

## **POR-Klausur Modul 6 im Februar 2015**

Im Rahmen von Schwerpunkteinsätzen versucht die Berliner Polizei seit einigen Wochen, den massiven und anhaltenden Drogenhandel in einem Berliner Park einzudämmen. An einem warmen Sommertag gegen 16 Uhr wird durch rund 40 eingesetzte BeamtInnen erneut ein solcher Einsatz durchgeführt.

Herr A, rund 25 Jahre alt und von schwarzer Hautfarbe, wird dabei angetroffen, wie er im Freizeitdress im Park schnellen Schritts „einige Runden dreht“. Er wird einer IDF unterzogen; außerdem wird ein Datenabgleich durchgeführt. Er händigt seinen mitgeführten Ausweis nur unter Protest gegen die „rassistischen Kontrollen der Berliner Polizei“ aus. Während der IDF wird er von Beamten durchsucht. Auf Nachfrage wird ihm mitgeteilt, dies sei „notwendig zur Eigensicherung“. Nach dem Datenabgleich wird er ohne weitere Maßnahme entlassen. Insgesamt dauert die Maßnahme rund 7 Minuten.

Herr B wird über einen Zeitraum von rund 45 Minuten von Zivilbeamten der Polizei dabei beobachtet, wie er scheinbar ziellos im Park umherläuft und immer wieder kurze Gespräche mit dort anwesenden Personen führt. Danach lässt er sich im Außenbereich eines innerhalb des Park gelegenen Cafés nieder und trinkt dort ein Bier. Die Polizei betritt diesen Bereich und fordert ihn zur Herausgabe seiner Ausweispapiere auf. Herr B gibt an, einen Ausweis nicht dabei zu haben. Nachdem er seine Personalien mitgeteilt hat, werden ein Datenabgleich und eine Abfrage im Melderegister durchgeführt. Es zeigt sich, dass gegen ihn ein (rechtmäßiges) sechsmonatiges Aufenthaltsverbot für den gesamten Park vorliegt, das noch bis 24 Uhr am heutigen Tage Gültigkeit hat.

Herr B will das Café unter Hinweis darauf nicht verlassen, die Polizei könne ihm dort ein Aufenthaltsverbot nicht erteilen und er habe vor, später dort noch Freunde zu treffen. Dieses Recht werde er sich von der Polizei nicht nehmen lassen. Nachdem er sich beharrlich weigert, das Café und den Park zu verlassen, wird er in Gewahrsam genommen und nach unverzüglicher vorheriger telefonischer Kontaktaufnahme gegen 18 Uhr dem Richter vorgeführt.

### **Aufgabe:**

Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit aller gefahrenabwehrrechtlichen polizeilichen Maßnahmen, soweit nicht nachfolgend anders angegeben:

Nicht zu prüfen sind die Beobachtung des B durch die Polizei, Abfragen im Melderegister und der Datenabgleich bezüglich A und B.

Welche richterliche Entscheidung ergeht, lässt der Sachverhalt offen; zu prüfen ist die polizeiliche Maßnahme allein.

**Bearbeitungsdauer:** 180 min

**Hilfsmittel:** GG, EMRK, Sammlung Berliner Gesetze (Nomos, Kulturbuch Verlag oder vergleichbare Werke)

**Lösungshinweise:**

Folgende Maßnahmen sind zu prüfen:

1. IDF gegen A
2. Durchsuchung des A
3. Betreten des Cafés
4. IDF gegen B
5. Gewahrsamnahme B

**1. IDF gegen A**

I.

Die Maßnahme stellt einen Eingriff in das RiS und die Freiheit der Person (FB) durch Anhalten dar. Mit Blick auf die Hautfarbe des Betroffenen kann auch ein Eingriff in Art. 3 I GG thematisiert werden.

Der Zweck ist ausweislich Sachverhalt die Gefahrenabwehr im Sinne des § 1 III 1. Alt. ASOG<sup>1</sup>. Anhaltspunkte für eine Aufgabenerfüllung iSv § 1 I 1 liegen mE nicht vor, aA ist aber vertretbar, wobei eine Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit unten wenig plausibel erscheint. EB ist daher nach der hier vertretenen Auffassung § 21 II Nr. 1 a) aa), Anhaltspunkte iSv bb) sind im Sachverhalt nicht erkennbar.

II.

Sachliche Zuständigkeit aus §§ 1 III / 21 II. Örtliche Zuständigkeit hier wie im Folgenden unstrittig, funktionale Z. nicht erkennbar; dies gilt auch für die Folgemaßnahmen.

§ 21 III stellt mE keine besondere Verfahrensvorschrift dar, sondern Rechtsfolge und weitere TbV in Satz 3 und 4.

