

# **Fälle zum Polizei- und Ordnungsrecht**

mit

**Versammlungsrecht  
Verwaltungsvollstreckungsrecht  
sowie Bezügen zum Prozessrecht**

von

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**10. Auflage 2024**

# Fallübersicht

- Fall 1**      **Kampf gegen Rechts**      36-52  
Prozessual: Eilantrag gem. § 80 V VwGO; Antragsbefugnis bzw. Prozessfähigkeit einer Personenmehrheit  
Materiell: Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel; Begriff der Versammlung; Unfriedlichkeit einer Versammlung; Verbot einer Versammlung; Verfassungsmäßigkeit des § 15 I VersG
- Fall 2**      **Demonstrationsverbot am Holocaust-Mahnmal**      53-62  
Prozessual: Einstweilige Anordnung gem. § 32 BVerfGG; Antragsbefugnis bzw. Prozessfähigkeit einer Personenmehrheit  
Materiell: Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel; Verbot einer Versammlung an historisch bedeutsamen Orten und diesbezügliche Auflagen; Verfassungsmäßigkeit des § 15 II VersG
- Fall 3**      **Die streitbaren Klonversuche**      63-89  
Prozessual: Erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I S. 4 VwGO analog; Verbindung mehrerer Klagebegehren in einer Klage (objektive Klagehäufung)  
Materiell: Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel; Polizeikontrollen (Identitätsfeststellungen und Durchsuchungen) im Vorfeld einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel; Unfriedlichkeit einer Versammlung; Polizeimaßnahmen (Platzverweis und Ingewahrsamnahme) während einer Versammlung unter freiem Himmel; Problem des Rückgriffs auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht im Vorfeld einer Versammlung (Polizeifestigkeit einer Versammlung); Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Versammlungsrechts; Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG
- Fall 4**      **Der Wirtschaftsgipfel**      90-120  
Prozessual: Erweiterte Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I S. 4 VwGO analog; Verbindung mehrerer Klagebegehren in einer Klage (objektive Klagehäufung)  
Materiell: Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel; Polizeikontrollen (Bildaufnahmen, Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen, Ingewahrsamnahme, Datenabfrage etc.) im Vorfeld einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel; Unfriedlichkeit einer Versammlung; Polizeimaßnahmen (Ingewahrsamnahme; Verbringungs-gewahrsam; Zwang) während einer Versammlung unter freiem Himmel; Problem des Rückgriffs auf das allgemeine POR im Rahmen einer Versammlung (Polizeifestigkeit einer Versammlung); Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Versammlungsrechts; Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG; Ausschluss Einzelner von einer Versammlung gem. § 18 III VersG bzw. § 19 IV VersG; Verfassungsmäßigkeit der §§ 18 III, 19 IV VersG; verfassungskonforme Auslegung

- Fall 5      Tornados über dem Protestcamp** 121-129  
Prozessual: Allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I Var. 1 VwGO  
Materiell: Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel; Protestcamp als Versammlung; Überflug mit Bundeswehrkampffjets und Fertigen von Bildaufnahmen als Grundrechtseingriffe und deren Vereinbarkeit mit der Versammlungsfreiheit
- Fall 6      Razzia in der „Deutschen Eiche“** 130-147  
Ausgangsfall: Begriff der Versammlung; öffentliche Versammlung in geschlossenen Räumen; Polizeimaßnahmen (Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen, Sicherstellungen; Videoaufnahmen) während und nach einer öffentlichen Versammlung in geschlossenen Räumen; Problem des Rückgriffs auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht im Rahmen einer Versammlung (Polizeifestigkeit einer Versammlung; Minusmaßnahmen auf Grundlage der Befugnisse nach VersG); Auflösung einer Versammlung gem. § 13 VersG; Anschlussmaßnahmen auf Grundlage des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts; Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 und 12a VersG  
Variante: Versammlungsfreiheit als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht; Anwendbarkeit des VersG oder des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts bei einer nichtöffentlichen Versammlung (in geschlossenen Räumen); Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich des Versammlungsrechts; Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG
- Fall 7      Ein ganz normaler Polizeieinsatz** 149-170  
Abgrenzung von Maßnahmen auf Grundlage der StVO und des POR; Standardmaßnahmen wie Ingewahrsamnahme, Betreten von Wohnungen, Durchsuchung von Personen; Richtervorbehalte; Sicherstellung; Abgrenzung präventive/repressive Polizeitätigkeit; Identitätsfeststellung; Datenabgleich; Voraussetzungen der Befugnissgeneralklausel (öffentliche Sicherheit; Gefahr)
- Fall 8      Manni und die Verkehrskontrolle** 171-191  
Befugnisse nach Straßenverkehrsrecht; Abgrenzung spezialgesetzlicher Befugnisnormen zu denen des POR; Rechtsnatur von Standardmaßnahmen; Sicherstellung von Sachen; Begriff und Komponenten der öffentlichen Sicherheit; Durchsetzung von Verfügungen mit Mitteln des Zwangs; Vernichtung von sichergestellten Sachen; Überprüfung von Berechtigungsscheinen; Vorladung
- Fall 9      Warnungen vor „Radarfallen“** 192-207  
Ausgangsfall: Befragung, Identitätsfeststellung, Verfügungen auf Grundlage der Befugnissgeneralklausel, Zuständigkeit der Vollzugs-polizei für längerfristige Maßnahmen (Problem der Eilfallkompetenz); Sicherstellung von Sachen; Durchsetzung von Verfügungen mit Mitteln des Zwangs; mittelbare Verursachung einer Gefahr (Theorie der unmittelbaren Verursachung)  
Variante: Warnungen vor Radarkontrollen im Rundfunk

<b>Fall 10</b>	<b>Fehlalarm</b> Standardmaßnahmen nach Polizeigesetz; unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung einer Verfügung; Wohnungsbetretung; Anscheinsexfahr und Anscheinstörer; Kosten eines Polizeieinsatzes	208-220
<b>Fall 11</b>	<b>Folgen eines Hochsommers</b> Verstoß gegen Vorschriften der Rechtsordnung als Beeinträchtigung des polizeilichen Schutzguts der öffentlichen Sicherheit; Zwang im Sofortvollzug; Mitverursachung der Gefahr durch die Gefahrenabwehrbehörde	221-231
<b>Fall 12</b>	<b>Unterbringung eines Obdachlosen</b> <u>Prozessual</u> : Einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO; Unterscheidung zwischen Sicherungsanordnung und Regelungsanordnung einerseits und Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund andererseits; „Ermessensentscheidung“ des Gerichts <u>Materiell</u> : Ansprüche auf polizeiliches Einschreiten; staatliche Schutzpflicht; Opportunitäts- und Legalitätsprinzip; Ermessensreduzierung auf Null; Inanspruchnahme eines Nichtstörers; Folgenbeseitigungsanspruch (Variante 1); Amtshaftung (Variante 2)	232-249
<b>Fall 13</b>	<b>Häusliche Gewalt</b> <u>Prozessual</u> : Umstellung einer Anfechtungsklage auf eine Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I S. 4 VwGO; Entbehrlichkeit der Durchführung eines Vorverfahrens; Fortsetzungsfeststellungsinteresse <u>Materiell</u> : Häusliche Gewalt; Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot; Sachverhaltsermittlung; Anhörungserfordernis; Gegenwärtigkeit der Gefahr; staatliche Schutzpflicht	250-257
<b>Fall 14</b>	<b>Abschleppen</b> Abschleppen von Kfz; Rechtsnatur und Wirksamwerden von Verkehrsschildern; Verwaltungszwang in Form einer Ersatzvornahme; Kosten der Abschleppmaßnahme; allgemeiner öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch; Amtshaftungsanspruch	258-273
<b>Fall 15</b>	<b>Laserdrome</b> Untersagung eines Gewerbes; Menschenwürdeverletzung bei simulierten Tötungshandlungen; Menschenwürde als Bestandteil der öffentlichen Ordnung; Europarechtskonformität einer gewerberechlichen Verfügung	274-284
<b>Fall 16</b>	<b>Rasterfahndung und Quellen-TKÜ</b> Vereinbarkeit der Rasterfahndung mit Art. 2 I i.V.m. 1 I GG; Vereinbarkeit der Quellen-TKÜ mit Art. 10 I GG bzw. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG; Anforderungen an eine Gefahrenprognose; Genügenlassen einer drohenden Gefahr	285-299

## Fall 13 (POR): Häusliche Gewalt

In Nordrhein-Westfalen wurden an einem späten Abend zwei Polizeibeamte zu einem Einsatz in der gemeinsamen Wohnung des M und seiner Ehefrau E beordert. Den Notruf hatte M selbst getätigt. Als die Polizeibeamten vor Ort eintrafen, befanden sich M, seine Frau und die beiden rund drei Jahre alten Zwillingstöchter in der Wohnung. M ging mit einem der Polizisten in ein anderes Zimmer der Wohnung, während E gegenüber dem anderen Polizeibeamten angab, ihr Mann habe vor 3 Jahren angefangen, sie zu schlagen. Neben Schlägen mit der flachen Hand auf ihren Hinterkopf habe er ihr seitdem diverse Male die Arme zerkratzt. Seit rund einem Jahr lebten sie in der ehelichen Wohnung getrennt. M konsumiere abends regelmäßig Alkohol. Auch am heutigen Abend sei es zu verbalen Auseinandersetzungen gekommen. Sie habe dann vor der Küchenzeile gestanden, als M die Tür des unteren Küchenschanks absichtlich mit voller Kraft geöffnet und ihr damit schmerzhaft gegen den linken Oberschenkel geschlagen habe. Auch habe er sie beschimpft und geäußert, alles kaputt machen zu wollen. Sodann habe er selbst die Polizei gerufen. Die Kinder habe er niemals körperlich angegangen, ihnen aber durch Äußerungen zu einem Kinderheim Angst gemacht. Sie vermute, dass es zu weiteren körperlichen Übergriffen und zu anderen Straftaten kommen werde, wenn sich die Situation nicht ändere.

M gab nach Beschuldigtenbelehrung durch die Polizeibeamten und nach deren Ankündigung, er habe die Wohnung zu verlassen, an, sich zum Sachverhalt nicht äußern zu wollen; Straftaten zum Nachteil seiner Ehefrau stritt er ab. Er selbst habe den Notruf getätigt und könne nicht verstehen, warum er die Wohnung verlassen müsse.

Im Anschluss an die Befragung des M ordneten die Polizeibeamten – ohne den M anzuhören – eine polizeigesetzliche Wohnungsweisung mit zehntägigem Rückkehrverbot an. Ferner drohten sie ihm für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld von 500 € an. Ausweislich der Dokumentation u.a. der Strafanzeige beruhe die Gefahrenprognose auf den Schilderungen der E zu den verbalen Streitigkeiten und den körperlichen Übergriffen seit 3 Jahren, die sich seit der Trennung intensiviert hätten. Am fraglichen Tag sei es erstmals zu einer Körperverletzung mittels eines Gegenstands gekommen. Es sei davon auszugehen, dass die Gewalt zunehmen werde und weitere ähnliche Straftaten zum Nachteil der E nicht ausgeschlossen werden könnten; es sei eine Gewaltspirale deutlich zu erkennen.

Ohne Widerspruch einzulegen, erhebt M noch vor Ablauf der 10 Tage Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht, die dort aber erst nach Ablauf der 10 Tage verhandelt wird.

Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage!<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Fall ist angelehnt an OVG Münster NJW 2024, 688.

