

Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; PolG

Dauerobservation von hochgradig rückfallgefährdeten Sexual- und Gewaltstraftätern

OVG NRW, Urt. v. 05.07.2013 – 5 A 607/11

Fall

K ist Eigentümer eines Einfamilienhauses in der Stadt S im Land L, das er mit seiner Ehefrau bewohnt. Nach dessen Haftentlassung Anfang März 2009 wohnte dort auch sein Bruder E. E war in der Vergangenheit mehrfach wegen erheblicher Sexualstraftaten verurteilt worden, zuletzt 1995 wegen zweifacher Vergewaltigung jeweils mit sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von vierzehn Jahren. Obwohl zwei Gutachter zu dem Ergebnis gelangten, dass E auch künftig mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen werde, durch die die Opfer seelisch und körperlich schwer geschädigt würden, erwies sich eine Unterbringung des E in der Sicherungsverwahrung als rechtlich nicht möglich. Nachdem bekannt geworden war, dass E Anfang März 2009 nach vollständiger Verbüßung seiner Strafe aus der JVA entlassen werden sollte und dass er beabsichtigte, seinen Wohnsitz bei seinem Bruder in S zu nehmen, ordnete der zuständige Landrat L des Kreises I als Leiter der Kreispolizeibehörde am 04.03.2009 formell ordnungsgemäß die längerfristige Observation des E zunächst für die Dauer von einem Monat an. Zur Begründung führte er aus, Tatsachen rechtfertigten die Annahme, E wolle Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen. Hierbei verwies er auf die erst kurz vor Ende der Strafhaft erstellten psychiatrischen Gutachten. Die Observation sei zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich. E habe sich während der Haft stets einer Therapie verweigert. Unter Hinweis auf eine unverändert fortbestehende erhebliche Gefährdungslage verlängerte L in der Folgezeit die Anordnung jeweils um zwei Monate, zuletzt am 17.12.2010 bis zum 15.02.2011.

Nachdem der Bundesgerichtshof entschieden hatte, dass eine nachträgliche Sicherungsverwahrung des E aus rechtlichen Gründen nicht möglich war, hatte K den Landrat bereits mit Schreiben vom 15.01.2010 aufgefordert, die längerfristige Observation sofort zu beenden, was dieser ablehnte, da sich die Gefahrenlage durch die Entscheidung des BGH nicht verändert habe. K hat daraufhin am 26.01.2010 Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben und Unterlassung der Dauerobservation verlangt. Er hält die Maßnahme mangels Rechtsgrundlage für unzulässig. Es bestünden keine ausreichenden Anhaltspunkte, die auf die künftige Begehung von Straftaten durch seinen Bruder hindeuteten. Die Observation sei überdies nicht erforderlich, da die Möglichkeit bestehe, E über eine „elektronische Fußfessel“ dauerhaft zu überwachen. Jedenfalls sei es unzulässig, dass er (K) von der Maßnahme miterfasst werde.

L verteidigt die umstrittene Observation damit, dass von E mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nach wie vor eine Gefahr für Leben, Gesundheit und Freiheit Dritter ausgehe. E habe nach aktueller Einschätzung der Gutachter seine Gewaltstraftaten therapeutisch nicht aufgearbeitet. Nur die lückenlose Observation mache ihm die Grenzen seiner Möglichkeiten bewusst und solle die Gelegenheit zur Begehung gravierender Straftaten gar nicht erst entstehen lassen. Die E im Rahmen der Führungsaufsicht erteilten Weisungen (§ 68 b StGB) seien hierfür nicht ausreichend, insbesondere die elektronische Fußfessel sei nicht flächendeckend einsetzbar und könne Straftaten als solche auch nicht verhindern. K selbst sei nicht Ziel der Maßnahme. Aufgrund der besonderen Wohnsituation lasse es sich jedoch nicht vermeiden, dass er als Kontakt- oder Begleitperson von der Maßnahme betroffen werde.

Leitsätze

1. Die polizeirechtlichen Vorschriften zur längerfristigen Observation erfassen nur Maßnahmen, die primär der Datenerhebung dienen. Sie erfassen nicht solche Maßnahmen, mit denen eine fortwährende Beeinflussung des Verhaltens des Observierten bezweckt ist.

2. Die Dauerobservation von hochgradig rückfallgefährdeten Sexual- und Gewaltstraftätern bedarf wegen der erheblichen Dauer und Schwere des Eingriffs einer speziellen, hierauf zugeschnittenen Rechtsgrundlage.

3. Für eine Übergangszeit kann eine solche Maßnahme unter strikter Wahrung der Verhältnismäßigkeit ausnahmsweise auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden.

