

## Corona im Volkspark Friedrichshain ?

Am Sonntag den 19. Mai 2020 hat sich Karl Krönchen (K) gegen 19 Uhr mit seinen drei Kumpels im fast menschenleeren Volkspark Friedrichshain getroffen um dort auf einer Bank mit einem Kasten Bier „abzuhängen“. Alle wohnen allein und haben die „Corona-Quarantäne“ satt. Allen sind die Inhalte der „*Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin*“ (iW „EindmaßnV“ – siehe unten) bekannt. Sie finden diese „faschistoiden Regeln“ aber blöd und sehen nicht ein, dass sie in ihrer Freiheit im Park mit Kumpels ein paar Biere zu trinken beschränkt werden sollen.

Die vier werden von einer Fußstreife der Berliner Polizei bemerkt. Die Polizeivollzugsbeamten (PVB) PK Martin Maske (M) und PK'in Hanna Hamster (H) fragen sie, ob sie in einem gemeinsamen Haushalt leben würden. K verneint das.

Daraufhin erläutert PK'in H den vier Männern, dass sie einen Mindestabstand von 1,5 Metern einhalten müssten, was – wie PK'in H zutreffend beobachtet hat – derzeit nicht der Fall sei.

Als die PVB nur Gelächter ernten, fordert PK M alle vier auf, nunmehr den Mindestabstand von 1,5 Metern gemäß § 3 Abs. 3 EindmaßnV einzuhalten. Als die Vier immer noch nicht reagieren, erläutert ihnen PK M, dass ihr Verhalten eine Ordnungswidrigkeit darstelle. Im Übrigen sei die Situation nicht komisch. Die Verordnung und auch seine Aufforderung diene dem Schutz der Mitmenschen vor einer Ansteckung mit dem „Corona-Virus“, der insbesondere bei so genannten Risikogruppen zu schweren Krankheitsverläufen und zum Tod führen könne. Zudem solle eine Überlastung des Gesundheitssystems, wie sie in anderen Ländern aufgetreten sei, verhindert werden. Nur wenn sich alle konsequent an die EindmaßnV hielten, könne dieses Ziel erreicht werden. Man könne sie, fährt PK M fort, alle mehrere Tage in Gewahrsam nehmen, wenn sie weiterhin meinten, dass die EindmaßnV für sie nicht gelte und sie ihr Verhalten nicht ändern. Nach dieser „Ansprache“ erheben sich die Kumpels von K und verabschieden sich, weil es ihnen jetzt „zu ungemütlich“ geworden ist.

K sitzt nun alleine vor dem noch halbvollen Kasten Bier. PK M fragt ihn, warum er nicht auch gehe. K antwortet, *„Na, weil ich hier noch in Ruhe die Biere austrinken will. Is das jetzt auch verboten? Man wird ja wohl noch alleine im Park sitzen dürfen! Da gefährde ich doch niemand!“* PK M erwidert, dass das ebenfalls unzulässig sei. Es solle gar nicht erst der Eindruck von „Normalität“ entstehen. Man dürfe sich maximal kurz zum Ausruhen hinsetzen, wenn man im Park Sport treibe oder spaziergehe. K, der beides ja offenbar nicht mache, solle jetzt sofort aufstehen und den Volkspark verlassen. K erwidert *„Mit Verlaub, das geht zu weit! Das macht doch keinen Sinn! Außerdem steht das meines Wissens so nicht mehr in Ihrer Fascho-Verordnung drinne! Ich bleibe hier!“*. PK M wiederholt die Aufforderung und sagt ihm *„Wenn Du nicht sofort nen Abgang machst, kriegst Du mal richtig Stress mit uns!“*. Darauf hat K dann doch keine Lust. Er nimmt den Kasten Bier in die Hand und schlendert Richtung Parkausgang.