## Schwerpunkte des Falls:

Prozessual: Umstellung einer Anfechtungsklage auf eine Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I S. 4 VwGO; Entbehrlichkeit der Durchführung eines Vorverfahrens; Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Materiell: Häusliche Gewalt; Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot; Sachverhaltsermittlung; Anhörungserfordernis; Gegenwärtigkeit der Gefahr; staatliche Schutzpflicht

## Lösungsvorschlag:

M begehrt die gerichtliche Feststellung, dass Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot rechtswidrig waren. Die Klage ist erfolgreich, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist. 1

### A. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Klage

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. In Ermangelung einer abdrängenden Spezialzuweisung kann der Verwaltungsrechtsweg nur nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO gegeben sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine anderweitige Rechtswegzuweisung besteht. Nach der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge öffentlichen Rechts darstellt, d.h. bei der Klagebegehren und zugrunde liegender Sachverhalt nach Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilen sind bzw. wenn zwischen den Streitparteien ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Vorliegend streiten die Beteiligten um die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Wohnungsverweisung und eines Rückkehrverbots, die sich nach den Vorschriften des Polizeirechts richtet. Solche Vorschriften sind öffentlich-rechtlicher, nichtverfassungsrechtlicher Natur. Eine abdrängende Sonderzuweisung zu einem anderen Gerichtszweig besteht nicht. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. 2

#### II. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach §§ 45 ff. VwGO, die örtliche Zuständigkeit nach § 52 VwGO. In Ermangelung anderweitiger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass M die Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht erhoben hat. 3

#### III. Statthaftigkeit der Klage

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Vortrag bzw. dem Klagebegehren. Geht es um die Kassation (Beseitigung) eines noch nicht erledigten Verwaltungsakts i.S.v. § 35 VwVfG, ist die **Anfechtungsklage** gem. § 42 I Var. 1 VwGO statthaft. 4

Bei der von M angegriffenen Maßnahme (Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot stellen sich aufgrund ihrer inneren Verbindung als eine Maßnahme dar) handelt es sich um eine Gefahrenabwehrverfügung, bei der alle Merkmale eines Verwaltungsakts gem. § 35 S. 1 VwVfG erfüllt sind. Insbesondere war die Maßnahme bei Klageerhebung noch nicht erledigt. In Betracht kommt daher in der Tat die Anfechtungsklage. 5

Allerdings hat sich die von M angegriffene Maßnahme spätestens mit Ablauf der Dauer des Rückkehrverbots inhaltlich erschöpft; alle ihre in die Zukunft weisenden Rechtswirkungen sind weggefallen. Der Verwaltungsakt hat sich erledigt; M ist nicht mehr be- 6

schwert. Die Beschwer ist aber Voraussetzung für den Urteilspruch im Rahmen einer Anfechtungsklage, da § 113 I S. 1 VwGO von einer nach wie vor vorhandenen Rechtsverletzung spricht. Ist demgemäß eine Anfechtungsklage erhoben worden und tritt die Erledigung noch vor der letzten mündlichen Verhandlung ein, scheitert die Aufrechterhaltung der Anfechtungsklage an der Erledigung. In diesem Fall kann sie auf eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** (§ 113 I S. 4 VwGO) umgestellt werden. Da das Rechtsschutzziel (Feststellung der Rechtswidrigkeit des belastenden Verwaltungsakts) auch nach Erledigung unverändert ist, handelt es sich bei der Umstellung nicht um eine Klageänderung i.S.d. § 91 I VwGO (mit der Folge, dass die Zustimmung auch des Klagegegners erforderlich wäre), sondern gem. § 173 S. 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO schlicht um die Umstellung des Klageantrags auf eine Fortsetzungsfeststellung<sup>2</sup>, auf die das Gericht den Kläger grundsätzlich gem. § 86 III VwGO hinzuweisen hat. Daraus erklärt sich, warum es sich bei der Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage prozessual um eine **umgestellte Anfechtungsklage**<sup>3</sup> handelt mit der Konsequenz, dass neben den besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen des § 113 I S. 4 VwGO auch die der Anfechtungsklage vorliegen müssen. Die Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage ist also aufgrund des Wortlauts des § 113 I S. 4 VwGO und dessen systematischer Stellung auf die Feststellung gerichtet, dass ein Verwaltungsakt, der sich bereits vorher, d.h. *vor* Urteilsverkündung, aber *nach* Klageerhebung (sonst wäre schon die Situation nach § 113 VwGO nicht möglich) durch Rücknahme oder anders erledigt hat, rechtswidrig war.

- 7 Demnach kann M mit der **Anfechtungsfortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I S. 4 VwGO** gerichtlich feststellen lassen, dass die Maßnahme (Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot) rechtswidrig gewesen sei.

#### IV. Klagebefugnis

- 8 Gleichgültig, ob sich der angegriffene Verwaltungsakt erledigt hat oder nicht, ist eine Klagebefugnis i.S.v. § 42 II VwGO erforderlich. Der Grund hierfür liegt darin, dass auch die Fortsetzungsfeststellungsklage einen Rechtsbehelf zum Schutz subjektiver Rechte darstellt. Das Vorliegen des Feststellungsinteresses genügt zur Bejahung der Klagebefugnis nicht, da sich das Feststellungsinteresse nur auf die Feststellung als solche richtet, nicht notwendigerweise auf die Möglichkeit der Rechtsverletzung durch die ursprüngliche Maßnahme oder deren Unterlassung.<sup>4</sup> M muss also behaupten, dass er durch die Maßnahme in seinen (Grund-)Rechten verletzt worden sei. Die in dieser Behauptung geltend gemachte Rechtsverletzung muss zumindest möglich erscheinen.
- 9 Es ist möglich, dass M durch die Wohnungsverweisung i.V.m. dem Rückkehrverbot in seinen Rechten aus Art. 13 I GG und Art. 11 I GG verletzt ist, da Art. 13 I GG die Unverletzlichkeit der Wohnung gewährleistet und Art. 11 I GG die Freizügigkeit, d.h. das Recht, sich (länger) an einem Ort auf dem Gebiet der Bundesrepublik aufzuhalten. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 13 I GG wird durch jede Beeinträchtigung der Privatheit durch staatliche Stellen verkürzt, was einen Grundrechtseingriff bedingt.<sup>5</sup> Ein Verbot, die eigene Wohnung zu betreten, stellt jedoch keinen Eingriff in das Grundrecht nach Art. 13 I GG dar. Zwar wird in diesem Fall der Zugang zu der Wohnung verwehrt, es findet aber keine Beeinträchtigung der Privat- oder Intimsphäre statt.<sup>6</sup> Ob isoliert die Wohnungsverweisung

<sup>2</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 689 mit Verweis u.a. auf BVerwGE 156, 272 Rn 12.

<sup>3</sup> Vgl. BVerwG BauR 2015, 810; BVerwG NVwZ 2023, 1167, 1168 (eine „auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellte Anfechtungsklage“).

<sup>4</sup> Vgl. auch *Jahn*, JuS 2001, 173, 174; *Hufen*, VerwProzR, § 18 Rn 82.

<sup>5</sup> Insoweit klarstellend BVerfG NJW 2018, 2185, 2186.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfG NJW 2008, 2493.

einen Eingriff in Art. 13 I GG darstellt, ist unklar, jedenfalls aber ist das Betreten der Wohnung, um dort den Sachverhalt zu ermitteln, ein Eingriff in Art. 13 I GG, der vorliegend möglicherweise rechtswidrig war. Aber auch Art. 11 I GG könnte verletzt sein. Dass M über die deutsche Staatsangehörigkeit verfügt, wird unterstellt (andernfalls griffe Art. 2 I GG). Geschützt wird die Freiheit des Ziehens, d.h. die Fortbewegung innerhalb des gesamten Bundesgebiets, aber auch das Recht, einen Ortswechsel nicht vorzunehmen (negative Freizügigkeit). Denn das Recht, an einem beliebigen Ort Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, würde unterlaufen, wenn man nicht auch ein Bleiberecht gewährte.<sup>7</sup> Dass dieses Recht vorliegend verletzt sein könnte, ist nicht auszuschließen.

Ergebnis: M ist klagebefugt.

## V. Vorverfahren

Ein Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO hat nicht stattgefunden. Grundsätzlich verlangt § 68 I S. 1 VwGO aber ein solches. Das gilt auch für den vorliegenden Fall, da die Klage ja ursprünglich als Anfechtungsklage erhoben wurde. Jedoch ist gem. § 68 I S. 2 Var. 1 VwGO die Durchführung eines Vorverfahrens entbehrlich, wenn ein Gesetz dies bestimmt. Für Nordrhein-Westfalen ist § 110 I S. 1 JustG zu nennen, der hinsichtlich der Anfechtungsklage die vorherige Durchführung des Vorverfahrens ausschließt; eine in § 110 II JustG NRW genannte Ausnahme ist vorliegend nicht gegeben. 10

Ergebnis: In Ermangelung der Notwendigkeit der Durchführung eines Vorverfahrens konnte M direkt Klage erheben.

## VI. Klagefrist

Die Klagefrist gem. § 74 VwGO ist eingehalten worden. 11

## VII. Klagegegner

Als Träger der Polizei ist das Land Nordrhein-Westfalen richtiger Klagegegner gem. § 78 VwGO. 12

## VIII. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Als besondere Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses muss M ein **berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung** haben.<sup>8</sup> In der verwaltungsgerichtlichen Praxis haben sich – wie bei der allgemeinen Feststellungsklage nach § 43 I VwGO – im Wesentlichen drei Hauptgruppen herausgebildet, bei deren Vorliegen regelmäßig ein berechtigtes Interesse zu bejahen ist, nämlich jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher (Wiederholungsgefahr), ideeller (Rehabilitationsinteresse) sowie wirtschaftlicher Art (Präjudizialität zur Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozesses)<sup>9</sup> (vgl. dazu näher Fall 3 Rn 34). 13

Im vorliegenden Fall kommt ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation in Betracht, das auch Grundrechtseingriffe begründen können, sofern die Beeinträchtigung von erheblicher Bedeutung ist, im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch fortwirkt und nur durch eine gerichtliche Sachentscheidung ausgeglichen 14

---

<sup>7</sup> R. Schmidt, Grundrechte, Rn 758.

<sup>8</sup> BVerwGE 106, 295, 299; OVG Hamburg NVwZ 2004, 117; OVG Münster NVwZ 2004, 508; Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn 64 und 83 ff.

<sup>9</sup> Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rn 84 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, VerwProzR, Rn 356.



werden kann.<sup>10</sup> Wie das OVG Münster zutreffend feststellt, greift jedenfalls eine Wohnungsbetretung (bei einer Wohnungsverweisung ist dies weniger klar) nachhaltig in die durch Art. 13 I GG und Art. 11 I GG bzw. – bei Nichtdeutschen – Art. 2 I GG geschützte Grundrechtssphäre der regelungsbetroffenen Personen ein.<sup>11</sup> Das Duldenmüssen solcher Grundrechtseingriffe wiegt schwer, weshalb ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse gem. § 113 I S. 4 VwGO zu bejahen ist.

Ergebnis: Das Feststellungsinteresse ist unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitation zu bejahen.

## IX. Weitere Sachentscheidungsvoraussetzungen

- 15 Schließlich müssen die für alle Klagearten der VwGO gleichermaßen geltenden (allgemeinen) Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen. Dazu zählen die **Beteiligungsfähigkeit** gemäß § 61 VwGO, die **Prozessfähigkeit** gemäß § 62 VwGO und die **ordnungsgemäße Klageerhebung** gemäß §§ 81, 82 VwGO.
- 16 M ist als natürliche Person beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 VwGO. Der Klagegegner, das Land Nordrhein-Westfalen, ist ebenfalls aus dieser Bestimmung beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit des M ergibt sich aus § 62 I Nr. 1 VwGO, die des Landes aus § 62 III VwGO. Zwar sind juristische Personen als solche nicht prozessfähig, handeln aber durch ihre gesetzlichen Vertreter. Das Land Nordrhein-Westfalen muss sich also durch den Ministerpräsidenten bzw. Innenminister vertreten lassen.
- 17 Von der ordnungsgemäßen Klageerhebung gem. §§ 81, 82 VwGO ist auszugehen. Anwaltszwang besteht vor dem Verwaltungsgericht nicht, vgl. §§ 81 I S. 1, 67 I VwGO.

