

Klausur im Polizeirecht: Zu Recht falsch verdächtigt?

Von Prof. Dr. Markus Ludwigs, Wiss. Mitarbeiter Rechtsanwalt Johannes Grell, Würzburg*

Drogenhandel und Fußballveranstaltungen stellen bereits seit einiger Zeit Phänomene dar, welche die Polizei- und Sicherheitsbehörden in ihrem Zusammenspiel herausfordern. Der Präventivgewahrsam als Maßnahme der Unterbindung kann zwar für kurzfristige Situationen ein geeignetes Mittel darstellen, ist aber mit Blick auf Freiheitsrechte der Betroffenen an enge Voraussetzungen geknüpft. So liegt ein Schwerpunkt der Klausur auf der eingehenden Prüfung des Gewahrsams, ein anderer auf der Handhabung von Aspekten der Anscheinsgefahr. Schließlich wird die Thematik mit Standardproblemen des Verwaltungsprozesses, insbesondere der Fortsetzungsfeststellungsklage, angereichert. Die Klausur wurde im Sommersemester 2016 in leicht modifizierter Form in der Übung für Fortgeschrittene im Öffentlichen Recht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg gestellt. Die Durchschnittspunktzahl betrug 5,28 Punkte bei einer Durchfallquote von 26,9 %.

Sachverhalt

Bereits seit mehreren Jahren wird von Polizei und Sicherheitsbehörden ein Anstieg des Drogenhandels in Fußballstadien und im Vorfeld von Bundesligaspielen registriert. Dabei beschaffen sich vor allem Mitglieder von Ultragruppierungen Aufputschdrogen. Die damit angestrebten Wirkungen sind insbesondere die Erzeugung einer euphorischen Stimmung sowie der Abbau von Hemmschwellen zur Gewaltbereitschaft. In diesem Zusammenhang ist auch ein reger Handel unter den einzelnen „Fan“-Mitgliedern entstanden.

Als der in Regen (Niederbayern) wohnhafte A, Anführer einer gewaltbereiten Gruppe von Hooligans, am Samstag, den 2.4.2016 mit einer Gruppe seiner Anhänger um 17.45 Uhr am Münchner Hauptbahnhof eintrifft, wird er aufgrund eines kurzfristigen Hinweises der in Regen ansässigen Polizeibehörden bereits von Beamten der zuständigen Polizeiinspektion 16 München (Hauptbahnhof) auf dem Bahnhofsvorplatz erwartet. Für 18.30 Uhr dieses Tages ist ein Spiel des örtlichen Fußballvereins vorgesehen. Die örtlichen Sicherheitsbehörden sind zum Zeitpunkt des Eintreffens am Bahnhof nicht mehr besetzt.

A wird in der Datei „Gewalttäter Sport“ geführt und ist der Münchner Polizei aus vorangegangenen Ausschreitungen und Zusammenstößen mit anderen Ultragruppierungen bekannt. Schon im Rahmen früherer Durchsuchungen sind bei A regelmäßig Gegenstände aufgefunden worden, welche zur Gewaltanwendung geeignet waren. Als der Beamte B den A anhält, fällt ihm sofort eine deutliche Ausbeulung in dessen Jackentasche auf. Statt der vermuteten gefährlichen Gegenstände findet er jedoch ein Geldbündel von 10.000 Euro in kleinen Scheinen. Auf die Frage des Beamten, was er mit

dem Geld bezwecke, erwidert A, dass er die Fahrt nach München – wie schon häufig – auch beruflich nutze, um ein Transportfahrzeug für seinen Gebrauchtwagenhandel zu kaufen. B glaubt dies nicht und äußert dem A gegenüber den Verdacht, dass das Geld vielmehr zum Erwerb von Drogen gedacht sei. Durch einen Drogenwischtest sowohl an mehreren der getesteten Scheine als auch an den Händen des A werden geringe Rückstände von Betäubungsmitteln nachgewiesen. B verweist zudem auf die für illegale Drogengeschäfte typische Stückelung des Geldes in kleine Scheine. Nachdem A daraufhin nichts mehr erwidert, beschließt B, ihn bis zum Ende des Spiels festzusetzen sowie das Geld bis zur Aufklärung des wahren Verwendungszwecks in Verwahrung zu nehmen und teilt ihm dies mit.

Die Polizeibeamten verbringen nunmehr A sowie sein Geld in die am Bahnhof gelegene Polizeiinspektion (PI). Unmittelbar nach Ablauf des Spiels um 20.15 Uhr soll er wieder auf freien Fuß gesetzt werden. Zu dieser Zeit erscheint der Geschäftspartner des A, welcher von dessen Begleitern über die polizeilichen Maßnahmen benachrichtigt worden war, in der PI und bestätigt glaubhaft die von A vortragene Bestimmung des Geldes. A wird daraufhin der vollständige Geldbetrag wieder ausgehändigt und er kann die PI verlassen.

A ist der Meinung, dass sowohl die Durchsuchung als auch die Festsetzung samt der Beschlagnahme des Geldes rechtswidrig waren und möchte gegen diese Maßnahmen vorgehen. Die gesetzliche Ermächtigung zum Präventivgewahrsam sei ohnehin von vornherein verfassungswidrig und verstoße gegen seine Grundrechte. Hierin liege auch eine Verletzung der EMRK. A lässt daher von Rechtsanwalt R am 22.4.2016 Klage vor dem Verwaltungsgericht München erheben. Sein Verhalten sei weder unfriedlich noch auf die Begehung von Straftaten ausgerichtet gewesen. Er müsse sich in der Öffentlichkeit nicht wie ein Verbrecher behandeln lassen.

Hat die Klage des A Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk

In einem Rechtsgutachten sind die aufgeworfenen Fragen – wenn nötig hilfsgutachtlich – zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass Art. 18 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 PAG nicht zur Anwendung gelangt. Auf die §§ 73 ff. StGB ist nicht einzugehen.

Lösung

Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen und soweit sie begründet ist¹.

* Der Autor Ludwigs ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg; der Autor Grell ist Wiss. Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und Rechtsanwalt in einer Würzburger Kanzlei.

¹ Es kann auch dreistufig gegliedert und zwischen Verwaltungsrechtsweg und gerichtlicher Zuständigkeit (1), Zulässigkeit (2) sowie Begründetheit (3) differenziert werden; näher zum zwei- bzw. dreistufigen Prüfungsaufbau siehe Fischer, Jura 2003, 748.

A. Sachentscheidungs Voraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels einschlägiger aufdrängender Sonderzuweisung ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art handelt und eine abdrängende Sonderzuweisung nicht eingreift. Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

A wendet sich gegen belastende Maßnahmen der Landespolizei in Form einer Durchsuchung, Sicherstellung und Ingewahrsamnahme. Die einschlägigen Vorschriften der Art. 21, 25 und 17 PAG² berechtigen jeweils ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt in dieser Funktion und haben daher öffentlich-rechtlichen Charakter (modifizierte Subjektstheorie³). Es streiten sich auch nicht unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligte um Rechte und Pflichten aus der Verfassung (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit⁴). Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Art.

Fraglich ist, ob eine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt. Insofern könnte zunächst Art. 12 Abs. 1 POG i.V.m. § 23 Abs. 1 EGGVG in Betracht kommen. Nach überwiegender Auffassung ist die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Handeln der Polizei anhand des objektiven Schwerpunkts der jeweiligen Tätigkeit vorzunehmen.⁵ Maßgeblich soll sein, „wie sich der konkrete Sachverhalt einem verständigen Bürger in der Lage des Betroffenen bei natürlicher Betrachtungsweise darstellt“⁶. Vorliegend geht es bei objektiver Betrachtung nicht primär um Strafverfolgung, sondern um Gefahrenabwehr. Aufgrund vorangegangener Erfahrungswerte bestand objektiv die Möglichkeit, dass A Gewalthandlungen während des anstehenden Fußballspiels begehen könnte. Zudem deutet das Auffinden der für Drogengeschäfte typisch gestückelten Geldscheine darauf hin, dass A damit Drogen erwerben wollte, um Hemmschwellen zur Gewalttätigkeit im Rahmen des Fußballereignisses zu senken.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei Zugrundelegung der von Teilen des Schrifttums vertretenen Gegenansicht.⁷

² Zu den Parallelvorschriften anderer Länder siehe unten Fn. 57, 62, 72, 76 und 83.

³ Dazu etwa *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 3 Rn. 13; *W.-R. Schenke*, in: Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 40 Rn. 11.

⁴ Näher *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 40 Rn. 21 f.; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2013, § 11 Rn. 49.

⁵ So OVG Berlin NJW 1971, 637 f.; OVG Lüneburg DVBl. 1984, 57; VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541 f.); VGH München BayVBl. 2010, 220; *Rennert* (Fn. 4), § 40 Rn. 130; *Schoch*, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 9 ff.

