

Sachverhalt:

In letzter Zeit ist es in Berlin zunehmend zu strafrechtlich relevanten Angriffen auf Flüchtlingsunterkünfte gekommen. Nach Polizeiangaben kam es allein in den letzten drei Monaten des Jahres 2014 zu 20 Attacken auf derartige Einrichtungen. Darunter befanden sich Tatbestände wie gefährliche Körperverletzung, das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und schwere Brandstiftung. Nach Ermittlungen der Polizei drohen auch in naher Zukunft weiterhin Angriffe auf Flüchtlingsunterkünfte, wobei es konkrete Hinweise gibt, dass – ebenso wie in der Vergangenheit – ein Schwerpunkt der Attacken seitens der radikalen rechten Szene im Bezirk Marzahn-Hellersdorf liegen dürfte.

Herr A, ein in Berlin-Charlottenburg wohnender Rechtsanwalt, der dort auch seinen Kanzleisitz gemeldet hat, gehört nach Auffassung der Polizei zum „rechten politischen Spektrum“. Er ist in der „Bärgida“ aktiv, einem eingetragenen Verein, der als Berliner Pendant zu den „Patriotischen Europäern gegen die Islamisierung des Abendlandes („Pegida“) auftritt. Verfahren gegen A nach § 86 a StGB wegen des Zeigens des „Hitler-Grußes“ und nach § 89 c StGB wegen Sammelns von Vermögenswerten zur Begehung einer Tat nach § 306 StGB wurden 2014 gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Ein weiteres Ermittlungsverfahren wegen Zeigens des „Hitler-Grußes“ auf einer Demonstration in Berlin-Tempelhof läuft noch.

Der Leiter einer Flüchtlingsunterkunft im Bezirk Marzahn-Hellersdorf, die von einem privaten gemeinnützigen Verein betrieben wird, hat dem A ein Hausverbot für diese Unterkunft und seine Umgebung erteilt, weil dieser dort mehrfach Bewohner/innen vor dem Eingang des Heims angesprochen und diese durch ausländerfeindliche Aussagen verunsichert habe. Die Unterkunft befindet sich in einem Gebäude, das der Verein angemietet hat und welches ohne Umzäunung in einer öffentlich zugänglichen Grünanlage liegt. Als der A sich wieder in der Nähe des Hauses in dem Park aufhält, ruft der Leiter des Flüchtlingsheimes die Polizei. Der A trägt einen großen Karton bei sich, den er ca. 10 m vor dem Halleneingang abstellt. Die inzwischen eingetroffenen Polizeibeamten, die den A als Angehörigen der rechten Szene und Strafverteidiger von rechten Gewalttätern kennen, erklären gegenüber dem A, sie würden den Inhalt des Kartons prüfen wollen, was dieser verweigert. Trotz lautstarken und wütenden Protestes des A durchsuchen die Beamten den Karton. Sie finden dort ca. 1000 gedruckte Flugblätter, in denen für Bärgida und ein vereinsinternes Fest in 5 Tagen geworben wird, und 1.500 € in kleinen Scheinen. Dazu befragt, gibt der A an, dass ein Mandant ihn gerade in bar bezahlt habe. Die Beamten stellen den Karton samt Inhalt sicher, stellen dem A eine Bescheinigung darüber aus und teilen ihm mit, dass alles in einer Woche wieder an ihn herausgegeben werde.