### **Aufgabe 1:**

PK M fragt Sie, wie die Erläuterungen der PK'in H bezüglich des einzuhaltenden Mindestabstands gegenüber K und seinen Freunden rechtlich einzuordnen bzw. zu bewerten sind. Bedarf es einer gesetzlichen Befugnis für derartige Erläuterungen? Falls nein, warum nicht? Falls ja, gibt es eine solche Befugnis bereits im ASOG und sind ihre Voraussetzungen erfüllt? Schreiben Sie ihm eine mit einer Begründung versehene Antwort im Freitext.

### **Aufgabe 2:**

Prüfen Sie gutachterlich, ob eine mehrtägige Gewahrsamnahme von K und seinen Kumpels zur Verhinderung weiterer Verstöße gegen die EindmaßnV rechtmäßig wäre. Die zu beachtenden Form- und Verfahrensvorschriften sind lediglich zu nennen.

### **Aufgabe 3:**

Prüfen Sie gutachterlich die Rechtmäßigkeit der Aufforderung gegenüber K den Park zu verlassen sowie der Ankündigung „*Wenn Du nicht sofort nen Abgang machst, kriegst Du mal richtig Stress mit uns.*“.

### **Aufgabe 4:**

PK M möchte eine Beschreibung der Situation mit einem Foto der Begegnung mit K und seinen Kumpels über den Instagram-Account der Polizei verbreiten und in diesem Zusammenhang „*gerade die jungen Leute nochmal auf die Rechtswidrigkeit derartigen Handelns*“ hinweisen. Er fragt an, welche Rechtsgrundlage nach dem ASOG insbesondere für die Verbreitung des Fotos, auf dem K gut zu erkennen ist, in Betracht kommt und ob deren Tatbestandsvoraussetzungen vorlägen. Schreiben Sie ihm eine mit einer Begründung versehene Antwort im Freitext.

### **Bearbeitungshinweise:**

1. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit kann in allen Fällen unterstellt werden und ist nicht zu prüfen.
2. Auf die Datenschutzgrundverordnung, die JI-Richtlinie, das BDSG sowie das BlnDSG, das Kunsturhebergesetz und das Infektionsschutzgesetz muss nicht eingegangen werden.
3. Bei der gutachterlichen Bearbeitung der Aufgaben 2 und 3 ist auf alle Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachterlich, einzugehen.
4. Biertrinken ist im Volkspark Friedrichshain gestattet.

Auszug aus der am 19.5.2020 gültigen **EindmaßnV** deren Recht- und insb. Verfassungsmäßigkeit für die Klausurbearbeitung zu unterstellen ist.

### **„§ 1 Grundsätzliche Pflichten**

<sup>1</sup>Jede Person hat die physisch sozialen Kontakte zu anderen Menschen auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. <sup>2</sup>Bei Kontakten im Sinne von Satz 1 ist ein Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten, soweit die Umstände dies zulassen. <sup>3</sup>Satz 1 und 2 gelten nicht für Ehe- oder

Lebenspartnerinnen und -partner, Angehörige des eigenen Haushalts und für Personen, für die ein Sorge- und Umgangsrecht besteht.

[...]

### **§ 3 Aufenthalt im öffentlichen Raum**

[...]

(3) <sup>1</sup>Beim Aufenthalt im Freien sind folgende Regeln zu beachten:

1. Auf fest installierten Sitzgelegenheiten ist das Verweilen allein und mit den in § 1 Satz 3 genannten Personen sowie weiteren Personen aus einem anderen Haushalt, zu denen der Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten ist, zulässig.
2. <sup>1</sup>Das Sitzen oder Liegen auf Wiesen und Freiflächen ist allein und mit den in § 1 Satz 3 genannten Personen sowie weiteren Personen aus einem anderen Haushalt, zu denen der Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten ist, zulässig. <sup>2</sup>Zu anderen Personen ist ein Mindestabstand von 5 Metern einzuhalten. <sup>3</sup>Grillen und das Zubereiten sowie das gewerbliche Anbieten von Speisen sind nicht erlaubt.

[...]