⁶ BVerwGE 47, 255 (264 f.); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540; VGH München NVwZ 1986, 655; OVG Münster NJW 1980, 855.

⁷ *Haack*, in: Gärditz, VwGO, 2013, § 40 Rn. 145 ff.; *W.-R. Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 423;

Danach kommt es allein auf den von der Polizei verfolgten Zweck der Maßnahme an. Die Polizei ging von den oben dargestellten objektiven Erfahrungswerten aus und wollte präventiv tätig werden, um Gefahren im Umfeld der anstehenden Fußballveranstaltung vorzubeugen. Eine (primäre) Strafverfolgungsabsicht ist nicht erkennbar.

In Bezug auf die Ingewahrsamnahme⁸ gem. Art. 17 PAG könnte außerdem eine abdrängende Sonderzuweisung eingreifen. In Betracht kommt Art. 18 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 PAG, der das Amtsgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirk die Person in Gewahrsam genommen worden ist.⁹ Dafür müsste gem. Art. 18 Abs. 2 S. 1 PAG die Freiheitsentziehung vor Erlass einer gerichtlichen Entscheidung beendet sein. Vorliegend ist der Freiheitsentzug des A unmittelbar nach dem Fußballspiel wieder beendet worden, so dass die abdrängende Sonderzuweisung eingreift.¹⁰ Zuständig ist folglich das Amtsgericht München. R hat jedoch Klage vor dem Verwaltungsgericht München erhoben. Das VG München würde die Klage daher im Hinblick auf das Klagebegehren bzgl. der Ingewahrsamnahme gem. § 173 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 2 GVG wegen Unzulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges verweisen.¹¹ Allerdings schließt der Sachverhalt die Anwendung des Art. 18 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 PAG explizit aus, so dass vorliegend von einer einheitlichen Rechtsverfolgung gegen alle in Rede stehenden Maßnahmen auf dem Verwaltungsrechtsweg auszugehen ist.¹²

II. Zuständiges Gericht

Nach § 45 VwGO ist das Verwaltungsgericht sachlich zuständig. Gem. § 52 Nr. 5 VwGO (vertretbar auch Nr. 3 ana-

Rachor, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. L Rn. 28 f.

⁸ VGH München NJW 1989, 1754 wirkt sich vorliegend nicht aus, da die sonstigen polizeilichen Maßnahmen nicht als dem Gewahrsam dienende Begleitmaßnahmen aufzufassen sind.

⁹ *Berner/Köhler/Käb*, PAG, 20. Aufl. 2010, Art. 18 Rn. 16.

¹⁰ Zur Anwendbarkeit von § 18 Abs. 2 S. 1 PAG auch in den Fällen des Art. 18 Abs. 1 S. 2 PAG vgl. *Berner/Köhler/Käb* (Fn. 9), Art. 18 Rn. 17; siehe auch *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner, 4. Aufl. 2014, PAG, Art. 18 Rn. 48 ff.

¹¹ § 173 VwGO i.V.m. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG greift nur bei einer Kumulation von Klagegründen, nicht bei einer Kumulation von Klagebegehren innerhalb einer objektiven Klagehäufung ein; vgl. *Ehlers*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 29. Lfg., Stand: 2015, § 17 GVG, Rn. 19, 25; *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 17 GVG, Rn. 37, 38.

¹² Der ganz überwiegende Teil der Landespolizeigesetze normiert für die Überprüfung der Ingewahrsamnahme keine abdrängende Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit, so dass insoweit nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Etwas anderes gilt in Bayern (Art. 18 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 BayPAG), Berlin (§ 31 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 ASOG Bln) und Niedersachsen (§ 19 Abs. 2 S. 1, 2 NdsSOG). Für Brandenburg wurde vom OVG Berlin-Brandenburg (NJW 2009, 2695 [2696]) ebenfalls eine abdrängende Sonderzuweisung angenommen.

log) i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 AGVwGO besteht die örtliche Zuständigkeit des VG München.

III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem klägerischen Begehren (§§ 88, 86 Abs. 3 VwGO). Vorliegend erstrebt A die Feststellung der Rechtswidrigkeit polizeilicher Maßnahmen in Form von „Durchsuchung, Beschlagnahme und Festsetzung“. Statthafte Klageart könnte die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO sein. Dann müsste es sich bei den angegriffenen Polizeimaßnahmen zum einen um Verwaltungsakte im Sinne des § 35 VwVfG handeln. Zum anderen würde eine direkte Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO voraussetzen, dass die Erledigung erst nach Erhebung der Klage erfolgt ist.¹³ Hier haben sich die angegriffenen Maßnahmen jedoch erkennbar *vor* einer möglichen Klageerhebung erledigt. Damit wird die umstrittene Frage einer analogen Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO aufgeworfen.

1. Verwaltungsaktqualität der polizeilichen Maßnahmen

Zweifel an der Verwaltungsaktqualität könnten sich mit Blick auf den Regelungscharakter ergeben. Alle drei in Rede stehenden polizeilichen Maßnahmen stellen in erster Linie schlicht hoheitliches Handeln dar und werden daher von Teilen der Literatur als *regelungsersetzende Realakte* eingestuft.¹⁴ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch einer tatsächlichen Handlung Regelungscharakter in Form einer konkludenten Duldungsverfügung¹⁵ – mit Blick auf die Sicherstellungsanordnung einer Herausgabeverfügung¹⁶ – innewohnen kann. Da Realakte nicht vollstreckbar sind, geht derartigen Maßnahmen regelmäßig eine entsprechende Verfügung voraus oder ist ihnen immanent.¹⁷ Insbesondere vermag es auch nicht zu überzeugen, wenn angeführt wird, dass eine solche Duldungsverfügung nur „fiktiv“ und mit Blick auf das umfassende Rechtsschutzsystem der VwGO überflüssig wäre.¹⁸ Dabei bleibt unberücksichtigt, dass Vollstreckungshandlungen grundsätzlich nur auf Grundlage eines

Verwaltungsakts ergehen können. Bei Zugrundelegung eines regelungsersetzenden Realakts wäre daher dessen Ergänzung um einen begleitenden Verwaltungsakt nötig. Eine solche Trennung von Realakt und Duldungsverfügung würde mit Blick auf den einheitlichen Lebenssachverhalt gekünstelt wirken,¹⁹ so dass das Abstellen auf eine immanente Verfügung vorzugswürdig ist. Folglich sind die drei hier in Rede stehenden polizeilichen Maßnahmen als Verwaltungsakte im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren. Zu berücksichtigen ist im Übrigen auch, dass dem A von der Polizei die Vornahme von Sicherstellung und Ingewahrsamnahme unmittelbar mitgeteilt wurde. Hierin kann eine Anordnung erblickt werden (a.A. vertretbar²⁰), sodass es des Rückgriffs auf eine *immanente* Duldungsverfügung nur im Hinblick auf die Durchsuchung bedürfte.

Wie bereits festgestellt (unter III. vor 1.), ist eine Erledigung der Verwaltungsakte eingetreten (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Eine Erledigung liegt vor, wenn die mit dem konkreten Verwaltungsakt verbundene rechtliche oder sachliche Beschwerde nachträglich weggefallen ist.²¹ Im Zeitpunkt der Klageerhebung besteht hinsichtlich der Durchsuchung und des Gewahrsams keine Beschwerde mehr. Die Wirkung beider Maßnahmen beschränkt sich auf ihre jeweils zeitlichen Grenzen und dauert nicht fort. Zudem ist dem A das sichergestellte Geld bereits zurückerstattet worden.

2. Fortsetzungsfeststellungsklage analog oder Feststellungsklage

Vorliegend haben sich die angegriffenen Verwaltungsakte bereits vor Klageerhebung erledigt.²² Daher scheiden sowohl die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO als auch eine Fortsetzungsfeststellungsklage in direkter Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO aus. Statthaft könnte aber eine Fortsetzungsfeststellungsklage gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog sein. Die Frage, ob § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO auf die Fälle der Erledigung eines Verwaltungsakts *vor* Klageerhebung analog anwendbar ist, wird freilich kontrovers diskutiert.

Eine Auffassung im Schrifttum lehnt dies ab und befürwortet stattdessen die Statthafte Klageart der allgemeinen Feststellungsklage.²³ Für diesen Ansatz wird vorgebracht, dass § 43 Abs. 1 VwGO bereits eine Klagemöglichkeit zur Feststellung rechtswidrigen Handelns der Verwaltung vorsieht. Die Voraussetzungen einer Feststellungsklage seien auch gegeben, so dass eine analoge Anwendung der Fortsetzungs-

¹³ Zur Erledigung *Schmidt*, in: Eyermann (Fn. 4), § 113 Rn. 76 ff.; *M. Redeker*, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Aufl. 2014, § 113 Rn. 50.

¹⁴ *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl. 2015, Teil 3 Rn. 292 ff.; *Finger*, JuS 2005, 116 (117 f.); *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2014, Rn. 182.