## B. Begründetheit der Klage

- 18 Die Fortsetzungsfeststellungsklage des M ist begründet, wenn die angegriffene Maßnahme rechtswidrig war und M hierdurch in seinen (Grund-)Rechten verletzt wurde, § 113 I S. 4 i.V.m. S. 1 VwGO.

## I. Rechtsgrundlage

- 19 Als Rechtsgrundlage für die polizeigesetzliche Wohnungsverweisung mit zehntägigem Rückkehrverbot kommt die polizeigesetzliche Befugnisnorm gem. § 34a PolG NRW in Betracht.

### 1. Formelle Rechtmäßigkeit der Maßnahme

- 20 Die Maßnahme müsste zunächst formell rechtmäßig sein. Das wäre der Fall, wenn sie von der örtlich, sachlich und instanzial zuständigem Behörde erlassen wurde und zudem keine Verfahrens- oder Formvorschriften missachtet wurden bzw. Verstöße hiergegen der Hei-

---

<sup>10</sup> Siehe dazu auch VGH München BayVBl 2018, 672 in Bezug auf das Verbot gegenüber einer muslimischen Rechtsreferendarin, im Gerichtssaal (auf der Richterbank sitzend bzw. als Sitzungsververtretung der Staatsanwaltschaft agierend) oder bei Vernehmungen ein Kopftuch zu tragen. Der VGH sieht in dem Verbot keinen tiefgreifenden Grundrechtseingriff. Die Klägerin habe den juristischen Vorbereitungsdienst absolvieren können und sei nicht gezwungen worden, ihr Kopftuch abzunehmen. Es sei ihr lediglich verwehrt worden, bestimmte richterliche Aufgaben wahrzunehmen, worauf im Rahmen der Referendarausbildung ohnehin kein Anspruch bestehe. Diese hätte die Klägerin zudem nur an einem Tag ihrer zweijährigen Ausbildung ausüben können. Die Beschränkung der Grundrechte der Klägerin sei daher nur begrenzt gewesen und führe nicht zur Bejahung des Rehabilitationsinteresses. Das Gleiche gilt laut VG Berlin, wenn es für die Begründung eines besonderen Feststellungsinteresses an einer aktuell fortdauernden diskriminierenden Wirkung der Rufbeeinträchtigung fehle (VG Berlin 1.3. 2019 – 1 K 441.16).

<sup>11</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 689.

lung zugänglich (§ 45 VwVfG) wären. Gemäß § 1 I S. 1 i.V.m. S. 3 PolG NRW ist die Vollzugspolizei zuständig, unaufschiebbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen, sog. Eilfallkompetenz. Selbst, wenn originär eine Sonderordnungsbehörde zuständig gewesen wäre, greift vorliegend auf jeden Fall die Eilfallkompetenz, da es um die mögliche häusliche Gewalt in den Abendstunden ging. Die Zuständigkeit der Polizei im vorliegenden Fall ist also gegeben. Die Wohnungsverweisung mit zehntägigem Rückkehrverbot könnte aber deshalb formell rechtswidrig sein, weil es an einer Anhörung fehlte, eine solche aber gem. § 28 I VwVfG vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts grundsätzlich erforderlich ist. Gemäß § 28 I VwVfG ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Sinn der Anhörung sind die Parteiöffentlichkeit des Verfahrens und das Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Behörde. Darüber hinaus ist die Anhörung entsprechend dem Grundgedanken aus Art. 103 I GG (rechtliches Gehör) eine Folge des Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde, die es verbietet, den Menschen zu einem Objekt staatlichen Handelns zu machen. Sie ist aber auch ein wichtiges Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts gem. § 24 VwVfG. Dies gilt insbesondere für Ermessensentscheidungen, da eine ordnungsgemäße Ermessensausübung die Kenntnis aller relevanten Umstände erfordert. Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört zunächst, dass die Behörde mitteilt, sie beabsichtige den Erlass eines bestimmten Verwaltungsakts.<sup>12</sup> Der Betroffene muss zudem erkennen können, weshalb und wozu er sich äußern kann und mit welcher Entscheidung er zu rechnen hat.<sup>13</sup> Daher sind in der Anhörung die wesentlichen rechtlichen Grundlagen für die (beabsichtigte) Entscheidung mitzuteilen. Inhaltlich bezieht sich gem. § 28 I VwVfG das Äußerungsrecht auf die entscheidungserheblichen Tatsachen. Das sind Tatsachen, die der späteren Verwaltungsentscheidung zugrunde liegen. Da aber das Gesetz davon ausgeht, dass das spätere Ergebnis der Verwaltungsentscheidung noch nicht feststeht, da noch unklar ist, ob der Behörde bereits alle entscheidungserheblichen Tatsachen vorliegen, und der Betroffene bislang der Behörde noch nicht bekannte Tatsachen kennen könnte, sind Tatsachen bereits dann entscheidungserheblich, wenn sie entscheidungserheblich sein könnten<sup>14</sup> („potentielle Entscheidungserheblichkeit“).

Es hat keine Konfrontation des M mit der Behauptung früherer Übergriffe stattgefunden und ihm ist damit kein – nach den Umständen des Falls mögliches – vollständiges Informationsbild über den maßgeblichen Entscheidungssachverhalt gegeben worden.<sup>15</sup> Tatsachen, die der späteren Verwaltungsentscheidung zugrunde liegen, sind ihm gegenüber also nicht erörtert worden, weshalb er sich auch nicht tatsachenbasiert äußern konnte. Mithin fehlte es an einer Anhörung. Nach Auffassung des OVG Münster war die Anhörung auch nicht gem. § 28 II VwVfG entbehrlich; insbesondere habe es am öffentlichen Interesse bzw. an der Gefahr im Verzug i.S.v. § 28 II Nr. 1 VwVfG gefehlt.<sup>16</sup> Dem ist zuzustimmen; während des Geschehens in der Wohnung wäre es den Beamten ohne weiteres möglich gewesen, vor der Wohnungsverweisung des M eine ordnungsgemäße Anhörung durchzuführen.

Eine nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführte, nach § 28 I VwVfG aber erforderliche Anhörung führt somit nicht nur zur grundsätzlichen formellen Rechtswidrigkeit, sondern kann auch wegen eines Ermessensfehlers zur materiellen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts führen. Zu beachten ist aber die Regelung des § 45 I, II VwVfG, wonach

<sup>12</sup> BVerwG NJW 2012, 2823, 2824.

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ 2018, 268, 269.

<sup>14</sup> Herrmann, in: BeckOK, VwVfG, § 28 Rn 16 mit Verweis auf Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 28 Rn 33.

<sup>15</sup> So OVG Münster NJW 2024, 688, 689 im Originalfall.

<sup>16</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 689, wobei das Gericht die Frage nach dem Verstoß gegen die Anhörungspflicht letztlich offengelassen hat, weil die Maßnahme „jedenfalls materiell rechtswidrig“ war.

bestimmte formelle Fehler des Verwaltungsakts durch Nachholung der versäumten Handlung geheilt werden können. Vorliegend greift § 45 I Nr. 3 VwVfG, wonach die fehlende Anhörung dadurch geheilt werden kann, dass sie während des Vorverfahrens oder sogar noch während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (§ 45 II VwVfG) erfolgt. Die Heilung des Verwaltungsakts durch Behebung des Verfahrensfehlers erfolgt dann mit Ex-nunc-Wirkung.<sup>17</sup>

Ergebnis: Die aufgrund fehlender, aber erforderlicher Anhörung festgestellte formelle Rechtswidrigkeit kann bzw. konnte durch Nachholung im Verwaltungsprozess geheilt werden.

## 2. Materielle Rechtmäßigkeit der Duldungsverfügung

- 23 Materiell müssten zunächst die Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm vorgelegen haben. § 34a PolG NRW lässt eine Wohnungsverweisung mit einem bis zu zehntägigen Rückkehrverbot zu, wenn von der Person, die der Wohnung verwiesen werden soll, eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer anderen Person, die in der Wohnung wohnt, ausgeht.

### a. Gegenwärtige Gefahr

- 24 In Anlehnung an die Legaldefinitionen einiger Polizeigesetze ist gegenwärtige Gefahr „eine Sachlage, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese Einwirkung unmittelbar oder in allernächster Zeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht“.<sup>18</sup> Die gegenwärtige Gefahr stellt also besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des (prognostizierten) Schadenseintritts und dessen Wahrscheinlichkeit; der Eintritt des Schadens muss „sofort und fast mit Gewissheit“ zu erwarten sein.<sup>19</sup> Zur Feststellung einer gegenwärtigen Gefahr bedarf es einer aus Sicht eines objektiven, besonnenen Amtswalters vorzunehmenden Wahrscheinlichkeitsprognose unter Zugrundelegung des Tatsachenwissens, das dem Amtswalter zum Zeitpunkt seines Einschreitens bekannt war.<sup>20</sup> Auch das OVG Münster verlangt – unter Verweis auf die Vorstellung des Gesetzgebers – grundsätzlich entweder eine Gewaltbeziehung mit konkreten Anzeichen für wiederholte Misshandlungen oder eine erstmalige Gewalttat, bei der aufgrund der Intensität des Angriffs und der Schwere der Verletzungen mit einer jederzeitigen Wiederholung der Gewaltanwendung zu rechnen sei.<sup>21</sup> Dies alles war allein aufgrund der Behauptungen der E nicht feststellbar. Auch das Schlagen der Tür des unteren Küchenschanks gegen den linken Oberschenkel – wenn es denn so gewesen sein sollte – genügt nicht für die erforderliche enge Gefahrenprognose. Wie das OVG Münster zu Recht konstatiert, standen den Polizeibeamten keinerlei objektive Erkenntnisse zur Verfügung, die die Angaben der E stützten – etwa in Form von dokumentierten Verletzungen, früheren Polizeieinsätzen mit ähnlichem Verlauf oder Zeugenaussagen –, weshalb sie im Rahmen ihrer Amtsermittlung zumindest gehalten waren, M mit den Aussagen seiner Ehefrau zu konfrontieren.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Schenke, NVwZ 2015, 1341, 1348.

<sup>18</sup> Vgl. nur die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 3b BremPolG, § 2 Nr. 2 NPOG, § 3 Nr. 3b SachsAnhSOG und § 54 Nr. 3b ThürOBG. Vgl. auch OVG Lüneburg 15.4.2021 – 11 ME 48/21 Rn 13.

<sup>19</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 689; OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573, 574; OLG Celle NdsRpfl 2012, 10.

<sup>20</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 689; OVG Lüneburg 15.4.2021 – 11 ME 48/21 Rn 13; OLG Braunschweig NVwZ-RR 2021, 573, 575; OLG Braunschweig NVwZ-RR 2020, 1130, 1131.

<sup>21</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 690.

<sup>22</sup> OVG Münster NJW 2024, 688, 690.

Aus alledem ergibt sich keine hinreichende Tatsachenbasis, um rechtsfehlerfrei eine gegenwärtige Gefahr anzunehmen. Dass es bei häuslicher Gewalt überwiegend die Männer sind, die Frauen körperlich misshandeln, ändert nichts an der Notwendigkeit, jeden Fall individuell zu beurteilen. 25

Ergebnis: Aufgrund fehlender gegenwärtiger Gefahr war die Wohnungsverweisung materiell rechtswidrig.