### **§ 24 Ordnungswidrigkeiten**

<sup>1</sup>Ordnungswidrig [...] handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig die in dieser Verordnung in §§ 1 bis 8 und 10 bis 19, enthaltenen Gebote und Verbote nicht beachtet. <sup>2</sup>Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 25.000 Euro geahndet werden.“

## Unverbindliche Lösungshinweise Klausur POR 10.8.2020

Vorbemerkung: Es handelt sich nach Einschätzung der Klausurersteller um eine mittelschwere Klausur. Die Klausur wurde als „Open Book“-Klausur gestellt, d.h. die Bearbeiter\*innen durften alle zur Verfügung stehenden Hilfsmittel (Lehrbücher, Kommentare, Folien, etc.) nutzen. Die folgenden Lösungshinweise geben lediglich die, nach Einschätzung der Klausurersteller, wesentlichen anzusprechenden Problempunkte wieder.

### **Aufgabe 1:**

PK M fragt Sie, wie die Erläuterungen der PK'in H bezüglich des einzuhaltenden Mindestabstands gegenüber K und seinen Freunden rechtlich einzuordnen bzw. zu bewerten sind. Bedarf es einer gesetzlichen Befugnis für derartige Erläuterungen? Falls nein, warum nicht? Falls ja, gibt es eine solche Befugnis bereits im ASOG und sind ihre Voraussetzungen erfüllt? Schreiben Sie ihm eine mit einer Begründung versehene Antwort im Freitext.

### **Lösungshinweise**

Die Aufgabe gibt Anlass zu Ausführungen zu der Frage, ob und ab wann derartige „Hinweise auf die Rechtslage“ als polizeiliche (Eingriffs-)maßnahme in Gestalt einer sog. „Gefährderansprache“ einzuordnen sind.

Erwartet werden kann zunächst die Feststellung, dass nicht jedes polizeiliche Handeln die Schwelle zum Eingriff in Grundrechte des Einzelnen überschreitet, sondern es Bereiche gibt, in denen die Polizei berät und informiert.<sup>1</sup> Damit sind in der Regel keine Belastungen für die Adressaten dieses staatlichen Handelns verbunden. Zu unterscheiden ist dieses Tätigwerden von Maßnahmen, die nicht nur im Anwendungsbereich eines Grundrechts stattfinden, sondern unmittelbar in den Schutzbereich eines Grundrechts eingreifen. Abzustellen ist maßgeblich darauf, welche Wirkungen mit der Maßnahme erzielt werden sollen; namentlich, ob und in welchem Maße auf die Willensentschließung des „Adressaten“ eingewirkt werden soll bzw. wird. Rachor/Graulich<sup>2</sup> führen hierzu aus: *„Tritt [...] der appellative Charakter einer polizeilichen Gefährderansprache im Einzelfall so nachdrücklich hervor, dass der Betroffene vernünftigerweise keinen anderen Entschluss mehr treffen kann, als den, der polizeilichen Empfehlung Folge zu leisten, so liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG [...] vor.“*

Im konkreten Sachverhalt ist ein solch „appellativer Charakter“ nach Auffassung der Ersteller zu erkennen (aA. vertretbar). Es handelt sich nach hier vertretener Auffassung in dem Hinweis auf den Mindestabstand nicht um eine abstrakte Erläuterung der Rechtslage, sondern im Ergebnis um einen Appell diesen Mindestabstand nunmehr auch einzuhalten. Dementsprechend bedarf es bereits für den Hinweis auf den Mindestabstand (und nicht erst für die eindeutige Aufforderung) einer Ermächtigungsgrundlage, die derzeit nur in § 17 Abs. 1 ASOG erblickt werden kann. Deren Tatbestandsvoraussetzung, namentlich eine konkrete Gefahr für die Integrität der Rechtsordnung in Gestalt der EindmaßnV (§ 3 Abs. 3 Nr. 1), liegt vor.

<sup>1</sup> OVG Lüneburg, NJW 2006, 391, 392 – auch bzgl. der folgenden Ausführungen.