¹⁵ *Rachor* (Fn. 7), Kap. E Rn. 39 mit Nachweisen zur Rspr. hinsichtlich der verschiedenen Einzelmaßnahmen; siehe insb. BVerwGE 26, 161 (164); allgemein ablehnend, jedoch nicht für Gewahrsam, Durchsuchung, Sicherstellung und erkennungsdienstliche Behandlung *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 12 Rn. 5.

¹⁶ Dazu *Schmitt-Kammler*, NWVBl. 1995, 166 (167); ähnlich *Götz* (Fn. 15), § 12 Rn. 5.

¹⁷ *W.-R. Schenke* (Fn. 7), Rn. 116.

¹⁸ *Becker/Heckmann/Kampfen/Mansen* (Fn. 14), Teil 3 Rn. 292 ff.; *Schmitt-Kammler*, NWVBl. 1995, 166 (167); *Finger*, JuS 2005, 116 (117 f.).

¹⁹ So auch *W.-R. Schenke* (Fn. 7), Rn. 116; ferner *Götz* (Fn. 15), S. 115 f.

²⁰ Zur teilweise vertretenen Ansicht, Standardmaßnahmen seien *nur* Realakte, so dass begleitende Verfügungen auf die polizeiliche Generalklausel zu stützen wären *W.-R. Schenke* (Fn. 7), Rn. 116 m.w.N.

²¹ *Schmidt* (Fn. 13), § 113 Rn. 76, 78; *W.-R. Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 102.

²² *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rn. 321.

²³ BVerwGE 109, 203 (206 f.); *Knauff*, in: Gärditz (Fn. 7), § 113 Rn. 41; *Wehr*, DVBl. 2001, 785 (786 ff.).

feststellungsklage mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht komme.²⁴ Das im Rahmen von § 43 Abs. 1 VwGO geforderte konkrete Rechtsverhältnis bestehe in der (Nicht-)Berechtigung zum Erlass des in Streit befangenen Verwaltungsakts.²⁵ Die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 VwGO greife mangels anderweitiger (direkt anwendbarer) statthafter Klagearten nicht ein.

Die besseren Argumente streiten jedoch für die Statthaflichkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.²⁶ Erstens hat der Gesetzgeber die Situation der Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts in § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO einer spezifischen Regelung zugeführt. Zweitens hängt der Erledigungszeitpunkt vor und nach Klageerhebung regelmäßig allein vom Zufall ab.²⁷ Drittens würde die Annahme einer allgemeinen Feststellungsklage aufgrund des Näheverhältnisses von Anfechtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage zu System- und Wertungswidersprüchen innerhalb der VwGO führen.²⁸ Im vorliegenden Fall ist statthafte Klageart somit die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

IV. Klagebefugnis

Zur Vermeidung von Popularklagen müsste A des Weiteren analog § 42 Abs. 2 VwGO auch klagebefugt sein.²⁹ Das ist dann der Fall, wenn eine Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann und daher als möglich erscheint.³⁰

Vorliegend könnte A im Zuge des Gewahrsams in seiner Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2, 104 GG) verletzt worden sein. Aufgrund der Sicherstellung des Geldes ist auch die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) tangiert,³¹ ebenso das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Rahmen der Durchsuchung.

²⁴ Gerhardt, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 11), § 113 Rn. 99; Knauff (Fn. 23), § 113 Rn. 41.

²⁵ W.-R. Schenke (Fn. 22), Rn. 325; a.A. Rozek, JuS 1995, 414 (415) m.w.N.; siehe zur Diskussion auch Ludwigs/Schmidt, Jura 2015, 518 (519 f.).

²⁶ BVerwGE 12, 87 (90); 26, 161 (165); 45, 51 (54); 49, 36 (39); 81, 226 (227); 129, 142 (144); BVerwG NVwZ 2008, 571; Schmidt (Fn. 13), § 113 Rn. 72; W.-R. Schenke (Fn. 3), § 113 Rn. 99 mit zahlreichen Nachweisen.

²⁷ W.-R. Schenke (Fn. 22), Rn. 325.

²⁸ W.-R. Schenke (Fn. 3), § 113 Rn. 99; ausführlich Fechner, NVwZ 2000, 121 (125 ff.).

²⁹ Zur analogen Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO i.R.d. Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung vgl. statt vieler BVerwG NJW 1982, 2513 (2514); VGH München BayVBl. 1993, 429 (430); aus der Lit. Decker, in: BeckOK VwGO, 36. Aufl. 2016, § 113 Rn. 94; a.A. Göpfert, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, 1998, S. 94 ff.

³⁰ Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 11), § 42 Rn. 67 ff.; Happ, in: Eyermann (Fn. 4), § 42 Rn. 93.

³¹ Vgl. insoweit VGH München NVwZ-RR 2012, 686 (687); VGH München NVwZ-RR 2016, 48.

In jedem Fall ist A als Adressat der belastenden Maßnahmen möglicherweise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

V. Besonderes Feststellungsinteresse

Klärungsbedürftig ist im Weiteren, ob Umstände vorliegen, aus denen sich ein berechtigtes Feststellungsinteresse des A im Sinne von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO a.E. ableiten lässt. In Rechtsprechung und Literatur wurden verschiedene Fallgruppen eines derartigen Fortsetzungsfeststellungsinteresses entwickelt. Dabei kommt allein ein Feststellungsinteresse zur Vorbereitung von Amtshaftungsansprüchen nach § 839 BGB, Art. 34 GG oder von sonstigen Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen im Falle der Erledigung vor Klageerhebung aus prozessökonomischen Gründen und mangels eines Rechts auf den sachnäheren Richter von vornherein nicht in Betracht.³²

1. Rehabilitationsinteresse und Wiederholungsgefahr

Vorliegend könnte aber ein Rehabilitationsinteresse des A bestehen. Dies ist der Fall, wenn der angegriffene Verwaltungsakt für den Betroffenen diskriminierenden bzw. in der Außenwirkung stigmatisierenden Charakter annimmt.³³ Damit in Verbindung steht regelmäßig der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.³⁴ Die einzelnen Maßnahmen der Polizei waren hier auch dazu geeignet, das Ansehen des A herabzusetzen. Er wurde in der Öffentlichkeit durchsucht und später in polizeilichen Gewahrsam genommen. Sowohl bei der Durchsuchung als auch beim polizeilichen Gewahrsam handelt es sich um Eingriffe von hoher Intensität. Dies gilt insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass die Maßnahmen an einem exponierten Ort wie dem Münchner Hauptbahnhof erfolgten.

Weitergehend liegt ein berechtigtes Interesse auch dann vor, wenn eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr gegeben ist. Dafür ist es erforderlich, dass die Gefahr des künftigen Erlasses eines gleichlautenden Verwaltungsakts unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen besteht.³⁵ Der Sachverhalt gibt Auskunft darüber, dass A häufiger als Zuschauer Fußballspiele besucht. Er ist der Polizei zudem aus vorangegangenen Ausschreitungen und Zusammenstößen mit anderen Ultragruppierungen bekannt. Vor diesem Hintergrund besteht die kon-

³² BVerwGE 81, 226 (228); ebenso VGH München NVwZ-RR 1997, 23 (24); zustimmend W.-R. Schenke (Fn. 22), Rn. 587.

³³ BVerwG NVwZ 1991, 270; VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 88 (89 f.); OVG Münster NJW 2007, 3798 (3799); W.-R. Schenke (Fn. 22), Rn. 582; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 13. Aufl. 2014, Rn. 630.

³⁴ Dazu OVG Bautzen NVwZ-RR 2002, 53 (54); OVG Münster NJW 2007, 3798 (3799).

³⁵ BVerwG NVwZ 1990, 360 (369); BVerwG NVwZ 2008, 571; BVerwG NVwZ 2013, 1407 (1408); BVerwG NVwZ 2013, 1481 (1482); BVerfGE 110, 77 (90); BVerfG NVwZ-RR 2011, 405 f.; W.-R. Schenke (Fn. 3), § 113 Rn. 141.

krete Möglichkeit, dass A auch in Zukunft Adressat gleichlautender polizeilicher Maßnahmen der Durchsuchung, Gewahrsamnahme und Sicherstellung sein wird.

2. Tiefgehender Grundrechtseingriff

Darüber hinaus könnte das besondere Feststellungsinteresse zu bejahen sein, wenn der Verwaltungsakt einen tiefgehenden Grundrechtseingriff zur Folge hat.³⁶ Hier ergeben sich freilich Überschneidungen mit dem Rehabilitationsinteresse, da diskriminierende bzw. stigmatisierende Verwaltungsakte typischerweise mit einem tiefgehenden Grundrechtseingriff verbunden sind.³⁷ Vorliegend ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) gravierend betroffen, weil A in einer öffentlichkeitswirksamen Umgebung durchsucht und in Gewahrsam genommen wurde. Darüber hinaus sind auch die Bewegungsfreiheit des A (Art. 2 Abs. 2, 104 GG) sowie die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) tangiert. Die Freiheitsentziehung des A war aber ebenso wie die Sicherstellung des Geldes nur von begrenzter (wenngleich nicht völlig unerheblicher) Dauer.

