des ganzen Sachverhaltes. Insoweit ergeben sich dann folgende ASOG-Maßnahmen (mit ErmG):<sup>431</sup>

- (1) Erblicken/Beobachten der Prügelszene (§ 18 Abs. 1 Satz 2)
- (2) Komplex der Identitätsfeststellung:
  - als Haupteingriff die Prüfung/Kennntnisnahme (Notieren) der Ausweisdaten,<sup>432</sup>
  - als Begleiteingriffe die Aufforderung, zum Auto zu kommen (Anhalten), Verlangen des Ausweises (§ 21 Abs. 3 Satz 2),
- (3) Komplex Durchsuchung mit Sicherstellung (§ 34 Abs. 1 Nr. 1, § 38 Nr. 1),
- (4) Videoüberwachung (§ 19a).
- (5) Nicht zu prüfen: Befragung (§ 18 Abs. 3 in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Satz 2).

Die Videoüberwachung nach § 19a ASOG soll hier genauer untersucht werden. Der Zweck der Vorschrift soll darin bestehen, potenziell gewaltbereite Personen abzuschrecken, aber auch – bei Fehlschlägen – Beweismaterial für dann mögliche Strafverfahren zu haben.

**Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

**1. Eingriffshandlung**

Mit der Videoüberwachung wird in das RiS, Art. 2 Abs. 1/ Art. 1 Abs. 1 GG, eingegriffen.

**2. Aufgabenzuweisung**

Eine Strafverfolgung scheidet ganz aus, hier geht es um die allgemeine Gefahrenabwehr gemäß § 1 Abs. 1 ASOG; die Ausnahmereiche der Abs. 3 – 5 sind nicht gegeben; für eine Anwendung von § 1 Abs. 3 fehlt es an jeder Erheblichkeit (als notwendiges Kriterium zur Abgrenzung gegen Abs. 1).

<sup>430</sup> Der Fall ist als modulabschließende Klausur (Modul 06) im SS 2011 geschrieben worden

<sup>431</sup> die auf Grund der bisherigen Erläuterungen zu den Standardmaßnahmen bearbeitet werden können.

<sup>432</sup> Das handschriftliche Notieren ist noch keine weitere Datenverarbeitung als eigener Eingriff.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt hier nur die spezielle Standardmaßnahme der Videoüberwachung zur Eigensicherung gemäß § 19a ASOG.<sup>433</sup>

#### **Formelle Rechtmäßigkeit**

##### **4. Zuständigkeit**

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist allein die Polizei zuständig für diese Maßnahme.

##### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften**

###### **a) allgemeine Verfahrensvorschriften**

Die Überwachung beginnt mit Einschaltung des „optisch-elektronischen“ Gerätes. Die Videoüberwachung ist somit ein Realakt. Da die Einschaltung des Gerätes regelmäßig **verdeckt** erfolgt, wie auch in diesem Fall, erscheint es nicht sinnvoll, auf diese Handlung die allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 37 Abs. 2, 41, 43 VwVfG anzuwenden.<sup>434</sup>

###### **b) besondere Verfahrensvorschriften**

Um die Offenheit des polizeilichen Vorgehens zu erzwingen, verlangt § 19a Abs. 2 ausdrücklich die Überwachung durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen oder der betroffenen Person mitzuteilen. Damit soll die eigentliche Tathandlung wiederum als VA behandelt werden. Das ist hier offensichtlich nicht geschehen; jedenfalls hat der Polizeibeamte A nichts gesagt und Y war sich laut Sachverhalt nicht sicher, ob die Kamera eingeschaltet ist. Damit ist die Maßnahme rechtswidrig (mit entsprechender Wirkung für die Strafverfolgung: Verbot der Beweisverwertung). Es fragt sich aber, ob der rechtliche Mangel u.U. nicht sofort beseitigt werden kann, z.B. durch kurzfristiges Abschalten und erneute Einschaltung, nunmehr mit der geforderten Aufklärung und damit der Einhaltung des VwVfG?

Besonders zu beachten ist ferner die Löschungsvorschrift des § 19a Abs. 3 ASOG mit Ausnahmen. Eine ausdrückliche Ausnahme besteht ferner nach Abs. 4 in Verbindung mit § 42 Abs. 4 ASOG für die Nutzung zur Aus- und Fortbildung sowie zu statistischen Zwecken, allerdings nur in anonymisierter Form.

#### **Materielle Rechtmäßigkeit**

##### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Folgende Merkmale sind anhand des Sachverhaltes zu prüfen und zu begründen:

- Personen- oder Fahrzeugkontrolle im öffentlichen Verkehrsraum
- Optisch-elektronische Bildaufzeichnung (im Polizeifahrzeug)
- Nach den Umständen eine Gefahr für Leib oder Leben der Polizei oder Dritter
- Erforderlichkeit
- Bei Erfassung Dritter Unvermeidbarkeit der Datenerhebung (Abs. 1 S.2).

###### **a) Personen- oder Fahrzeugkontrolle**

X und Y werden im öffentlichen Verkehrsraum angetroffen und der X einer Identitätsfeststellung unterzogen.

###### **b) optisch-elektronische Bildaufzeichnung**

Der Sachverhalt spricht von einer entsprechenden Videokamera im Polizeifahrzeug.

###### **c) Schutz vor Leib- oder Lebensgefahr**

Nach den Umständen muss eine solche Gefahr für die Polizei oder Dritte bestehen. Diese Umstände für die Notwendigkeit der Eigensicherung lassen sich dem Sachverhalt ganz und gar nicht entnehmen, erst recht nicht irgendwelche Anhaltspunkte für die hinreichende Wahrscheinlichkeit des entsprechenden Schadenseintritts. Auch wenn sich X und Y beinahe

<sup>433</sup> Eingefügt 2007 in das ASOG

<sup>434</sup> Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn die Einschaltung ganz offen erfolgt, ihr sogar eine Anhörung gemäß § 28 VwVfG vorangeht, zur entsprechenden Abschreckung.

geprügelt hätten und der Regenschirm als gefährlicher Gegenstand sichergestellt werden kann, so ergibt sich daraus doch keine Leib- oder Lebensgefahr für die Polizeibeamten (sondern der ganz normale polizeiliche Alltag!).

Das heißt, dass die Videoüberwachung auch materiell rechtswidrig ist.

#### **d) Erforderlichkeit**

Damit steht auch fest, dass die Maßnahme nicht der geringstmögliche Eingriff ist.

**Hilfsweise** soll weiter geprüft werden, ob die Maßnahme an weiteren Rechtsfehlern leidet.

### **1. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

Die Ermächtigungsgrundlage räumt der Polizei Ermessen ein, ohne dass hier Hinweise auf eine Reduzierung des Entscheidungsspielraum erkennbar sind.

#### **b) Adressat**

Auch wenn bei Y selbst keine Personenkontrolle durchgeführt wird, so ist er doch Adressat der Videoüberwachung, da der Polizeibeamte B ihn als Gefahrenursache ansieht; jedenfalls ist Y kein unbeteiligter Dritter.

#### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Erforderlichkeit und Angemessenheit (Rechtsgüterabwägung) könnten nur bejaht werden, wenn tatsächlich eine entsprechende Leib- oder Lebensgefahr bestanden hätte, was nicht der Fall ist.

Die Eignung zur Abschreckung besteht dagegen eigentlich immer.

#### **d) Ermessensausübung**

Die Verletzung von formellen wie materiellen Anforderungen bedeutet auch eine fehlerhafte Ermessensausübung.

#### **Ergebnis:**

Die Maßnahme der Videoüberwachung gemäß § 19a ASOG ist rechtswidrig.

## **B. Durchsuchung von Wohnungen**

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG garantiert Art. 13 Abs. 1 GG dem Einzelnen die Wohnung als „elementaren Lebensraum“ zur freien Entfaltung der Persönlichkeit; „in seinem Wohnraum hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden.“<sup>435</sup> Entsprechend diesem Schutz der Privatsphäre ist der **Begriff der Wohnung** von der Rechtsprechung weit ausgelegt worden,<sup>436</sup> dazu gehören nicht nur der Mittelpunkt des Privatlebens sondern auch alle Nebenräume sowie Geschäftsräume und jedes befriedete Besitztum.<sup>437</sup> Eine „Legaldefinition“ enthält § 36 Abs.1 (am Ende) ASOG, die aber entsprechend Art. 13 auszulegen ist.<sup>438</sup>

Besonderheiten bestehen hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit von Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräumen im Rahmen der herkömmlichen Gewerbeüberwachung. Nach dem BVerfG ist das Betreten und Besichtigen dieser Räumlichkeiten nicht als Eingriff in Art. 13 GG sondern gemäß Art. 2 Abs.1 GG zu beurteilen.<sup>439</sup> Soweit die Räumlichkeiten der Öffentlichkeit zugänglich sind, gilt allerdings weiterhin § 36 Abs. 5 ASOG.

<sup>435</sup> BVerfGE 42 S.212; E 75 S.318; NJW 2002, 1941.

<sup>436</sup> BVerfGE 32 S.54

<sup>437</sup> s. im Einzelnen Prümm/Sigrist, Rn.279; Katz, Rn.808.

<sup>438</sup> und deshalb keine eigene Bedeutung hat, Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.3; Lisken/Denninger-Rachor, F 612.

<sup>439</sup> BVerfGE 32 S.54; 76 S.83; Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.5 und 26; Lisken/Denninger-Rachor, F 613; s. auch zu § 36 Abs.5 ASOG

**Wohnungsinhaber** ist derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die Räumlichkeiten rechtmäßig ausübt, er muss nicht Eigentümer sein.<sup>440</sup> Bei gemeinschaftlicher Nutzung ist jeder Berechtigte von Art. 13 GG geschützt.<sup>441</sup> Umstritten ist die Berechtigung von **Hausbesetzern**, insbesondere wenn die Besetzung schon länger dauert und mit einer gewissen „häuslichen Einrichtung“ verbunden ist;<sup>442</sup> im Zweifel bleibt es bei der alleinigen Berechtigung des Hausinhabers, die dann seine Einwilligung für das Betreten und Durchsuchen und damit auch für eine Räumung notwendig macht. Diese muss wie jede Einwilligung ausdrücklich und in Kenntnis der Tragweite der Entscheidung erklärt werden.<sup>443</sup>

Art. 13 GG unterscheidet zwischen einer **Durchsuchung in Abs.2** und **sonstigen Eingriffen und Beschränkungen in Abs.7** (die Abs.3 bis 6 betreffen den speziellen Einsatz von „technischen Mitteln“ zur Wohnraumüberwachung).<sup>444</sup> Eine Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhaltes in Wohnräumen, um dort etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will.<sup>445</sup> Zu den „sonstigen Eingriffen und Beschränkungen“ gehört das Betreten einer Wohnung, also das Eintreten, Verweilen und Besichtigen (ohne Suche).<sup>446</sup>

Vom Wortlaut der beiden Absätze her ergeben sich unterschiedliche Anforderungen an eine Durchsuchung und das Betreten als sonstigen Eingriff; **Abs. 2** enthält „nur“ einen einfachen Gesetzesvorbehalt und keine weiteren sachlichen Voraussetzungen (diese ergeben sich dann aus der einfachgesetzlichen Regelung, wie hier aus § 36 Abs.1 und 2 ASOG), nach **Abs. 7** sind sonstige Eingriffe dagegen nur unter weiteren, eng umschriebenen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zulässig. Auch wenn die Durchsuchung ausschließlich nur nach Art. 13 Abs. 2 GG zu beurteilen ist,<sup>447</sup> so liegt in den **strengeren Anforderungen an das Betreten** doch kein Widerspruch; der schwerer wiegende Eingriff einer Durchsuchung kann auch dann erforderlich, also verhältnismäßig sein, wenn die strengeren Anforderungen nur für ein Betreten nicht vorliegen.<sup>448</sup>

Die Besonderheit von Art. 13 Abs.2 GG besteht in der Notwendigkeit, grundsätzlich eine **richterliche** Anordnung herbeizuführen und damit gerade die Prüfung, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wird, die Durchsuchung im Einzelfall als letztes Mittel erforderlich ist. Diesem verfahrensrechtlichen Erfordernis hat das BVerfG stets besondere Bedeutung zugemessen, auch dadurch, dass es einer Aufweichung zur bloßen Formalie immer entgegen getreten ist.<sup>449</sup> Eine andere Frage ist, ob und wann die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung bei „Gefahr im Verzug“, also auch bei Durchführung durch polizeiliche Anordnung, nach der **Verfassung von Berlin** gegeben ist, s. dazu Art. 28 Abs.2 VvB (erforderlich ist die „Verfolgung auf frischer Tat“).