Mit Datum vom nächsten Tage geht dem A ohne vorherige Anhörung eine schriftliche Verfügung des Polizeipräsidenten zu. Darin wird dem A verboten, für die Dauer von 6 Monaten einen Bereich von 200 m rund um die o.g. Flüchtlingsunterkunft zu betreten oder sich dort aufzuhalten. Die Verfügung enthält eine Karte, in der das Gebäude und der Umkreis von 200 m herum exakt gekennzeichnet sind. In der Begründung heißt es, dass erwartet werde, dass das Gebäude mindestens weitere 6 Monate als Flüchtlingsunterkunft dienen werde. Das Aufenthaltsverbot sei allein schon aufgrund des gegenüber A ergangenen Hausverbots und des zu erwartenden Hausfriedensbruches erforderlich. Außerdem sei der A wegen einschlägiger Delikte bereits mehrfach strafrechtlich in Erscheinung getreten. Seine Zugehörigkeit zur rechten

Szene sei bekannt und er habe sich zudem am gestrigen Tage uneinsichtig und „verbal aggressiv“ gezeigt.

Aufgabe:

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

Nicht zu prüfen sind die Ermittlungen der Polizei, ein etwaiges Beobachten und die Befragung des A. Mögliche presserechtliche Fragen sind nicht zu bearbeiten.

Bearbeitungsdauer: 180 min

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

Lösungshinweise:

Folgende Maßnahmen sind zu prüfen:

1. Durchsuchung des Kartons
2. Sicherstellung des Kartons mit Inhalt (Flugblätter; Bargeld)
3. Aufenthaltsverbotsverfügung gegenüber A

Vorbemerkung: Da nur drei Maßnahmen zu prüfen sind, sollte bei der Bewertung auf eine sorgfältige und „saubere“ Prüfung insbesondere der Tatbestandsmerkmale unter Auswertung der Informationen aus dem Sachverhalt geachtet werden. Die folgenden Lösungshinweise sind nur als Skizze zu verstehen, nicht als abschließende Lösung.

1. Durchsuchung des Kartons

I.

Die Maßnahme kann einen **Eingriff** in das RiS, zumindest in die allg. Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) darstellen, zudem auch in Art. 2 II 2, 104 I GG, weil der A am Ort verweilen muss, solange die Durchsuchung andauert.

Als **Zweck** kann nach Sachverhalt (konkrete Hinweise auf Straftaten in und an Flüchtlingsheimen als gefährdeten Objekten) die Gefahrenabwehr im Sinne des § 1 III 1. Alt. ASOG eingestuft werden¹. Anhaltspunkte für eine Aufgabenerfüllung iSv § 1 I 1 liegen mE noch nicht vor, aA ist aber vertretbar, wobei eine Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit unten plausibel begründet werden müsste.

EB/RGL ist nach der hier vertretenen Auffassung § 35 I Nr. 1 i.V.m. § 34 II Nr. 3. § 35 II Nr. 3 greift dann ein, wenn die zu durchsuchende Sache **nicht** von einer Person mitgeführt wird. Wird hingegen – wie hier – die Sache in der Nähe eines gefährdeten Objekts mitgeführt, so darf diese Sache schon deshalb durchsucht werden, weil in diesem Fall auch ihr Besitzer durchsucht werden darf (so *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Hdb. des Polizeirechts, 5. Aufl., E 618; Knape/Kiworr, ASOG, § 35, B. 3.b.). § 35 I Nr. 3 vertretbar, aber mE nicht vorrangig einschlägig.

II.

Sachliche Zuständigkeit der Polizei: entweder aus §§ 35 I, 34 II direkt (so Knape/Kiworr, ASOG, § 35, A.I.b, S. 609) oder nach anderer Ansicht wegen des eindeutigen Wortlauts des § 35 I über die Eilzuständigkeit nach §§ 2 I, 4 I. **Örtliche Zuständigkeit** hier wie im Folgenden unstrittig nach § 6 ASOG, funktionale Z. nicht erkennbar; dies gilt auch für die Folgemaßnahmen.

§ 35 III stellt hier eine **besondere Verfahrensvorschrift** dar, die wegen Anwesenheit des A eingehalten wurde. Bescheinigung über die Durchsuchung nach S. 2 nur auf Verlangen, das hier A nicht geäußert hat.