### **b. Ermessensausübung**

Unbeschadet der fehlenden gegenwärtigen Gefahr könnte die Maßnahme auch ermessensfehlerhaft gewesen sein. Denn § 34a PolG NRW spricht von „kann“. Mit der Einräumung von Ermessensspielräumen folgen die Polizeigesetze dem im Gefahrenabwehrrecht allgemein geltenden Opportunitätsprinzip<sup>23</sup>, wonach es den Gefahrenabwehrbehörden bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm erlaubt ist, nach ihrem Ermessen, wenn auch im Rahmen bestimmter Grenzen, darüber zu entscheiden, ob, wie und gegen wen Maßnahmen getroffen werden sollen. Gelenkt wird die Ermessensausübung von der Bedeutung des bedrohten Rechtsguts, der Intensität der Gefährdung bzw. Störung und den eventuell mit einem Eingreifen verbundenen Risiken. Ermessensreduzierend wirken sich vor allem die besonders hochwertigen Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG) aus. Gerade hinsichtlich Art. 2 II S. 1 GG hat das BVerfG aus der objektiven Wertordnung der Grundrechte die Verpflichtung des Staates herausgearbeitet, sich schützend vor das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und dieses auch vor Beeinträchtigungen Dritter zu bewahren (sog. staatliche Schutzpflicht).<sup>24</sup> Im äußersten Fall kann aufgrund der konkreten Umstände der behördliche Ermessensspielraum so verengt sein, dass nur *das Ergreifen einer Gefahrenabwehrmaßnahme* (vorliegend die Wohnungsverweisung nebst Rückkehrverbot) als nicht rechtsfehlerhaft erscheint (sog. Ermessensreduzierung auf Null)<sup>25</sup>, auch und gerade, um der staatlichen Schutzpflicht nachzukommen. 26

Wenn aber schon die Tatsachenbasis nicht ordnungsgemäß ermittelt wurde, kann eine Ermessensausübung niemals fehlerfrei sein.<sup>26</sup> Ein Verstoß gegen die staatliche Schutzpflicht kann dann nicht angenommen werden.

Ergebnis: Aufgrund fehlender Tatsachenbasis war auch die Ermessensausübung fehlerhaft.

---

<sup>23</sup> Opportun kann mit nützlich, tunlich oder zweckmäßig umschrieben werden.

<sup>24</sup> BVerfGE 39, 1, 42 ff. Vgl. auch BVerfGE 49, 89, 140 ff. (Kalkar I); BVerfG NVwZ 2013, 502; BVerfG NVwZ 2018, 1224, 1225 (Stationierung von US-Atomwaffen); BVerfGE 157, 30, 90 ff. (Klimaschutzgesetz). Siehe auch EGMR NJW 2012, 1053, 1054.

<sup>25</sup> Zur Ermessensreduzierung auf Null vgl. *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 330 ff.

<sup>26</sup> Das OVG Münster NJW 2024, 688, 691 konnte die Frage nach dem Ermessensfehler daher sogar offenlassen.

## Fall 16: Rasterfahndung und Quellen-TKÜ

Aufgrund von Geheimdienstinformationen bestehen konkrete Anhaltspunkte für einen geplanten Terroranschlag in einer deutschen Metropole. Um den befürchteten Terroranschlag zu verhindern, sucht die Polizei nach sog. „Schläfern“ islamistischer Terrororganisationen. Dabei führt sie – unter Berufung auf den Wortlaut der einschlägigen Befugnisnorm – einen richterlich angeordneten Datenabgleich aller an deutschen Hochschulen immatrikulierten Studenten durch. Dazu werden Datenbanken mit Informationen angelegt, die in irgendeinem Zusammenhang mit einem Terrorverdächtigen stehen könnten. Die Informationen bezieht man aus unterschiedlichen Datenbanken öffentlicher und nichtöffentlicher Stellen, insbesondere von Sozialbehörden, Finanzbehörden, Meldebehörden, aber auch von Versorgungsunternehmen und Telekommunikationsdiensteanbietern. Als Prüfmerkmale werden u.a. bestimmt: Staatsangehörigkeit, Religionsangehörigkeit, Geschlecht, Alter, Herkunft, Telekommunikationsverbindungsdaten mit hohem Anteil ins Ausland, Betreffzeilen bestimmten Inhalts („Schlüsselbegriffe“) von Banküberweisungen.

K ist marokkanischer Staatsbürger nichtmuslimischen Glaubens. Er studiert Maschinenbau an der technischen Hochschule in M. Weil einige Merkmale in das Raster passen (mehrere Wohnungswechsel, kaum Banküberweisungen, fast ausschließlich Barabhebungen, auch über Western Union), wird er dementsprechend als „Trefferfall“ angezeigt. Die Sicherheitsbehörden beschließen daraufhin, auf der Grundlage des Gefahrenabwehrgesetzes des Landes nach herbeigeholter richterlicher Anordnung bei K eine sog. „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ durchzuführen. Dazu wird heimlich via Internet ein Spähprogramm (ein „Staatstrojaner“) auf dem Rechner des K installiert, als dieser gerade über das offene Campus-Netz online ist. Auf diese Weise werden Telekommunikationsdaten erfasst, bevor sie vom System des K verschlüsselt und versendet werden. Hintergrund ist, dass gerade Messengerdienste wie WhatsApp, aber auch E-Mail-Programme, die Textnachrichten auf eine Weise verschlüsseln, dass sie erst vom Empfangsgerät entschlüsselt werden können, i.d.R. nicht aber von Dritten, die diese Textnachrichten auf dem Kommunikationsweg „abfangen“. Daher wird im Rahmen einer Quellen-TKÜ die Telekommunikation sozusagen an der „Quelle“ überwacht. Die Sicherheitsbehörden erhoffen sich, auf diese Weise relevante Informationen zu erhalten, die auf eine Tatbeteiligung des K oder eines anderen schließen lassen.

Doch bei K ergeben sich keine Anhaltspunkte auf eine Tatbeteiligung oder ein sonstiges strafrechtliches Verhalten. Die Maßnahme wird daher nach 2 Wochen beendet und K wird informiert.

Er fühlt sich durch die mit der Rasterfahndung und der anschließenden Quellen-TKÜ verbundene Erfassung seiner Daten in seinen Grundrechten verletzt und erhebt Klage vor dem Verwaltungsgericht.

**Aufgabe:** Beurteilen Sie die Erfolgsaussichten der Klage!

Auszug aus dem einschlägigen Landespolizeigesetz:

§ 43 Datenabgleich/Rasterfahndung

(1) <sup>1</sup>Die Polizei darf von öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen die Übermittlung personenbezogener Daten von Personen, die bestimmte Merkmale erfüllen, zum Zweck des Abgleichs mit anderen Datenbeständen verlangen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder zum Schutz von Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interes-

se liegt, erforderlich ist. <sup>2</sup>Eine Gefahr im Sinne des Satzes 1 liegt in der Regel auch dann vor, wenn konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme rechtfertigen, dass terroristische Straftaten begangen werden sollen. <sup>3</sup>Das Ersuchen um Übermittlung ist auf Namen, Anschriften, Tag und Ort der Geburt und andere für den Einzelfall benötigte Daten zu beschränken. <sup>4</sup>Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise weniger Erfolg versprechend oder nicht möglich wäre.

(2) <sup>1</sup>Die Maßnahmen dürfen nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch einen Polizeibeamten des höheren Dienstes. <sup>2</sup>Die Anordnung ist schriftlich zu erlassen und zu begründen. <sup>3</sup>Sie muss den zur Übermittlung Verpflichteten bezeichnen und ist auf die Daten und Prüfungsmerkmale zu beschränken, die für den Einzelfall benötigt werden.

(3) <sup>1</sup>Ist der Zweck der Maßnahme erreicht oder zeigt sich, dass er nicht erreicht werden kann, sind die übermittelten und im Zusammenhang mit der Maßnahme zusätzlich angefallenen Daten unverzüglich zu löschen und die Unterlagen sind unverzüglich zu vernichten. <sup>2</sup>Die Löschung und Vernichtung ist zu dokumentieren.

#### § 44 Telekommunikationsüberwachung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung

(1) <sup>1</sup>Die Polizei kann durch die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation personenbezogene Daten erheben über die für eine Gefahr oder eine drohende Gefahr Verantwortlichen, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist. <sup>2</sup>Die Maßnahme darf dabei auch auf Kommunikationssysteme erstreckt werden, die räumlich von den durch die Betroffenen genutzten Kommunikationssystemen getrennt sind, soweit sie im Rahmen des Telekommunikationsvorgangs verwendet werden. <sup>3</sup>Datenerhebungen nach den Sätzen 1 und 2 dürfen nur durchgeführt werden, wenn die Erfüllung einer polizeilichen Aufgabe auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(2) Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf unter den Voraussetzungen des Abs. 1 ohne Wissen der Betroffenen in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln verdeckt auf informationstechnische Systeme zugegriffen wird, wenn durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird, und der Zugriff auf das informationstechnische System notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation insbesondere auch in unverschlüsselter Form zu ermöglichen.

#### § 45 Mitwirkungspflicht

Ist eine Datenerhebung nach § 44 Abs. 1, auch mit Mitteln des § 44 Abs. 2, angeordnet, hat jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt (Diensteanbieter), nach Maßgabe der Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) der Polizei die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu ermöglichen.

## Schwerpunkte:

Prozessual: Allgemeine Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO analog; Verbindung mehrerer Klagebegehren in einer Klage (objektive Klagehäufung)

Materiell: Vereinbarkeit der Rasterfahndung mit Art. 2 I i.V.m. 1 I GG; Vereinbarkeit der Quellen-TKÜ mit Art. 10 I GG bzw. Art. 2 I i.V.m. 1 I GG; Anforderungen an eine Gefahreneingrenzung; Genügenlassen einer drohenden Gefahr

## Lösungsvorschlag:

### Die Klage des K

K greift die mit der Rasterfahndung und der anschließenden Quellen-TKÜ verbundene Erfassung seiner Daten an. Die gegen diese Maßnahmen gerichtete Klage ist erfolgreich, wenn ihre Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist. 1

### **A. Sachentscheidungsvoraussetzungen der Klage**

#### **I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs**

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. In Ermangelung einer aufdrängenden Spezialzuweisung kann der Verwaltungsrechtsweg nur nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO gegeben sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine anderweitige Rechtswegzuweisung besteht. Nach der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge öffentlichen Rechts darstellt, d.h. bei der Klagebegehren und zugrunde liegender Sachverhalt nach Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilen sind<sup>1</sup> bzw. wenn zwischen den Streitparteien ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Vorliegend geht es K um die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen, die sich nach den Vorschriften des Polizeirechts richten. Solche Vorschriften sind öffentlich-rechtlicher, nichtverfassungsrechtlicher Natur. Eine abdrängende Sonderzuweisung zu einem anderen Gerichtszweig besteht nicht. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit eröffnet. 2

#### **II. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts**

Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach §§ 45 ff. VwGO, die örtliche Zuständigkeit nach § 52 VwGO. In Ermangelung anderweitiger Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass K die Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht erhoben hat. 3

#### **III. Statthaftigkeit der Klage**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem klägerischen Vortrag bzw. dem Klagebegehren. Eine Anfechtungsklage kommt nicht in Betracht, da weder die Rasterfahndung noch die Quellen-TKÜ auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet sind und daher keine Verwaltungsakte darstellen; zudem wären sie als Verwaltungsakte auch nicht wirksam i.S.d. § 43 I VwVfG, da es insoweit schon an der Bekanntgabe fehlt. In Betracht kommt aber eine allgemeine Feststellungsklage. Diese ist u.a. die richtige Klageart, wenn das Klagebegehren auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens 4

<sup>1</sup> Streng genommen basiert diese Formulierung auf einem Zirkelschluss. Da sie aber regelmäßig sowohl in Urteilen (vgl. nur VGH München NVwZ 2002, 1392) als auch in amtlichen Musterlösungen von Examensklausuren (vgl. nur *Bodanowitz*, JuS 1999, 574, 575) anzutreffen ist, wird auch im Folgenden von ihr ausgegangen.

eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist, § 43 I Var. 1 VwGO. Als Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 VwGO werden die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem hinreichend konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben.<sup>2</sup> Vorliegend ergibt sich das Rechtsverhältnis aus der gesetzlichen Pflicht des K zur Duldung der Maßnahmen, die die rechtliche Beziehung zwischen ihm und der Polizeibehörde begründet.