Art. 13 Abs.7 GG ist ferner bedeutsam, weil im ersten Halbsatz eine **unmittelbar anwendbare** Ermächtigung für Jedermann zur „Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen“ vorhanden ist, das heißt, dass insoweit eine Rechtfertigung für die Grundrechtsverletzung besteht.<sup>450</sup> Für die Polizei gelten aber die

---

<sup>440</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 616; Prümm/Sigrist, Rn.280.

<sup>441</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.4 ff, auch für Sammelunterkünfte.

<sup>442</sup> s. Lisken/Denninger-Rachor, F 617 f; Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.7; Prümm/Sigrist, Rn.280.

<sup>443</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.8

<sup>444</sup> die hier nicht besprochen wird; s. Prümm/Sigrist Rn.285

<sup>445</sup> BVerfGE 51 S.97; E 76 S. 83; BVerwGE 47 S.31

<sup>446</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 621; Gusy, Rn.293.

<sup>447</sup> BVerfGE 57 S.346; vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 623.

<sup>448</sup> s. das Beispiel bei Lisken/Denninger-Rachor, F 631: Durchsuchung einer Wohnung, um eine Person vorführen zu können, die erkennungsdienstlich behandelt werden soll.

<sup>449</sup> BVerfGE 103 S.142 = NJW 2001, 1121; vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 623.

<sup>450</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 625; Heintschel von Heinegg/Pallas, Rn.254.

speziellen Regelungen des ASOG; erst recht, wenn für die Abwehr anderer „dringender“ Gefahren bzw. schon deren Verhütung<sup>451</sup> dann der Gesetzesvorbehalt zu beachten und § 36 ASOG anzuwenden ist.

§ 36 ASOG unterscheidet nur zwischen der Durchsuchung<sup>452</sup> und dem bloßen Betreten (andere Eingriffsmöglichkeiten auf Grund von Art. 13 Abs.7 GG scheiden somit aus). § 36 Abs.1 erlaubt der Polizei die Durchsuchung von Wohnungen nur im Eilfall, also unter Beachtung von § 4 ASOG; das gilt auch für das Betreten gemäß Abs.5;<sup>453</sup> hingegen sind die Befugnisse nach Abs.2 (Durchsuchung) und Abs.4 (Betreten) ausschließlich der Polizei vorbehalten.<sup>454</sup> Im Folgenden sollen die Grundfälle von § 36 Abs.1 Nr.2 und 3 ASOG behandelt werden.

## **I. Anwendung von § 36 Abs. 1 Nr. 3 ASOG**

### **Sachverhalt (13): „Lebensbedrohung“**

*Die Eheleute Anja und Bernd E. haben am späten Sonntag-Nachmittag einen fürchterlichen Streit, in dessen Verlauf nicht nur einige Stücke des Mobiliars vor allem von ihm zertrümmert werden, sondern der Ehefrau auch Schläge angedroht werden. Da die Auseinandersetzung kein Ende findet und Anja E. immer massiver bedroht wird, kann sie sich nur noch in ein Zimmer retten und dieses von innen abschließen. Worauf der Ehemann besonders lautstark reagiert und die Tür mit Schlägen und Tritten „bearbeitet“. Völlig verängstigt ruft Anja E. bei der Polizei etwa um 23.00 Uhr an und bittet um Hilfe, wobei sie kaum in der Lage ist, genauere Angaben zu machen, sondern immer wieder nur um Hilfe bittet..*

*Die beiden Polizeibeamten S. und M. werden losgeschickt. Die fragliche Wohnung befindet sich in einem mehrstöckigen Wohnhaus; da bei ihrem Eintreffen gerade eine andere Person das Haus verlässt, können die Polizeibeamten den Hausflur ohne weiteres betreten. An der Tür zur Wohnung der E. klingeln sie aber ohne Erfolg; es ist auch sonst nichts Lautes aus der Wohnung zu hören. Dafür öffnet sich die Tür zur Nachbarwohnung des X., der offensichtlich nur darauf gewartet hat, dass die Polizei erscheint. Er erklärt sofort, einen Zweitschlüssel zur Wohnung der E. zu haben, „für alle Fälle.“ Nachdem die Polizeibeamten noch einmal vergeblich geklingelt, geklopft und gerufen haben, öffnen sie mit Hilfe des Schlüssels die Wohnungstür und betreten die Wohnung der E. Sie gehen durch alle Zimmer, finden aber Niemanden, bis auf die Ehefrau Anja E., die schließlich veranlasst werden kann, die abgeschlossene Zimmertür wieder zu öffnen.*

### **Aufgabe:**

***Wie sind die Maßnahmen der Polizeibeamten rechtlich zu beurteilen?***

### **Vorbemerkung:**

Auch wenn sich die Fragestellung ganz allgemein auf alle polizeilichen Maßnahmen in dem Sachverhalt bezieht, so kommt hier doch nur das jeweilige Betreten oder Durchsuchen als Eingriffshandlungen in Betracht; weitere Eingriffe lässt der Sachverhalt nicht erkennen.<sup>455</sup> Im Vordergrund dürfte hier ferner die Gefahrenabwehr stehen, nämlich der Schutz der Ehefrau (s. auch § 29a ASOG), ohne dass insoweit ein späteres strafprozessuales Ermittlungsverfahren ausgeschlossen werden soll.

---

<sup>451</sup> s. dazu Lisken/Denninger-Rachor, F 626 ff

<sup>452</sup> wobei eine Durchsuchung stets mit dem Betreten einhergeht, vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 621.

<sup>453</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.25

<sup>454</sup> zur Auslegung s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.22 ff

<sup>455</sup> vgl. die ähnlich gelagerte 2.Klausur (mit Lösungsskizze) im Klausurenkurs POR des WS 1999/2000.



## **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

### **1. Eingriffshandlung**

Schon mit dem Betreten des Treppenhauses könnten die Polizeibeamten in das Grundrecht aus Art. 13 Abs.1 GG eingegriffen haben. Zu dem durch das Grundrecht geschützten Bereich gehören die Nebenräume der eigentlichen Wohnung, also auch der allen Hausbewohnern gemeinsame Hausflur; bei gemeinschaftlicher Nutzung ist jeder Berechtigte von Art. 13 GG geschützt, also auch der Ehemann Bernd E. Nun hat die Ehefrau hier die Polizei gerufen; unabhängig davon, ob darin tatsächlich und rechtlich eine **Einwilligung** gesehen werden kann, so wäre grundsätzlich für das Betreten des Hausflures die Einwilligung sämtlicher Berechtigten erforderlich – es sei denn, das Betreten zielt von vornherein auf den unmittelbaren Zugang zu einer bestimmten Wohnung,<sup>456</sup> wie hier. Für den Zugang zur Wohnung wäre aber erneut die Zustimmung aller Wohnungsinhaber notwendig, was seitens des Ehemannes hier nicht festgestellt werden kann. In diesem Fall ist also der Eingriff in Art. **13 Abs.1 GG** sowohl für das Betreten der Wohnung der E. als auch für deren anschließende Durchsuchung. Denn das Handeln der Polizeibeamten erschöpft sich offensichtlich nicht in einem bloßen Verweilen oder Besichtigen der Wohnung, sondern beinhaltet auch die Suche nach den beiden Eheleuten.

In der Bereitstellung des Schlüssels durch die Nachbarn liegt ebenfalls keine Einwilligung, die den rechtlichen Charakter eines Eingriffs beseitigt. Nach allgemeiner Lebensauffassung ist nicht davon auszugehen, dass die Hinterlegung eines Zweitschlüssels bei Nachbarn insbesondere darauf gerichtet ist, staatlichen Institutionen den ungehinderten Zugang zur Wohnung zu ermöglichen. Insoweit liegt jedenfalls keine ausdrückliche Erklärung der Inhaber der Wohnung vor.

### **2. Aufgabenzuweisung**

Ausgehend davon, dass hier die Abwehr von Gefahren für die Ehefrau im Vordergrund steht, ergibt sich die Aufgabe zur Gefahrenabwehr für die Polizeibeamten zunächst aus § 1 Abs.1 ASOG. Vertretbar ist allerdings, die für die Ehefrau bestehende Gefahr auf Grund des verzweifelten Anrufes als so erheblich einzustufen (§ 13 Abs. 3 Nr. 2; Tatfrage!), dass auch die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten **gemäß § 1 Abs.3 ASOG** als Aufgabenzuweisung gerechtfertigt erscheint.

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt **§ 36 Abs.1 Nr. 3 ASOG**, da es sich um eine präventive Maßnahme zur Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben handelt; abgedeckt wird damit nicht nur das Betreten der Wohnung sondern auch deren Durchsuchung.

Möglich erscheint aber auch die Heranziehung von **§ 36 Abs. 2 ASOG** als spezieller ErmG, wenn die Polizeibeamten gleichzeitig die Absicht hatten, die Ehefrau gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 ASOG in Schutz-Gewahrsam zu nehmen. Die (gegenwärtige) Gefahr für Leib oder Leben einer Person rechtfertigt damit regelmäßig sowohl den Schutz- oder Rettungsgewahrsam (in Verbindung mit § 30 Abs. 2) ebenso wie das Vorgehen gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 (ohne hier das Ergebnis der weiteren Prüfung vorweg nehmen zu wollen).

## **Formelle Rechtmäßigkeit**

### **4. Zuständigkeit**

Für die Anwendung von § 36 Abs. 2 ASOG hat die Polizei eine **ausschließliche** Zuständigkeit. Dasselbe Ergebnis besteht hier ebenfalls für die Anwendung von § 36 Abs. 1 Nr.3 ASOG, wenn die für die Ehefrau bestehende Gefahr als so erhebliche Straftat eingestuft wird, dass ihre vorbeugende Bekämpfung als unbedingte Aufgabe der Polizei angenommen werden muss; in diesem Fall begründet die Ausnahme des § 1 Abs. 3 ASOG in Verb. mit § 4 ASOG die ausschließliche Zuständigkeit der Polizei.

---

<sup>456</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.6

Hilfsweise: Bei uneingeschränkter Anwendung von § 4 ASOG („Eilfall“) ist darauf hinzuweisen, dass die eigentliche zuständige Ordnungsbehörde zu dem fraglichen Zeitpunkt nicht tätig werden kann.

## 5. Anwendung von Verfahrensvorschriften

### a) allgemeine Vorschriften

Betreten und Durchsuchen sind zwar Grundrechtseingriffe, aber auch reine **Tathandlungen**, die hier zudem in Abwesenheit des Betroffenen ausgeführt werden. Da diese Handlungen hier nicht bekannt gegeben werden können, fehlt ihnen (zunächst) die Wirksamkeit eines VA nach dem VwVfG, die jedoch später eintreten kann, sei es dass die Bekanntgabe „ausdrücklich“ nachgeholt wird, sei es dass der Betroffene das schlüssige Handeln „erkennt“ (wodurch dann der Rechtsschutz gegen VA eröffnet wird).