Im Zusammenhang mit dem schwerwiegenden Grundrechtseingriff könnte ein berechtigtes Interesse auch dann anzunehmen sein, wenn ein Verwaltungsakt vorliegt, der sich typischerweise kurzfristig erledigt.³⁸ Es ist allerdings umstritten, ob der sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakt überhaupt eine eigenständige Fallgruppe des berechtigten Interesses im Sinne des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO darstellt. Dafür lässt sich immerhin die Garantie des effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG anführen.³⁹ Dagegen spricht indes, dass die Anforderungen an ein berechtigtes Interesse damit – auch im Vergleich zu den übrigen anerkannten Fallgruppen – substantiell abgesenkt würden.⁴⁰ Vorliegend bedarf diese Diskussion keiner endgültigen Klärung. Jedenfalls in Fällen, in denen die in Rede stehenden Verwaltungsakte neben der kurzfristigen Erledigung zugleich mit einer gravierenden Grundrechtsbeeinträchtigung verbun-

den sind, wird ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO vom BVerwG mit Recht bejaht.⁴¹

VI. Vorverfahren

Zu klären ist des Weiteren, ob die erfolglose Durchführung eines Vorverfahrens im Sinne des § 68 Abs. 1 VwGO bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog erforderlich ist. Dies ist für den hier gegebenen Fall der Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts vor Klageerhebung umstritten.⁴² Mit Blick auf den Freistaat Bayern ist allerdings – wie für eine Vielzahl weiterer Länder⁴³ – zu beachten, dass das Widerspruchsverfahren weitgehend abgeschafft wurde. Vorliegend wäre dessen Durchführung gem. § 68 Abs. 1 S. 2 HS. 1 VwGO i.V.m. Art. 15 Abs. 2 BayAGVwGO von vornherein unstatthaft. Einer Auflösung des Meinungsstreits bedarf es daher nicht.

VII. Frist und Form

Im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO wird auch kontrovers diskutiert, ob die Frist nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO einzuhalten ist.⁴⁴ Der Meinungsstreit kann vorliegend jedoch dahinstehen, da die Klage sogar vor Ablauf der Monatsfrist des § 74 Abs. 1 VwGO eingereicht wurde. Auf die Frage, ob eine Frist einzuhalten ist oder ob das Klagerecht nur durch Verwirkung zu begrenzen ist, kommt es daher nicht an. Mit Blick auf die Form ist mangels gegenteiliger Angaben von einer Einhaltung der §§ 81 f. VwGO auszugehen.

VIII. Beteiligtenfähigkeit und Prozessfähigkeit

A ist gemäß § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO i.V.m. § 1 BGB, der Freistaat Bayern nach § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. 1 BV beteiligtenfähig.

Die Prozessfähigkeit des A ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO i.V.m. §§ 2, 104 ff. BGB. Der Freistaat Bayern ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts⁴⁵ im Sinne von § 62 Abs. 3 VwGO (Art. 1 Abs. 1 BV) und wird im Prozess durch das Polizeipräsidium München vertreten. Die Prozessvertretung ergibt sich aus Art. 16 S. 1, 2 BayAGVwGO i.V.m. §§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1, 6

³⁶ BVerwGE 61, 164 (165 f.); 96, 27 (39 f.) 115, 373 (381 f.); BVerwG NVwZ 1999, 290 (291 f.); relativierend BVerwG NVwZ 2013, 1481 Ls. 2; a.A. *W.-R. Schenke* (Fn. 22), Rn. 629; ebenso *ders.* (Fn. 3), § 113 Rn. 146 mit Verweis auf die Gefahr einer inflationären Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 GG.

³⁷ Näher zum Verhältnis von schwerwiegendem Grundrechtseingriff und Rehabilitationsinteresse *Knauff* (Fn. 23), § 113 Rn. 59 f.; siehe auch *Lindner*, NVwZ 2014, 180 (182 m.w.N. zum Meinungsstand).

³⁸ Mit Verweis auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes BVerwG NJOZ 2014, 1892 (1895); BVerwG NVwZ 2013, 1481 (1483) mit kritischer Anmerkung von *B. Huber*; BVerwG NVwZ 1999, 991 f.; siehe auch *W.-R. Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 145; *ders.* (Fn. 22), Rn. 583.

³⁹ Dazu *W.-R. Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 145.

⁴⁰ Kritisch auch VGH München NVwZ-RR 1999, 378 m.w.N.

⁴¹ BVerwG NVwZ 2013, 1481 (1483); kritisch *Lindner*, NVwZ 2014, 180 (182 ff.); *Thiele*, DVBl. 2015, 954 (955 ff.).

⁴² Für die Unstatthaftigkeit eines Vorverfahrens siehe BVerwGE 26, 161 (165 ff.), 109, 203 (209); BVerwG NJW 1978, 1935; VGH München BayVBl. 1993, 429 (430); aus der Lit. *Knauff* (Fn. 23), § 113 Rn. 64 m.w.N.; a.A. *W.-R. Schenke* (Fn. 3), Vorb. § 68 Rn. 2, § 113 Rn. 127.

⁴³ Vgl. den Überblick bei *Hufen* (Fn. 4), § 5 Rn. 4 f.

⁴⁴ Bejahend *W.-R. Schenke* (Fn. 3), § 113 Rn. 128; verneinend BVerwGE 109, 203 (207 f.); *Knauff* (Fn. 23), § 113 Rn. 66.

⁴⁵ Zum Begriff der „Vereinigung“ in § 62 Abs. 3 VwGO vgl. statt vieler *W.-R. Schenke* (Fn. 3), § 62 Rn. 14; *Kintz*, in BeckOK (Fn. 29), § 62 Rn. 14 f.

LABV, Art. 4 Abs. 2, 4 POG, § 1 Abs. 1 DVPOG, Ziff. 3 und 3.6 der Anlage 1 der DVPOG.

B. Objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO)

Nach § 44 VwGO können mehrere Klagebegehren vom Kläger in einer Klage verfolgt werden, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten, im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist.⁴⁶ Ein Zusammenhang besteht bereits, wenn er tatsächlicher Art ist, mithin ein einheitlicher Lebenssachverhalt gegeben ist.⁴⁷ Es bedarf keines rechtlichen Zusammenhangs. Vorliegend ist ein tatsächlicher Zusammenhang der verschiedenen Maßnahmen erkennbar gegeben. Da zudem das VG München hier für alle gegenüber dem Freistaat Bayern geltend zu machenden Begehren zuständig ist, sind die Voraussetzungen einer objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO erfüllt.

C. Begründetheit der Klage

Die Klage des A ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Beklagten richtet, soweit die angegriffenen Maßnahmen rechtswidrig waren und der A dadurch in seinen subjektiven Rechten verletzt wurde (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog bzw. § 113 Abs. 1 S. 4 i.V.m. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO analog).

I. Passivlegitimation⁴⁸

Der richtige Klagegegner ergibt sich gem. § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog nach Maßgabe des Rechtsträgerprinzips. Von der Möglichkeit zur Etablierung des Behördenprinzips nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO wurde in Bayern bislang kein Gebrauch gemacht.⁴⁹ Passivlegitimiert ist demnach der Rechtsträger der handelnden Behörde, mithin der Polizeiinspektion München 16 (Hauptbahnhof). Diese ist nach Art. 1 PAG sowie Art. 1 Abs. 1 und 2 und Art. 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 POG eine Behörde des Freistaats Bayern. Letzterer ist daher passivlegitimiert.

II. Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahmen

1. Ermächtigungsgrundlagen

Ermächtigungsgrundlage für die Sicherstellung des Geldes ist Art. 25 Nr. 1 (i.V.m. Art. 26 Abs. 1) PAG. Das Recht zur Durchsuchung von Personen wird der Polizei in Art. 21

Abs. 1 Nr. 1 PAG eingeräumt. Der Präventivgewahrsam findet seine Grundlage in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG.⁵⁰

2. Formelle Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen

a) Zuständigkeit

In formeller Hinsicht müsste die Polizei zunächst nach Art. 2 Abs. 1, 3 PAG zuständig gewesen sein.