4. Die polizeiliche Generalklausel deckt in diesem Fall auch die unvermeidbare Mitbetroffenheit Dritter ab.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Zur Datenerhebung durch längerfristige Observation vgl. Art. 33 Bay PAG, § 22 PolG BW, § 25 ASOG Bln, § 32 Bgb PolG, § 32 Brem PolG, § 9 HmbPolDVG, § 15 HSOG, § 33 SOG M-V, § 34 Nds SOG, § 16 a PolG NRW, § 28 POG RP, § 28 SPoIG, § 38 SächsPolG, § 17 SOG LSA, § 185 LVwG SH, § 34 Thür PAG.

Vgl. ausdrücklich § 1 Abs. 3 ASOG Bln, § 1 Abs. 4 HSOG, § 2 Abs. 1 SOG LSA, problematisch bei Maßnahmen der sog. Strafverfolgungsvorsorge, dazu OVG Hamburg RÜ 2013, 529, 530.

Nach einer vereinzelt vertretenen Gegenauffassung erfasst § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog auch die Erledigung von schlichtem Verwaltungshandeln (vgl. AS-Skript VwGO [2013], Rdnr. 343 ff.). Dagegen spricht jedoch, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage nach dem Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO einen VA voraussetzt. Im Hinblick auf die allgemeine Feststellungsklage fehlt es an der für eine analoge Anwendung erforderlichen Regelungslücke.

Da E dem öffentlichen Druck nicht mehr gewachsen war, hat er sich am 10.02.2011 in eine sozialtherapeutische Anstalt begeben, woraufhin die Observation eingestellt wurde. K beantragt nunmehr, festzustellen, dass die in der Zeit vom 04.03.2009 bis zum 10.02.2011 andauernde längerfristige Observation rechtswidrig war. Der Beklagte widerspricht der Klageänderung. Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Hinweis: Das Land L hat von den Ermächtigungen in §§ 61 Nr. 3, 68 Abs. 1 S. 2, 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht. Die längerfristige Observation zur Datenerhebung ist in § 16 a Polizeigesetz des Landes L (PolG) geregelt (s.u.). Die polizeiliche Generalklausel findet sich in § 8 PolG.

Entscheidung

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage

I. Mangels spezialgesetzlicher Regelung richtet sich die Eröffnung des **Verwaltungsrechtswegs** nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Streitentscheidend sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des PolG, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Da die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten zur präventiven polizeilichen Tätigkeit zählt, greift die abdrängende Zuweisung für repressive Maßnahmen der Polizei als Justizbehörde nach § 23 Abs. 1 EGGVG nicht ein. Der Verwaltungsrechtsweg ist damit gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Die **statthafte Klageart** richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). K begehrt nicht mehr die Unterlassung der Observation, da diese zwischenzeitlich eingestellt worden ist, sondern nunmehr die **Feststellung**, dass die Observation rechtswidrig war.

1. Hierfür ist die **Fortsetzungsfeststellungsklage** gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO einschlägig, wenn sich ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG erledigt hat. Die Anordnung der Observation hat indes nur innerdienstliche Bedeutung. Gegenüber den Betroffenen ergibt sich lediglich eine **faktische Außenwirkung**, die für die Annahme eines Verwaltungsakts nicht ausreicht.

„[66] Die innerdienstliche Anordnung der längerfristigen Observation stellte mangels eines nach außen gerichteten Regelungswillens keinen Verwaltungsakt dar, nach dessen Erledigung eine Rechtswidrigkeitsfeststellung in entsprechender Anwendung von § 113 Absatz 1 Satz 4 VwGO in Betracht käme.“

2. In Betracht kommt vielmehr die **allgemeine Feststellungsklage** gemäß § 43 Abs. 1 VwGO, wenn es um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geht.

a) Unter einem **Rechtsverhältnis** versteht man die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer (öffentlich-rechtlichen) Rechtsnorm ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.

„[68] Durch die gegen den Angehörigen E. gerichtete längerfristige Observation sind zwischen den Klägern als Mitbetroffene und dem beklagten Land Rechtsbeziehungen entstanden, die ein konkretes und streitiges Rechtsverhältnis bildeten. Auch ein vergangenes Rechtsverhältnis ist nach § 43 Abs. 1 VwGO feststellungsfähig.“

Mit der Feststellungsklage kann deshalb auch eine **erledigte Maßnahme** überprüft werden, die keinen Verwaltungsakt darstellt. Das Rechtsverhältnis ergibt sich aus der vom Kläger **bestrittenen Befugnis der Behörde**, schlichthoheitlich tätig zu werden, also hier die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Observation im Zeitraum von 04.03.2009 bis 10.02.2011, die sich durch Zeitablauf erledigt hat.

b) Der nunmehr gestellte Feststellungsantrag könnte jedoch eine unzulässige **Klageänderung** i.S.d. § 91 VwGO darstellen, da der Beklagte der Änderung widersprochen hat. Eine Klageänderung liegt nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff vor, wenn der Antrag oder der Klagegrund geändert werden.