### b) besondere Verfahrensvorschriften

Nach dem Sachverhalt wird die Polizei nach 23.00 Uhr tätig, deshalb ist die **Nachtzeitschranke** in § 36 Abs. 3 (in Verbindung mit § 104 StPO) zu beachten, die von 21.00 bis 04.00 bzw. 06.00 besteht.<sup>457</sup> In dieser Zeitspanne ist das Betreten und Durchsuchen von Wohnungen nur eingeschränkt möglich, das heißt ausnahmsweise nur in den Fällen von § 36 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ASOG, nicht aber zur Anwendung von § 36 Abs. 2. Hier ist es unwichtig, in welcher Jahresperiode der Fall spielt, die Nachtzeitschranke ist zu beachten, allerdings mit der Maßgabe, das hier auch von der Ausnahme Gebrauch gemacht werden kann.

Zu prüfen ist ferner § 37 ASOG für die Durchsuchung der Wohnung der Eheleute E. Grundsätzlich darf eine Wohnung zur Gefahrenabwehr nur durchsucht werden, wenn das ein Richter vorher angeordnet hat, es sei denn, die Ausnahme der „Gefahr im Verzug“ ist zu bejahen, § 37 Abs. 1 ASOG. Dieser Wortlaut ist jedoch missverständlich im Hinblick auf die **Verfassung von Berlin**: Art. 28 Abs. 2 S.2 erlaubt den Verzicht auf die Einholung der vorherigen richterlichen Entscheidung nur bei „**Verfolgung auf frischer Tat**“ durch die Polizei. Auch wenn Art. 13 Abs. 2 GG die weitergehende Möglichkeit enthält und § 37 Abs.1 ASOG dem offensichtlich im Wortlaut folgt, so wird die Auslegung dieser Vorschrift als Landesrecht jedoch maßgeblich von der Berliner Verfassung bestimmt, ohne dabei gegen Art. 31 GG zu verstoßen.<sup>458</sup> Dieses Ergebnis ist sicher unbefriedigend, insbesondere wenn in Fällen wie dem vorliegenden, in dem es um die Verhinderung gegenwärtiger Gefahren für Leib und Leben geht, eine „Verfolgung auf frischer Tat“ im Sinne des Art. 28 Abs. 2 VvB verneint wird.<sup>459</sup> Das ließe sich aber vermeiden, wenn bei der Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift gefragt wird und demzufolge nicht die „Verfolgung“, sondern die „**frische Tat**“ betont wird. Zumindest im vorliegenden Fall wäre die Ausnahme dann zu bejahen. Anderenfalls können die negativen Folgen der eingeschränkten Auslegung nur dadurch ausgeglichen werden, dass eine schnelle und jederzeitige Erreichbarkeit von zuständigen Amtsrichtern gewährleistet wird.<sup>460</sup>

### Ergebnis:

Wird ein Verstoß gegen § 37 Abs. 1 ASOG in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 VvB bejaht, muss die Durchsuchung der Wohnung als rechtswidrig angesehen werden – nicht aber das Betreten (da insoweit § 37 nicht einschlägig ist). Wird einer „sinnvollen“ Auslegung der Vorzug gegeben, dann bliebe auch die Durchsuchung rechtmäßig, wovon auch „hilfsweise“ ausgegangen werden soll, wenn der ersten Ansicht gefolgt wird. Dann müsste ferner die Einhaltung von § 37 Abs. 2 ASOG als besondere Verfahrensvorschrift geprüft werden. Da die Polizeibeamten davon ausgehen können, dass zumindest Frau Anja E. als Wohnungsinhaberin anwesend ist, entfällt eine Heranziehung von anderen Personen als Zeugen der Durchsuchung.

<sup>457</sup> Vom 1.10. bis 31.3. besteht die Nachtzeit von 21.00 bis 06.00 Uhr.

<sup>458</sup> anders die StPO-Regelung als Bundesrecht; s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 37 Rn.3 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>459</sup> So Baller/Eiffler/Tschisch, § 37 Rn.4

<sup>460</sup> Das ist in Berlin aber regelmäßig nicht der Fall (s. oben Fall 11 zu § 31 ASOG).

## **Materielle Rechtmäßigkeit**

### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Folgende Voraussetzungen sind gemäß § 36 Abs. 1 Nr.3 unter Anwendung der Angaben im Sachverhalt zu prüfen:

- Begriff der „Wohnung“
- Betreten bzw. Durchsuchen
- ohne Einwilligung
- gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person
- Erforderlichkeit.

#### **a) Wohnungsbegriff**

Eine **Definition** dieses Begriffs befindet sich am Ende von § 36 Abs. 1 ASOG. Zur Eingriffshandlung wurde schon aufgezeigt, dass nicht nur der eigentliche Wohnungsbereich, sondern auch sämtliche Nebenräume ebenso wie gemeinschaftlich genutzte Räumlichkeiten wie der Hausflur eines Mehrfamilienhauses von der Definition erfasst werden.

#### **b) Betreten und Durchsuchen**

Auch wenn sich die Polizeibeamten hier eine gewisse Zeit **im Hausflur** aufhalten, so liegt darin noch kein zielgerichtetes Suchen, insofern bleibt es rechtlich beim „Betreten“.

**In der Wohnung** der E. gehen die Beamten allerdings durch alle Zimmer in offensichtlicher Suche sowohl nach dem Ehemann als auch nach der Ehefrau. Dieses Vorgehen erfüllt damit den Begriff einer Durchsuchung.

#### **c) ohne Einwilligung**

Dieses Tatbestandsmerkmal wurde bereits zur Eingriffshandlung erörtert und bejaht.

#### **d) gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit**

Einziger Anhaltspunkt für eine Leibes- oder Lebensgefahr bei Anja E. ist der telefonische Hilferuf, von dem es im Sachverhalt heißt, dass sie kaum in der Lage war, ihre Situation verständlich zu schildern. Die **Anforderungen an eine Wahrscheinlichkeit** des Schadenseintritts sind jedoch umso geringer je höher das bedrohte Schutzgut zu bewerten ist, wie hier das bedrohte Leben. Das Vorliegen einer Gefahr ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil der Ehemann nicht mehr anwesend ist, wenn er jederzeit wieder „auftauchen“ kann (sollte sich das Gegenteil später herausstellen, wäre immer noch von einer Anscheinsgefahr auszugehen).

Die Gefahr ist auch **gegenwärtig**, das heißt hier unmittelbar bevorstehend. Dem Anruf der Ehefrau zufolge, konnte sich die Bedrohung jederzeit realisieren. Die beim Eintreffen der Polizeibeamten festgestellte Stille lässt sogar befürchten, dass die Gefahr bereits eingetreten und es zu den befürchteten Gewalttätigkeiten bereits gekommen ist. Vom Standpunkt der Polizeibeamten aus betrachtet, dauert die Gefahr weiterer Verletzungen und der Lebensbedrohung weiter an und ist auch insoweit gegenwärtig.

#### **e) Erforderlichkeit**

Betreten und Durchsuchen von Haus und Wohnung sind auch erforderlich; die Abwehr der für Anja E. bestehenden Gefahr durch den eigenen Ehemann lässt sich durch keine geringer belastende Maßnahme ersetzen.

**Ergebnis:** Die Handlungsbefugnis der Polizeibeamten aus § 36 Abs.1 Nr.3 ASOG ist zu bejahen.

### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

#### **a) Entscheidungsermessen**

§ 36 Abs. 1 ASOG ist eine sog. Kann-Bestimmung und eröffnet somit einen Ermessensspielraum. Im Hinblick auf das bedrohte Schutzgut, Leib und Leben der Anja E., kann eine **Reduzierung** des Ermessens und damit eine Verpflichtung der Polizei zum Handeln angenommen werden.

### **b) Adressat**

Der Eingriff richtet sich gegen die **Wohnungsinhaber**, die Eheleute E.; ihre Polizeipflichtigkeit ergibt sich aus § 36 Abs. 1 ASOG, ohne dass sie zugleich als Störer gemäß §§ 13 ff ASOG zu beurteilen sind.

### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Das Betreten des Hauses und die Durchsuchung der Wohnung sind **geeignet**, die bedrohliche Lage für die Ehefrau zu beenden bzw. weitere Gewalttätigkeiten zu verhindern; die Erforderlichkeit der Maßnahmen wurde bereits zum Tatbestand der ErmG bejaht. Im Verhältnis zum bedrohten Schutzgut (Leib, Leben) ist der Eingriff in Art. 13 GG sowohl als Durchsuchung wie auch als Betreten **angemessen**: zur Abwehr einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut.<sup>461</sup>

### **d) Ermessensausübung**

Soweit die Handlungsbefugnis gegeben ist, sind zur Rechtsfolge keine Ermessensfehler erkennbar. Wird allerdings die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung wegen der Nichtbeachtung der Durchführungsvorschrift des § 37 Abs. 1 verneint, so ist selbstverständlich damit auch ein Ermessensfehler wegen Überschreitung des gesetzlichen Rahmens gemäß § 40 VwVfG bzw. § 114 VwGO festzustellen.

### **Ergebnis:**

Das Betreten von Hausflur und Wohnung durch die Polizeibeamten ist als **rechtmäßig** anzusehen; die Durchsuchung wäre als **rechtswidrig** anzusehen, wenn hier eine vorherige richterliche Entscheidung für unverzichtbar gehalten wird. Weitere Rechtsfehler sind aber nicht erkennbar.

## **II. Anwendung von § 36 Abs.1 Nr.2 ASOG**

### **Sachverhalt (14): „Ohrenbetäubender Lärm“**

*In der Wohnung A. wird offensichtlich stark gefeiert; es bleibt nicht aus, dass der Lärm den Nachbarn auf die Nerven geht, zumal diese Feier kein Einzelfall ist. Schließlich wird es dem N. zuviel, da er sehr früh zur Arbeit gehen muss und auf seinen Schlaf angewiesen ist. Um ca. 23.00 Uhr alarmiert er mit entsprechenden Hinweisen die Polizei. Als daraufhin die Polizeibeamten S. und M. eintreffen, werden sie bereits von N. erwartet, der sie auch in das Haus einlässt. Der ohrenbetäubende Lärm aus der Wohnung A. kann ohne Weiteres festgestellt werden. Die Polizeibeamten klingeln mehrmals bei A.; nach einer gewissen Weile wird die Tür auch geöffnet von einer Person, die ganz verwundert die Polizei anblickt und dann in die Wohnung hineinruft „Oha, die Polizei höchstpersönlich!“ Eine weitere Reaktion ist nicht gegeben; die Beamten betreten deshalb die Wohnung und gehen in das Zimmer, aus dem nach wie vor der Lärm dringt. Sie fordern den A. auf, zumindest die Musik erst einmal leise zu stellen.*

### **Aufgabe: Wie sind die Maßnahmen der Polizei rechtlich zu beurteilen?**

### **Vorbemerkung:**

Hier kommt zusätzlich zum Betreten von Hausflur und Wohnung die Aufforderung als Maßnahme hinzu, die Musik leiser zu stellen. Es erscheint vertretbar, diese Maßnahmen im Verhältnis von Begleit- und Haupteingriff zu beurteilen, im Hinblick auf den von Anfang an bestehenden und erkannten übermäßigen Lärm; möglich ist aber auch, dass der bestimmte Zweck noch nicht von vornherein feststand, sondern sich erst vor Ort als vordringlich und

<sup>461</sup> Vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.11

notwendig ergab, was eine rein chronologische Bearbeitung der Maßnahmen zur Folge haben kann.<sup>462</sup> Hier soll diesem Aspekt gefolgt werden.

## **Betreten von Hausflur und Wohnung**

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Hier ist der Eingriff in **Art. 13 Abs. 1 GG** mit derselben Begründung festzustellen wie zum Sachverhalt (13) „Lebensbedrohung“: Da für den gemeinsamen Hausflur eine gemeinschaftliche Nutzung besteht, genügt die „Erlaubnis“ des Nachbarn allein nicht (unterstellt, darin könnte überhaupt eine ausdrückliche Einwilligung gesehen werden), um einen Eingriff für das Betreten des Hausflurs entfallen zu lassen, da das Betreten gar nicht der Wohnung des N. dienen sollte.