Die sachliche Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1) und Art. 3 PAG ist gegeben, wenn zumindest eine allgemeine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung vorliegt.⁵¹ Das ist dann der Fall, wenn in bestimmten Lebenssachverhalten eine konkrete Gefährdung der polizeilichen Schutzgüter zukünftig zu erwarten ist, aber eben gerade noch nicht vorliegt.⁵² A wird in der Datei „Gewalttäter Sport“ geführt und ist der Polizei aus früheren Auseinandersetzungen, insbesondere aufgrund seines Hanges zu Gewalttätigkeiten im Umfeld von Fußballveranstaltungen, bekannt. Er ist auch nicht allein unterwegs, sondern in Begleitung einer Gruppe von Anhängern. Daher sind von A auch im Rahmen des Münchner Fußballereignisses gewalttätige Ausschreitungen oder Anstiftungen zu erwarten. Darüber hinaus ist auch der in Art. 3 PAG verankerte Unaufschiebbarkeitsgrundsatz beachtet worden. Eine Kontaktaufnahme mit den Sicherheitsbehörden war nicht möglich, da sich die Geschehnisse an einem Samstag zutragen und die Sicherheitsbehörden an diesem Tag nicht besetzt waren. Die sachliche Zuständigkeit kann folglich bejaht werden.⁵³

Nach Art. 3 Abs. 1 POG kann die Vollzugspolizei im gesamten Staatsgebiet des Freistaats Bayern tätig werden und war daher hier auch örtlich zuständig.

b) Verfahren

Mit Blick auf das Verfahren ist zunächst fraglich, ob im vorliegenden Fall eine Anhörung nach Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG durchgeführt wurde. Da es sich bei den in Rede stehenden Maßnahmen um belastende Verwaltungsakte handelt, ist grundsätzlich eine Anhörung zu fordern. Diese kann auch mündlich erfolgen.⁵⁴ Vorliegend wurde A durch den Beamten B mit konkreten Verdachtswürfen konfrontiert. Er hatte auch mehrfach Gelegenheit zur Stellungnahme, so dass den Anforderungen an eine Anhörung genügt ist.

⁴⁶ Zu den Voraussetzungen der objektiven Klagehäufung W.-R. Schenke (Fn. 3), § 44 Rn. 4 ff.; Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 11), § 44 Rn. 6 ff.

⁴⁷ Pietzcker (Fn. 46), § 44 Rn. 7; Wolff, in: BeckOK (Fn. 29), § 44 Rn. 7.

⁴⁸ Zur umstrittenen Einordnung von § 78 VwGO als Sachurteilsvoraussetzung oder als Element der Begründetheitsprüfung (Passivlegitimation) vgl. Rozek, JuS 2007, 601 (602 f.).

⁴⁹ Für einen Überblick zur Rechtslage in den anderen Ländern vgl. Happ (Fn. 30), § 78 Rn. 17.

⁵⁰ Zu den Parallelvorschriften anderer Länder siehe unten Fn. 57, 62, 72, 76 und 83.

⁵¹ Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Fn. 14), Teil 3 Rn. 89; Honnacker/Beinhofer/Hauser, PAG, 20. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 11; Götz (Fn. 15), § 6 Rn. 23.

⁵² So Schmidbauer (Fn. 10), Art. 11 Rn. 46 – dort auch mit weiteren Nachweisen zur Abgrenzung von allgemeiner und abstrakter Gefahr; für eine Gleichsetzung Berner/Köhler/Käß (Fn. 9), Art. 2 Rn. 35.

⁵³ Zur Abgrenzung der polizeilichen Zuständigkeit auf Bahnhofsvorplätzen (Landes- statt Bundespolizei) BVerwG NVwZ 2015, 91 (92).

⁵⁴ Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 Rn. 46; Herrmann, in: BeckOK, VwVfG, 30. Aufl. 2016, § 28 Rn. 17.

Unabhängig davon kann nach Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG von einer Anhörung abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr in Verzug notwendig erscheint. Damit werden Eilfälle umschrieben, in denen infolge der Anhörung die Durchführung notwendiger Maßnahmen in unvertretbarer Weise verzögert würde.⁵⁵ Vorliegend erscheint es zumindest vertretbar, mit Blick auf die zeitliche Nähe der Fußballveranstaltung von Gefahr in Verzug auszugehen. Selbst wenn man dem aber nicht folgen wollte, wäre an eine Heilung der (unterstellt) erforderlichen Anhörung gem. Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG durch Nachholung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz zu denken.⁵⁶

Mit Blick auf die Ingewahrsamnahme ist außerdem fraglich, ob die Anforderungen des Art. 18 PAG erfüllt sind. Nach Art. 18 Abs. 1 S. 1 PAG⁵⁷ ist eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung⁵⁸ unverzüglich herbeizuführen. Unverzüglich meint, dass eine Verzögerung der richterlichen Entscheidung nur dann rechtmäßig ist, wenn sie aus sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann.⁵⁹ Gemäß Art. 18 Abs. 1 S. 2 PAG bedarf es der Herbeiführung allerdings nicht, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde. Dabei ist auf die Sichtweise der Polizei im Zeitpunkt der Maßnahme abzustellen. Typischerweise ist aber davon auszugehen, dass die Herbeiführung der Entscheidung zwischen drei und sechs Stunden erfordert.⁶⁰ Die Polizei hat A gegen 17.45 Uhr festgenommen. Die Maßnahme war von vornherein nur bis zum Ablauf des Spiels beschränkt. Dieses begann um 18.30 Uhr und endete um 20.15 Uhr. Die Maßnahme hat daher weniger als drei Stunden angedauert. Die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung hätte voraussichtlich mehr Zeit in Anspruch genommen. Es war also absehbar, dass eine richterliche Entscheidung nicht erforderlich sein würde. Die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung kam daher nicht in Betracht.

⁵⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 28 Rn. 51.

⁵⁶ Zur umstrittenen Möglichkeit der Heilung von Verfahrensfehlern nach Erledigung des Verwaltungsaktes siehe Emmenegger, in: Mann/Sennekamp/Uechtriz, VwVfG, 2014, § 45 Rn. 43.

⁵⁷ Parallelvorschriften u.a. § 28 Abs. 3 BWPoIG, § 33 Abs. 1 HSOg, § 36 Abs. 1 PolG NRW, § 15 Abs. 1 POG RP, § 19 Abs. 1 Nds. SOG.

⁵⁸ Für die Qualifizierung der Ingewahrsamnahme als *Freiheitsentziehung* sprechen insbesondere das Ziel (Einschränkung der Bewegungsfreiheit) und die nicht ganz unerhebliche Dauer der Maßnahme.

⁵⁹ BVerfGE 22, 311; Schmidbauer (Fn. 10), Art. 18 Rn. 15; Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9); Art. 18 Rn. 3; anders Honnacker/Beinhofer/Hauser (Fn. 51); Art. 18 Rn. 1 mit Bezugnahme auf § 121 BGB.

⁶⁰ Schmidbauer (Fn. 10), Art. 18 Rn. 16.

c) Form

Es gilt der Grundsatz der Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens gemäß Art. 10 S. 1 Hs. 1 BayVwVfG. Nach Art. 39 Abs. 1 S. 1 BayVwVfG müssen mündlich erlassene Verwaltungsakte auch nicht begründet werden.⁶¹

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Klärungsbedürftig ist im Weiteren, ob die polizeilichen Maßnahmen auch materiell rechtmäßig waren. Das ist dann der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtsgrundlagen erfüllt und auf der Rechtsfolgenreihe keine Fehler erkennbar sind.

a) Art. 25 Nr. 1 PAG: Sicherstellung des Geldes⁶²

Fraglich ist zunächst, ob die Sicherstellung des Geldes gem. Art. 25 Nr. 1 PAG⁶³ materiell rechtmäßig war.

aa) Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm

Nach Art. 25 Nr. 1 PAG kann die Polizei eine Sache sicherstellen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren. Unstreitig ist zunächst, dass auch Bargeld Objekt einer Sicherstellung sein kann.⁶⁴ Eine Gefahr ist gegenwärtig, wenn die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in aller nächster Zeit bevorsteht.⁶⁵ Ein bloßer Gefahrenverdacht oder reine Vermutungen reichen nicht. Es bedarf vielmehr eines besonders hohen Grades an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, wobei die *Je-desto-Formel* heranzuziehen ist. Je größer und folgenschwerer der drohende Schaden, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.⁶⁶

Im vorliegenden Fall wird die Sicherstellung mit dem Hinweis auf die Gefahr begründet, dass das Geld zur Drogenbeschaffung eingesetzt werde. Dafür spricht einerseits der Drogenwischtest, andererseits die für Drogengeschäfte typische Stückelung des Geldes. Zudem ist A der Polizei aufgrund seiner Eintragung in der Datei „Gewalttäter Sport“ bekannt. Berücksichtigt man außerdem, dass seit geraumer Zeit ein verstärkter Drogenkonsum in Stadien registriert wird, insbesondere um die Hemmschwelle zu Gewalttaten zu senken, ergibt die Prognose das Vorliegen einer gegenwärtigen

⁶¹ Vgl. Becker/Heckmann/Kempen/Manssen (Fn. 14), Teil 3 Rn. 92 f.

⁶² Die nachfolgende Reihenfolge der Prüfung der einzelnen Maßnahmen ist nicht zwingend. Denkbar ist auch eine chronologische Erörterung.