#### **IV. Subsidiarität**

- 5 Gemäß § 43 II S. 1 VwGO kann die Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger das in Rede stehende Recht durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Da vorliegend keine Anfechtungsklage (als Gestaltungs-klage) in Betracht kommt, bliebe allenfalls die allgemeine Leistungsklage in Form der Leistungsabwehrklage. Kann die zwischen den Parteien streitige Frage umfassend und endgültig jedoch nur durch ein Feststellungsurteil geklärt werden, greift die Subsidiaritätsklausel nicht.<sup>3</sup> Das ist vorliegend der Fall. K begehrt letztlich die Feststellung, dass die heimlichen Datenerhebungsmaßnahmen rechtswidrig waren.<sup>4</sup>

#### **V. Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO analog?**

- 6 Obwohl die allgemeine Feststellungsklage nicht der unmittelbaren Durchsetzung eines materiellen Rechts dient, knüpft sie doch an subjektive Rechte des K an, was die Frage nach dem Erfordernis einer Klagebefugnis analog § 42 II VwGO aufwirft. Diese Frage ist zwar angesichts des Umstands, dass sich § 42 II VwGO ausweislich seines Wortlauts und seiner klaren Stellung im Normengefüge der VwGO nur auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklage bezieht, umstritten<sup>5</sup>, die Frage kann jedoch dahinstehen, weil die von K geltend gemachte eigene Rechtsverletzung möglich erscheint und daher zur Bejahung der Klagebefugnis führen würde.

#### **VI. Feststellungsinteresse**

- 7 § 43 VwGO verlangt ein *besonderes Feststellungsinteresse*, das insbesondere zu bejahen ist, wenn – wie vorliegend – die Rechtslage unklar ist bzw. wenn eine Ungewissheit über das Bestehen oder Nichtbestehen des streitigen Rechtsverhältnisses besteht. Des Weiteren ist das Feststellungsinteresse unter dem Aspekt des Bestehens eines berechtigten Interesses ideeller Art (Rehabilitationsinteresse) zu bejahen. Denn möglicherweise haben die fraglichen Maßnahmen außer ihren – erledigten – belastenden Wirkungen zusätzlich einen nicht unerheblichen diskriminierenden Charakter, jedenfalls sind sie von nicht unerheblicher Grundrechtsrelevanz, was schon allein das berechnete Interesse des K an der Feststellung annehmen lässt.

#### **VII. Vorverfahren/Frist**

- 8 Die erfolglose Durchführung des Vorverfahrens und die Klagefrist sind – wie sich aus §§ 68, 74 VwGO ergibt – (besondere) Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Eine analoge Anwendung auf die allgemeine Feststellungsklage wird allgemein abgelehnt.

---

<sup>2</sup> BVerfG NVwZ 2006, 922 f.; BVerwGE 100, 262, 264; BVerwG NVwZ 2010, 1300 f.; BVerwG NVwZ 2017, 1546; BVerwG NJW 2018, 716, 717; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 43 Rn 11; *Happ*, in: Eyer mann, VwGO, § 43 Rn 12.

<sup>3</sup> BVerwG NVwZ 2015, 1215.

<sup>4</sup> Siehe auch BVerwG NJW 2018, 716, 717 hinsichtlich der Feststellung, dass ein Überflug mit Kampffjets über ein Protestcamp bzw. eine Versammlung rechtswidrig war.

<sup>5</sup> Siehe dazu *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 496 ff.



### VIII. Klagegegner

Bei der Feststellungsklage ergibt sich der Klagegegner also aus dem (möglichen) Rechtsverhältnis. Zwar ist wegen seiner systematischen Stellung im 8. Abschnitt der VwGO § 78 nicht (direkt) anwendbar, doch ist auf das dort niedergelegte Rechtsträgerprinzip abzustellen. Als Träger der Polizei ist das Land richtiger Klagegegner. 9

### IX. Weitere Sachentscheidungs Voraussetzungen

Schließlich müssen die für alle Klagearten der VwGO gleichermaßen geltenden (allgemeinen) Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen. Dazu zählen die **Beteiligungsfähigkeit** gemäß § 61 VwGO, die **Prozessfähigkeit** gemäß § 62 VwGO und die **ordnungsgemäße Klageerhebung** gemäß §§ 81, 82 VwGO. 10

K ist als natürliche Person beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 VwGO. Der Klagegegner, das Land, ist ebenfalls aus dieser Bestimmung beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit des K ergibt sich aus § 62 I Nr. 1 VwGO, die des Landes aus § 62 III VwGO. Zwar sind Vereinigungen als solche nicht prozessfähig, handeln aber durch ihre gesetzlichen Vertreter. Das Land muss sich also durch den Ministerpräsidenten oder Innenminister vertreten lassen.

Von der ordnungsgemäßen Klageerhebung gem. §§ 81, 82 VwGO ist auszugehen. Anwaltszwang besteht vor dem Verwaltungsgericht nicht, vgl. §§ 81 I S. 1, 67 I VwGO.

### B. Objektive Klagehäufung

Die objektive Klagehäufung ist keine Sachurteils Voraussetzung, sondern sie dient der Prozessökonomie. Denn verfolgt der Kläger, wie vorliegend K, mehrere Klagebegehren, d.h. die Geltendmachung mehrerer prozessualer Ansprüche nebeneinander, bildet jeder Antrag an sich eine eigene Klage. Das wäre unökonomisch. § 44 VwGO ermöglicht daher die Verbindung mehrerer Klagebegehren. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer **kumulativen Klagehäufung**. Diese setzt nach dem Gesetzeswortlaut voraus, dass 11

- alle Klagebegehren sich gegen denselben Beklagten (vgl. § 78 VwGO) richten,
- das Gericht für alle Klagebegehren sachlich und örtlich zuständig (vgl. §§ 45 ff. VwGO) ist
- und alle Klagebegehren in einem sachlichen Zusammenhang stehen.<sup>6</sup>

Diese Voraussetzungen liegen im vorliegenden Fall vor. K kann sein Feststellungsbegehren in Bezug auf die verschiedenen Maßnahmen mit *einer* Klage geltend machen.

### C. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage des K ist begründet, wenn das durch die angegriffenen Maßnahmen möglicherweise bestehende Rechtsverhältnis nach den Vorschriften des materiellen Rechts nicht besteht, § 43 I Var. 1 VwGO.<sup>7</sup> Das wäre bereits dann der Fall, wenn die für das Rechtsverhältnis maßgeblichen Normen mit Grundrechten unvereinbar wären. 12

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Zwar hat das Verwaltungsgericht keine Verwerfungskompetenz in Bezug auf formelle Gesetze (das hat nur die Verfassungsgerichts- 13

<sup>6</sup> Vgl. auch *Kopp/Schenke*, VwGO, § 44 Rn 4 ff.; *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, § 44 Rn 8 ff.

<sup>7</sup> Siehe dazu *Happ*, in: *Eyermann*, VwGO, § 43 Rn 45; *Schenke*, *VerwProzR*, Rn 879. Zu beachten ist, dass die subjektive Rechtsverletzung (wie bei den Gestaltungs- und Leistungsklagen) nur dann zu prüfen ist, wenn bei der Zulässigkeit das Erfordernis einer Klagebefugnis analog § 42 II VwGO bejaht wurde (vgl. dazu *R. Schmidt*, *VerwProzR*, Rn 496 ff.).

barkeit), jedoch kommt eine Inzidentkontrolle bei allen Klage- und Verfahrensarten und somit auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage in Betracht. Das Verwaltungsgericht prüft schon allein aufgrund der Bindung an Gesetz und Recht (vgl. Art. 20 III GG) daher inzident die Vereinbarkeit der streitentscheidenden Norm mit Verfassungsrecht. Sollte es von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein, hat es das Verfahren auszusetzen und gem. Art. 100 I GG die Frage dem BVerfG zur Prüfung vorzulegen (sog. Richtervorlage oder konkrete Normenkontrolle).

- 14 Vorliegend sind zwei Maßnahmen ergangen, die das streitige Rechtsverhältnis begründen könnten. K greift zum einen die Rasterfahndung und zum anderen die Quellen-TKÜ an.

### **I. Verfassungsmäßigkeit der Rasterfahndung**

- 15 Die Rasterfahndung stellt eine spezielle Form des Datenabgleichs dar. Sie besteht darin, dass personenbezogene Daten von Personen, die bestimmte, auf den Täter (oder Tatverdächtigen) vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen, mit anderen Daten maschinell abgeglichen werden, um Nichtverdächtige auszuschließen oder Personen festzustellen, die weitere für die Ermittlungen bedeutsame Prüfungsmerkmale erfüllen (siehe § 98a StPO). Es geht also es darum, Datenbestände im Hinblick auf bestimmte Merkmale der gespeicherten Personen oder Tatsachen gezielt abzugleichen, um bestimmte Personendaten und/oder Zusammenhänge in Erfahrung zu bringen.<sup>8</sup> Dazu lässt sich die die Rasterfahndung durchführende Stelle von anderen öffentlichen oder privaten Stellen dort gespeicherte Daten elektronisch übermitteln.<sup>9</sup> In einem automatisierten Vorgang werden diese Daten mit den vorhandenen Daten anhand bestimmter, im Vorfeld festgelegter Prüfmerkmale (Geschlecht, Religion, Nationalität, Alter, Beruf, Aufenthaltsort etc.) abgeglichen (Rasterung). Auf diese Weise können diejenigen Personen herausgefiltert werden, deren Daten eine Übereinstimmung mit den gesuchten Merkmalen ergeben bzw. nicht ergeben. Der so eingegrenzte Personenkreis wird anschließend weiteren Aufklärungsmaßnahmen (etwa Lauschangriff, TKÜ, Quellen-TKÜ, Observation, Vernehmung, Durchsuchung) unterzogen.<sup>10</sup>

#### **1. Rechtsgrundlage**

- 16 Die Rasterfahndung stellt einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) dar. Dieses Grundrecht gewährt dem Einzelnen das Recht, grds. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte von ihm offenbart und hieraus gewonnene Daten verwendet werden. Das impliziert das Recht, sich der Erhebung, Offenbarung und Verwendung erhobener persönlicher Daten erwehren zu können. Da K von der Rasterfahndung erfasst wurde, liegt somit ein Grundrechtseingriff vor, der zu seiner Rechtfertigung einer speziellen Rechtsgrundlage bedarf, wonach – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend – die Rasterfahndung nur dann angeordnet werden darf, wenn sie zur Abwehr einer (gegenwärtigen) Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder einer Gefahr für Leib, Leben, Freiheit einer Person oder für Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist, erforderlich ist (siehe etwa Art. 46 I BayPAG; siehe auch §

<sup>8</sup> Vgl. dazu präventivpolizeilich BW: § 48 PolG; Bay: Art. 46 PAG; Berl: § 47 ASOG; Brand: § 46 PolG; Hamb: § 50 PolDVG; Hess: § 26 SOG; MeckVor: § 44 SOG; NRW: § 31 PolG; RhLPf: § 44 POG; Sachs: § 62 PVDG; SachsAnh: § 31 SOG; SchlHolst: § 195a LVwG; Thür: § 44 PAG. Vgl. dazu auch Lisken, NVwZ 2002, 513; OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 629; OLG Frankfurt NVwZ 2002, 626; BVerfG NJW 2006, 1939 (Verfassungswidrigkeit des § 31 NRWPolG).