Für das Betreten der Wohnung A. bleibt es in jedem Fall bei einer Eingriffshandlung in das Grundrecht aus Art. 13 Abs.1 GG

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Die Aufforderung, die Musik leiser zu stellen, ist sicherlich keine strafprozessuale Maßnahme. Andererseits kann das Verhalten der A. durchaus strafrechtlich bzw. als Ordnungswidrigkeit relevant sein (Verstoß gegen LImSchG, BImSchG, StGB). Mit den insoweit möglichen Maßnahmen wird aber die bestehende Störung/Gefahr nicht beseitigt; es erscheint deshalb im vorliegenden Fall als lebensnäher, wenn das Betreten von Haus und Wohnung als **Gefahrenabwehr** betrachtet wird und nicht (schon) als Teil eines (späteren) strafprozessualen Ermittlungsverfahrens. Insoweit ergibt sich die Aufgabenzuweisung aus § 1 Abs.1 ASOG; die Voraussetzungen für eine Aufgabenwahrnehmung gemäß der Absätze 3-5 liegen jedenfalls nicht vor.<sup>463</sup>

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

**§ 36 Abs.1 Nr.2 ASOG** erlaubt das Betreten (und Durchsuchen) einer Wohnung, wenn von ihr Emissionen ausgehen, die zu einer „erheblichen Belästigung“ der Nachbarschaft führen. Speziellere Ermächtigungsgrundlagen auf Grund des LImSchG oder des BImSchG sind nicht vorhanden.

Gegen diese Vorschrift bestehen aber **verfassungsrechtliche** Bedenken, da sie grundsätzlich nicht vereinbar erscheint mit Art. 13 GG, soweit Art. 13 Abs.7 GG das Betreten einer Wohnung von einer Gefahr für hochrangige Rechtsgüter abhängig macht: Bloße Belästigungen, selbst wenn diese erheblich sind, werden vom „qualitativen Schrankenvorbehalt“ des Abs.7 nicht erfasst.<sup>464</sup> Für den Hauptanwendungsfall (unzulässiger Lärm) wird jedoch regelmäßig eine erhebliche Beeinträchtigung der menschlichen Gesundheit und damit die notwendige erhebliche Gefahr zu bejahen sein, somit dann auch die Befugnis zum Betreten einer Wohnung. Das heißt: § 36 Abs.1 Nr.2 ASOG ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass nicht jede (erhebliche) Belästigung der Nachbarschaft ausreicht, sondern nur Beeinträchtigungen, die auch als erhebliche Gefahr anzusehen sind; der einfache Verstoß gegen das LImSchG reicht somit auch nicht aus.<sup>465</sup> Bei nächtlicher Ruhestörung ist somit zwischen einer Belästigung und einer (erheblichen) Gesundheitsgefahr zu unterscheiden. Letzteres könnte hier zutreffen.

---

<sup>462</sup> s. auch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (unten 7.c).

<sup>463</sup> s. Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.11 zu Belästigungen.

<sup>464</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 639; Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.11.

<sup>465</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.12; Lisken/Denninger-Rachor, F 640.

## Formelle Rechtmäßigkeit

### 4. Zuständigkeit

Nach dem Wortlaut der ErmG sind die Ordnungsbehörden und die Polizei zuständig; das ist hier dahingehend auszulegen, dass für die Polizei die Eilzuständigkeit gemäß § 4 Abs. 1 ASOG zu prüfen ist. Zum fraglichen Zeitpunkt ist das Einschreiten von einer Ordnungsbehörde (§ 2 ASOG) allerdings nicht möglich. Die Polizeibeamten sind sachlich zuständig.

### 5. Anwendung der Verfahrensvorschriften

#### a) allgemeine Vorschriften

Da sowohl das Betreten des Hausflurs als auch der Wohnung Tathandlungen ohne weiteren Kontext, also Realakte sind, findet das VwVfG zunächst keine Anwendung (s.o. Fall Nr. 13).

#### b) besondere Verfahrensvorschriften

Das Betreten von Hausflur und Wohnung wird nicht durch die **Nachtzeitschranke** des § 36 Abs.3 ASOG ausgeschlossen, da für die Anwendung von § 36 Abs.1 Nr.2 eine ausdrückliche Ausnahme gegeben ist. Dem Betreten der Wohnung A. sollte auch keine Durchsuchung folgen, welche eine vorherige richterliche Anordnung erfordert hätte. Nach dem Sachverhalt gibt es keine zweck- und zielgerichtete Suche nach etwaigen Lärmquellen, sondern diese sind offensichtlich und ohne Weiteres festzustellen. Das weitere Verweilen der Polizeibeamten wird vom Begriff des Betretens abgedeckt.<sup>466</sup>

## Materielle Tatbestandsmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Der Sachverhalt ist daraufhin zu prüfen, ob die folgenden Voraussetzungen von § 36 Abs.1 Nr.2 ASOG im Einzelnen vorliegen:

- Wohnungsbegriff
- Betreten bzw. Durchsuchen
- ohne Einwilligung
- Emissionen
- nach Art, Ausmaß oder Dauer erhebliche Beeinträchtigung.

#### a) Wohnungsbegriff

Die Definition dieses Begriffs befindet sich am Ende von § 36 Abs.1 ASOG. Für Hausflur und die Wohnung A. sind keine Abweichungen ersichtlich.

#### b) Betreten / Durchsuchen

Nach dem Sachverhalt wird keine Durchsuchung durchgeführt, sondern es ist beim Betreten geblieben, sowohl hinsichtlich des Hausflurs wie auch zur Wohnung, wo die Lärmquellen offensichtlich sind und nicht erst gesucht werden müssen.

#### c) ohne Einwilligung

Da für den gemeinsamen Hausflur eine gemeinschaftliche Nutzung besteht, genügt die „Erlaubnis“ des Nachbarn allein nicht (s. schon zur Eingriffshandlung). Für das Betreten der Wohnung der A. fehlt jede Einwilligung nach dem Sachverhalt.

#### d) Emissionen

Bei Emissionen handelt es sich um Ausstrahlungen, die von einer Wohnung ausgehen; es wurde schon festgestellt, dass der Lärm zu diesen Emissionen gehört.

#### e) erhebliche Beeinträchtigung

Auf die Notwendigkeit einer **verfassungskonformen** Auslegung der Vorschrift gemäß Art. 13 Abs.7 GG wurde schon hingewiesen; hiernach liegen bloße **Belästigungen** im Hinblick auf das körperliche und seelische Wohlbefinden von Personen unterhalb der Schwelle einer erforderlichen Gesundheitsgefahr.<sup>467</sup> Insbesondere bei nächtlichen Ruhestörungen ist die

<sup>466</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 621; Gusy, Rn.293.

<sup>467</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.11, s. auch aaO. § 1 Rn.32

Unterscheidung zwischen der (erheblichen) Belästigung und der konkreten, erheblichen Gesundheitsgefahr sehr schwer zu treffen. Allgemein lässt sich feststellen, dass eine schlaflose Nacht für keinen Menschen angenehm ist; für die Annahme einer Gesundheitsgefahr im Einzelfall müssen aber weitere Gesichtspunkte festgestellt werden.<sup>468</sup>

Die könnten im vorliegenden Fall darin gesehen werden, dass die Störung durch A. kein Einzelfall ist; allerdings bleibt der Sachverhalt insoweit ungenau, ob dieser Umstand den Polizeibeamten bekannt ist oder glaubhaft bekannt gemacht wurde. Ebenso kann die Tatsache, dass der N. in dieser Nacht nicht genügend Schlaf findet, weil er früh zur Arbeit gehen muss, für sich genommen noch keine konkrete Gesundheitsgefahr begründen. Ferner kann in einem bloßen Verstoß gegen das LImSchG noch keine für das Betreten der Wohnung ausreichende erhebliche Gefahr gesehen werden (wenn auch Anlass zu entsprechenden Bußgeld-Ermittlungsverfahren).

Bleibt die Tatsache des feststellbaren „ohrenbetäubenden“ Lärms. Wenn die nächtliche Ruhestörung ein solches Ausmaß angenommen hat, erscheint die Beeinträchtigung der Gesundheit auch als erhebliche Gefahr vertretbar.

Die Handlungsbefugnis ist damit gegeben.<sup>469</sup>

## **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

### **a) Entscheidungsermessen**

Die ErmG räumt der Polizei einen Ermessensspielraum ein, der hier wegen des betroffenen Schutzgutes Gesundheit reduziert sein könnte, zumindest ist diese Auffassung vertretbar.<sup>470</sup>

### **b) Adressat**

Der Eingriff des Betretens richtet sich gegen die **Inhaber** des Hauses bzw. der fraglichen Wohnung, ihre Eigenschaft als richtige Adressaten ergibt sich aus Art. 36 Abs.1 ASOG.

### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Das Betreten ist zumindest als erster Schritt zur Abwehr der Gefahr **geeignet**, was ausreicht. Fraglich ist die Erforderlichkeit eines Betretens der Wohnung, wenn das Ziel einer Verminderung des Lärms auch von außerhalb erreicht werden könnte. Sicher wäre es möglich und weniger belastend, wenn die Polizei schon an der Haustür bei A. geklingelt und dann sofort jeden, der sich gezeigt hätte, entsprechend aufgefordert hätte, den Lärm abzustellen. Das würde aber voraussetzen, dass die Polizei nur zu diesem Zweck das Haus und die Wohnung betreten wollten. Dieses Verhältnis von Haupt- und Begleiteingriff ist zwar möglich (s. die Vorbemerkung), nach dem Sachverhalt aber nicht zwingend. Vertretbar ist durchaus die Annahme, dass die Polizei erst die Ursachen für den „ohrenbetäubenden Lärm“ genauer feststellen wollen, um dann die verhältnismäßig richtige Abwehrmaßnahme zu treffen. Unter diesen Umständen ist das Betreten auch die am Wenigsten belastende, also **erforderliche** Maßnahme.

Angesichts der Lärm-Beeinträchtigung und dem daraus resultierenden Schutz der menschlichen Gesundheit ist der Eingriff in das Grundrecht aus Art. 13 Abs.1 GG nicht außer Verhältnis, sondern **angemessen**, § 11 ASOG.

### **Ergebnis:**

In diesem Fall einer extremen Lärmbeeinträchtigung ist das Betreten gemäß § 36 Abs.1 Nr.2 ASOG als rechtmäßig zu beurteilen.

### **Anmerkung:**

Ein „strafprozessuales“ Vorgehen würde hier nicht helfen; zur Anwendung käme zwar § 102 StPO (gemäß § 46 OWiG auch Ermittlungsverfahren bei Ordnungswidrigkeiten des LImSchG), ebenso die Nachtzeitschranke des § 104 StPO (die eine „Verfolgung

<sup>468</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 36 Rn.12

<sup>469</sup> Für den Fall, dass auch in diesem Fall die Erheblichkeit verneint wird, müsste dann die Maßnahme „hilfsweise“ auf weitere Rechtsfehler geprüft werden.

<sup>470</sup> Das ist kein Widerspruch, auch wenn sich andere Maßnahmen als verhältnismäßig zur Abwehr ergeben.

auf frischer Tat oder Gefahr im Verzug“ voraussetzt), aber auch der Maßstab der Verhältnismäßigkeit gemäß Art. 13 GG. Die Durchführung eines Ordnungswidrigkeiten-Verfahrens zur Nachtzeit wäre wohl kaum zu rechtfertigen, zumal dieses nicht dem Legalitätsprinzip unterworfen wäre, sondern der Zweckmäßigkeit der Ermessensausübung gemäß § 47 in Verbindung mit § 53 OWiG; und dieses Ermessen wäre hier nicht reduziert (gemessen an der Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit als Verletzung der Rechtsordnung).