⁶³ Parallelvorschriften z.B. § 33 Abs. 1 Nr. 1 BWPoIG, § 40 Nr. 1 HSOg, § 43 Nr. 1 PolG NRW, § 22 Nr. 1 POG RP; § 26 Nr. 1 Nds. SOG.

⁶⁴ VGH München NVwZ-RR 2014, 522 f.; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2009, 954 (955); Schmidbauer (Fn. 10), Art. 25 Rn. 49 ff.; Söllner, DVBl. 2012, 655 (656 f.).

⁶⁵ Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9), Art. 25 Rn. 3; Schmidbauer (Fn. 10), Art. 10 Rn. 9, Art. 11 Rn. 47.

⁶⁶ VGH München NVwZ-RR 2016, 48 (49 f.); aus der Lit. Götz (Fn. 15), § 6 Rn. 7.

Gefahr. Dies gilt umso mehr, als die Polizei im Hinblick auf das unmittelbar bevorstehende Fußballspiel von einem hohen Gefahrenpotential für wichtige Rechtsgüter ausgehen musste.

Als problematisch könnte sich jedoch die nachträgliche Feststellung erweisen, wonach das bei A aufgefundene Geld tatsächlich nicht für den Drogenhandel bestimmt war. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass eine objektive Gefahr tatsächlich nicht vorgelegen hat. Allerdings könnte eine sog. Anscheinsgefahr gegeben sein. Das ist dann der Fall, wenn bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt des polizeilichen Einschreitens (ex-ante-Betrachtung) das Vorliegen einer Gefahr anzunehmen war, obgleich sich nachträglich herausstellte, dass dies tatsächlich nicht der Fall war.⁶⁷ Die Anscheinsgefahr wird – jedenfalls auf der Primärebene – einer tatsächlich bestehenden Gefahr gleichgestellt.⁶⁸ Wie oben bereits festgestellt, ist A der Polizei aus früheren Ereignissen im Zusammenhang mit Sportkriminalität bekannt. Zudem berichtet der Sachverhalt über einen konkret ansteigenden Drogenmissbrauch im Umfeld von Fußballveranstaltungen. A ist auch in der Datei „Gewalttäter Sport“ eingetragen. Schließlich wurden durch einen Drogenwischtest an dem aufgefundenen Geld Drogenrückstände nachgewiesen. Daher ist aus der ex-ante-Sicht der Beamten davon auszugehen, dass eine korrekte Prognoseentscheidung angestellt wurde. Insbesondere ist nicht lediglich eine Putativgefahr anzunehmen,⁶⁹ da bei verständiger Würdigung der Umstände von einer tatsächlichen Gefahr ausgegangen werden konnte.

Adressat der Maßnahme war A gemäß Art. 7 Abs. 1 PAG. Er ist als sog. Anscheinstörer richtiger Adressat. Die Frage nach der Verantwortlichkeit einer Person ist auch im Rahmen einer Anscheinsgefahr anhand objektiver Anhaltspunkte und aus einer ex-ante-Perspektive zu beurteilen⁷⁰. Als Anscheinstörer ist verantwortlich, wer eine Gefahr dem Anschein nach verursacht⁷¹. Wie bereits dargelegt, hat A durch den Besitz des Geldes, dessen Eigenschaften (Drogenspuren) sowie aufgrund der historischen Erfahrungen der Polizei eine Gefahr dem Anschein nach verursacht.

⁶⁷ Schmidbauer (Fn. 10), Art. 11 Rn. 41; Berner/Köhler/Käb (Fn. 9), Art. 2 Rn. 39; Becker/Heckmann/Kempen/Manssen (Fn. 14), Teil 3 Rn. 137; Schoch (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 142.

⁶⁸ BVerwG NJW 1994, 807 (809); VGH Mannheim NVwZ 1991, 493 f.; VGH München, Beschl. v. 4.5.2011 – 10 ZB 10.736, Rn. 10.

⁶⁹ Dazu näher Denninger, in: Lisken/Denninger (Fn. 7), Kap. D Rn. 49 f.; Honnacker/Beinhofer/Hausser (Fn. 51), Art. 2 Rn. 15 ff.; zur Abgrenzung der Anscheinsgefahr vom bloßen Gefahrenverdacht vgl. Schoch (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 142, 145, 213.

⁷⁰ OVG Münster DVBl. 2013, 931 Ls. 1; hierzu auch Waldhoff, JuS 2014, 383 (384).

⁷¹ VGH Mannheim NVwZ-RR, 2011, 231 (232 f.); Schoch (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 182; enger W.-R. Schenke (Fn. 7), Rn. 251 ff.

Hinweis: In Betracht kommt auch ein Eingehen auf Art. 25 Nr. 3 lit. b PAG⁷². Die Schädigung muss durch die mitgeführte Sache erfolgen können, es genügt eine abstrakte Gefahr. Zwar ist Geld an sich keine Sache, welche unmittelbare Schäden hervorrufen kann. Sinn und Zweck der Norm muss hier aber in der Verwendung des Geldes liegen. Wie bereits festgestellt, hatten die Polizeibeamten Grund zur Annahme, dass A mit dem Geld Drogen erwerben möchte. Die aktuelle Erfahrung der Polizei geht dahin, dass aufgrund Drogenkonsums die Hemmschwellen im Bereich von großen Sportereignissen absichtlich abgebaut werden sollen. Es ist daher – auch im Hinblick auf die mit dem Drogenkonsum verbundenen Gesundheitsgefahren – vertretbar, die Einschlägigkeit von Art. 25 Nr. 3 lit. b PAG zu bejahen. A wurde auch festgehalten. Er wurde in Gewahrsam genommen.⁷³

bb) Ermessen

Art. 25 Nr. 1 PAG („kann“) räumt der Polizei ein Ermessen ein (Art. 40 BayVwVfG). Es sind im vorliegenden Fall jedoch keine Ermessensfehler erkennbar. Insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Dabei ist auf die ex-ante-Perspektive abzustellen.⁷⁴ So verfolgt die Sicherstellung des Geldes als legitimen Zweck die Bewahrung öffentlicher Interessen vor Beeinträchtigungen durch schwere Straftaten im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität sowie infolge von Ausschreitungen im Stadion. Die Maßnahme ist auch geeignet, da sie den legitimen Zweck jedenfalls fördert. Durch die Sicherstellung des Geldes kann A unmittelbar keine Drogen erwerben. Die Sicherstellung erwies sich auch als erforderlich. Ein milderes Mittel bei gleicher Effektivität ist nicht ersichtlich. Schließlich war die Maßnahme angemessen. Das Interesse der Öffentlichkeit wiegt schwer, da es durch den Einsatz von Betäubungsmitteln in öffentlichen Bereichen zu erheblichen Gefahren für Leib und Leben der Veranstaltungsbesucher kommen kann, konkret mit Blick auf das unmittelbar bevorstehende Fußballspiel. Das Interesse des A am Besitz des Geldes vermag dies nicht aufzuwiegen, zumal die Sicherstellung nur bis zur Klärung des Sachverhaltes erfolgen sollte. Die Beeinträchtigung des A war mithin von vorläufiger Natur und die Maßnahme insgesamt angemessen.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Sicherstellung des Geldes rechtmäßig war.

b) Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG: Durchsuchung

Im Weiteren gilt es, die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung des A zu klären. Eine Durchsuchung zur Identitätsfeststellung nach Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 2 S. 4 PAG kommt

⁷² Parallelvorschriften z.B. § 40 Nr. 3 lit. b HSOG; § 43 Nr. 3 lit. b PolG NRW; § 22 Nr. 3 lit. b POG RP; § 26 Nr. 3 lit. b Nds. SOG.

⁷³ Vgl. auch Schmidbauer (Fn. 10), Art. 25 Rn. 27 m.w.N., der zutreffend darauf hinweist, dass es auf die Rechtmäßigkeit des Festhaltens nicht ankommt.

⁷⁴ Mit zahlreichen Nachweisen Schoch (Fn. 5), Kap. 2 Rn. 138.

von vornherein nicht in Betracht. A war den Polizeibeamten bekannt. Er wurde gezielt am Bahnhof erwartet.⁷⁵

Allerdings kann die Polizei gem. Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG⁷⁶ auch dann eine Durchsuchung vornehmen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Sachen mitgeführt werden, die der Sicherstellung unterliegen. Bloße Vermutungen genügen dafür zwar nicht.⁷⁷ Es ist aber hinreichend, wenn die Tatsachen in einer sinnlichen Wahrnehmung oder in früher gewonnenen Erkenntnissen bestehen, wobei sie auf die zu durchsuchende Person bezogen sein müssen.⁷⁸

A ist der Polizei aus früheren gewalttätigen Auseinandersetzungen im Rahmen von Sportereignissen bekannt und wird auch in der Datei „Gewalttäter Sport“ geführt. Im Rahmen früherer Durchsuchungen wurden bei ihm regelmäßig Gegenstände aufgefunden, welche zur Gewaltanwendung geeignet waren. Zudem gibt die deutliche Ausbeulung in der Jackentasche des A einen Hinweis auf mögliche gefährliche Gegenstände.