Durchsuchung selbst ist nach der hier vertretenen Auffassung Realakt, VA kann aber in der Aussage der Beamten gesehen werden, den Inhalt des Kartons prüfen zu wollen. Dann **§§ 28 ff.**

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

VwVfG (i.V.m. § 1 I VwVfG Bln) zu prüfen. Ob diese eingehalten wurden, ist Sachverhalt nur in Teilen zu entnehmen. Ob Anhörung nach § 28 II Nr. 1 VwVfG als entbehrlich angesehen werden kann, ist fraglich - Durchsuchung erfolgte allein wegen des gefährdeten Objekts Flüchtlingsunterkunft; a.A. vertretbar. VA wäre formell rechtswidrig. Der Mangel der Anhörung könnte jedoch nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt werden. Bekanntgabe mündlich; Begründung bei mündlichem VA nicht erforderlich; Zweifel an Bestimmtheit und Wirksamkeit nicht ersichtlich.

III.

Tatbestandsvoraussetzungen:

Sache wird von einer Person mitgeführt, die nach § 34 II Nr. 3 durchsucht werden darf. A kann jederzeit auf den Karton zugreifen. Der Karton ist ihm eindeutig zugeordnet. Ergo führt er den Karton i.S.v. § 35 I mit sich. Hinzukommen müsste, dass A nach § 34 II Nr. 3 durchsucht werden darf. Dazu müsste A sich an oder in unmittelbarer Nähe eines sog. gefährdeten Objekts i.S.v. § 21 II Nr. 3 aufhalten. Flüchtlingsunterkünfte können lt. SV als besonders gefährdete Objekte angesehen werden (Straftaten in der Vergangenheit und konkrete Hinweise, dass gerade Flüchtlingsheime in Marzahn-Hellersdorf in naher Zukunft Ziel von Angriffen sein sollen; dabei ist irrelevant, ob gerade diese Unterkunft konkret gefährdet ist, s. Wortlaut § 21 II Nr. 3 : „*Objekt dieser Art*“). A hält sich auch in unmittelbarer Nähe (10 m vor dem Eingang des Heims) auf; SV lässt sich zudem nicht entnehmen, dass A sofort weitergehen und den Park lediglich passieren will. Des Weiteren müssten Tatsachen, die Annahme rechtfertigen, dass in oder an einem Flüchtlingsheim Straftaten begangen werden, durch die Personen oder dieses Objekt gefährdet werden. Nach gut zu vertretener Ansicht muss § 34 II Nr. 3 verfassungskonform ausgelegt werden, so dass die Straftaten eine erhebliche Gefahr, also für bedeutsame Rechtsgüter mit sich bringen müssen (*Rachor*, aaO, E 343). In Bezug auf die „Tatsachen“ verlangt die Rspr. z.T., dass die Anhaltspunkte „*hinreichend greifbare Erkenntnisse*“ bringen müssen, die für eine „*erhöhte abstrakte Gefährdungslage*“ sprechen (BayVerfGH, Urt. V. 24.2.2010, Vf. 7-VI-08, -juris). Nach a.A. muss eine „*anlassbezogene konkrete Gefährdungslage*“ bestehen, die sich nicht auf das konkrete, aber auf vergleichbare Objekte beziehen muss (Baller/Eiffler/Tschisch, § 21, Rn. 19). Die in der Vergangenheit begangenen Straftaten und die Hinweise auf konkret bevorstehende Anschläge sind Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass gerade für Flüchtlingsheime in Marzahn-Hellersdorf Straftaten drohen. Die Art der begangenen Straftaten (gefährliche Körperverletzung, das Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion und schwere Brandstiftung) begründen auch erhebliche Gefahren, nämlich für Leib und Leben der Bewohner der Flüchtlingsheime und Sachen von bedeutendem Wert, nämlich die Unterkünfte selbst. Aufgrund der konkreten Hinweise auf Ziele in Marzahn-Hellersdorf kann auch nach der strenger Ansicht eine anlassbezogene konkrete Gefährdungslage bejaht werden.