## **Aufforderung zum Abdrehen der Musik**

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Die Aufforderung, die Musik als eine Lärmursache leiser zu stellen, ist als Eingriff in die Handlungsfreiheit der A. zu beurteilen, **Art. 2 Abs.1 GG**.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Siehe schon zum Betreten, in der Zwischenzeit hat sich in der Beurteilung nichts verändert.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommen zwar spezielle Regelungen im BImSchG (für anlagebezogene Belästigungen) oder im LImSchG (für verhaltensbezogene Belästigungen), beide Gesetze enthalten aber keine hier ausreichende Ermächtigung,<sup>471</sup> so dass das ASOG herangezogen werden muss (Im Zweifel über § 17 Abs. 2 ASOG), in diesem Fall also die Generalklausel des **§ 17 Abs.1 ASOG**.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Zur Anwendung der ErmG durch die Polizei ist der „Eilfall“ gemäß **§ 4 ASOG** zu prüfen; Begründung wie zum Betreten.

#### **5. Anwendung der Verfahrensvorschriften**

Hier kommt das VwVfG zur Anwendung hinsichtlich Bekanntgabe und Wirksamkeit der Maßnahme (befehlender VA), §§ 37, 41, 43 VwVfG. Eine vorherige Anhörung erscheint nicht geboten, § 28 Abs.2 VwVfG.

Besondere Verfahrensvorschriften sind nicht ersichtlich.

### **Materielle Rechtmäßigkeit**

#### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zu prüfen ist die folgende Voraussetzung:

- Vorliegen einer „Gefahr“
- Notwendigkeit (Erforderlichkeit) der Maßnahme.

Nach der Definition in **§ 17 Abs.1 ASOG** muss eine

- im einzelnen Fall bestehende,
- hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens
- an Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gegeben sein.

Nach dem Sachverhalt ist die Beeinträchtigung sowohl der menschlichen Gesundheit (als individuelles Schutzgut) wie auch der Unverletzlichkeit der Rechtsordnung (durch den Verstoß gegen § 15 Abs. 1 LImSchG) möglich. Hinsichtlich der Rechtsverletzung ist die Gefahr bereits eingetreten und sie dauert noch an; die erhebliche Beeinträchtigung der Gesundheit wiederum ist angesichts des „ohrenbetäubenden“ Lärms hinreichend

---

<sup>471</sup> § 12 LImSchG scheidet aus, da nur Anordnungen im Einzelfall „zur Durchführung des Gesetzes“ erlaubt werden.



wahrscheinlich, wobei hier auch geringere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts wegen der Bedeutsamkeit des bedrohten Rechtsgutes zu stellen sind.

Die Gefahr ist zu bejahren. Die Aufforderung ist auch die geringste und damit notwendige (erforderliche) Belastung.

## **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

### **a) Entscheidungsermessen**

Die Entscheidung zum Einschreiten ist auch hier reduziert auf die Verpflichtung, die Gefahr für die menschliche Gesundheit abzuwehren.<sup>472</sup>

### **b) Adressat**

A. ist Verhaltensstörer gemäß § 13 Abs.1 ASOG; auch wenn der Lärm von einer Musikanlage ausgeht, hängt diese Lärmquelle doch von seinem Verhalten ab, er verursacht die Gefahr.<sup>473</sup>

### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Die Aufforderung, die Musikanlage leiser zu stellen, ist geeignet; zur Erforderlichkeit s. oben. Sie ist auch angemessen in Abwägung des Eingriffs in Art. 2 Abs.1 GG zum Schutz der bedrohten menschlichen Gesundheit.

### **d) Ermessensausübung**

Ermessensfehler zur Anwendung von § 17 Abs.1 ASOG sind nicht erkennbar.

### **Ergebnis:**

Die Aufforderung der Polizeibeamten ist ebenfalls rechtmäßig.

## **C. Sicherstellung**

Die Sicherstellung, § 38 ASOG, wird definiert als hoheitliche Begründung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache mit der notwendigen Folge der amtlichen Verwahrung oder einer anderen geeigneten Sicherungsmaßnahme, § 39 ASOG.<sup>474</sup> Zweck der Sicherstellung ist die Abwehr von Gefahren, die von einer Sache selbst, aus ihrer Benutzung oder für die Sache drohen; ferner gehört dazu der Fall, dass mit ihrer Hilfe andere Gefahren abgewehrt werden können (z.B. Wegnahme eines Fahrzeugs zum Transport von Unfallverletzten). Mit der Sicherstellung wird in das Grundrecht aus **Art. 14 GG** eingegriffen, da zum geschützten Eigentum auch die Verfügungsmöglichkeit über eine Sache gehört.<sup>475</sup>

Die Sicherstellung führt automatisch zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis, indem die Polizei die Sache in Besitz nimmt und andere von jeder Einwirkungsmöglichkeit ausgeschlossen werden.<sup>476</sup> Dem ursprünglichen Besitzer wird somit die Sachherrschaft für eine gewisse Dauer entzogen; hiervon erfasst werden bewegliche und unbewegliche Sachen, aber auch verloren gegangene oder herrenlos<sup>477</sup> gewordene Gegenstände.

Problematisch kann die Frage eines Ausschlusses der Einwirkungsmöglichkeit bei den sog. **Abschlepp-Fällen** sein, so wenn das verbotswidrig geparkte Fahrzeug lediglich auf einen nach der StVO zulässigen Parkbereich umgesetzt oder auf einem hoheitlichen Parkplatz in amtliche Verwahrung genommen wird. Die Frage einer **Umsetzung oder Sicherstellung** ist bedeutsam für die Kostentragung, weil die Umsetzung eine Vollstreckungsmaßnahme zur Durchsetzung des Parkverbots darstellt mit der Kostenpflicht aus § 19 VwVG; bei einer

---

<sup>472</sup> Keine Verpflichtung zum Einschreiten besteht hinsichtlich der Verletzung der Rechtsordnung.

<sup>473</sup> Vertretbar wäre es, den A. zusätzlich auch als Zustandstörer anzusehen.

<sup>474</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 653 f.; Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.1.

<sup>475</sup> s. auch § 14 ASOG

<sup>476</sup> Prümm/Sigrist, Rn.293; Knemeyer, Rn.174.

<sup>477</sup> nur im Falle der Aufgabe des früheren Eigentums (Dereliktion), s. dazu § 14 Abs.4 ASOG; vgl. Lisken/Denninger-Rachor, F 656.

Sicherstellung kommen hingegen die Verwahrungsvorschriften zum Zuge, insbesondere die Kostenpflicht aus § 41 Abs.3 ASOG.<sup>478</sup>

Im Wege der **Verwaltungsvollstreckung** muss auch die Sicherstellung wiederum zwangsweise durchgesetzt werden, wenn die sichergestellte Sache nicht freiwillig zur Verwahrung herausgegeben wird (Anwendung von VwVG und UZwG).

Spezialgesetzliche Ermächtigungen zur Sicherstellung haben Vorrang, z.B. zur Sicherstellung von Presseerzeugnissen das PresseG Bln.<sup>479</sup>

#### **Die Sicherstellung nach § 38 ASOG ist zulässig**

- zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr (Nr.1),
- zum Schutz des Berechtigten vor Verlust oder Beschädigung (Nr.2),
- zum Schutz vor Gefährdungen in Verbindung mit Freiheitsentziehungen (Nr.3).

### **I. Anwendung von § 38 Nr. 1 ASOG**

Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendung von § 38 Nr.1 ASOG ist das Vorliegen einer „gegenwärtigen Gefahr“, die abgewehrt werden soll.<sup>480</sup> Klassische Anwendungsfälle sind:<sup>481</sup>

- Sicherstellung von Rauschgift oder Schusswaffen (als gefährliche Sachen),
- Wegnahme des Autoschlüssels bei einem Betrunkenen, der mit seinem Fahrzeug wegfahren will (Verwendung einer Sache in gefährlicher Weise),
- Inbesitznahme einer Sporthalle zur Nutzung im Katastrophenfall (Abwehr der Gefahr im Wege des polizeilichen Notstandes).<sup>482</sup>

Problematisch ist die Sicherstellung von Fotos oder Videobändern, auf denen Polizeibeamte während ihres Einsatzes abgebildet sind.

#### **Sachverhalt (15): „Faschistische Methoden“**

*Die Polizei durchsucht auf Grund eines entsprechenden Beschlusses des Amtsgerichts Tiergarten die Wohnung des H., welcher der gewerbsmäßigen Hehlerei beschuldigt wird. Dort wird auch dessen Sohn S. angetroffen, der sich zufällig und nur besuchsweise in der Wohnung aufhält. Während H. keinen Widerspruch erhebt, protestiert S. lautstark gegen das Vorgehen der Polizei. Plötzlich holt S. einen Fotoapparat hervor und beginnt, die einzelnen Beamten bei der Vornahme der Durchsuchungshandlungen zu fotografieren. Er gibt zu erkennen, dass die Fotos als Dokumentation über die „Polizeistaatlichkeit“ des Landes und die „faschistischen Methoden“ der Berliner Polizei in einer interessierten Zeitung, zu der er gute Kontakte habe, veröffentlicht werden sollen. Nachdem S. bereits mehrere Aufnahmen von P. und seinen Kollegen gefertigt hat, fordert der P. ihn auf, ihm die Kamera auszuhändigen bzw. den belichteten Film zu überlassen. Als S. der Aufforderung nachkommt, lässt P. den Film zurückspulen und nimmt ihn aus der Kamera; diese gibt er dann an S. zurück. Den Film erklärt er für „beschlagahmt“, mit der Maßgabe, dass die fraglichen Fotos ausgesucht werden und der restliche Film dann auch zurückgegeben wird.*

#### **Aufgabe:**

**Wie ist die „Beschlagahmung“ rechtlich zu beurteilen?**

<sup>478</sup> vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.1; Liskan/Denninger-Rachor, allerdings mit unterschiedlicher Auffassung in F 654 und F 673.

<sup>479</sup> Prümm/Sigrist, Rn.300, auch zur strafprozessualen Beschlagahmung.

<sup>480</sup> s. schon zu A.I. Durchsuchung zur Sicherstellung und den Fall (12) „Der bemalte Kleinbus“

<sup>481</sup> Prümm/Sigrist, Rn.295

<sup>482</sup> s. auch die Wegnahme eines Fahrzeugs zum Transport von Unfallverletzten.

### **Vorbemerkung:**

Mit der Bezeichnung „Beschlagnahme“ ist noch keine rechtliche Festlegung erfolgt, der Polizeibeamte kann mit seiner möglichen strafprozessualen Ausrichtung durchaus falsch liegen, andererseits gefahrenabwehrrechtlich gerechtfertigt sein (Doppelfunktion des Polizeibeamten); dieser Punkt ist bei der Aufgabenzuweisung zu erörtern.

### **Feststellung der Ermächtigungsgrundlage**

#### **1. Eingriffshandlung**

Mit der Wegnahme des (belichteten) Films wird in das Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 Abs. 1 GG eingegriffen.

#### **2. Aufgabenzuweisung**

Der Polizeibeamte könnte seine Handlung **strafprozessual** ausgerichtet haben, wenn die „Beschlagnahme“ dazu diene, ein entsprechendes Strafverfahren durchzuführen. Dann müsste zu diesem Zeitpunkt bereits der Verdacht für eine Straftat gegeben sein (§ 152 Abs.2 StPO). Das ist zu verneinen, weil ein Verstoß gegen das insoweit einschlägige KunstUrhG<sup>483</sup> nicht schon mit der Herstellung eines Bildnisses sondern erst mit seiner Verbreitung oder Zur-Schau-Stellung gegeben ist (§ 33).

Die Aufgabenzuweisung kann sich deshalb nur ergeben unter dem Gesichtspunkt der **Gefahrenabwehr**, hier **gemäß § 1 Abs.1 ASOG** bzw. in Verbindung mit Abs. 2 für den Fall der Anwendung des KunstUrhG als spezielle Regelung. Das Vorgehen im Rahmen einer strafprozessualen Aktion (auf Grund des Durchsuchungsbeschlusses) schließt Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nicht aus (Doppelfunktion der Polizei).