<sup>9</sup> In dieser Übermittlungsanordnung ist also keine separate „vorgelagerte“ Datenerhebungsmaßnahme zu sehen, sondern sie ist Bestandteil der Rasterfahndung.

<sup>10</sup> Meister, JA 2003, 83, 84; Lisken, NVwZ 2002, 513, 514.

26 I HessSOG, wo die Rasterfahndung auch zulässig ist, wenn „gleichgewichtige Schäden für die Umwelt zu erwarten sind“). Zudem müssen Verfahrensvorschriften wie Richtervorbehalt, Datenverarbeitungs- und Löschungspflichten den materiellen Gewährleistungsgehalt des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG absichern.

§ 43 I PolG müsste diesen Anforderungen gerecht werden, da es anderenfalls an einer dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügenden Voraussetzung fehlte. 17

An der formellen Verfassungsmäßigkeit bestehen keine Bedenken. Das Land war gem. Art. 70 I GG zuständig für den Erlass eines allgemeinen Polizeigesetzes. Auch Verfahrensvorschriften wie Richtervorbehalt, Datenverarbeitungs- und Löschungspflichten geben keinen Anlass zur Annahme einer formellen Verfassungswidrigkeit. Bedenken bestehen aber hinsichtlich der materiellen Seite. Zwar lässt § 43 I S. 1 PolG die Rasterfahndung nur zu, wenn sie zur Abwehr einer Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder zum Schutz von Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt, erforderlich ist. Jedoch stellt § 43 I S. 2 PolG keine Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad der Gefahr und die Tatsachenbasis der Gefahrenprognose und enthält auch keine hinreichende Einschränkung hinsichtlich des Verdächtigenkreises, lässt somit also auch den Datenabgleich von völlig unbeteiligten (und unverdächtigen) Personengruppen zu; der mögliche Grundrechtsverstoß könnte somit an den Bestimmtheitsgrundsatz und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anknüpfen. 18

Zwar enthält das Grundgesetz einen Schutzauftrag zur Abwehr von Beeinträchtigungen der freiheitlichen demokratischen Ordnung und scheint daher auch die Rasterfahndung zur Abwehr terroristischer Anschläge nicht nur zuzulassen, sondern auch zu fordern, jedoch nur unter Einhaltung der Regeln des Rechtsstaats. In dem Verbot unangemessener Eingriffe finden auch die Schutzpflichten des Staates ihre Grenze. Für die Rasterfahndung folgt nach Auffassung des BVerfG aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch kein Verbot, das Grundrechtseingriffe zu persönlichkeitsbezogenen Ermittlungszwecken ausnahmslos ausschließt. Das Gewicht der mit der Durchführung einer Rasterfahndung einhergehenden Grundrechtseingriffe sei so hoch, dass der Gesetzgeber die Maßnahme zum Schutz der in der Befugnisnorm genannten hochrangigen Rechtsgüter (Bestand oder Sicherheit des Bundes oder eines Landes; Leib, Leben oder Freiheit einer Person; Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt) bei Vorliegen einer konkreten Gefahr vorsehen dürfe.<sup>11</sup> Die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad und die Tatsachenbasis der Prognose dürften jedoch nicht beliebig vom Gesetzgeber herabgesenkt werden. Selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung könne auf das Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit nicht verzichtet werden. Auch müsse als Voraussetzung eines schweren Grundrechtseingriffs gewährleistet bleiben, dass Annahmen und Schlussfolgerungen einen konkret umrissenen Ausgangspunkt im Tatsächlichen besitzen. Insbesondere lasse die Verfassung grundrechtseingreifende Ermittlungen bei bloßen Verdachtsmomenten nicht zu. Verzichte der Gesetzgeber auf begrenzende Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gefahren Eintritts sowie an die Nähe der Betroffenen zur abzuwehrenden Bedrohung und sehe gleichwohl eine Befugnis zu Eingriffen von erheblichem Gewicht vor, genüge dies dem Verfassungsrecht nicht.<sup>12</sup> 19

---

<sup>11</sup> So BVerfG NJW 2006, 1939, 1946 zu § 31 I NRWPolG a.F.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2006, 1939, 1946 zu § 31 I NRWPolG a.F.

- 20 Geht es um die Abwehr von (vermuteten) terroristischen Anschlägen, enthält § 43 I S. 2 PolG diese Vorgaben nicht ausdrücklich. Vielmehr lässt es die Vorschrift genügen, wenn konkrete Vorbereitungsaktionen die Annahme rechtfertigen, dass terroristische Straftaten begangen werden sollen. Damit rückt die Vorschrift den Gefahrengrad in die Nähe einer „**drohenden**“ oder zumindest abstrakten Gefahr.<sup>13</sup>
- 21 Eine **drohende Gefahr** liegt vor, wenn in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung auf ein bedeutendes Rechtsgut zu erwarten sind.<sup>14</sup> Bedeutende Rechtsgüter in diesem Sinne sind der Bestand und die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, das Leben, die Gesundheit und die Freiheit, die sexuelle Selbstbestimmung sowie Anlagen der kritischen Infrastruktur und Kulturgüter von mindestens überregionalem Rang (Art. 11a II BayPAG). Zu den Anlagen der kritischen Infrastruktur wird man solche Einrichtungen zählen müssen, bei deren Ausfall oder Beeinträchtigung nachhaltig wirkende Versorgungsengpässe, erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder andere dramatische Folgen eintreten würden.<sup>15</sup> Beispielhaft seien Energieversorgungsanlagen, Telekommunikationsanlagen, Straßenverkehrseinrichtungen, Einrichtungen der staatlichen Verwaltung genannt. Wenn im Einzelfall das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder Vorbereitungsaktionen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung auf eines der genannten Rechtsgüter zu erwarten sind (was aufgrund der in Art. 11a BayPAG genannten und an die Kriterien des BKAG-Urteils des BVerfG angelehnten Ableitungsvoraussetzungen nachzuweisen wäre), kann die bayerische Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um den **Sachverhalt aufzuklären** und die **Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern** (Art. 11a I BayPAG).
- 22 Inhaltlich geht es also um die Verhinderung der „Entstehung“ einer Gefahr, d.h. um eine Sachlage, die sich dadurch kennzeichnet, dass Tatsachen vorliegen, die den Schluss auf ein absehbares Geschehen zulassen. Damit steht die „drohende“ Gefahr zeitlich und graduell noch vor der abstrakten Gefahr<sup>16</sup>, rückt mithin in die Nähe eines Gefahrenverdachts<sup>17</sup> und dehnt die Eingriffsbefugnisse damit sehr weit in das Vorfeld einer eigentlichen Gefahr aus. Eine derartige Ausdehnung polizeilicher Einschreitbefugnisse löst Bedenken an der Verfassungskonformität aus. Sicherlich ist es ein berechtigtes Anliegen, Vorbereitungsaktionen effektiver abwenden zu können, gerade wenn es um die Verhinderung bspw. terroristischer Anschläge geht. Wenn aber noch nicht einmal eine abstrakte Gefahr erforderlich sein soll, geht die Einschreitbefugnis doch sehr weit, zumal die Befugnisgeneralklausel in Art. 11a I BayPAG auch keine Beschreibung der zulässigen Maßnahmen enthält, sondern (wie in Art. 11 I BayPAG) von „notwendigen Maßnahmen“ spricht. Daher ist die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Verantwortlichkeitsprinzip,

<sup>13</sup> Zur drohenden und abstrakten Gefahr vgl. näher *R. Schmidt*, POR, Rn 673a und Rn 660.

<sup>14</sup> Art. 11a I BayPAG.

<sup>15</sup> Siehe Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe:

[https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen\\_node.html](https://www.bbk.bund.de/DE/AufgabenundAusstattung/KritischeInfrastrukturen/kritischeinfrastrukturen_node.html)

<sup>16</sup> Besteht die Gefahr hingegen nicht lediglich in der Einschreitsituation, sondern handelt es sich um eine allgemeine gefährdende Sachlage oder ein allgemeines gefährdendes Verhalten, liegt eine **abstrakte Gefahr** vor, d.h. „eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Fall ihres Eintritts eine Gefahr darstellt“ (so z.B. § 2 Nr. 6 NPOG).

<sup>17</sup> So hält im Fall des *Gefahrenverdachts* die Polizei aufgrund der Sachlage das Vorliegen einer Gefahr lediglich für möglich; sie ist sich noch nicht abschließend sicher, ob tatsächlich eine Gefahr vorliegt (OVG Hamburg NVwZ 2022, 1219, 1220). Die der Polizei vorliegenden Anhaltspunkte genügen noch nicht, um bei verständiger Würdigung der Sachlage von einer konkreten Gefahr auszugehen; es besteht lediglich der *Verdacht einer Gefahr* (daher auch der Begriff „Gefahrenverdacht“). Siehe auch *Schenke*, JuS 2018, 505, 508

dem Bestimmtheitsgrundsatz sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fraglich. Da andererseits die Eingriffsvoraussetzungen an bestimmte, bedeutende Rechtsgüter geknüpft sind, deren drohende Gefährdung im konkreten Einzelfall bestehen muss, dürfte die Regelung damit einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich sein.

Ist die Verfassungskonformität des Genügenlassens der drohenden Gefahr (wenn auch nur für ein bedeutendes Rechtsgut) nicht ohne Zweifel, gilt das erst recht, wenn der Gesetzgeber die drohende Gefahr auch bei (sehr viel) grundrechtssensibleren Maßnahmen genügen lässt, etwa bei

22a

- der Identitätsfeststellung (siehe Art. 13 I Nr. 1b BayPAG),
- den erkennungsdienstlichen Maßnahmen (Art. 14 I Nr. 4 BayPAG),
- der Sistierung (Art. 15 III Nr. 1 BayPAG),
- dem Platzverweis (Art. 16 I S. 1 Nr. 2 BayPAG),
- dem Kontaktverbot (Art. 16 II S. 1 Nr. 1 BayPAG),
- dem Aufenthaltsverbot und -gebot (Art. 16 II S. 1 Nr. 2 BayPAG),
- der Durchsuchung von Personen (Art. 21 I Nr. 3 BayPAG),
- in den Fällen des Art. 21 I Nr. 3 BayPAG auch bei der Durchsuchung von Sachen gem. Art. 22 I Nr. 1, II S. 1 BayPAG
- der Sicherstellung (Art. 25 I Nr. 1b BayPAG)
- und bei etlichen Datenerhebungsbefugnissen (siehe Art. 30, 33, 34, 36 BayPAG).

Sogar die äußerst grundrechtssensiblen Bereiche der heimlichen Datenerhebung unter Einsatz technischer Mittel wie

22b

- die Telekommunikationsüberwachung (Art. 42 I S. 1 Nr. 1 BayPAG),
- die Standortermittlung („Handyortung“, Art. 42 IV S. 1 Nr. 2 BayPAG),
- der verdeckte Zugriff auf informationstechnische Systeme, um Zugangsdaten und gespeicherte Daten zu erheben („Online-Durchsuchung“, Art. 45 I S. 1 BayPAG),
- die sog. Quellen-TKÜ (Art. 45 II S. 1 Nr. 1 BayPAG)
- und die Ermittlung des Standorts eines informationstechnischen Systems (Art. 45 II S. 1 Nr. 2 BayPAG)

sind nicht ausgespart und lassen heimliche Überwachungsmaßnahmen bei lediglich drohender Gefahr zu.