<sup>2</sup> Rachor/Graulich, in Lisken/Denninger, Polizeirecht (6. Aufl.), Teil E Rn. 232.

**Aufgabe 2:**

Prüfen Sie gutachterlich, ob eine mehrtägige Gewahrsamnahme von K und seinen Kumpels zur Verhinderung weiterer Verstöße gegen die EindmaßnV rechtmäßig wäre. Die zu beachtenden Form- und Verfahrensvorschriften sind lediglich zu nennen.

**Lösungshinweise**

Zu prüfen ist eine Gewahrsamnahmemaßnahme nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG. Da es sich „nur“ um eine fiktive Maßnahme handelt, wurde die Prüfung der (allgemeinen und maßnahmebezogenen) Form- und Verfahrensvoraussetzungen erlassen bzw. wäre auch nicht sinnvoll möglich. Eine Nennung der zu beachtenden Vorgaben wird jedoch verlangt.

Die gutachterliche Darstellung des fiktiven „Unterbindungsgewahrsams“<sup>3</sup> sollte grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten bereiten. Die folgenden Besonderheiten sollten in dieser Klausur erkannt werden:

- Von guten Kandidaten kann zunächst erwartet werden, dass die generelle Problematik der Gewahrsamnahme zur Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten im Lichte der Rechtsprechung des EGMR (Vereinbarkeit des „Unterbindungsgewahrsams“ mit Art. 5 EMRK) angesprochen wird.
- Zu problematisieren war die Frage, ob es sich bei der Nichteinhaltung des Mindestabstandsgebotes um eine Ordnungswidrigkeit von „erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ handelt. Eine solche erhebliche Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn von bzw. auf Grund der konkreten Ordnungswidrigkeit erhebliche Gefahren für zentrale Rechtsgüter drohen.<sup>4</sup> Von den Klausurbearbeiter\*innen ist hier eine sachverhaltsbezogene, substantiierte Auseinandersetzung zu erwarten. Mit entsprechender Begründung erscheinen sowohl Ablehnung als auch Annahme des Vorliegens einer „erheblichen Bedeutung“ denkbar. Eine Gewahrsamnahme wurde von einigen Gerichten jedenfalls bei beharrlichen und wiederholten Verstößen gegen ähnliche Verordnungen angenommen. Bei Ablehnung müsste die weitere Prüfung im Hilfsgutachten erfolgen.
- Es wird eine Gewahrsamnahme von „mehreren Tagen“ in Aussicht gestellt. Diesbezüglich ist auf § 33 Abs. 1 Nr. 3 ASOG hinzuweisen, der eine Anordnung des Unterbindungsgewahrsams über „das Ende des Tages nach dem Ergreifen“ hinaus nur gestattet, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der oder die Betroffene bestimmte Straftaten begehen bzw. sich daran beteiligen wird. Da der hier in Rede stehende Verstoß keine solche Straftat darstellt, wäre „das Ende des Tages nach dem Ergreifen“ die zeitliche Obergrenze.
- Diskutabel erscheint des Weiteren die „Unerlässlichkeit“ der Maßnahme. Das AG Hof<sup>5</sup> hat eine solche in einem Fall angenommen, in welchem „*Der Betroffene [...]*

<sup>3</sup> Insb. im süddeutschen Raum offenbar durchaus realisiert, vgl. AG Hof, Beschluss vom 09.04.2020 - XIV 25/20 – abrufbar unter <https://openjur.de/u/2198612.html>.

<sup>4</sup> Z.B. BeckOK PolR NRW/Basteck PolG NRW § 35 Rn. 45 m.w.N.