„[70] Die Umstellung der Anträge auf eine Feststellungsklage nach Erledigung einer allgemeinen Leistungsklage – hier in Form der Unterlassungsklage – stellt keine Klageänderung dar, soweit der Klagegrund derselbe bleibt. ... Das ist hier hinsichtlich des oben genannten Zeitraums von der Klageerhebung bis zur Beendigung der Observation der Fall.“

Die ursprüngliche Klage betraf jedoch nur die Unterlassung der Observation **ab Klageerhebung**, also ab 26.01.2010. Soweit K nunmehr auch für den der Klageerhebung **vorausgegangenem Zeitraum** vom 04.03.2009 bis 26.01.2010 die Feststellung begehrt, dass die Observation rechtswidrig war, liegt darin eine **Erweiterung des Klagegrundes** und damit eine Klageänderung.

„[73] ... Dieser Zeitraum war von ihrem in erster Instanz verfolgten Unterlassungsbegehren nicht umfasst. Diese Erweiterung ist jedoch gemäß § 91 Abs. 1 VwGO zulässig, weil der Senat sie für **sachdienlich** hält. Von der Sachdienlichkeit einer Klageänderung ist regelmäßig dann auszugehen, wenn sie der endgültigen Beilegung des sachlichen Streits zwischen den Beteiligten im laufenden Verfahren dient und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt. ... Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.“

c) Die Feststellungsklage ist gemäß § 43 Abs. 2 VwGO **subsidiär**, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Nach Erledigung der Observation hat K mangels Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr die Möglichkeit, deren Rechtmäßigkeit durch **Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage** überprüfen zu lassen. Die allgemeine Feststellungsklage ist daher nicht subsidiär und damit statthaft.

III. Nach h.Rspr. ist auch bei der allgemeinen Feststellungsklage zur Vermeidung von Popularklagen eine **Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO** erforderlich. Nach der Gegenansicht scheidet eine analoge Anwendung mangels Regelungslücke aus, da hier das Feststellungsinteresse als Korrektiv ausreichend sei. Die Frage kann dahinstehen, wenn K jedenfalls geltend machen kann, in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein.

„[76] Die Kläger sind analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, auch wenn sie nicht Zielpersonen der angeordneten längerfristigen Observation waren. Sie waren von der längerfristigen Observation des in ihrem Haus wohnenden Angehörigen E. betroffen und können geltend machen, dadurch möglicherweise in ihrem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt worden zu sein.“

IV. Die Feststellungsklage ist nach § 43 Abs. 1 VwGO nur zulässig, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Bei erledigten Maßnahmen kann sich das **Feststellungsinteresse** – wie im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO – u.a. aus einem **Rehabilitierungsbedürfnis** ergeben, wenn die angegriffene Maßnahme **diskriminierende Wirkung** hatte.

„[78] Die Öffentlichkeit war durch weit reichende Medienberichte über die Vergangenheit des Angehörigen E. und dessen Einzug bei den Klägern informiert. Überdies hatte der Landrat des Kreises I. öffentlich vor diesem Zuzug gewarnt. Der Grund für die fast zwei Jahre andauernde regelmäßige Präsenz von Polizeibeamten vor dem Haus der Kläger war daher allgemein bekannt. Der so informierten Öffentlichkeit, der auch eine Entscheidung im vorliegenden Verfahren zur Kenntnis gelangen kann, wird zwar bekannt gewesen sein, dass die Kläger nicht eigentliches Ziel der Observation waren und selbst nicht im Verdacht standen, schwere Straf-

Fallgruppen des Feststellungsinteresses:

- Wiederholungsgefahr,
- Rehabilitierungsbedürfnis,
- schwerwiegender Grundrechtseingriff, der sich kurzfristig erledigt,
- Präjudizwirkung für einen Schadensersatz-/Entschädigungsprozess.

§ 16 a PolG

(1) Die Polizei kann personenbezogene Daten erheben durch eine durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehr als an zwei Tagen vorgesehene oder tatsächlich durchgeführte und planmäßig angelegte Beobachtung (längerfristige Observation)

1. ...

2. über Personen, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wollen, sowie über deren Kontakt- oder Begleitpersonen, wenn die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist.