IDF ist nach der hier vertretenen Auffassung Realakt, VA aber vertretbar. Anhalteverfügung und Herausgabeverlangen Ausweispapiere sind in jedem Fall VA; ob §§ 28 ff VwVfG eingehalten wurden, ist Sachverhalt nicht oder nur in Teilen zu entnehmen.

III.

Tatbestand ist erfüllt, weil laut Sachverhalt Tatsachen für das Vorliegen der in aa) genannten Umstände durch Drogenhandel vorliegen; dabei ist zu prüfen, ob es sich um erhebliche Straftaten iSv § 17 III handelt.

Adressat ist jeder, der sich dort aufhält, was für A bejaht werden kann, auch wenn er dort „joggt“; aA vertretbar, wobei dann kurz diskutiert werden sollte, ob „joggen“ nicht Teil möglicher Anbahnungsgeschäfte sein könnte.

Wichtig ist eine intensive Diskussion des GdV, insbesondere, ob die Maßnahme zur Problembewältigung geeignet ist und ob A überhaupt herangezogen werden durfte, da er uU nur Sport treibt.

---

<sup>1</sup> Nachfolgende §-Angaben beziehen sich auf das ASOG, soweit nicht anders vermerkt.

Wenn A zulässiger Adressat war und die Maßnahme verhältnismäßig ist, sind Ermessensfehler nicht erkennbar.

Mit Blick auf die Hautfarbe des Betroffenen sollte Art. 14 EMRK von guten BearbeiterInnen erkannt werden.

Im Ergebnis kann die Maßnahme also für rechtmäßig, aber mit guten Gründen auch für rechtswidrig gehalten werden.

## **2. Durchsuchung des A**

Die Maßnahme kann auch gemeinsam mit der IDF geprüft werden; ansonsten kann im Wesentlichen hierauf verwiesen werden.

I.

Es liegt weiterhin eine Freiheitsbeschränkung vor. Die Durchsuchung zudem als eigenständigen Eingriff in das RiS anzusehen, ist vertretbar, sonst Art. 2 I GG.

Die Maßnahme ist als Eigensicherungsmaßnahme mE dem Aufgabenbereich 1 I 1 zuzuordnen; gute BearbeiterInnen sollten kurz darstellen, weshalb die Polizei sich nun nicht mehr im Aufgabenbereich 1 III befindet.

Mit Blick auf die ausdrücklichen Angaben der BeamtInnen wird A nicht durchsucht, um seinen Ausweis aufzufinden. Ein Rückgriff auf § 21 III 4 ist daher nicht vertretbar. Ein Rückgriff auf § 34 II Nr. 1 ist mE nicht zu begründen, weil A nicht festgehalten wird; ein Rückgriff auf § 32 II Nr. 2 nicht, weil die Durchsuchung ausdrücklich zur Eigensicherung dienen soll

EB ist nach diesseitiger Auffassung 34 III, da die IDF laut Sachverhalt noch andauert.

II.

Die sachliche Zuständigkeit folgt hier aus § 34 III.

Besondere Verfahrensvorschriften ergeben sich aus § 34 IV. M.E handelt es sich um einen Re-akt, für eine Begleitverfügung ist nichts erkennbar. Vertretbar ist Einordnung als VA, wobei für die Einhaltung der §§ 28 ff. VwVfG auch hier keine Angaben im Sachverhalt zu erkennen sind.

III.

Zulässig ist die Durchsuchung nach § 34 III nur, wenn dies nach den Umständen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter erforderlich ist. Dies ist mit Blick auf die Umstände aus dem Sachverhalt und nicht mit Allgemeinplätzen zu begründen. Hierfür ist mE im Sachverhalt nichts erkennbar und die Maßnahme rechtswidrig.

Da von A keinerlei Gefahr oder auch nur Anlass zur Befürchtung eines Übergriffs ausging, konnte dieser mE auch nicht als Adressat herangezogen werden.

Wer erst im GdV prüft, ob die Durchsuchung überhaupt erforderlich war, hat zwar die TbV uU nicht zureichend geprüft, kommt aber uU dennoch zu einem vernünftigen Ergebnis und müsste dies dann auch im Ermessen berücksichtigen.

Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ist nicht erkennbar, die Maßnahme aus den ausgeführten Gründen aber rechtswidrig.

### 3. Betreten des Cafés

I.

Die Polizei unterstellt – aus plausiblen Gründen – dass B einer IDF nach § 21 II Nr. 1 a) aa) unterworfen werden darf und folgt ihm daher in den Außenbereich eines im fraglichen Park gelegenen Cafés. Das Café ist indes aus Sicht des Betreibers vor einem Betreten durch die Polizei durch Art. 13 I geschützt ist, weil hier keine gewerberechtliche oder sonst spezialgesetzlich begründete Nachschau stattfindet.