Zur Frage nach der Verfassungskonformität des Genügenlassens einer drohenden Gefahr hatte sich seinerzeit auch das BVerfG geäußert.<sup>18</sup> Namentlich ging es um die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 20k I S. 2 a.F. BKAG. Diese Vorschrift ließ verdeckte Eingriffe in informationstechnische Systeme (also „Online-Durchsuchung“) auch dann zu, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass ohne Durchführung der Maßnahme in näherer Zukunft ein Schaden eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen drohende Gefahr für eines der in § 20k I S. 1 BKAG genannten Rechtsgüter (das sind Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt) hinweisen. Das BVerfG hat entschieden, dass heimliche Überwachungsmaßnahmen, die tief in das Privatleben hineinreichen, nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig sind. Hierzu gehörten Leib, Leben und Freiheit der Person sowie der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes.<sup>19</sup> Der Schutz von Sachwerten sei hingegen

22c

<sup>18</sup> BVerfGE 141, 220, 272 f.

<sup>19</sup> BVerfGE 141, 220, 270 mit Verweis auf BVerfGE 120, 274, 328; 125, 260, 330.

nicht ausreichend gewichtig, um solche Maßnahmen zu rechtfertigen.<sup>20</sup> Auch was die Anforderung an die Gefahr betrifft, lassen sich der genannten Entscheidung wichtige Aussagen entnehmen. Die Erhebung von Daten durch heimliche Überwachungsmaßnahmen mit hoher Eingriffsintensität sei u.a. nur verhältnismäßig, wenn eine Gefährdung der genannten Rechtsgüter im Einzelfall hinreichend konkret absehbar sei.<sup>21</sup> Eine hinreichend konkretisierte Gefahr in diesem Sinne könne aber bereits dann bestehen, wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssten dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.<sup>22</sup>

- 22d** Geht es um die Abwehr von terroristischen Straftaten, können nach der BKAG-Entscheidung des BVerfG Überwachungsmaßnahmen auch dann rechtmäßig sein, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar sei das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist. Auch die Möglichkeit, dass von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise terroristische Straftaten verübt werden können, genüge.<sup>23</sup> Dagegen werde dem Gewicht eines Eingriffs durch heimliche polizeirechtliche Überwachungsmaßnahmen nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird. Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium sei verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen.<sup>24</sup>
- 23** Für die Verfassungskonformität der **polizeigesetzlichen „drohenden Gefahr“** folgt daraus: Geht es um die Abwehr von Gefahren des (internationalen) Terrorismus, können heimliche Überwachungsmaßnahmen wie Wohnraumüberwachung, Online-Durchsuchung, Telekommunikationsüberwachung, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung und die Überwachung außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung (etwa die elektronische Aufenthaltsüberwachung) trotz Vorliegens lediglich einer drohenden Gefahr zulässig sein. Es müssen aber Tatsachen vorliegen, die zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann. Unter gebotener verfassungskonformer Auslegung können auch „traditionelle“ Standardmaßnahmen wie Durchsuchung und Gewahrsamnahme zulässig sein. Für alle Maßnahmen gilt aber: Die gebotene verfassungskonforme Auslegung ist zudem anhand der in Art. 11a I

---

<sup>20</sup> BVerfGE 141, 220, 270.

<sup>21</sup> BVerfGE 141, 220, 271 mit Verweis auf BVerfGE 120, 274, 328 f.; 125, 260, 330 f.

<sup>22</sup> BVerfGE 141, 220, 272 mit Verweis auf BVerfGE 120, 274, 328 f.; 125, 260, 330 f.

<sup>23</sup> BVerfGE 141, 220, 272 f.

<sup>24</sup> BVerfGE 141, 220, 273.

BayPAG in 2 Nummern genannten und an die Kriterien des BKAG-Urteils des BVerfG angelehnten Ableitungsvoraussetzungen vorzunehmen. Es muss also im Einzelfall

- das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen
- oder Vorbereitungshandlungen müssen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind. Immerhin sieht das BayPAG für die schwerwiegenden verdeckten Datenerhebungen eine vorherige richterliche Entscheidung vor (siehe etwa Art. 36 III BayPAG hinsichtlich der besonderen Mittel der Datenerhebung, Art. 42 V S. 1 BayPAG hinsichtlich der Telekommunikationsüberwachung und Art. 45 III S. 1 BayPAG hinsichtlich der Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ), wengleich bei Gefahr im Verzug die Anordnungsbezugnis auf den Leiter des LKA oder eines Präsidiums der Landespolizei übergeht (Art. 95 I S. 1 BayPAG). Gerechtfertigt können diese Maßnahmen schließlich nur dann sein, wenn der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung gewahrt bleibt und bestimmte Verfahrenssicherungen eingehalten werden (Richtervorbehalt, zeitliche Grenzen, Löschungspflichten etc.).

Außerhalb dieses qualifizierten Rechtsgüterschutzes dürfte bei Vorliegen einer bloßen nur drohenden Gefahr eine polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme kaum zulässig sein. Das sieht auch der bayerische Gesetzgeber offenbar so, indem er mit Art. 11a I PAG anordnet, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 11 I und II PAG (das ist die Befugnisgeneralklausel) die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen kann, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Es geht also (lediglich) um Sachverhaltsaufklärung und um Verhinderung einer entstehenden Gefahr. Art. 11a I PAG fordert aber – wie ausgeführt –, dass im Einzelfall

- das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder
- Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12-65 PAG die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

Interpretiert man also § 43 I S. 2 PolG dahingehend, dass nicht eine allgemeine Verdachtslage ausreichen darf, sondern Tatsachen vorliegen müssen, die die Annahme rechtfertigen, dass in allernächster Zukunft ein von § 43 I S. 1 PolG erfasstes Schutzgut zu Schaden kommen wird, etwa weil tatsächliche Anhaltspunkte für die Vorbereitung terroristischer Anschläge oder dafür bestehen, dass sich in Deutschland Personen für Terroranschläge bereithalten, die in absehbarer Zeit in Deutschland selbst oder andernorts verübt werden sollen, ist die Verfassungsmäßigkeit der Befugnisnorm zu bejahen.

## 2. Rasterfahndung im konkreten Fall

Zur Bejahung der Verfassungsmäßigkeit der Rasterfahndung im Einzelfall sind bzgl. der von der Rasterfahndung betroffenen Personen hinreichend fundierte konkrete Tatsachen erforderlich, die auf das Vorliegen eines „Trefferfalls“ bei dem Datenabgleich schließen lassen. Dass der – wengleich richterlich angeordnete – Datenabgleich aller an deutschen Hochschulen immatrikulierten Studenten möglicherweise zu weit ging, kann K insoweit nicht belasten, da es um Individualschutz geht, den ihm die VwGO gewährt. Was konkret

den K betrifft, hätte sein individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet haben müssen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind. Allein seine marokkanische Staatsangehörigkeit reicht sicherlich nicht aus für eine Rasterfahndung. Wegen des mehrfachen Wohnungswechsels, des Umstands, dass K kaum Banküberweisungen tätigte, sondern fast ausschließlich Barabhebungen, auch über Western Union, vornahm, lag aber ein ungewöhnliches Verhalten vor, was die Aufnahme des K in die Rasterfahndung als gerechtfertigt erscheinen lässt. Dass sich hinterher herausstellte, dass dieses Verhalten keinen terroristischen (und auch keinen sonstigen strafrechtlichen) Hintergrund hatte, ist für die Annahme der Rechtmäßigkeit ohne Belang, da es im Gefahrenabwehrrecht auf die Ex-ante-Sicht ankommt.

### 3. Ergebnis zur Rasterfahndung

- 27 Die Rasterfahndung gegenüber K war daher rechtmäßig.

## II. Verfassungsmäßigkeit der Quellen-TKÜ

- 28 K könnte aber durch die „Quellen-TKÜ“ in seinen Grundrechten verletzt sein. Einer Quellen-TKÜ liegt der Umstand zugrunde, dass Telekommunikationsdaten heutzutage kaum noch unverschlüsselt versendet werden. Gerade Messengerdienste wie WhatsApp, aber auch E-Mail-Programme, verschlüsseln die Textnachrichten auf eine Weise, dass sie erst vom Gerät des Empfängers, für den sie bestimmt sind, entschlüsselt werden können, i.d.R. nicht aber von Dritten, die diese Textnachrichten auf dem Kommunikationsweg „abfangen“. Um darauf zu reagieren und eine Datenerhebung zu ermöglichen, werden vom Staat im Rahmen einer Quellen-TKÜ mittels heimlich installierten Spähprogramms (des „Staatstrojaners“) Telekommunikationsdaten erfasst, bevor sie vom System des Betroffenen verschlüsselt und versendet werden. Bei der Quellen-TKÜ wird die Telekommunikation sozusagen an der „Quelle“ überwacht, d.h. Daten werden erhoben, bevor die Nachricht verschlüsselt und übermittelt wird. Daher liegt nach der hier vertretenen Auffassung auch kein Eingriff in das Telekommunikationsgrundrecht aus Art. 10 I GG vor, sondern allein in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in der Ausgestaltung der Gewährung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und ggf. in das Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 I GG.
- 29 Ob bei einer Quellen-TKÜ ein Eingriff in das **Wohnungsgrundrecht** aus Art. 13 I GG vorliegt, ist zweifelhaft, da – wie ausgeführt – mit der Maßnahme bestimmte Programme („Trojaner“; Spyware) heimlich auf einem informationstechnischen System (d.h. auf einem Computer, auf einem Smartphone, einem Tablet etc.) installiert werden, um dort gespeicherte Daten auszuforschen. Dadurch, dass ebenjene Systeme durchaus auch außerhalb einer von Art. 13 I GG geschützten Räumlichkeit benutzt werden können (man denke etwa an ein Notebook, das der Benutzer in einem Straßencafé in Betrieb hat und das er über WLAN an das Internet angeschlossen hat), drängt sich eine Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 13 I GG nicht gerade auf.<sup>25</sup> Hier von einem Eingriff in Art. 13 I GG auszugehen, wenn eine Behörde in diesem Zeitpunkt einen Trojaner installiert und Daten abrufen, kann ersichtlich keinen Bestand haben. Lediglich, wenn sich der Computer im Zeitpunkt des Datenabrufs aber in einem durch Art. 13 I GG geschützten Raum befindet, kann von einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 I GG ausgegangen werden. Im Zweifel trägt die Behörde das Risiko, dass sie im Zeitpunkt ihrer Maßnahme in den Schutzbereich des Wohnungsgrundrechts eingreift. Da vorliegend keine konkreten Hinweise auf einen Bezug zur Wohnung des K bestehen, wird von einer weiteren Prüfung

---

<sup>25</sup> Vgl. bereits R. Schmidt, Grundrechte, 9. Aufl. 2007, Rn 283; später auch BVerfGE 120, 274, 302 ff.; vgl. auch Hinz, Jura 2009, 141 ff.



der Quellen-TKÜ am Maßstab des Art. 13 I GG abgesehen.