Möglich erscheint aber auch die speziellere Aufgabenzuweisung gemäß **§ 1 Abs. 4 ASOG** zum Schutz privater Rechte, wenn Polizeibeamte auch im Dienst das „Recht am eigenen Bild“ (Art. 2 Abs. 1 GG) geltend machen können. Wird das wie jedem anderen Bürger zugestanden, so muss die Durchsetzung dieses Rechts dann allerdings auch den Zivilgerichten überlassen werden, das heißt, insoweit bleibt die Aufgabe der Polizei gemäß **§ 1 Abs.4 ASOG** darauf beschränkt, eine derartige gerichtliche Geltendmachung zu ermöglichen.<sup>484</sup> Im vorliegenden Fall kommt es offensichtlich auch zu Porträtaufnahmen; das Recht am eigenen Bild wird aber erst durch die Verbreitung verletzt (s. oben). Daraus folgt, dass auch ein Anspruch, der vor Gericht geltend gemacht werden könnte, noch gar nicht entstanden ist. Die speziellere Aufgabenzuweisung ist hier (noch) nicht anwendbar.

#### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

Das KunstUrhG enthält zwar Verbots- und Strafbestimmungen, aber keine ausdrückliche Ermächtigungen der Polizei für Maßnahmen zur Gefahrenabwehr; in Betracht kommt deshalb **§ 38 Nr. 1 ASOG** (im Zweifel über § 17 Abs. 2): Sicherstellung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr.

### **Formelle Rechtmäßigkeit**

#### **4. Zuständigkeit**

Sie ergibt sich für die Polizei aus der ErmG, § 38 ASOG, wonach der Eilfall gemäß **§ 4 ASOG** zu prüfen ist. Es ist nicht erkennbar, wie eine andere, zuständige Behörde zu diesem Zeitpunkt eingreifen kann.

---

<sup>483</sup> „Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie“ vom 9. Januar 1907, soweit noch gültig entsprechend Art. 145 Einführungsgesetz zum StGB vom 2.3.1974 (BGBl. I S.469)

<sup>484</sup> Im Hinblick darauf, dass die Polizei für einen Schutz privater Rechte durch Zivilprozesse überhaupt keine Aufgabe hat (Gewaltenteilung), wird auch von einer „Ergänzung“ der polizeilichen Aufgabe durch § 1 Abs. 4 gesprochen – was nicht logisch erscheint, wenn alle individuellen, also privaten Rechtsgüter grundsätzlich auch Schutzgegenstand der öffentlichen Sicherheit sind und insoweit, bei gerichtlicher Geltendmachung, der Schutz durch die Polizei eingeschränkt wird.

## 5. Anwendung der Verfahrensvorschriften

### a) allgemeine Vorschriften

Eine Sicherstellung ist zwar eine Tathandlung, aber verbunden mit der unmittelbaren Rechtsfolge der Begründung eines amtlichen Verwahrungsverhältnisses (VA), deshalb ist die **Anwendung des VwVfG** hier geboten. Wie der Sachverhalt zeigt, wird S. ausdrücklich aufgefordert, der Polizei Kamera oder Film auszuhändigen, letztlich zur Sicherstellung der einschlägigen Fotos; damit wird aber der Eingriff als VA bekannt gegeben und rechtswirksam, §§ 37, 41, 43 VwVfG.

Angesichts der Umstände ist andererseits eine vorherige Anhörung nicht geboten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Gefahr im Verzug, § 28 Abs. 2 Nr.1 VwVfG.

### b) besondere Vorschriften

Bei der Sicherstellung ist besonders § 41 ASOG zu beachten, wonach die sichergestellte Sache herauszugeben ist, wenn der Grund für die Sicherstellung weggefallen ist (hier die gegenwärtige Gefahr). Diesem Umstand trägt die Polizei dadurch Rechnung, dass P. einerseits nur den belichteten Film und nicht die gesamte Kamera haben will und andererseits den Film nach Sichtung auch zurückgeben möchte.

## Materielle Rechtmäßigkeit

### 6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Zur Anwendung der ErmG aus § 38 Nr. 1 müssen sich die folgenden Voraussetzungen aus dem Sachverhalt ergeben:

- eine „Sache“,
- Vorliegen einer Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit,
- die zudem eine gegenwärtige Gefahr darstellt.

#### a) Sache / Gegenstand

Der Film ist ein körperlicher Gegenstand, der sichergestellt werden kann.

#### b) Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit (Gefahr)

Nach der **Definition in § 17 Abs. 1 ASOG** muss es sich um eine hinreichend wahrscheinliche Beeinträchtigung eines Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit handeln. Im Vordergrund steht hier eine mögliche Verletzung des Rechts am eigenen Bild, sowohl als individuelles Schutzgut, als auch als Verstoß gegen das KunstUrhG und damit der Rechtsordnung. Theoretisch möglich erscheint auch die Funktionsfähigkeit der Polizei bedroht, wenn einzelne Polizeibeamte verunglimpft werden.

Die Beeinträchtigung des (individuellen) Rechts bzw. der Rechtsordnung ist aber dann zu verneinen, wenn eine der **Ausnahmen des § 23 KunstUrhG** vorliegt, also eine Verbreitung auch ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung möglich ist. Das trifft zunächst auf Bildnisse von sog. **absoluten Personen** der Zeitgeschichte zu (Nr.1), aber auch auf solche Personen, die an entsprechenden Ereignissen in der Öffentlichkeit beteiligt sind (Nr.2 und 3).<sup>485</sup> Der Polizeibeamte P. ist hier sicher keine absolute Person der Zeitgeschichte. Ob ein Polizist eine „**relative**“ Person der Zeitgeschichte ist, hängt davon ab, ob im Hinblick auf das bestimmte Geschehen ein sachentsprechendes Informationsinteresse für die Öffentlichkeit besteht.<sup>486</sup> Wann das gegeben ist, ist **unter Abwägung** zwischen dem Interesse des Einzelnen an Anonymität und dem Interesse der Öffentlichkeit an Information zu ermitteln.<sup>487</sup> Aus § 23 Abs. 1 Nr.3 KunstUrhG folgt, dass Bildberichte und das Verbreiten von Bilddokumenten über Polizeieinsätze zur öffentlichen Information (insbesondere durch die Pressefreiheit) grundsätzlich möglich sind, soweit sie den Vorgang an sich erfassen.<sup>488</sup> Werden die bei dem Einsatz beteiligten Polizeibeamten gezielt, also durch Nahaufnahmen abgelichtet, so ist die

<sup>485</sup> Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2001, 1292/1293

<sup>486</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR 1998, 237/238

<sup>487</sup> BVerfGE 35 S. 202 = NJW 1973, 1226; vgl. Lisken/Denninger-Denninger, E 17.

<sup>488</sup> Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.9

Verbreitung eines derartigen Bildmaterials durch § 23 Abs. 1 Nr.3 nur dann gedeckt, wenn durch die Art ihrer Einsatzbeteiligung gerade an ihnen ein besonderes öffentliches Informationsinteresse besteht; z.B. wenn ein Polizeibeamter bei einem solchen Einsatz mit Mitteln vorgeht, die in der konkreten Situation unangemessen sind.<sup>489</sup> Genau das ist aber hier nicht der Fall, der Sachverhalt lässt keine derartigen Unkorrektheiten der handelnden Personen erkennen, welche die Nah- oder Porträtaufnahmen rechtfertigen könnten; Ausnahmen nach § 23 KunstUrhG sind nicht gegeben. Eine Duldungspflicht besteht somit auch für relative Personen der Zeitgeschichte nicht schrankenlos.

### c) gegenwärtige Gefahr

Das bloße Fotografieren beeinträchtigt weder das Recht am eigenen Bild, noch liegt darin schon eine Straftat; entscheidend wird es darauf ankommen, ob die Gefahr einer Veröffentlichung besteht und gegenwärtig ist. Eindeutige Indizien müssen für eine **rechtswidrige Veröffentlichungsabsicht** bestehen.<sup>490</sup> Nach dem Sachverhalt lässt S. keinen Zweifel daran, dass er nicht nur eine derartige Absicht, sondern auch über den notwendigen Zugang zu einer interessierten Zeitung verfügt. Fraglich ist nur, ob darin auch eine gegenwärtige Gefahr gesehen werden kann. Das ist anzunehmen, wenn diese unmittelbar bevorsteht, das heißt, wenn die Gefahr jederzeit also auch sofort eintreten kann. Das ist nicht nur rein zeitlich zu bemessen, sondern hängt ebenso von den Möglichkeiten der Polizei ab, die Gefahr erfolgreich abzuwehren. Würde die Polizei hier noch abwarten und nicht sofort handeln, gäbe es nach aller Wahrscheinlichkeit keine weiteren Zugriffsmöglichkeiten auf den bestimmten Film. Insoweit ist die Gefahr der rechtswidrigen Veröffentlichung schon jetzt auch gegenwärtig.

### Ergebnis:

Die Handlungsbefugnis gemäß § 38 Nr. 1 ASOG ist zu bejahen.

## 7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge

### a) Entscheidungsermessen

Die ErmG gibt dem handelnden Polizeibeamten einen Entscheidungsspielraum; Gründe für eine Reduzierung des Ermessens sind nicht erkennbar. Das heißt, der P. kann handeln, ist dazu aber nicht verpflichtet.

### b) Adressat

S. verursacht die festgestellte Gefahr, er ist der richtige Adressat gemäß § 13 Abs. 1 ASOG.

### c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Sicherstellung des Films ist geeignet, die Gefahr einer Veröffentlichung der entgegen § 22 KunstUrhG hergestellten Fotos abzuwehren; mit der Begrenzung auf den belichteten Film wird S. auch am Geringsten belastet; andererseits muss der gesamte Film sichergestellt werden, da eine Auswahl der entsprechenden Fotos vor Ort nicht möglich ist.<sup>491</sup> Der Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG erscheint auch angemessen im Verhältnis auf das vom KunstUrhG geschützte Recht der Polizeibeamten am eigenen Bild (aus Art. 2 Abs. 1 GG) vor jeder rechtswidrigen Veröffentlichung oder Zur-Schau-Stellung.

Die Straftat nach § 33 KunstUrhG ist allerdings gemäß Abs. 2 ein (absolutes)<sup>492</sup> **Antragsdelikt**, der rechtswidrige Gehalt der Rechtsverletzung hängt somit allein von einem Antrag des Betroffenen ab; die Verhältnismäßigkeit eines **präventiven** Schutzes ist demnach besonders zu prüfen auf die Frage hin, inwieweit das polizeiliche Vorgehen auch dem

<sup>489</sup> VGH Mannheim NVwZ 2001, 1292/1294

<sup>490</sup> Bei Pressefotografen ist das nicht regelmäßig zu unterstellen, es sei denn dieser ist durch früheres Verhalten bekannt; vgl, Lisken/Denninger-Rachor, F 671; Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.9.

<sup>491</sup> Anders wären Digitalfotos zu beurteilen, wenn diese auf dem Apparat sofort und effektiv gelöscht werden können.

<sup>492</sup> Das heißt, dass nur auf Antrag verfolgt werden kann, das öffentliche Interesse an einer Strfverfolgung ist nicht maßgeblich.

mutmaßlichen Willen der betroffenen Personen entspricht. Das ist hier wohl außer Zweifel, da die Polizeibeamten selbst die Betroffenen sind und der präventive Schutz angestrebt wird.<sup>493</sup>

#### **d) Ermessensausübung**

Ermessensfehler zur Ausübung des eingeräumten Ermessens sind nicht ersichtlich.

**Ergebnis:** Die Sicherstellung des Films ist gemäß § 38 Nr. 1 ASOG rechtmäßig.

## **II. Anwendung von § 38 Nr. 2 ASOG**

Diese ErmG dient dem **Schutz des Eigentümers oder des rechtmäßigen Inhabers** der tatsächlichen Gewalt; die Sicherstellung soll dem Berechtigten den Zugriff auf seine Sachen erhalten oder wieder ermöglichen;<sup>494</sup> z.B.

