

## Modulabschließende Klausur Modul 10 Polizei- und Ordnungsrecht am 10.8.2017

### Sachverhalt

Im Görlitzer Park hat sich in den letzten Jahren eine offene Drogenszene etabliert. Sowohl verstärkte Polizeipräsenz als auch vermehrt durchgeführte Razzien im Park haben bisher nicht zu einer Verbesserung der Situation, unter der vor allem die Anwohner leiden, geführt.

Am Einsatztag beobachten POK A und PK B während einer Fußstreife durch den Görlitzer Park den zitternden Z. Bei näherer Beobachtung stellen sie eine blasse und fahle Gesichtsfarbe sowie auffällig tiefe Augenringe bei Z fest. Bei beiden Beamten entsteht der Eindruck, dass Z der Betäubungsmittelszene zuzurechnen ist.

Z wird unter Hinweis auf Grund der Maßnahme und Rechtsgrundlage um die Vorlage seines Personalausweises gebeten. Ein nach dieser Identitätsfeststellung durchgeführter Datenabgleich mit dem polizeilichen Landessystem zur Information, Kommunikation und Sachbearbeitung (POLIKS) ergibt, dass die Berliner Polizei bezüglich Z Erkenntnisse im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln (Personenhinweis: BTM\_Konsument, Konsument harter Drogen) hat.

Die Beamten beschließen daraufhin, den Z nach Drogen zu durchsuchen. (Taschen ö.ä. führt Z nicht mit sich.) Da sich auf dem Platz viele Passanten befinden und Angehörige der Drogenszene sich bereits gegen die polizeilichen Maßnahmen solidarisieren, fordern die Beamten den Z auf, sie zur Durchführung der Durchsuchung in die ca. 100 m entfernt liegende mobile Wache zu begleiten. Z lehnt es unter Hinweis auf „in der Vergangenheit bei Durchsuchungen gemachte schlechte Erfahrungen“ ab, sich woanders durchsuchen zu lassen. Er bietet aber an, dass die gegen seinen Willen vorzunehmende Durchsuchung seiner Person vor Ort durchgeführt werden könnte. Die beiden Beamten verweisen auf den starken Publikumsverkehr, die sich durch ständig dazukommende Sympathisanten aufbauende Drohkulisse sowie die Privatsphäre des Z und drohen ihm an, ihn unter Anwendung unmittelbaren Zwangs mit zur mobilen Wache zu nehmen, wenn er nicht sofort freiwillig mitkomme.

Da Z sich weiterhin weigert, ergreifen die beiden Polizeibeamten zunächst die Arme des Z. Als er sich sperrt, verschränken sie seine Arme auf dem Rücken und schieben ihn vorwärts. Weil er stehen bleibt und sich weigert weiterzugehen, verstärkt POK A den Griff, worauf Z vor Schmerzen aufschreit.

Im Schutz der mobilen Wache wird Z körperlich durchsucht. Nachdem die Durchsuchung ergebnislos verlaufen ist und Z eine Bescheinigung der Durchsuchung erhalten hat, darf er wieder gehen.

### II. Aufgabe

Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen mit Ausnahme des Beobachtens des Z.

#### Hinweis:

Gehen Sie davon aus, dass der PP den Görlitzer Park zutreffend als besonders kriminalitätsbelasteten Ort eingestuft hat.

## **Unverbindliche Lösungshinweise**

### ***A. Feststellung der Identität des Z***

#### **I. Vorprüfung**

Vorliegend ist durch die Kenntnisnahme der im Personalausweis festgehaltenen Daten des Z ein Eingriff in dessen Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in der Ausformung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegeben. Darüber hinaus dürfte ein Eingriff in die Freiheit der Person aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 I GG vorliegen. Auch wenn man hier mit der Rechtsprechung davon ausgeht, dass nur die körperliche Bewegungsfreiheit geschützt ist, kann sich Z für die Dauer des Zur-Kennntnis-Nehmens der personenbezogenen Daten im Ausweis nicht frei bewegen, sondern muss bis zum Ende der Maßnahme vor Ort bleiben. „Einfache“ IdF-Maßnahmen (Anhalten, Personalausweis verlangen) sind allerdings typischerweise (und auch hier) nur von sehr kurzer Dauer. Daher ist es gut vertretbar, dass auf Grund der Geringfügigkeit bzw. Kurzfristigkeit der Beeinträchtigung ein Eingriff in die Freiheit der Person abgelehnt wird (so z.B. OVG Lüneburg, Beschluss vom 03.04. 2010 - 11 PA 191/09; Lang, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 2 Rn. 87b). Dann wäre aber ein Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit zu bejahen.