<sup>5</sup> AG Hof, Beschluss vom 09.04.2020 - XIV 25/20.

durch seine mehrfachen und beharrlichen Verstöße in nur wenigen Tagen gezeigt [hat], dass er nicht gewillt ist, die Bestimmungen der Ausgangsbeschränkung einzuhalten.“ Zudem wird dort davon berichtet, dass „Bisherige Auflösungen der Zusammenkünfte, eindringliche Belehrungen seitens der Polizei und Platzverweise“ keine Wirkung zeigten. Im Sachverhalt gibt es keine Hinweise auf „mehrfache und beharrliche“ Verstöße. Lediglich der Umstand, dass die PVB „Gelächter“ ernten kann hier – aus Sicht der Klausurersteller - argumentativ für eine Unerlässlichkeit der Gewahrsamnahme in Betracht gezogen werden. Abgestellt werden kann freilich darauf, dass die Gewahrsamnahme nur für den Fall angekündigt wurde, „wenn sie weiterhin meinten, dass die EindmaßnV für sie nicht gelte und sie ihr Verhalten nicht ändern“.

- Ebenfalls diskutabel ist die Frage, ob eine Freiheitsentziehung im konkreten Fall tatsächlich angemessen ist (vom AG Hof nicht angesprochen).

### **Aufgabe 3:**

Prüfen Sie gutachterlich die Rechtmäßigkeit der Aufforderung gegenüber K den Park zu verlassen sowie der Ankündigung „Wenn Du nicht sofort nen Abgang machst, kriegst Du mal richtig Stress mit uns.“.

### **Lösungshinweise**

Die Aufforderung den Park zu verlassen ist ein Platzverweis nach § 29 Abs. 1 Satz 1 ASOG. Im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit sollten die Bearbeiter feststellen, dass der K Recht hat und ein „Verweilen“ alleine auf einer „fest installierten Sitzgelegenheit“ nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 EindmaßnV tatsächlich sogar ausdrücklich zulässig ist. PK M nimmt also irrig einen Verstoß gegen die EindmaßnV und damit eine Gefahr für die Integrität der Rechtsordnung an. Da auch im Übrigen keine konkrete Gefahr zu erkennen ist, ist der Platzverweis rechtswidrig. Ob der Platzverweis wegen eines besonders schwerwiegenden Fehlers ggf. sogar nichtig ist (§ 44 Abs. 1 VwVfG) kann von sehr guten Bearbeitern angesprochen werden. Legt man die Definition des BVerwG zu Grunde, wonach „*besonders schwerwiegend*“ nur ein Fehler [ist], der den davon betroffenen Verwaltungsakt als schlechterdings unerträglich erscheinen, d. h. mit tragenden Verfassungsprinzipien oder der Rechtsordnung immanenten wesentlichen Wertvorstellungen unvereinbar sein läßt<sup>6</sup>, ist ein solcher jedoch eher abzulehnen.

Die Ankündigung „Wenn Du nicht sofort nen Abgang machst, kriegst Du mal richtig Stress mit uns.“ ist erkennbar unbestimmt. Nahe liegt eine Prüfung/Interpretation als Androhung der Anwendung von (nicht näher bestimmten) Zwangsmitteln zur Durchsetzung des Platzverweises im gestreckten (bzw. abgekürzten) Verfahren (a.A. vertretbar). Die Androhung als eigenständiger VA muss dem allgemeinen Bestimmtheitserfordernis des § 37 Abs. 1 VwVfG entsprechen und zudem muss nach § 13 Abs. 3 Satz 1 VwVG ein „bestimmtes Zwangsmittel“ angedroht werden. Aus den Worten „Wenn Du nicht sofort nen Abgang machst“ lässt sich noch ein Bezug zum Platzverweis herleiten. Die Drohung „mal richtig Stress mit uns“ zu bekommen, bleibt hingegen auch unter Berücksichtigung der

<sup>6</sup> BVerwG NJW 1985, 2658, 2659.

Gesamtumstände diffus. Die Androhung ist aus diesem Grund jedenfalls als rechtswidrig (Nichtigkeit ebenfalls mit entsprechender Argumentation vertretbar) anzusehen.