Dabei dürfen auch personenbezogene Daten über andere Personen erhoben werden, soweit dies erforderlich ist, um eine Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können. ...

(2) Eine längerfristige Observation darf nur durch die Behördenleiterin oder den Behördenleiter angeordnet werden. ...

Ähnlich § 22 Abs. 3 Nr. 2 PolG BW, § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ASOG Bln, § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Bbg PolG, § 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Brem PolG, § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PolDVG Hbg, § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HSO, § 33 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 SOG M-V, § 34 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Nds SOG, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 POG RP, § 38 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SächsPolG, § 17 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SOG LSA, § 34 Abs. 3 Nr. 2 Thür PAG, enger Art. 33 Abs. 2 S. 1 Bay PAG, § 28 Abs. 1, SPolG, § 185 Abs. 2 LVwG SH.

taten zu begehen. Sie haben jedoch einem als hochgradig rückfallgefährdet eingestuften Sexualstraftäter Aufnahme gewährt. Durch dieses Verhalten waren auch sie selbst in den Augen der Öffentlichkeit mit einem Makel behaftet. Eine gerichtliche Feststellung, dass die längerfristige Observation, von der sie betroffen waren, rechtswidrig war, könnte diese Beeinträchtigung ihres Ansehens beseitigen. Das gilt jedenfalls vor dem Hintergrund, dass in diesem Rahmen die Gefährlichkeit des Angehörigen E. eine wesentliche Vorfrage bildet.“

V. Ein **Vorverfahren** ist bei der Feststellungsklage nicht erforderlich, ebenso muss **keine Klagefrist** eingehalten werden. **Klagegegner** ist das Land als Träger der Polizei. Die **allgemeine Feststellungsklage** ist damit **zulässig**.

B. Begründetheit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn das bestrittene Rechtsverhältnis nicht bestand, die Polizeibehörde also nicht befugt war, die Dauerobservation vorzunehmen, mit anderen Worten: wenn die **Observation rechtswidrig** war.

I. Rechtmäßig war die Observation nur, wenn sie von einer **wirksamen Ermächtigungsgrundlage** gedeckt war.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme könnte **§ 16 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PolG** sein. Danach kann die Polizei durch längerfristige Observation personenbezogene Daten über Personen erheben, soweit Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Personen Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen wollen, sowie über deren Kontakt- oder Begleitpersonen, wenn die Datenerhebung zur vorbeugenden Bekämpfung dieser Straftaten erforderlich ist.

Bedenken an der **Anwendbarkeit** der Vorschrift ergeben sich jedoch daraus, dass die Observation im vorliegenden Fall **nicht primär der Datenerhebung** diene, sondern E durch die dauerhafte Beobachtung in erster Linie von der **Begehung weiterer Straftaten abgeschreckt** und die Möglichkeit des jederzeitigen polizeilichen Zugriffs gewährleistet werden sollte.

„[93] Vorrangig bezweckt ist vielmehr eine fortwährende Beeinflussung des Verhaltens des Observierten. Ein Hangstraftäter, dem es nicht an jeder Steuerungsfähigkeit mangelt, wird sich durch die lückenlose und auf lange Zeit angelegte polizeiliche Beobachtung außerhalb seiner Wohnräume regelmäßig von der Begehung weiterer Straftaten abhalten lassen. Denn er weiß, dass er aller Voraussicht nach gefasst und darüber hinaus schon an der Tat gehindert würde. Notfalls soll der Polizei durch die Observation ein derartiges sofortiges Eingreifen ermöglicht werden.“

a) Teilweise wird gleichwohl davon ausgegangen, dass die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften auch die **längerfristige Observation hochgradig rückfallgefährdeter Gewalt- und Sexualstraftäter** erfasst, bei denen diese polizeiliche Maßnahme anstelle einer rechtlich nicht möglichen Sicherungsverwahrung oder Unterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz (ThUG, dazu oben Seite 649 ff.) dazu dient, **weitere Straftaten zu verhindern**. Die Vorschrift erfasse nicht nur die verdeckte, sondern auch die offene Observation. Die Maßnahme diene im Übrigen dem in der Vorschrift ausdrücklich normierten Ziel der **vorbeugenden Verbrechensbekämpfung** (VG Aachen, Urt. v. 24.01.2011 – 6 K 140/11, RÜ 2011, 324, 326; VG Saarlouis, Urt. v. 28.11.2012 – 6 K 745/10, LKRZ 2013, 107, 108).