- Einsammeln der Gegenstände eines Unfallverletzten,
- Auffinden und Verwahren des Diebesgutes,<sup>495</sup>
- Abziehen des vergessenen, steckengebliebenen Zündschlüssels.

Regelmäßige Anwendung findet die Vorschrift auf die Sicherstellung von ungesicherten, beschädigten oder entwendeten Fahrzeugen (s. den folgenden Sachverhalt).

Auch wenn das Eigentum als individuelles Schutzgut der öffentlichen Sicherheit geschützt werden soll, handelt es sich doch **nicht um einen „Schutz privater Rechte“** im Sinne von § 1 Abs.4 ASOG.<sup>496</sup> Abgesehen davon, dass diese Aufgabe auch nur eingeschränkt wahrgenommen werden kann, nämlich nur zur Unterstützung eines beabsichtigten, gerichtlichen Vorgehens, ist ein solcher Anspruch in den Fällen des Eigentumsschutzes (noch) gar nicht entstanden. Zu Recht verweist § 38 Nr.2 ASOG auch nicht auf diese Aufgabe, im Gegensatz zu den regulären Maßnahmen des Schutzes Privater Rechte (§ 18 Abs.1 S.3; § 21 Abs.2 Nr.2; § 30 Abs.1 Nr.4 ASOG).<sup>497</sup>

Der Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum, Art. 14 GG, ist auch dann gegeben, wenn die Sicherstellung im offensichtlichen oder vermutlichen Einverständnis des Berechtigten liegt, da mit der Maßnahme auch das **öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis** begründet wird, § 39 ASOG.<sup>498</sup>

### **Sachverhalt (16): „Das abgestellte Fahrzeug“**

*Bei einem routinemäßigen Rundgang, in den stets ein bestimmtes Parkhaus einbezogen wird, stellen die beiden Polizeibeamten gegen 22.30 Uhr fest, dass im frei zugänglichen Erdgeschoss noch ein Fahrzeug steht. Es handelt sich um ein relativ neues Fahrzeug mit Berliner Kennzeichen. Das Fahrzeug ist vorschriftsmäßig abgestellt und das Parkhaus ist auch 24 Stunden geöffnet. Das besondere Interesse der Beamten wird aber dadurch geweckt, dass auf der Beifahrerseite die Fensterscheibe heruntergelassen ist. Die Beamten vergewissern sich, dass im Innenraum des Fahrzeugs keine wertvollen Gegenstände liegen. Sie überlegen, ob sie das Fahrzeug sicherstellen sollen.*

**Aufgabe: Wie ist die beabsichtigte Sicherstellung rechtlich zu beurteilen?**

<sup>493</sup> Insoweit sind die Polizeibeamten allerdings auch „privilegiert“ gegenüber anderen Bürgern, deren Fotos rechtswidrig zur Schau gestellt werden sollen (Stichwort: „Paparazzi“); regelmäßig kommt für diese nur eine Gewährleistung des gerichtlichen Schutzes gemäß der Aufgabenzuweisung aus § 1 Abs. 4 ASOG in Betracht, also in aller Regel die Identitätsfeststellung des Fotografen nach § 21 Abs.2 Nr.2 ASOG.

<sup>494</sup> Vgl. Gusy, Rn.236

<sup>495</sup> neben der strafprozessualen Sicherung (Doppelfunktion des Polizeibeamten).

<sup>496</sup> a.A. Gusy, Rn.236; Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.11; Prümm/Sigrist, vor Rn.295.

<sup>497</sup> Unterschiedlich ist auch die Gestaltung der Zuständigkeit: § 38 Nr. 2 erfordert den Eilfall im Gegensatz zu den o.a. Maßnahmen zum Schutz privater Rechte.

<sup>498</sup> vgl. Prümm/Sigrist, Rn.296

## Feststellung der Ermächtigungsgrundlage

### **1. Eingriffshandlung**

Mit der Sicherstellung und Verwahrung würde in das Grundrecht auf Eigentum, Art. 14 Abs.1 GG, eingegriffen, auch dann, wenn es um den Schutz des Eigentums geht bzw. die Sicherstellung im Interesse des Berechtigten liegt.<sup>499</sup>

### **2. Aufgabenzuweisung**

Die Sicherstellung dient offensichtlich der **Gefahrenabwehr gemäß § 1 Abs.1 ASOG**, hier dem Schutz des Eigentums als einem individuellen Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit. Die Ausnahme eines „Schutzes privater Rechte“ gemäß § 1 Abs.4 ASOG liegt allerdings nicht vor; diese spezielle Aufgabe soll und kann erst dann greifen, wenn im Bedarfsfall der Gang zum Gericht beabsichtigt ist, ohne ein Eingreifen der Polizei aber nicht verwirklicht werden kann. Im vorliegenden Fall ist ein (zivil-) rechtlicher Anspruch, der gegen einen Schädiger oder sonst Verantwortlichen gerichtlich geltend zu machen wäre, noch gar nicht entstanden, somit ein diesbezügliches Eingreifen der Polizei auch nicht erforderlich. Das heißt hier, dass eine Sicherstellung gemäß § 38 Nr.2 ASOG zwar „privatnützig“ wäre, aber dennoch kein „Schutz privater Rechte“ gemäß der Aufgabenzuweisung aus § 1 Abs.4 ASOG ist.<sup>500</sup>

### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage**

In Betracht kommt **§ 38 Nr.2 ASOG**, um den Eigentümer oder rechtmäßigen Besitzer vor Verlust oder Beschädigung einer Sache zu schützen.

## Formelle Rechtmäßigkeit

### **4. Zuständigkeit**

Sie ergibt sich für die Polizei aus der ErmG, § 38 ASOG, wonach der Eilfall gemäß **§ 4 Abs.1 ASOG** zu prüfen ist. Es ist nicht erkennbar, wie eine andere, zuständige Behörde zu dem fraglichen Zeitpunkt (22.30 Uhr) eingreifen könnte.

### **5. Anwendung der Verfahrensvorschriften**

#### **a) allgemeine Vorschriften**

Die rechtliche Sicherstellung ist mit der Rechtsfolge einer tatsächlichen Inverwahrnehmung gemäß § 39 ASOG verbunden. Da hier der Betroffene nicht anwesend ist, muss die Sicherstellung dem Betroffenen später bekannt gemacht und damit wirksam werden, §§ 41, 43 VwVfG.<sup>501</sup>

#### **b) besondere Vorschriften**

Zu beachten sind die Durchführungsvorschriften der §§ 39 ff ASOG: Bescheinigung, Anfertigung eines Aufbewahrungs-Verzeichnisses, Vorbeugen gegen Wertminderung, Herausgabe bei Wegfall der Voraussetzungen zur Sicherstellung.<sup>502</sup>

## Materielle Rechtmäßigkeit

### **6. Tatbestandsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage**

Zur Anwendung der ErmG aus **§ 38 Nr.2 ASOG** müssen sich die folgenden Voraussetzungen aus dem Sachverhalt ergeben:

- eine Sache,
- Eigentümer/rechtmäßiger Inhaber der tatsächlichen Gewalt,
- (drohender) Verlust oder Beschädigung der Sache.

#### **a) Sache / Gegenstand**

Das Fahrzeug ist ein körperlicher und hier auch beweglicher Gegenstand im Sinne des § 90 BGB und damit eine Sache.<sup>503</sup>

<sup>499</sup> vgl. auch die Rechtslage beim Schutzgewahrsam, § 30 Abs.1 Nr.1 ASOG.

<sup>500</sup> s. aber Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn. 11; Lisken/Denninger-Rachor, F 674; Prümm/Sigrist, Rn.296.

<sup>501</sup> Kopp, § 43 Rn.6 mit weiteren Nachweisen.

<sup>502</sup> Vgl. Gusy, Rn.240

### **b) Eigentümer / rechtmäßiger Besitzer**

Vom Anwendungsbereich der Vorschrift auszuschließen sind somit herrenlose Gegenstände oder ein Schutz von unrechtmäßigem Besitz, wofür hier keine Anhaltspunkte vorhanden sind.

### **c) drohender Verlust oder Beschädigung**

Dieses Merkmal beinhaltet stets **zwei Aspekte**, die jedoch irgendwie zusammenhängen: Wie wahrscheinlich sind drohender Verlust oder Beschädigung? Und: Inwieweit entspricht die Sicherstellung dem wirklichen oder mutmaßlichen Interesse des Berechtigten?

Die Frage nach der Wahrscheinlichkeit entspricht der Definition für die **konkrete Gefahr** in § 17 Abs.1 ASOG als hinreichender Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>504</sup> Es ist auch anerkannt, dass zumindest die Gefahr einer Beschädigung besteht, wenn neue Fahrzeuge unverschlossen und insbesondere mit herunter gelassenen Scheiben „gefunden“ werden.<sup>505</sup> Im vorliegenden Fall ist die rechte Seitenscheibe bei dem „relativ neuen“ Fahrzeug herunter gelassen; die Gefahr einer Beschädigung könnte sich auf Grund des Standortes im Erdgeschoss des Parkhauses erhöhen, weil dieser Bereich von Tätern schnell erreicht, aber ebenso schnell wieder verlassen werden kann.<sup>506</sup>

Der zweite Aspekt ist an die (zivilrechtliche) **Geschäftsführung ohne Auftrag** angelehnt<sup>507</sup> und verlangt, dass die Sicherstellung dem wirklichen oder zumindest mutmaßlichen Willen des Berechtigten entsprechen muss. Wenn keine ausreichende Bedrohung gegeben ist, wird die Sicherstellung auch nicht im Interesse des Berechtigten liegen, der ja auch für die Kosten der „Rettungsmaßnahme“ aufkommen soll. Oder: Wie hoch oder erheblich muss die Gefahrenlage sein bzw. wie wertvoll muss der gefährdete Gegenstand sein, um das mutmaßliche Interesse an einer Kostenübernahme zu rechtfertigen? Das BVerwG stellt darauf ab, ob die Sicherstellung zu diesem Zeitpunkt **objektiv nützlich** ist, was regelmäßig wohl nur bei neuen oder neuwertigen Fahrzeugen angenommen werden kann.<sup>508</sup>

**Ergebnis:** Da hier die Voraussetzungen für die ErmG nach dem Sachverhalt bejaht werden können, ist die grundsätzliche **Handlungsbefugnis** zur Sicherstellung gemäß § 38 Nr.2 ASOG gegeben.

## **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge**

### **a) Entscheidungsermessen**

Nach § 38 Nr. 2 ASOG kann der Schutz durch die Sicherstellung erfolgen; eine **Reduzierung** des Ermessensspielraum auf Grund der Bedeutsamkeit des bedrohten Rechtsgutes ist nicht gegeben. Soweit eine Reduzierung auch dann bejaht wird, wenn ein ungewöhnlich hoher Schaden droht, fehlt es hier schon an den notwendigen Hinweisen im Sachverhalt. Die Polizeibeamten können hier handeln, sie müssen aber nicht; entscheidend ist, für wie zweckmäßig sie ihr Vorgehen als Teil der Polizeibehörde einschätzen.

### **b) Adressat**

Richtiger Adressat ist hier nach § 38 Nr.2 die berechtigte Person, der (abwesende) Eigentümer oder der rechtmäßige Besitzer.

### **c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Neben der Tatbestandsmäßigkeit kommt der Feststellung zur Verhältnismäßigkeit der Sicherstellung die größte Bedeutung zu. **Geeignet** wäre die Maßnahme, das Eigentum wäre

---

<sup>503</sup> Lisken/Denninger-Rachor, F 657; auch unbewegliche Sachen können sichergestellt werden, VGH Kassel DÖV 1993, 581.

<sup>504</sup> Prümm/Sigrist, Rn.296; ebenso VG Frankfurt NJW 2000, 3224; s. weitere Nachweise bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.12.