Die Polizei nimmt weiterhin eine Aufgabe nach § 1 III 1. Alt. wahr, weil nach der hier vertretenen Auffassung weder ein Anfangsverdacht noch eine konkrete Gefahr aus dem Sachverhalt begründbar sind; eine andere Auffassung und ein Verweis auf § 1 I ist mit guten Begründung vertretbar.

EB ist § 36; es kommt ein Rückgriff auf Absatz 1, 4 oder 5 in Betracht; die Abgrenzung ist schwierig und fordert gute Kenntnisse des Polizeirechts wie auch der verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 13 GG.

Naheliegend ist ein Rückgriff auf **Absatz 5**. Dieser gestattet ein Betreten zur Abwehr einer Gefahr und verweist dabei nur auf § 1 I; ob dies eine konkrete Gefahr verlangt oder auch zur Abwehr abstrakter Gefahren zulässig ist, ist umstritten. Ein Verweis auf § 1 III erfolgt auf jeden Fall nicht und Absatz 5 kann mit Blick auf den ausdrücklichen Klammerzusatz (§ 1 I) schwerlich als EB angesehen werden, was auch ohne eine vertiefte Befassung und Lektüre der – widersprüchlichen – Kommentarliteratur bemerkt werden kann. Gute BearbeiterInnen werden bei der Prüfung auch Art. 13 VII GG in den Blick nehmen. Auf jeden Fall ist bei einem Abstellen auf Absatz 5 von einer Verneinung der TbV auszugehen.

**Absatz 4** wiederholt in Nr. 1 a) die TbV aus § 21 II Nr. 1 a) aa), was für eine „erleichterte“ Betretung sprechen könnte. Gefordert ist jedoch die Notwendigkeit der Betretung zur Abwehr dringender Gefahren, was nach wohl hM eine qualitative Steigerung der Anforderungen iS einer erheblichen Gefahr voraussetzt. Zu prüfen wäre, ob der hypothetisch mögliche Verstoß gegen das BTMG eine erhebliche Gefahr darstellt, was mE zu verneinen ist. Für das Vorliegen einer konkreten Gefahr durch B bietet der Sachverhalt mE keine Anhaltspunkte, zumal solche Anhaltspunkte dann wohl als Anfangsverdacht angesehen werden müssten. Fraglich ist auch, ob für Absatz 4 hinsichtlich der zeitlichen Komponente mit Blick auf den Eingriff in Art. 13 zumindest eine konkrete Gefahr zu fordern ist, die hier kaum begründet werden kann.

Wollte man die dringende Gefahr mit der Minderheitsmeinung als gegenwärtige Gefahr verstehen, wäre die Frage, ob eine solche bei einer anlasslosen IDF nach § 21 II gegeben sein kann, was mE zu verneinen ist. Auf jeden Fall sollte hier eine Auseinandersetzung mit Art. 13 VII GG stattfinden.

Im Ergebnis wird man daher nach der hier vertretenen Auffassung ein Betreten zum Zwecke der Aufgabenerfüllung nach § 1 III 1. Alt. allein kaum begründen können, da weder eine konkrete noch eine abstrakte Gefahr vorliegt und zudem deren „Dringlichkeit“ iSd Art. 13 VII GG nicht erkennbar ist. Eine andere Auffassung sollte sich mit diesem Problem befassen und eine plausible andere Auslegung begründen.

Kontrollfrage: Was wäre, wenn B in eine Privatwohnung gegangen wäre – hier würde die hM sicherlich einen Eingriff nach Abs. 4 und 5 nicht ins Auge fassen und die Zulässigkeit nach Absatz 1 verneinen. Ggf. müsste die Polizei also abwarten, bis B das Café wieder verlässt.

II.

Die sachliche Zuständigkeit kann mE aus der für die IDF abgeleitet werden. § 37 ist bei einem bloßen Betreten nicht einschlägig; ein Verstoß gegen § 36 III liegt nicht vor. Es handelt sich um einen Realakt; wer dies anders bewertet, müsste die einschlägigen Regelungen des VwVfG beachten.

III.

Im Rahmen der materiellen RM sind insbesondere die Fragen zu prüfen, die hier bereits bei der Auswahl der EB (oben I.) dargestellt wurden. Auf eine zumindest „textsichere“ und den Art. 13 berücksichtigende Bearbeitung ist zu achten.

Die TbV des Absatz 1 sind zu verneinen.