Die Maßnahme dient der Verhütung von Straftaten. Zwar könnte die Tatsache dass sich der Z an einem Ort, der bekannt ist als Drogenumschlagplatz, aufhält zusammen mit den körperlichen Merkmalen auch auf ein repressives Vorgehen hinweisen. Die vorliegenden Anhaltspunkte dürften allerdings für die Annahme des Bestehens eines Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat nicht ausreichend sein.

#### **II. Ermächtigungsgrundlage**

Da laut Sachverhalt der Görlitzer Park ein sog. kriminalitätsbelasteter Ort ist, kommt § 21 Abs. 2 Nr. 1 a) aa) in Betracht.

#### **III. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 21 Abs. 2 ASOG, der nur die Polizei, nicht aber die Ordnungsbehörden, nennt. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 6 ASOG. Obwohl § 21 ASOG selbst keine ermächtigungsbezogenen Verfahrens- und Formvorschriften normiert, wird teilweise jedoch mit Blick auf § 18 Abs. 5 ASOG und das Rechtsstaatsgebot verlangt, dass dem Betroffenen der Zweck der Maßnahme und die Ermächtigungsgrundlage mitzuteilen ist. Laut Sachverhalt wären diese Voraussetzungen auch erfüllt. Die Feststellung der Identität selbst ist ein Realakt. Allerdings ergeht der Aufforderung den Personalausweis vorzuzeigen, eine Begleitverfügung, welche ein Verwaltungsakt ist. Ob die erforderliche Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG als erfolgt unterstellt wird oder deren Fehlen angenommen und unter Hinweis auf § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt wird, ist dabei unbeachtlich. An einer Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) sowie der Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG) besteht kein Zweifel.

#### **IV. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die kontrollierte Person hält sich auf an einem Ort auf, von dem Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung verabredet, vorbereitet oder verübt werden. Vorliegend ist nach Sachverhalt der Görlitzer Park vom Polizeipräsidenten in Berlin nach Erstellung eines umfangreichen Lagebildes als kriminalitätsbelasteter Ort eingestuft worden. Ob die Frage des Begriffes des „Sich

Aufhaltens“ bereits im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen oder bei der Prüfung des Adressaten angesprochen wird, ist unbeachtlich. Wichtig ist, dass herausgearbeitet wird, dass an ein sich Aufhalten höhere Anforderungen zu stellen sind, als an ein Antreffen oder ein sich Befinden. Das OVG Hamburg vertritt die Auffassung, ein „Sich Aufhalten“ verlange zumindest einen „zögerlichen Bewegungsablauf“ oder ein Verweilen, welches nicht gegeben sei, wenn der Betroffene den Kontrollbereich lediglich passiere. Es sei dann kein nach außen dokumentiertes verharrendes Element sichtbar; da Z zuvor von den Beamten beobachtet wurde, ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzung vorliegt (OVG Hamburg NVwZ-RR 2003, 276; zustimmend *Rachor*, in: Lisken/Denninger, E RN 333; kritisch *Tegtmeyer/Vahle*, § 12 RN 7). Im Rahmen der Geeignetheit wäre darzulegen, inwieweit die Idf zur Straftatenverhütung beitragen kann. „*Durch die Identitätsfeststellung an gefährlichen Orten sollen Straftaten aufgedeckt und verfolgt werden. Bezweckt wird außerdem, Straftäter zu verunsichern und in Bewegung zu halten und ihnen dadurch die Begehung von Straftaten zu erschweren*“ (Rachor, in Lisken/Denninger, E RN 330). In diesem Zusammenhang ist die Idf nur eine „initiale“ Maßnahme, der in der Regel ein Datenabgleich und unter Umständen eine Durchsuchung folgt. Sofern nicht bereits in der Adressatenregelung erfolgt, kann hier angesprochen werden, dass auch die einfache Idf nicht bei Jedermann zulässig ist. Personen, die nach Erkenntnissen der Polizei ganz offensichtlich nichts mit den den gefährlichen Ort kennzeichnenden Tätigkeiten zu tun haben, sind keiner Idf zu unterziehen (vgl. OVG Lüneburg a.a.O.). Dies ist hier allerdings unproblematisch, da Z wohl der Drogenszene zuzurechnen ist.