Adressat ist jeder, der sich dort aufhält, was für A bejaht werden kann. Dabei muss die Durchsuchung gerade dieser Person und damit auch der von ihr mitgeführten Sache aufgrund der Gefährdungslage oder personenbezogener Anhaltspunkte erforderlich sein. Das Mitführen und Abstellen eines großen Kartons 10 m vor einem Flüchtlingsheim macht angesichts der Bedrohungslage das Durchsuchen erforderlich. Es ist nicht abwegig zu prognostizieren, dass sich in dem Karton Gegenstände befinden könnten, die zu Anschlägen auf das Heim dienen könnten, zumal A zumindest Mitglied der rechten Szene ist und Kontakt zu rechten Gewalttätern hat.

Richtige Rechtsfolge: Fehler beim Entschließungs- und Auswählermessen in Bezug auf die Durchsuchung des Kartons sind nicht ersichtlich. Auch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

kann im Hinblick auf die bedeutenden Schutzgüter, Leib und Leben der Flüchtlinge, angenommen werden. Die Maßnahme ist damit nach hier vertretener Ansicht rechtmäßig.

2. Sicherstellung des Kartons samt Inhalt

I.

Es liegt **Eingriff** in Art. 14 I GG vor, da dem A für eine Woche die Verfügungsgewalt über den Karton, das Bargeld und die Flugblätter entzogen wird. Hinsichtlich der Flugblätter kann auch ein Eingriff in Art. 5 I 1 1. Alt., evtl. auch Art. 9 I GG angenommen werden.

Die Maßnahme ist als **Gefahrenabwehrmaßnahme** mE dem Aufgabenbereich § 1 I 1 zuzuordnen; aus Sicht des objektiven Dritten wollen die Beamten Gefahren, die aus der Verwendung der Flugblätter und des Geldes herrühren, abwehren. Dass diese Gefahren tatsächlich mE nicht bestehen, ist Teil der Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit. Anhaltspunkte dafür, dass der Karton samt Inhalt als Beweismittel für Strafverfahren gegen A nach § 94 I StPO oder das Bargeld der Einziehung nach §§ 74 ff. StGB unterliegen könnte und deshalb nach § 111 b I 1 StPO beschlagnahmt werden könnte, liegen mE nicht vor. Die Strafverfahren gegen A aus 2014 wurden eingestellt; das laufende Ermittlungsverfahren wegen Zeigen des „Hitler-Grußes“ kann mit den sichergestellten Gegenständen nicht in Beziehung gebracht werden.

Als **EB/RGL** kommt nach diesseitiger Auffassung allenfalls § 38 Nr. 1 in Betracht. Anhaltspunkte für Nr. 2 nicht ersichtlich. Dafür, dass das Bargeld der rechtmäßigen Verfügungsgewalt eines Dritten unterliegt, gibt der SV nichts her.

II.

Die **sachliche** Zuständigkeit folgt hier aus §§ 2 I, 4. Unterstellt der Karton dürfte sichergestellt werden, da eine gegenwärtige Gefahr von ihm drohte, müsste er sofort durch die bereits vor Ort anwesende Polizei sichergestellt werden (zeitlicher Eilfall).

Besondere Verfahrensvorschriften ergeben sich aus §§ 39 - 41. Der Karton wird samt Inhalt gemäß § 39 I in Verwahrung genommen. Die Bescheinigung nach § 39 II wurde ausgestellt. Problematisch ist die geplante Dauer der Verwahrung. Gemäß § 41 I sind die Sachen herauszugeben, sobald die Voraussetzungen für seine Sicherstellung entfallen sind. § 41 I ist damit einfachgesetzliche Ausprägung des Übermaßverbots. Wenn jedoch die Voraussetzungen der Sicherstellung niemals vorgelegen haben sollten, könnten ihre Voraussetzungen auch nicht entfallen. Es ist demnach folgerichtig zunächst zu prüfen, ob überhaupt die Sicherstellungsvoraussetzungen vorgelegen haben.