Mit Blick auf Absatz 4 ist zu beachten, dass im Sachverhalt keine Angaben dazu enthalten sind, dass der Drogenhandel (auch) in dem Café betrieben wird. Zu untersuchen ist auch, ob eine dringende Gefahr vorliegt, was mE ebenfalls zu verneinen ist.

Absatz 5 fordert ein Betreten zum Zwecke der Gefahr iSv § 1 I; hier wird die Polizei aber „nur“ im Rahmen der Verhütung von Straftaten iSv § 1 III 1. Alt. tätig, was mE ebenfalls zur Verneinung der TbV führt.

Insbesondere zu Absatz 4 und 5 sind auch aA vertretbar, sollten aber plausibel mit Blick auf die oben dargestellten Einwände begründet werden.

Auf der Ebene des GdV, des Ermessens und auch des höherrangigen Rechts sind keine Probleme erkennbar.

Im Ergebnis ist die Maßnahme mE rechtswidrig, eine andere Lösung kann vertretbar sein.

#### **4. IDF gegen B**

Für die IDF gegen B kann auf die IDF gegen A verwiesen werden, die Unterschiede müssen aber beachtet werden, namentlich der Aufenthalt des B in einem Café zum Zeitpunkt der IDF und dessen Verhalten. Im Rahmen des GdV wie auch der Adressatenauswahl ist zu berücksichtigen, dass B durchaus „Anlass“ zu einer IDF nach den tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm gegeben hat. Die Maßnahme kann daher als rechtmäßig angesehen werden.

#### **5. Gewahrsamnahme B**

I.

Bei der Gewahrsamnahme handelt es sich um einen Eingriff in die Freiheit der Person (Art. 2 II 2, 104 GG) qua Freiheitsentziehung. Die Maßnahme dient mE im Anschluss an die vorgehende AVV der Verhütung von Straftaten iSv § 1 III 1. Alt.; ein Verweis auf § 1 I 1 mag als vertretbar angesehen werden, ist aber wenig plausibel, weil die Nichtbeachtung einer AVV eine konkrete Gefahr nicht begründet.

EB ist § 30 I Nr. 3, weil das Aufenthaltsverbot durchgesetzt werden soll. Ein Rückgriff auf Nr. 2 ist mE mit Blick auf den Sachverhalt nicht vertretbar. Wer dies anders sieht, müsste begründen, wie im Sachverhalt eine unmittelbar bevorstehende Straftat zu begründen ist.

II.

Sachlich zuständig ist nach § 30 I nur die Polizei. § 31 wird erkennbar eingehalten, auf § 33 sollte hingewiesen werden; gute BearbeiterInnen werden hier auch auf die max. zulässige Dauer des Gewahrsams bis 24 h hinweisen. Ob dieser und § 32 beachtet wurden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich um einen Realakt, wer einen VA bejaht, müsste auf §§ 28 ff. VwVfG verweisen, zu deren Beachtung der Sachverhalt indes schweigt.

III.

Die Tatbestandsvoraussetzungen ergeben sich aus § 30 I Nr. 3. Gefordert ist zunächst eine rechtmäßige AVV, die hier laut Sachverhalt vorliegt. Problematisiert werden könnte, ob diese für den Bereich des Cafés als nicht öffentlichem Bereich, der dem Schutz des Art. 13 (für den Betreiber unterfällt) „Geltung“ haben kann; mE ist dies mit Blick auf die für jeden potentiellen Besucher gegebene Offenheit dieses räumlichen Bereichs zu bejahen; aA vertretbar.

Weiterhin muß die Gewahrsamnahme unerlässlich sein, was auch als Ausdruck des GdV geprüft werden kann. Mit Blick darauf, dass die AVV zum Zeitpunkt der Gewahrsamnahme noch 6 Stunden Gültigkeit hat, ist dies zu bezweifeln. Zudem hätte zunächst eine Verbringung aus dem Park mittels einfachen körperlichen Zwangs in Betracht gezogen werden müssen – zumindest ist hierauf zu verweisen, auch wenn die „beharrliche“ Weigerung zu gehen, dieses Mittel ausschließen könnte.

Wer vorstehende Fragen im GdV diskutiert, dürfte zu keinem anderen Ergebnis kommen.

Es liegen also nach der hier vertretenen Auffassung die TbV nicht vor und/oder die Maßnahme ist fehlerhaft mit Blick auf den GdV. AA mit plausibler Begründung vertretbar.

Da es sich hier nicht um einen Unterbindungsgewahrsam handelt, ist eine Vereinbarkeit mit Art. 5 I lit. b EMRK mE zu bejahen, da der Gewahrsamnahme ein eindeutiger VA mit der Verpflichtung zur Unterlassung vorhergegangen ist. Gute BearbeiterInnen sollten diese Frage ansprechen.