Durch die Verweisung des Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG („die sichergestellt werden dürfen“) wird zusätzlich die gegenwärtige Gefahr des Art. 25 Nr. 1 PAG in Bezug genommen.⁷⁹ Die Durchsuchung bezweckte das Auffinden gefährlicher Gegenstände. Tatsächlich sind solche nicht entdeckt worden.

Fraglich ist, ob insofern erneut die Figur der Anscheinsgefahr einschlägig ist⁸⁰. Vorliegend lässt sich indes argumentieren, dass es einer Abgrenzung der tatsächlichen Gefahr mit Überlegungen zur Anscheinsgefahr überhaupt nicht bedarf (a.A. vertretbar). Der Blick auf den Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG („wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen“) legt vielmehr den Schluss nahe, dass hier die Sachlage einer „Anscheinsgefahr“ bereits im Gesetzestext selbst angelegt ist und in der Folge auch die Voraussetzungen des Art. 25 Nr. 1 PAG „infiziert“ werden.

⁷⁵ Zu Art. 21 Abs. 1 Nr. 3 PAG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 PAG siehe VG München BeckRS 2014, 51576, wo offen bleibt, ob der Münchner Hauptbahnhof als „gefährlicher Ort“ im Sinne der vorgehend bezeichneten Vorschrift einzuordnen ist. Bei Anwendung des Art. 21 Abs. 2 PAG ist zu bedenken, dass die hierin geforderte Möglichkeit zum Festhalten bereits vor der Durchsuchung (d.h. unabhängig von ihrem Ergebnis) gegeben sein muss. Dies ließe sich nur bei Bejahung von Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. c PAG vertreten.

⁷⁶ Parallelvorschriften z.B. § 29 Abs. 1 Nr. 2 BWPoIG, § 39 Abs. 1 Nr. 2 PoIG NRW, § 18 Abs. 1 Nr. 2 POG RP, § 36 Abs. 1 Nr. 1 HSOG, § 22 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG.

⁷⁷ BVerwG NJW 1974, 807 (810); Schmidbauer (Fn. 10), Art. 21 Rn. 10; Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9), Art. 21 Rn. 4.

⁷⁸ Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9), Art. 21 Rn. 4; Schmidbauer (Fn. 10), Art. 21 Rn. 10; Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen (Fn. 14), Teil 3 Rn. 372; anders noch OVG Münster NVwZ 1982, 46 f.

⁷⁹ Schmidbauer (Fn. 10), Art. 21 Rn. 12; Rachor (Fn. 7), Kap. E Rn. 583; Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9), Art. 21 Rn. 4.

⁸⁰ Zur Abgrenzung der Anscheinsgefahr vom Gefahrenverdacht Berner/Köhler/Käβ (Fn. 9), Art. 2 Rn. 38 f.

Allein die Tatsache, dass eine Person durch die Begehung früherer Straftaten auffällig geworden ist, vermag eine Durchsuchung zwar nicht zu begründen. Die Polizei durfte aufgrund der Ausbeulung in der Jackentasche des A in der Zusammenschau mit den früheren Erfahrungen aber damit rechnen, dass er gefährliche Gegenstände mit sich führt⁸¹.

Adressat der Maßnahme ist A. Die Adressatenbestimmung ergibt sich aus Art. 21 Abs. 1 PAG selbst.⁸² Nach Art. 7 Abs. 4 PAG gelangen die allgemeinen Vorschriften des Art. 7 Abs. 1-3 PAG nicht zur Anwendung. Dies gilt auch für die Sachlage eines „Anscheinsstörers“. Im Übrigen sind auf Rechtsfolgenseite keine Ermessensfehler ersichtlich, so dass die Durchsuchung rechtmäßig war.

c) Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG: Präventivgewahrsam

A rügt schließlich die Ingewahrsamnahme durch die Polizei. Insbesondere bringt er vor, dass schon die Ermächtigungsgrundlage nicht mit höherrangigem Verfassungsrecht vereinbar sei.

Die einschlägige Rechtsgrundlage könnte Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG⁸³ darstellen.⁸⁴ Danach kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Dabei könnte sich die Annahme, dass eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, insbesondere darauf stützen, dass bei ihr Waffen, Werkzeuge oder sonstige Gegenstände aufgefunden werden, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Taten verwendet werden.

aa) Vereinbarkeit von Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG mit nationalem Verfassungsrecht

Wie von A angesprochen, stellt sich inzident die Frage nach der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. In Betracht kommt hier die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG (Art. 102 BV). Eine Vereinbarkeit der angewendeten Rechtsnorm mit höherrangigem Recht liegt vor, wenn die Norm formell und materiell verfassungsgemäß ist.

An der formellen Verfassungsmäßigkeit bestehen vorliegend keine Zweifel. Die in Rede stehende Regelung ist zudem materiell verfassungsgemäß, wenn sie nicht gegen das

⁸¹ Einem Rekurs auf Art. 25 Nr. 3 lit. b und c PAG steht entgegen, dass A zum Zeitpunkt der Durchsuchung nicht im Sinne des Art. 25 Nr. 3 PAG festgehalten wurde; vgl. allgemein Schmidbauer (Fn. 10), Art. 25 Rn. 26 f.

⁸² W.-R. Schenke (Fn. 7), Rn. 148.

⁸³ Parallelvorschriften u.a. § 35 Abs. 1 Nr. 2 PoIG NRW, § 32 Abs. 1 Nr. 2 HSOG, § 14 Abs. 1 Nr. 2 POG RP; § 18 Abs. 1 Nr. 2 Nds. SOG; Rechtsgrundlagen mit gefahrindizierenden Tatbestandsmerkmalen – § 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BbgPoIG, § 55 Abs. 1 Nr. 2 lit. b SOG MV, § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. b SOG LSA, § 19 Abs. 1 Nr. 2 lit. b ThürPAG.

⁸⁴ Vertretbar erscheint auch der Rekurs auf Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. c PAG oder direkt Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 Hs. 1 PAG.

Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG⁸⁵ verstößt. Mit Blick auf Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG streitet das private Interesse hinsichtlich des Schutzes vor Freiheitsentziehung mit dem öffentlichen Interesse an Straftatenprävention. Für die Entziehung der persönlichen Freiheit müssen besonders gewichtige Gründe des Gemeinwohls vorliegen.⁸⁶ Diese Gründe sind in erster Linie solche des Strafrechts und des Strafverfahrensrecht.⁸⁷ Zudem wird durch Art. 104 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG das Freiheitsrecht dadurch gewährleistet, dass dem Gewahrsam durch die Exekutive aufgrund des Richtervorbehaltes nur vorläufiger Charakter zukommt.⁸⁸

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG ist des Weiteren auch im Lichte des Art. 5 Abs. 1 EMRK zu reflektieren.⁸⁹ Zwar hat die EMRK in der Bundesrepublik nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.⁹⁰ Dessen ungeachtet kommt ihr nach ständiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung eine Rolle „als Auslegungshilfe[n] für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes [zu], sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt“⁹¹. Bei einem Vergleich des Art. 5 Abs. 1 EMRK mit den einschlägigen Regelungen des Grundgesetzes zur Freiheitsentziehung lässt sich allerdings weitgehende Übereinstimmung feststellen. Eine substantielle Divergenz der Grundrechtsgarantien ist – ungeachtet der ausdifferenzierten Regelungen zu den Gründen für eine Freiheitsentziehung in Art. 5 Abs. 1 EMRK⁹² – nicht erkennbar.⁹³

⁸⁵ BVerfGE 94, 166 (198); 96, 10 (21); 105, 239 (247); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 98; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 112; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: September 2015, Art. 2 II 2 Rn. 16, 22.

⁸⁶ BVerfGE 22, 180 (219); 35, 185 (190); 45, 187 (223); 53, 152 (158); 58, 208 (224); 65, 317 (322); 70, 297 (307); 86, 228 (326); 117, 71 (95, 96); BayVerfGH NVwZ 1991, 664 (667); *Schulze-Fielitz* (Fn. 85), Art. 2 II Rn. 3, 22; *Berner/Köhler/Käp* (Fn. 9), Art. 17 Rn. 2.

⁸⁷ BVerfGE 70, 297 (307).

⁸⁸ *Jarass* (Fn. 85), Art. 104 Rn. 22; *Schulze-Fielitz* (Fn. 85), Art. 104 Rn. 46.

⁸⁹ Dazu EGMR NVwZ 2012, 1089 (1091 f.); EGMR NVwZ 2014, 43 (44 ff.).