Bei der Sicherstellung selbst handelt es sich mE um einen **Realakt**. Üblicherweise wird ein Herausgabeverlangen als VA vorausgehen (müssen). Hier jedoch dazu nichts im SV ersichtlich.

III.

Zulässig ist die Sicherstellung nach § 38 Nr. 1 nur, um eine **gegenwärtige Gefahr** für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit abzuwehren. Bearbeiter/innen sollten zwischen dem

Bargeld einerseits und den Flugblättern andererseits differenzieren. Bargeld kann als bewegliche Sache grundsätzlich sichergestellt werden. Unabhängig von dem Streit, ob eine sog. präventiv-polizeiliche Gewinnabschöpfung überhaupt zulässig ist, ist klar, dass eine Sicherstellung von Bargeld nur dann rechtmäßig sein kann, wenn es hinreichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Bargeld in illegale Vorhaben „investiert“ werden soll. Selbst eine vermutlich deliktische Herkunft des Bargeldes reicht allein dabei nach der Rspr. für diese Prognose nicht aus (s. u.a. OVG Bremen, B. v. 8.10.2012, 1 B 102/12, - juris; OVG Lüneburg, Urt. v. 25.6.2015, 11 LB 34/14, - juris). Der A hat vorgetragen, dass das Bargeld von einem Mandanten stamme. Dies ist zumindest nicht völlig ungläubhaft. Auch die Stückelung in kleinen Schienen allein spricht mE nicht dagegen. Anhaltspunkte dafür, dass das Geld aus Straftaten stammt oder dafür verwendet werden soll, gibt der SV nicht. Dass der A in der Vergangenheit Vermögenswerte gesammelt hat, um damit eine Brandstiftung zu finanzieren, konnte zumindest nicht so nachgewiesen werden, dass es für die Eröffnung des gerichtlichen Strafverfahrens gereicht hätte.

Hinsichtlich der Flugblätter ist zunächst zu sagen, dass ein Sicherstellungsverbot für Presseerzeugnisse gilt (da presserechtliche Fragen nicht zu prüfen sind, müssen die Bearbeiter dies nicht darlegen). Unabhängig davon ist nicht erkennbar, dass von den Flugblättern oder ihrer Verwendung eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgehen könnte. Ob der Inhalt des Flugblattes zu Straftaten provozieren könnte, ist nicht ersichtlich. Bärigida selbst ist nicht verboten, daher ist Werben für Bärigida und vereinsinterne Veranstaltungen von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt. Die Maßnahme ist folglich rechtswidrig.

Lagen die Voraussetzungen der Sicherstellung niemals vor, braucht auch kein Verstoß gegen § 41 I geprüft zu werden, da die Maßnahme ohnehin rechtswidrig ist. Ungeachtet dessen erscheint die Dauer von 7 Tagen auch willkürlich.

3. AVV

I.

Die AVV greift in das **Grundrecht** des A aus Art. 11 I GG ein. Die Polizei nimmt eine **Aufgabe** nach § 1 III 1. Alt. wahr, weil es ihr um die Verhütung von Straftaten vor dem Flüchtlingsheim geht. **EB** ist § 29 II.

II.

Die **sachliche** Zuständigkeit wird aus § 29 II direkt abgeleitet.

Die AVV ergeht hier in Form eines schriftlichen VA. Die **§§ 28 ff. VwVfG** waren demnach von der Polizei einzuhalten. § 39 I ist erfüllt. Der VA ist auch hinreichend bestimmt; Ort und Umfang des AV sind exakt gekennzeichnet. Der VA wurde schriftlich bekanntgegeben und ist dem A zugegangen. Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Es fehlte aber die Anhörung, die nach § 28 I erforderlich war. Fraglich ist, ob die Anhörung nach § 28 II Nr. 1 entbehrlich sein könnte. ME ist dies abzulehnen. Wenn die Beamten Zeit hatten, einen schriftlichen VA zu erlassen, hätten sie den A auch noch (formlos) anhören können. Auch eine sofortige Entscheidung im öffentlichen Interesse kann mE nicht begründet werden, zumal § 28 II VwVfG als Ausnahmenvorschrift zum auch verfassungsrechtlich gebotenen rechtlichen Gehör eng auszulegen ist. ME