Die Quellen-TKÜ stellt aber einen Eingriff in das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** als weiteres Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG dar und bedarf daher einer speziellen Rechtsgrundlage. 30

### 1. Rechtsgrundlage

Da es bei der Quellen-TKÜ um nicht weniger als die Infiltration eines informationstechnischen Systems geht und auf diese Weise weit reichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Erstellung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglicht werden, sind daher eine hinreichend bestimmt formulierte Rechtsgrundlage und Verfahrensregelungen erforderlich, die den (absoluten und damit unantastbaren) Kernbereich privater Lebensgestaltung<sup>26</sup> sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten und dazu einen Katalog von Anlasstatbeständen enthalten, die dem Schutz von überragend wichtigen Rechtsgütern dienen, sowie tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen Anlasstatbestands fordern. Schließlich sind angesichts der Schwere und Heimlichkeit der Maßnahme ein grundsätzlicher Richtervorbehalt sowie eine nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen erforderlich. Auch ist dem Parlament in periodischen Abständen Bericht zu erstatten. 31

Zu prüfen ist, ob §§ 44, 45 PolG diesen Anforderungen gerecht werden. 32

An der formellen Verfassungsmäßigkeit bestehen keine Bedenken. Das Land war gem. Art. 70 I GG zuständig für den Erlass eines allgemeinen Polizeigesetzes. Auch Verfahrensvorschriften wie Richtervorbehalt, Datenverarbeitungs- und Löschungspflichten geben keinen Anlass zur Annahme einer formellen Verfassungswidrigkeit. Bedenken könnten aber hinsichtlich der materiellen Seite bestehen. Denn dadurch, dass das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG hohe Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung stellt, müssen folgerichtig besondere Gründe vorliegen, damit auch die Quellen-TKÜ gerechtfertigt ist, geht es – wie gesagt – um nicht weniger als die Infiltration eines informationstechnischen Systems. Dies geschieht zwar nicht so umfassend wie bei einer Onlinedurchsuchung, also bei einer Maßnahme der Polizei (oder des BKA oder des Nachrichtendienstes), mit der via Internet bestimmte Programme (Trojaner; Spyware) heimlich in einen Computer eingeschleust werden, um ggf. den dort gespeicherten gesamten Datenbestand sowie Anwendungen (Internetnutzung, Versendung von E-Mails etc.) auszuforschen<sup>27</sup>. Da durch die Quellen-TKÜ aber ein Zugriff auf die Telekommunikation stattfindet, von der der Betroffene annimmt, dass sie verschlüsselt werde und so vor dem Zugriff durch Dritte geschützt sei, ist die Grundrechtsrelevanz erheblich. Denn durch die Quellen-TKÜ erhobene Daten ermöglichen (wie bei der Telekommunikationsüberwachung und der Onlinedurchsuchung) weit reichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Erstellung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen. 33

Erforderlich sind daher (wie bei der Telekommunikationsüberwachung und der Onlinedurchsuchung) Rechtsgrundlagen und Verfahrensregelungen, die den (absoluten und damit unantastbaren) **Kernbereich privater Lebensgestaltung**<sup>28</sup> sowie den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** beachten. Denn diese Grenzen sind bei allen heimlichen 34

<sup>26</sup> Vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Rn 276 ff.

<sup>27</sup> Vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Rn 308 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *R. Schmidt*, POR, Rn 276 ff.

Informationseingriffen, also bei sog. Lauschangriffen, bei der Überwachung der Telekommunikation, der Quellen-TKÜ und bei der Onlinedurchsuchung, (besonders) zu beachten. In Anlehnung an das zum Lauschangriff, zur Telekommunikationsüberwachung und zur Onlinedurchsuchung Gesagte muss die gesetzliche Grundlage, die zur Quellen-TKÜ ermächtigt, ebenso einen **Katalog von Anlasstatbeständen**<sup>29</sup> enthalten, die dem Schutz von überragend wichtigen Rechtsgütern dienen, sowie **tatsächliche Anhaltspunkte** für das Vorliegen eines solchen Anlasstatbestands fordern, um dem **Bestimmtheitsgrundsatz** und dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** bereits auf Tatbestandsseite Konturen zu verleihen. Des Weiteren muss die Tat auch im Einzelfall **schwer wiegen** bzw. es müsste der Schaden, dessen Eintritt es gefahrenabwehrrechtlich zu verhindern gilt, **groß** sein, wenn er einträte, und die entsprechende Ermächtigung muss Vorkehrungen enthalten, um den **Kernbereich privater Lebensgestaltung** (auch nachgelagert) zu schützen. Schließlich sind angesichts der Schwere und Heimlichkeit der Maßnahme ein grundsätzlicher **Richtervorbehalt** sowie eine **nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen** erforderlich. Auch ist dem Parlament in periodischen Abständen Bericht zu erstatten, damit dieses seine **Kontrollfunktion** ausüben kann.

- 35 Ob §§ 44, 45 PolG allen diesen Anforderungen gerecht werden, ist wiederum angesichts des Umstands, dass auch § 44 PolG (wie § 43 I PolG) eine drohende Gefahr genügen lässt, nicht ganz unzweifelhaft. Geht es aber um die Abwehr von Gefahren des (internationalen) Terrorismus, können heimliche Überwachungsmaßnahmen wie die Quellen-TKÜ trotz Vorliegens lediglich einer drohenden Gefahr zulässig sein. Es müssen aber – in Übereinstimmung mit dem zur Rasterfahndung Gesagten – Tatsachen vorliegen, die zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann.

## 2. Quellen-TKÜ im konkreten Fall

- 36 Interpretiert man also § 44 I und II PolG dahingehend, dass der gebotenen verfassungskonformen Auslegung durch eine entsprechende restriktive Handhabung der Quellen-TKÜ Rechnung getragen werden kann, muss
- das individuelle Verhalten des K die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen
  - oder Vorbereitungshandlungen müssen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen<sup>30</sup>,

wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.

- 37 Das individuelle Verhalten des K war recht ungewöhnlich. Er hat mehrfach die Wohnung gewechselt, kaum Banküberweisungen getätigt, sondern fast ausschließlich Barabhebungen, auch über Western Union, vorgenommen. Andererseits ist er nichtmuslimischen Glaubens, was aber wiederum keinesfalls den Schluss zulässt (und zulassen darf), dass bei Zugehörigkeit zum Islam die Annahme einer Beteiligung an einer (geplanten) terroristischen Straftat (eher) begründet gewesen wäre.

---

<sup>29</sup> Zwar ergingen die Ausführungen des BVerfG zur strafprozessualen Onlinedurchsuchung, aber Anlasstatbestände sind auch im Gefahrenabwehrrecht erforderlich.

<sup>30</sup> Siehe die Formulierung in Art. 11 III S. 1 BayPAG, die wiederum an die Kriterien des BKAG-Urteils des BVerfG anknüpft.

Geht man also zugunsten des qualifizierten Rechtsgüterschutzes und aufgrund des ungewöhnlichen Verhaltens des K davon aus, dass die ihm gegenüber angeordnete und durchgeführte Quellen-TKÜ verhältnismäßig war, ist es (wie bei der Rasterfahndung) wegen der im Gefahrenabwehrrecht maßgeblichen Ex-ante-Sicht ebenfalls unschädlich, dass sich hinterher herausstellte, dass dieses Verhalten keinen terroristischen (und auch keinen sonstigen strafrechtlichen) Hintergrund hatte. **38**

### **3. Ergebnis zur Quellen-TKÜ**

Demnach war auch die Quellen-TKÜ gegenüber K rechtmäßig. **39**

## Sachverzeichnis

- Abschleppen** 14/1 ff.  
**Amtshaftung** 14/26 ff.  
**Anmeldepflicht** 3/54; 4/34  
**Anordnung der sofortigen Vollziehung** 1/24  
**Anreise zur Versammlung** 3/66; 4/47  
**Anscheinsgefahr** 10/13  
**Antragsgegner** 1/7  
**Auflösung der Versammlung** 3/114; 4/93; 6/31  
**Ausschluss von der Versammlung** 3/115; 4/93
- Befragung** 7/35; 9/5 ff.  
**Befugnisgeneralklausel** 7/42; 9/53  
**Berechtigungsscheine** 8/51  
**Beteiligtenfähigkeit** 1/9  
**Betreten von Wohnungen** 7/54
- Datenabfrage** 4/81  
**Datenabgleich** 7/45  
**Datenerhebung** 3/60; 4/40 ff.; 7/36  
**Durchsuchung von Personen** 3/7; 3/92; 4/70; 7/73
- Eilantrag** 1/1 ff.  
**Einrichtungen des Staates** 9/39  
**Einstweilige Anordnung** 2/1 ff.; 12/1 ff.  
**Einweisungsverfügung** 12/30
- Flächenverbot** 2/19 ff.  
**Flitzer-Blitzer** 9/71  
**Folgenbeseitigungsanspruch** 12/53  
**Fortsetzungsfeststellungsklage** 3/1 ff.; 4/1  
**Freiheitsentziehung** 7/16  
**Friedlichkeit der Versammlung** 1/43 f.; 3/52; 4/32; 6/6
- Gefahr** 3/85  
**Gefahr in Verzug** 7/61; 10/34  
**Gewerbeuntersagung** 15/7 ff.
- Halterabfrage** 8/60  
**Holocaust-Mahnmal** 2/1 ff.
- Identitätsfeststellung** 3/6; 3/47; 4/60 ff.; 6/2; 6/47; 9/17  
**Ingewahrsamnahme** 4/82; 4/91; 7/16
- Laserdrome** 15/1 ff.
- Menschenwürde** 15/9  
**Minusmaßnahme** 6/20  
**Mitverursachung der Gefahr** 11/45
- Nichtöffentliche Versammlung** 6/37  
**Nichtstörer** 12/38  
**Nötigung** 3/54
- Obdachlosigkeit** 12/1 ff.  
**Objektive Gefahr** 10/13  
**Objektive Rechtsordnung** 3/82; 4/63; 11/7  
**Öffentliche Ordnung** 15/12  
**Öffentliche Sicherheit** 3/81; 4/62; 7/45; 11/7  
**Öffentliche Versammlung** 1/1 ff.; 2/1 ff.; 4/30 ff.; 6/2 ff.
- Quellen-TKÜ** 16/1 ff.
- Platzverweis** 3/111 ff.; 7/1 ff.  
**Polizeifestigkeit der Versammlung** 1/40; 3/113  
**Polizeilicher Notstand** 12/38  
**Protestcamp** 5/1 ff.  
**Prozessfähigkeit** 1/9  
**Putativgefahr** 10/13
- Radarwarngerät** 8/1 ff.  
**Rasterfahndung** 16/1 ff.  
**Richtervorbehalt** 4/106; 7/19
- Scheingefahr** 10/13  
**Sicherstellung** 3/9; 3/99 ff.; 4/77; 8/3  
**Sitzblockade** 3/54; 4/34  
**Sofortvollzug** 4/124; 8/38  
**Störerbegriffe** 10/16  
**Straßenverkehrsrecht** 7/1 ff.
- Unmittelbarer Zwang** 4/114 ff.; 8/26 ff.
- Verantwortlichkeit** 10/16  
**Verbot einer Versammlung** 1/1 ff.  
**Verbringungsgewahrsam** 4/82; 4/91  
**Verfassungskonforme Auslegung** 1/49; 2/26  
**Vernichtung von Sachen** 8/50  
**Versammlungsbegriff** 1/39; 3/50 ff.; 4/30; 6/3  
**Versammlungsverbot** 1/1 ff.  
**Verwaltungsrechtsweg** 1/2 ff.; 3/2 ff.  
**Videoaufzeichnung** 6/33; 6/72  
**Vorfeldmaßnahmen** 3/66; 4/46  
**Vorladung** 8/67
- Wohnungsbetretung** 7/54; 10/31
- Zitiergebot** 3/72; 4/52; 6/43  
**Zugang zur Versammlung** 3/66; 4/47  
**Zuständigkeit des Gerichts** 1/4 ff.  
**Zwang** 4/114 ff.; 8/26 ff.  
**Zweckveranlasser** 10/16