Im Ergebnis dürfte daher die IDF rechtmäßig gewesen sein.

### **B. Abfrage in POLIKS**

Auch hier liegt ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor. Ermächtigungsgrundlage ist § 28 Abs. 1 S. 1 ASOG. Er enthält die Befugnis zur Abfrage/Abgleich von personenbezogenen Daten in eigenen von der Berliner Polizei geführten automatisierten Dateien. Nicht zulässig wären nach dieser Norm Recherchen in Fremdsystemen wie z.B. EWW, ZEVIS oder INPOL. Hier handelt es sich ausschließlich um Erkenntnisse der Berliner Polizei. Der personengebundene Hinweis „Konsument harter Drogen“ wird zudem nur von der Berliner Polizei verwendet.

Es sind keine Verfahrens- und Formvorschriften zu beachten, da die Abfrage einen Realakt darstellt. Materiell müssen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Abfrage für die Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe im Rahmen der Zweckbestimmung dieser Datei erforderlich ist. Der Datenabgleich darf nicht routinemäßig erfolgen. Hier soll am besonders kriminalitätsbelasteten Ort die Aufgabe aus § 1 Abs. 3 1. Alt. ASOG - Verhütung von Straftaten - erfüllt werden. Wegen des Zitterns und der weiteren äußeren Merkmale des Z (blasse, fahle Gesichtsfarbe, tiefe Augenringe) war ein Datenabgleich erforderlich. Die Beamten gingen davon aus, dass Z zur Drogenszene gehört und wollten weitere Hinweise erhalten, ob diese Annahme richtig war und welche weiteren Maßnahmen ggf. notwendig wären. Da der Abgleich Folgemaßnahme der Idf ist, besteht Adressatenidentität.

Die Maßnahme war nicht unverhältnismäßig, mithin insgesamt rechtmäßig.

## ***C. Aufforderung mit zur mobilen Wache zu kommen und dortige Durchsuchung des Z***

### **I. Grundrechtseingriff**

Das Abtasten des bekleideten und ggf. das Betrachten des unbekleideten Körpers stellt einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, hier in den Ausformungen Privatsphäre und Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Hinweise, dass die Beamten die Grenze zur (in diesem Fall unzulässigen) körperlichen Untersuchung überschreiten, enthält der Sachverhalt nicht. Überdies dürfte vor allem mit Blick auf die Mitnahme zur mobilen Wache ein Eingriff in die Freiheit der Person in Form einer Freiheitsbeschränkung, Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 GG vorliegen. Eine Freiheitsentziehung liegt jedoch nicht vor, denn das Ziel der Maßnahme ist die ungestörte Durchführung der Durchsuchung, nicht die Entziehung der Freiheit, zudem ist die Maßnahme nur von kurzer Dauer.

### **II. Ermächtigungsgrundlage**

Ermächtigungsgrundlage ist auf jeden Fall § 34 Abs. 2 Nr. 2 ASOG, § 34 Abs. 1 Nr. 1 könnte ebenfalls angeprüft werden.

### **III. Formelle Rechtmäßigkeit**

Sachliche zuständig ist bei § 34 Abs. 2 nur die Polizei, ansonsten käme die Eilkompetenz in Betracht. Bei der körperlichen Durchsuchung ist gemäß § 34 Abs. 4 ASOG der Gleichgeschlechtlichkeitsgrundsatz, dessen Einhaltung hier wohl unterstellt werden darf, zu beachten. Zwar ist die Durchsuchung von Personen eine rein tatsächliche Handlung und somit ein Realakt, jedoch ist die Aufforderung der Beamten, diese zur mobilen Wache zu begleiten, ein Gebot, mithin ein Verwaltungsakt. Die Verfahrens- und Formvorschriften dürften hier unproblematisch gegeben, zumindest heilbar sein.