ist damit die AVV formell rechtswidrig. Der Mangel der Anhörung kann jedoch nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt werden, z.B. wenn A Widerspruch einlegt (so zumindest h.M. in der Rechtsprechung, nach der allein die Einlegung des Widerspruchs und damit die Durchführung des Widerspruchsverfahrens den Mangel der Anhörung heilt).

III.

Nach § 29 II müssen **Tatsachen** vorliegen, die die **Annahme rechtfertigen**, dass gerade A in dem in der AVV genannten Gebiet Straftaten begehen wird. Dies ist mE zu verneinen. Gegen A wurde zwar in der Vergangenheit und aktuell wegen verschiedener Delikte ermittelt. Dass die Verfahren aus 2014 nach § 170 II StPO eingestellt wurden, vermag zwar alleine vielleicht nicht die Gefahrenprognose zu entkräften (so OVG Lüneburg, B. vom 7.5.2012, 11 LA 188/14, -juris). Ermittelt wurde jedoch wegen Staatsschutzdelikten, die sich zumindest nicht erkennbar gegen Flüchtlinge und ihre Unterkünfte gerichtet haben. Auch allein die Zugehörigkeit zum rechten politischen Spektrum wird wohl nicht ausreichen, um mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit darauf schließen zu können, dass der A vor dem Flüchtlingsheim Straftaten begehen wird (vgl. dazu AVV gegenüber einer Person, die von der Polizei der linken Szene zugerechnet wurde: VG Hmbg., Urt. v. 2.10.2012, 5 K 1236/11, -juris). Ebenso wenig wird man mE die AVV mit einem drohenden Hausfriedensbruch begründen können. In einem vergleichbaren Fall hat das VG Hmbg. von einer Scheingefahr gesprochen (Urt. v. 20.10.2011, 17 K 3395/08, -juris). Denn das Flüchtlingsheim liegt in einer öffentlich zugänglichen Grünanlage. Es weist keine Umzäunungen auf. Solange sich der A also nur in dem Park aufhält, kann er keinen Hausfriedensbruch begehen. Nach VG Hmbg. (aaO) wäre – selbst wenn die Prognose in Bezug auf andere Straftatbestände zulässig wäre – die Entscheidung wohl dennoch insgesamt ermessensfehlerhaft. Anderenfalls müsste die Polizei nachweisen können, dass die fehlerhafte Annahme des Hausfriedensbruches ohne Einfluss auf das Ergebnis des Abwägungsprozesses im Übrigen gewesen sei.

Im Ergebnis ist die Maßnahme mE rechtswidrig, eine andere Lösung kann bei guter Begründung vertretbar sein. Im diesem Fall müssten Bearbeiter/innen dann den A als **Normadressaten** nennen. Bei der Rechtsfolge wären zudem noch die zeitliche und örtliche Begrenzung der AVV zu prüfen. Dass das Flüchtlingsheim weitere 6 Monate bestehen bleibt und dementsprechend dann auch die Dauer der AVV auf 6 Monate begrenzt ist, wäre dann mE vertretbar; gut vertretbar ist aber auch, dies als zu lang anzusehen. Gute Bearbeiter sollten die Dauer des AVV auf jeden Fall diskutieren. Auch örtlich ist die AVV hinreichend bestimmt. Der Wohnort und der Kanzleisitz des A sind nicht im AV-Gebiet gelegen. Ermessensfehler und ein Verstoß gegen den GdV wären dann i.Ü. bei dieser Lösung nicht ersichtlich.