<sup>505</sup> Die Gefahr eines Verlustes ist bei neuen Fahrzeugen geringer einzustufen auf Grund der regelmäßig vorhandenen automatischen Wegfahrsperrung; s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.13.

<sup>506</sup> Anders wäre der Sachverhalt zu beurteilen, wenn das Fahrzeug nach einem Diebstahlversuch (mit Auslösung der Alarmanlage) nach wie vor verschlossen vorgefunden wird oder wenn das Fahrzeug völlig offen an einem belebten Ort abgestellt wird; s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.13; Lisken/Denninger-Rachor, F 675.

<sup>507</sup> s. §§ 677 ff. BGB

<sup>508</sup> BVerwG BayVBl. 2000, 380; s. auch zum GdV und zur Ermessensausübung.



gesichert; aber wäre sie auch **erforderlich**, also die geringste Belastung für Adressat (und Allgemeinheit) gemäß § 11 ASOG? Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Berechtigte selbst um sein Fahrzeug kümmern kann?<sup>509</sup>

Bei Fahrzeugen mit örtlichem Kennzeichen wird die Polizei verpflichtet, zunächst die Ermittlung und Benachrichtigung des Fahrzeughalters zu versuchen und hierbei sogar den Anrufbeantworter zu benutzen oder eine erkennbare (hinterlegte) Mobiltelefonnummer anzurufen.<sup>510</sup> Unverhältnismäßig wäre die Sicherstellung auch, wenn das Fahrzeug einfach, d.h. ohne technische Eingriffe (welcher Art auch immer), verschlossen werden könnte.

Ferner wäre die Sicherstellung **außer Verhältnis**, also unangemessen, wenn das Fahrzeug offensichtlich geringwertig ist oder die Kosten einer Sicherstellung die Hälfte des geschätzten (Rest-) Wertes des Fahrzeuges erheblich übersteigen würde.

Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um ein neuwertiges Fahrzeug, aber mit Berliner Kennzeichen, so dass die Beamten zunächst versuchen müssten, den Berechtigten ausfindig zu machen; außerdem wäre zu prüfen, ob das Fahrzeug nicht „einfach“ verschlossen werden kann. Schließlich erscheint es ratsam, eine gewisse Zeit noch zuzuwarten oder nach kurzer Zeit zurückzukehren.<sup>511</sup>

#### **d) Ermessensausübung**

Würden die Beamten die zur Erforderlichkeit und Angemessenheit gemachten Einschränkungen nicht beachten, wäre auch eine **Ermessensüberschreitung** gemäß § 40 VwVfG festzustellen, da die Grenzen der ErmG nicht beachtet werden.

#### **Ergebnis:**

Zum jetzigen Zeitpunkt wäre eine Durchführung der Sicherstellung – ohne Versuch, den Berliner Adressaten ausfindig zu machen - nicht rechtmäßig.

---

<sup>509</sup> Hierüber kann z.B. die Laufzeit des Parkzettels (falls vorhanden) Auskunft geben.

<sup>510</sup> VG Berlin, s. bei Baller/Eiffler/Tschisch, § 38 Rn.14.

<sup>511</sup> VG Stuttgart NVwZ-RR 2000, 591/592: Hier war eine Fensterscheibe etwa 5-10 cm herunter gelassen und die Alarmanlage ausgelöst worden.

## Anhang:

### Prüfungsschema (Polizeiverfügung)

#### *I. Feststellung der Ermächtigungsgrundlage*

##### **1. Eingriffshandlung:**

Welche Handlung/Anordnung ist ein Eingriff? Welche **Grundrechte** sind betroffen (mögliche Grundrechts-Schranke)?

##### **2. Aufgabenzuweisung:**

Welchen (auch: doppelunktionalen) Zweck verfolgt die Maßnahme? Bei Gefahrenabwehr: Anwendung von § 1 ASOG?

- Abs.1: **allgemeine** Gefahrenabwehr,
- Abs.2 iVm. **BesPOR** (Bundes- oder Landesrecht) oder
- **Ausnahmen** nach Abs.3 (vorbeugende Straftaten-Bekämpfung), Abs.4 (Schutz privater Rechte), Abs.5 (Vollzugshilfe, § 52 ASOG)?

##### **3. Auswahl der Ermächtigungsgrundlage:**

Welche (mögliche) ErmG kann die Maßnahme stützen?

- Spezialgesetz (**BesPOR**),
- **Standardmaßnahme** der §§ 18 ff ASOG oder
- Generalklausel **§ 17 I ASOG**?

#### *II. Formelle Rechtmäßigkeit*

##### **4. Welche Zuständigkeit ergibt sich für die gewählte ErmG?**

- **sachlich**: spezielle Regelung, aus übertragener Aufgabe (Nr.23 ZustKatOrd), § 4 ASOG oder aus Amtshilfe (§ 4 VwVfG)?
- **funktional**: z.B. §§ 26 IV, 47 IV ASOG

##### **5. Anwendung von Verfahrensvorschriften:**

- **VwVfG**: allgemeine Vorschriften: §§ 37, 41, 43 (Wirksamkeit), § 44 (Nichtigkeit), § 28 (Anhörung, evtl Ausnahme nach Abs.2),
- **Besondere** (Durchführungs-) Vorschriften: z.B. § 18 II, §§ 31, 37 oder § 32 ASOG?

#### *III. Materielle Rechtmäßigkeit*

##### **6. Tatbestandsmäßigkeit der ErmG (Handlungsbefugnis):**

Anwendung der gewählten ErmG (s.o. I.3.) mit ihren Tatbestandsmerkmalen,

##### **7. Rechtmäßigkeit der Rechtsfolge:**

- a) Entschließungs-**Ermessen** (mögliche Reduzierung),
- b) **Adressat** („Polizeipflicht“): spezielle Regelung oder §§ 13, 14, 16 ASOG,
- c) Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (GdV): geeignetes, erforderliches und angemessenes Handeln der Polizei,
- d) Ermessensausübung: mögliche **Ermessensfehler**.

## Abkürungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ASOG	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG Berlin)
BayVBl.	Bayrisches Verwaltungsblatt
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BlnDSG	Berliner Datenschutzgesetz
BlnGVBl.	Berliner Gesetz- und Verordnungsblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungssammlung des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des BGH in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des BVerwG
DVO	Durchführungsverordnung
ED-Behdlg.	Erkennungsdienstliche Behandlung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Straßburg)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErmG	Ermächtigungsgrundlage
EU	Europäische Union
GdV	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
GG	Grundgesetz
IdF	Identitätsfeststellung
KG	Kammergericht (Berlin)
KK	Karlsruher Kommentar (s. LitVerzeichnis)
KunstUrhG	Kunsturhebergesetz
LImSchG	Landesimmissionsschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OwiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RiS	Recht auf informationelle Selbstbestimmung
Rn.	Randnummer
SächsPolG	Sächsisches Polizeigesetz
SOG LSA	Gesetz über die Sicherheit und Ordnung Sachsen-Anhalt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
UZwG	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges
VA	Verwaltungsakt

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VersG	Versammlungsgesetz
VvB	Verfassung von Berlin
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz

## Literaturverzeichnis

1. Alberts, Hans W., Freizügigkeit als polizeiliches Problem, in: NVwZ 1997 S. 45-48
2. Arzt, Clemens, Gefahrenverdacht und Gefahrenforschungseingriff im allgemeinen Polizeirecht, in: Die Polizei 2003 S. 100 - 104
3. Baller, Oesten/ Eiffler, Sven/ Tschisch, Andreas: Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz – ASOG Berlin, 1. Auflage, Stuttgart 2004
4. Berg, Günter/ Knape, Michael/ Kiworr, Ulrich: Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht für Berlin, 8. Auflage, Hilden 2000
5. Cremer, Wolfram, Aufenthaltsverbote und offene Drogenszene: Gesetzesvorrang, Parlamentsvorbehalt und grundgesetzliche Kompetenzordnung, in: NVwZ 2001 S. 1218 - 1223
6. Dietel, Alfred/ Gintzel, Kurt/ Kniesel, Michael: Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 12. Auflage, Köln 2000
7. Fugmann, Annette, Erkennungsdienstliche Maßnahmen zu präventiv-polizeilichen Zwecken, in: NJW 1981 S.2227 - 2230
8. Göhler, Erich: Ordnungswidrigkeitengesetz, 12. Auflage, München 1998
9. Götz, Volkmar: Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage, Göttingen 1993
10. Götz, Volkmar, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1994 – 1997) in: NVwZ 1998 S.679 – 688
11. Gola, Peter/ Schomerus, Rudolf: BDSG Bundesdatenschutzgesetz, 7. Auflage, München 2002
12. Gornig, Gilbert/ Jahn, Ralf: Sicherheits- und Polizeirecht, München 1994
13. Gusy, Christoph: Polizeirecht, 4. Auflage, Tübingen 2000
14. Gusy, Christoph, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, in: NJW 1992 S. 457 - 463
15. Haurand, Günter/ Vahle, Jürgen, Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen, in: NVwZ 2003 S. 513 – 521
16. Hecker, Wolfgang, Aufenthaltsverbote im Recht der Gefahrenabwehr, in: NVwZ 1999 S. 261 - 263
17. Heintschel von Heinegg, Wolff/ Pallas, Nadine: Grundrechte, Neuwied und Kriftel 2002
18. Huber, BayVBl. 1989 S. 50
19. Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung/ Hrsg. G.Pfeiffer (zitiert: KK – Bearbeiter), 4. Auflage, München 1999
20. Katz, Alfred: Staatsrecht, 17. Auflage, Heidelberg 2007
21. Kay, Wolfgang/ Böcking, Reinhold: Polizeirecht Nordrhein-Westfalen, 1. Auflage, München 1992
22. Keller, Christoph: Eingriffsrecht in Nordrhein-Westfalen und Allgemeines Verwaltungsrecht, Stuttgart 1997
23. Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Auflage, München 1995

24. Köbschall, Thomas, Der Verbringungsgewahrsam aus rechtlicher Sicht, in: Die Polizei 1997 S.263 - 268
25. Kopp, Ferdinand O.: VwVfG, 6. Auflage, München 1996
26. Lackner, Karl: StGB, 21. Auflage, München 1995
27. Leggereit, Rainer, Der Verbringungsgewahrsam – ein generell rechtswidriges Instrumentarium der Vollzugspolizei? In: NVwZ 1999 S. 263 - 265
28. Lisken, Hans/ Denninger, Erhard/ - Bearbeiter: Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage, München 2001
29. Maass, Reinald, Der Verbringungsgewahrsam nach dem geltenden Polizeirecht, in: NVwZ 1985 S. 151 – 158
30. Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Kommentar zum Grundgesetz, (Loseblatt), Stand 1970
31. Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozessordnung, 49. Auflage, München 2006
32. Mussmann, Eike: Allgemeines Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Auflage, 1994
33. Pewesdorf, Adrian/Söllner, Sebastian/Tölle, Oliver, Berliner Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht, 2009
34. Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard/ Kniesel, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht, München 2002
35. Prümm, Hans Paul/ Sigrist, Hans: Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, München 2003
36. Prümm, Hans Paul/ Thieß, Uwe: Fälle mit Lösungen aus dem Sicherheits- und Ordnungsrecht, 2.Auflage, München 2004
37. Schmidt, Rolf/ Seidel, Stephanie: Grundrechte, 2. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2001
38. Stoermer, Christian: Der polizeirechtliche Gewahrsam unter besonderer Berücksichtigung des Unterbindungsgewahrsams, Berlin 1999
39. von Stoephasius, Hans-Peter: Grundlagen des Eingriffsrechts zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, 4. Auflage 2010 (Skriptum)

## Impressum

Herausgeber  
Dekan Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement

ISBN  
978-3-943579-58-1

Auflage  
250

Druck  
HWR Berlin

2. Auflage  
Berlin Februar 2013