### **IV. Materielle Rechtmäßigkeit**

Der Tatbestand knüpft an das Vorliegen eines kriminalitätsbelasteten Ortes an, der nach den Hinweisen des SV vorliegen soll. Damit wäre eine Durchsuchung ohne weitere Voraussetzung zulässig. Hierzu führt allerdings der BayVGH (B. v. 8.3.2012; Az.: 10 C 12.141) aus: *„Da aber eine Durchsuchung von Personen und Sachen mit einem intensiveren Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden ist als die Identitätsfeststellung, genügt es für eine Durchsuchung nach Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2a) PAG nicht, dass sich die Person an einem der genannten Orte aufhält. Erforderlich ist vielmehr, dass die Durchsuchung in einer inneren Beziehung zu den polizeilichen Gesichtspunkten steht, auf welche Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG abstellt, also auf die Verabredung, Vorbereitung und Verübung von Straftaten etc. Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG darf nicht dahingehend ausgelegt werden, dass beliebige Personen durchsucht werden, nur weil sie sich gerade an einem gefährlichen Ort aufhalten.* Die Beamten gingen, nachdem die Datenabfrage des Z ergeben hatte, dass gegen ihn bereits mehrfach einschlägig ermittelt wurde davon aus, dass er der Drogenszene zuzurechnen ist und sich im Görlitzer Park aufhielt, um Straftaten gegen das BtmG zu begehen. § 34 Abs. 1 Nr. 1 ASOG hingegen setzt Tatsachen voraus, die die Annahme rechtfertigen, dass die durchsuchte Person Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen. Zu denken wäre hier an Betäubungsmittel. Das bedeutet, dass mindestens eine Alternative des § 38 ASOG vorliegen muss. In Betracht käme hier allerdings allenfalls § 38 Nr. 1. Dieser verlangt jedoch das Vorliegen einer

gegenwärtigen Gefahr, mithin einer Gefahr die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in allernächster Zeit zu einem Schaden führen wird. Dies wird trotz aller äußerer Umstände kaum zu begründen sein. Z ist als eine Person, die sich am kriminalitätsbelasteten Ort aufhält, zulässiger Adressat der Durchsuchung. Die Durchsuchung ist geeignet, Drogen aufzufinden, mildere Maßnahmen, die diesen Zweck ebenso wirksam erfüllen können, sind nicht ersichtlich. Da Z dem äußeren Anschein nach drogenabhängig ist und der Datenabgleich diesbezüglich Erkenntnisse geliefert hat, liegt auch ein Bezug zu den am kbO erwarteten Straftaten vor. Fraglich ist allerdings, ob die Mitnahme zur mobilen Wache, um ihn dort ungestört durchsuchen zu können, zulässig war. Z wollte ausdrücklich vor Ort durchsucht werden. Der BayVGH (aaO) äußert hier: *„Einen Anspruch darauf, an Ort und Stelle durchsucht zu werden, hat der Kläger nicht. Der Anspruch auf Verhältnismäßigkeit gebietet es vielmehr, die Durchsuchung so durchzuführen, dass diskriminierende Begleitumstände vermieden werden (Grundsatz der geringsten Beeinträchtigung). Eine Durchsuchung in aller Öffentlichkeit wäre für den Kläger mit einem stärkeren Eingriff in seine Privat- und Intimsphäre verbunden gewesen als eine Durchsuchung in den Räumen der Polizeiinspektion, weil sie von allen Passanten hätte wahrgenommen werden können. Das Einverständnis des Klägers mit einer Durchsuchung an Ort und Stelle ändert daran nichts. Der Schutz der Privatsphäre ist Ausfluss des Grundrechts auf Achtung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und daher unverzichtbar. Ebenso gebietet es der Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr dasjenige Mittel zu wählen, mit dem der verfolgte Zweck wirksam erreicht werden kann (Geeignetheit der Maßnahme). Bei einer Durchsuchung in der Öffentlichkeit müssten an der Gründlichkeit der Durchsuchung wegen der Privatsphäre des Klägers Abstriche gemacht werden. Auch ist nicht auszuschließen, dass Passanten ... die Durchsuchung stören würden.“* Damit durfte Z nicht nur durchsucht, sondern zur Durchsuchung auch an einen nahegelegenen Ort, an dem diese ungestört durchgeführt werden konnte, gebracht werden.

Im Ergebnis war die Durchsuchung daher rechtmäßig.

## ***D. Mitnehmen zur mobilen Wache unter Anwendung unmittelbaren Zwangs***

### **I. Vorprüfung**

Laut Sachverhalt schreit Z vor Schmerzen laut auf, somit liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor. Die Maßnahme dient der Durchsetzung eines zuvor ergangenen Verwaltungsaktes, ist mithin präventiv.

### **II. Ermächtigungsgrundlage**

Die Ermächtigung ergibt sich aus §§ 6 Abs. 1, 12 VwVG, 1 UZwG Bln.