Dass der Grundverwaltungsakt selbst rechtswidrig ist, ist hingegen für die Rechtmäßigkeit der Androhung unschädlich.<sup>7</sup> Sehr gute Bearbeiter könnten die Geltung dieses „Grundsatzes“ im konkreten Fall allerdings durchaus in Frage stellen. So vertritt das VG Bremen<sup>8</sup> *„Es wäre wohl ermessensfehlerhaft, wenn [...] sich die Rechtswidrigkeit geradezu aufdrängen muß, sie [die Behörde] aber gleichwohl die Vollstreckung eines solchen rechtswidrigen Grundverwaltungsakts vorantreiben würde.“* Der Platzverweis wurde vorliegend anlässlich eines ausdrücklich erlaubten Verhaltens ausgesprochen. Durch schlichte Lektüre der – in diesem Punkt auch leicht verständlichen – EindmaßnV hätte der PVB seinen „Irrtum“ beseitigen können. Es erscheint vertretbar zu verlangen, dass PVB die wie die hier handelnden eingesetzt werden, die einschlägigen Gesetze und Verordnungen kennen.

#### **Aufgabe 4:**

PK M möchte eine Beschreibung der Situation mit einem Foto der Begegnung mit K und seinen Kumpels über den Instagram-Account der Polizei verbreiten und in diesem Zusammenhang *„gerade die jungen Leute nochmal auf die Rechtswidrigkeit derartigen Handelns“* hinweisen. Er fragt an, welche Rechtsgrundlage nach dem ASOG insbesondere für die Verbreitung des Fotos, auf dem K gut zu erkennen ist, in Betracht kommt und ob deren Tatbestandsvoraussetzungen vorlägen. Schreiben Sie ihm eine mit einer Begründung versehene Antwort im Freitext.

#### **Lösungshinweise**

Als einzige Rechtsgrundlage für derartige „Informationstätigkeit“ kommt – nach hier vertretener Auffassung - der § 45 Abs. 1 Nr. 1 ASOG in Betracht.

Die Polizei bedarf, soweit sie Informationen im Zusammenhang mit den ihr zugewiesenen Aufgaben übermittelt, nur grundsätzlich keiner Ermächtigungsgrundlage: *„Für Mitteilungen über die Aufgabenerfüllung und aus der Aufgabenerfüllung selbst folgt die Zulässigkeit bereits aus dem im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip angelegten Grundsatz der Publizität der Verwaltung. Für Informationen zum Zweck der Aufgabenerfüllung – also solche, die die Polizei als Mittel zur (besseren) Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzt – ergibt sich die Zulässigkeit unmittelbar aus den ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben. [...] Auch polizeiliche (Informations)tätigkeiten, die im Vorfeld konkreter Gefahren stattfinden, sind von dieser Aufgabenzuweisung umfasst“*<sup>9</sup> Anders ist das, wenn die Informationstätigkeit – wie hier - gleichzeitig einen Eingriff in Grundrechte darstellt. Es handelt sich bei der Verbreitung eines Fotos einer Person um die Übermittlung personenbezogener Daten und somit um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 7. 12. 1998 - 1 BvR 831–89.

<sup>8</sup> VG Bremen, Urteil vom 29.05.1997 - 2 A 83/96 – NVwZ-RR 1998, 468.

<sup>9</sup> WD des Dt. BT, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 157/15, S. 7 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 Abs. 1 Nr. 1 ASOG liegen indes nicht vor. Die Datenübermittlung ist nur zulässig „soweit“ sie zur Erfüllung der polizeilichen Aufgabe erforderlich ist. Warum der K im Instagram-Posting „gut zu erkennen“ sein muss, ist nicht ersichtlich. Hier wäre der K jedenfalls so „unkennlich“ zu machen, dass er von niemandem mehr identifiziert werden kann. Ob das gelingen kann, kann von guten Bearbeitern bezweifelt werden. Mit Blick darauf ist – nach hier vertretener Auffassung – auch von einer Verbreitung des „anonymisierten“ Fotos des K abzusehen.