⁹⁰ BVerfGE 19, 342 (347); 22, 254 (265); 25, 327 (331); 35, 311 (320); 74, 358 (370); 82, 106 (120), 11, 106 (120); 128, 326 (367 f.); *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (276 m.w.N. zum Meinungsstand).

⁹¹ BVerfGE 111, 307 (315 ff.); 128, 326 (367 f.) mit zahlreichen Nachweisen; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 43; *Gusy*, JA 2009, 406 (407).

⁹² Dazu *Nußberger*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR X, 3. Aufl. 2012, § 209 Rn. 57.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 18.4.2016 – 2 BvR 1833/12, 2 BvR 1945/12 = BeckRS 2016, 46413 Rn. 34; ausführlich *Dörr*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), Konkordanzkommentar EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 13 Rn. 27 ff., 117 ff.,

Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG erfüllt die oben dargestellten Voraussetzungen und fügt sich insbesondere in die Schranken Klauseln der EMRK ein. Während Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG einen einfachen Gesetzesvorbehalt beinhaltet, der durch Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG überlagert wird, weist Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK spezielle Schranken Klauseln auf. Vorliegend könnte Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b Alt. 2 EMRK einschlägig sein.⁹⁴ Hiernach ist die Freiheitsentziehung möglich, wenn sie zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung dient. Damit ist vorliegend die polizeirechtliche Verpflichtung gemeint, friedlich zu bleiben und eine Straftat nicht zu begehen.⁹⁵ Diese Pflicht könne allerdings nur dann als bestimmt und konkret angesehen werden, wenn Ort und Zeit der bevorstehenden Begehung der Straftat sowie ihr mögliches Opfer hinreichend konkretisiert sind.⁹⁶ Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG fügt sich seinem präventiven Zweck, eine Straftatbegehung zu verhindern, ein und erweist sich daher als konform. Die Norm verlangt die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit.⁹⁷ Damit wird ein enger und unmittelbarer Sachzusammenhang vorausgesetzt.

Schließlich wird die Schwere des Eingriffs in die Freiheit der Person durch Art. 18 PAG abgemildert. Danach hat die Polizei im Falle des Gewahrsams nach Art. 17 PAG – über die Anforderungen des Art. 5 Abs. 4 EMRK hinausgehend – unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen.

Nach alledem ist die landesrechtliche Norm mit Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG, auch unter Zugrundelegung einer EMRK-freundlichen Auslegung, vereinbar. Zu keinem anderen Ergebnis kann eine – im Lichte von Art. 31 GG grundsätzlich mögliche⁹⁸ – unmittelbare Prüfung von Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG an Art. 5 Abs. 1 EMRK gelangen.

133 ff.; *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 3; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 5 Rn. 36d; *Renzikowski*, in: Pabel/Schmahl, EMRK, Stand: März 2016, Art. 5 Rn. 13.

⁹⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. c EMRK kommt hingegen nach der Rechtsprechung des EGMR mangels Präventivcharakters nicht in Betracht – vgl. dazu EGMR NVwZ 2014, 43 (44 f.); ebenso bereits EGMR NVwZ 2012, 1089 (1091); abweichendes Votum des Richters *Lemmens* und der Richterin *Jäderblom* zu EGMR, Urt. v. 7.3.2013 – 15598/08; kritisch auch *Heidebach*, NVwZ 2014, 554 (556 ff.); *Michaelis*, JA 2014, 198 (200); *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 203 (205 f.); zum Ganzen auch *Hoffmann*, NVwZ 2015, 720 (722 f.).

⁹⁵ EGMR NVwZ 2014, 43 (47).

⁹⁶ EGMR NVwZ 2014, 43 (47); ebenso EGMR NVwZ 2012, 1089 (1091); kritisch zur Ausweitung des Begriffs der „Verpflichtung“ *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 203 (206).

⁹⁷ Dazu *Berner/Köhler/Käp* (Fn. 9), Art. 17 Rn. 9; *Schmidbauer* (Fn. 10), Art. 17 Rn. 25 ff.; *Honnacker/Beinhofner/Hausner* (Fn. 51), Art. 17 Rn. 16 ff.

⁹⁸ Vgl. etwa *Michaelis*, JA 2014, 198 (200); *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 203 (205).

bb) Anwendung des Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG im Einzelfall

(1) Tatbestandsvoraussetzungen

Schließlich müsste die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG rechtmäßig erfolgt sein. Der Tatbestand der Norm verlangt, dass im Rahmen der prognostischen ex-ante-Betrachtung die Begehung oder Fortsetzung einer Straftat unmittelbar bevorsteht. Dies ergibt sich aus dem Fund der nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG vorausgesetzten Gegenstände.⁹⁹ Vorliegend vermutet die Polizei aufgrund früherer Erkenntnisse im Umgang mit A, dass er die Sportveranstaltung zur Ausübung von Gewalttätigkeiten nutzen will. Der Fund des Geldes weist – mit Blick auf allgemeine aktuelle Erfahrungswerte – auf die Begehung von Drogendelikten in Verbindung mit Sportveranstaltungen hin. Unter Berücksichtigung einer Zusammenschau aller Hinweise durfte die Polizei zu der Prognose einer unmittelbar bevorstehenden Straftat von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit gelangen.

Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 HS. 1 PAG indiziert das Vorliegen einer konkreten Gefahr, dass eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen wird¹⁰⁰. Tatsächlich lag eine solche Gefahr nicht vor. Fraglich ist nun, ob eine Anscheinsgefahr in Erwägung zu ziehen ist. Allerdings kann man – wie bei Art. 21 Abs. 1 Nr. 1 PAG – unter Berücksichtigung des Wortlauts der Norm („die Annahme, dass eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird“) zu dem Schluss gelangen, dass bereits von vornherein eine niedrigere Anforderungsschwelle vorausgesetzt wird und die Sachlage einer „Anscheinsgefahr“ im Gesetzestext selbst angelegt ist (a.A. vertretbar).

Schließlich beinhaltet Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 lit. b PAG eine eigene Adressatenbestimmung im Sinne des Art. 7 Abs. 4 PAG, so dass auf Art. 7 Abs. 1-3 PAG nicht zurückzugreifen ist.¹⁰¹

(2) Ermessen

Klärungsbedürftig ist des Weiteren, ob die Polizei ihr Ermessen korrekt ausgeübt hat. Spezifische Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist festzustellen, dass die Polizei bei Anwendung der Ingewahrsamnahme die Verhinderung von Straftaten mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit und damit einen legitimen Zweck verfolgte. Die Ingewahrsamnahme des A war auch zwecktauglich und damit geeignet. Fraglich ist, ob die Erforderlichkeit gegeben ist. Im vorliegenden Einzelfall könnte ein milderer Mittel darin bestehen, es allein bei der Sicherstellung des Geldes zu belassen. Dann – so ließe sich argumentieren – würde zumindest der vermutete Ankauf von Drogen unterbleiben. Zu beachten ist jedoch, dass aus der ex-ante-Situation nicht ausgeschlossen werden konnte, dass A in der Lage war, sich anderweitig neue Geldmittel zu beschaffen. Auch ein Aufenthaltsverbot kam nicht in Frage, da dies im

Umfeld einer groß angelegten Sportveranstaltung regelmäßig nicht kontrollierbar und beherrschbar ist¹⁰² (a.A. im Hinblick auf die in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 PAG geforderte „Unerlässlichkeit“ gut vertretbar). Schließlich war die Maßnahme auch angemessen. Vorliegend ist der Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter wie Leib und Leben aufgrund einer möglichen Senkung von Hemmschwellen zu Gewalttätigkeiten durch Drogenkonsum betroffen. Hinzu kommt, dass – entsprechend den Anforderungen des EGMR zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. b Alt. 2 EMRK – sowohl Ort und Zeit als auch potentielle Opfer im konkreten Fall hinreichend bestimmt sind. Sowohl das bei A aufgefundene, für den Drogenhandel typisch gestückelte Geld als auch der positive Drogenwischtest, weiter der aktuelle Hintergrund des Anstiegs von Gewalttätigkeiten bei Fußballveranstaltungen durch Drogenmissbrauch und schlussendlich der unmittelbar bevorstehende Besuch der Fußballveranstaltung durch A lassen eine entsprechende Konkretisierung zu.

III. Subjektive Rechtsverletzung

Da die Maßnahmen rechtmäßig waren, kann eine subjektive Rechtsverletzung nicht vorliegen.

D. Ergebnis

Da zwar die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen, die Klage aber nicht begründet ist, hat diese keine Aussicht auf Erfolg.

⁹⁹ Berner/Köhler/Käb (Fn. 9), Art. 17 Rn. 14; Schmidbauer (Fn. 10), Art. 17 Rn. 48 ff.

¹⁰⁰ Schmidbauer (Fn. 10), Art. 17 Rn. 25.

¹⁰¹ Berner/Köhler/Käb (Fn. 9), Art. 53 Rn. 6.

¹⁰² Vgl. insoweit auch Michaelis, JA 2014, 198 (201).