### **III. Formelle Rechtmäßigkeit**

Nach dem Grundsatz der Selbstvollstreckung (§ 7 VwVG) sind POK A und PK B sachlich und örtlich zur Vollstreckung des zuvor erlassenen Grundverwaltungsaktes zuständig. Über §§ 1, 3 Nr. 1 UZwG sind sie als Polizeivollzugsbeamte auch zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt. Die Anwendung des unmittelbaren Zwanges ist ein Realakt, so dass keine Verfahrens- und Formvorschriften zu beachten sind.

## **IV. Materielle Rechtmäßigkeit**

### **1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 1 VwVG**

Ein wirksamer Grundverwaltungsakt liegt mit der Aufforderung an Z, A und B zur mobilen Wache zu begleiten vor. Die Aufforderung mitzukommen, ist auf Vornahme einer Handlung gerichtet, somit ist die Verfügung materiell vollstreckbar. Die formelle Vollstreckbarkeit ergibt sich hier aus § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

### **2. Ordnungsgemäße Art und Weise der Vollstreckung**

Gemäß § 13 Abs. 1 VwVG ist das Zwangsmittel schriftlich anzudrohen. Hier wurde allerdings nur mündlich angedroht durch die Aussage: „...oder wir wenden unmittelbaren Zwang an“. Dieses Problem kann sowohl über einen Wechsel in den Sofortvollzug, die Durchführung eines sog. verkürzten Verfahrens oder mittels teleologischer Reduzierung gelöst werden. Im ersten Fall wären alle, im zweiten nur die besonderen Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 VwVG zu prüfen. In dieser Hinsicht ist vorliegend ist an eine drohende Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen zu denken. Eine ordnungsgemäße körperliche Durchsuchung des Z wäre wegen der sich mit Z solidarisierenden Schaulustigen nicht durchzuführen. Nach § 13 Abs. 3 VwVG hat sich die Androhung auf ein bestimmtes Zwangsmittel zu beziehen. Nach überwiegender Ansicht ist diesem Erfordernis mit dem Hinweis auf die Anwendung unmittelbaren Zwangs Genüge getan (vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 28.10.2016 - 11 LB 209/15: *„Bei Anwendung unmittelbaren Zwanges soll der Betroffene Klarheit über die zu erwartenden Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit erhalten. Hierbei reicht es grundsätzlich aus, wenn hinreichend deutlich die Anwendung unmittelbaren Zwangs angedroht wird. Es muss in der Regel nicht vor jeder einzelnen körperlichen Einwirkung auf die Person der Einsatz einer bestimmten Form des unmittelbaren Zwangs angedroht werden. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um eine einheitliche Vollstreckungsmaßnahme ohne zeitliche Zäsur handelt. Im Vorfeld der Anwendung unmittelbaren Zwangs lässt sich nicht immer überblicken, welche Anwendungen im einzelnen geboten sind.“* Die entgegengesetzte Ansicht, die verlangt, dass die beabsichtigte Vollstreckungsmaßnahme so konkret wie möglich angegeben werden muss, damit der Betroffene eine Vorstellung davon hat, welche Maßnahme die Behörde ergreifen wird, wäre mit Begründung ebenso vertretbar.

Gemäß § 12 VwVG darf u.Z. nur angewendet werden, wenn die anderen Zwangsmittel bereits erfolglos angewendet wurden oder in der konkreten Situation ungeeignet sind. Letzteres ist hier der Fall, denn es handelte sich um eine unvertretbare Maßnahme, so dass eine Ersatzvornahme von vornherein ausscheidet. Zwangsgeld war hier ebenfalls ungeeignet, da es lediglich auf eine Willensbeugung abzielt und den gewünschten Erfolg nicht unmittelbar herbeiführt. In § 2 UZwG ist überdies die Zulässigkeit einzelner Maßnahmen im Rahmen des u.Z. definiert. Hier geht es um die Einwirkung auf den Z mittels Polizeigriff mithin durch einfache körperliche Gewalt (§ 2 Abs. 2 UZwG).

### **3. Adressat**

Der Adressat der Vollstreckungsmaßnahme ist identisch mit dem Adressaten des Grundverwaltungsaktes.

### **4. Ermessen und Verhältnismäßigkeit**

Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Zwar ist die körperliche Unversehrtheit hochrangiges Rechtsgut, allerdings hat Z hier versucht eine Maßnahme, die der

vorbeugenden Bekämpfung der Drogenkriminalität, und damit auch der Gesundheit der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist, zu erschweren

Die Zwangsanwendung war somit rechtmäßig.