VG Saarlouis: „Es handelt sich hierbei um eine Ermächtigung im Vorfeld einer konkreten polizeilichen Gefahr. Ausgehend davon würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, die Observation für Vorfeldermittlungen zur Gefahrenvorsorge, d. h. während eines noch weitgehend ungefährlichen Zustands, zuzulassen, nicht jedoch in einem Fall wie dem vorliegenden, der bereits durch eine gesteigerte Gefahrensituation gekennzeichnet ist, wo es aufgrund der festgestellten generellen

Gefährlichkeit des Observierten nur noch wenig bedurfte (z. B. einer passenden Gelegenheit), damit die abstrakte in eine konkrete Gefahr umschlägt. Für diesen Fall der gesteigerten Gefährlichkeit muss die Möglichkeit der (offenen) Observation erst recht bestehen.“

b) Die Gegenansicht, der sich das OVG NRW anschließt, verweist darauf, dass die Vorschrift auf andere Maßnahmen ausgerichtet und auch **aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ausreichend** ist.

„[89] Eine jahrelange, die Betroffenen auf Schritt und Tritt begleitende Observation rückfallgefährdeter Gewalt- bzw. Sexualstraftäter stand dem Gesetzgeber bei der Schaffung dieser Vorschrift jedoch nicht vor Augen. Er hat dementsprechend deren spezifische Eingriffslage und weitere Besonderheiten nicht in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise abgewogen und in den formellen und materiellen Tatbestandsvoraussetzungen nicht hinreichend berücksichtigt.“

Die Vorschrift zielt ausschließlich auf einen Eingriff in das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und erfasst Art und Gewicht des vorliegenden Grundrechtseingriffs nur unvollständig.

„[103] Vielmehr stellt [die Maßnahme] daneben und sogar in erster Linie einen schwerwiegenden Eingriff in die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht ebenfalls geschützte Privatsphäre dar. ... Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. ... [104] Durch die fast lückenlose Präsenz der den Betroffenen außerhalb seiner Wohnung überwachenden Polizisten wird die Möglichkeit, ein selbstbestimmtes, eigenverantwortliches Leben zu führen, erheblich beeinträchtigt. Die Arbeits- und Wohnungssuche wird ebenso wesentlich erschwert wie das Knüpfen neuer sozialer Kontakte. Mit zunehmender Dauer der – in derartigen Fällen typischerweise von vornherein außergewöhnlich langfristig angelegten – Maßnahme erhöht sich das Gewicht dieses Eingriffs noch. ... [107] ...Die längerfristige Observation nach § 16 a PolG NRW ist auch nicht als monate- oder gar jahrelange Dauermaßnahme konzipiert. Sie ist auf die Fallgruppe allenfalls mittelfristiger verdeckter Observationen ausgerichtet und erfasst offene Observationen lediglich als ‚minus‘ ... mit. Die bei – reinen – Datenerhebungen anerkannte Bewertung, ein verdecktes Vorgehen sei eingriffsintensiver als ein offenes, ist auf die vorliegende Konstellation angesichts der dargestellten Besonderheiten jedoch nicht übertragbar.“

Die vorstehenden Erwägungen rechtfertigen insgesamt den Schluss, dass es sich bei der längerfristigen Observation gefährlicher Gewalt- und Sexualstraftäter um eine **neue Form einer polizeilichen Maßnahme** handelt, die vom Gesetzgeber bislang nicht eigens erfasst worden ist und aufgrund ihrer weitreichenden Folgen einer **ausdrücklichen, detaillierten Ermächtigungsgrundlage** bedarf. § 16 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 PolG reicht daher als Ermächtigungsgrundlage nicht aus.

2. Mangels spezieller Regelung könnte auf die **polizeiliche Generalklausel** in § 8 Abs. 1 PolG zurückgegriffen werden. Danach ist die Polizei befugt, die „**notwendigen Maßnahmen**“ zu treffen, um eine im Einzelfall bestehende konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Fraglich ist jedoch, ob diese Vorschrift als Ermächtigungsgrundlage für eine derart weitreichende Maßnahme wie die dauerhafte Beobachtung hochgradig rückfallgefährdeter Gewalt- und Sexualstraftäter **ausreichend** ist.

a) Nach dem **Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes** als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) muss der Gesetzgeber nicht nur überhaupt eine gesetzliche Grundlage für das Handeln der Verwaltung schaffen, sondern der Gesetzgeber muss die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen und darf diese nicht der Verwaltung überlassen (sog. **Wesentlichkeitstheorie**).

Im Ergebnis ebenso VG Freiburg, Urt. v. 14.02.2013 – 4 K 1115/12; vgl. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 31.01. 2013 – 1 S 1817/12.

In diesem Sinne auch BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012 – 1 BvR 22/12, KommJur 2013, 73.

Zum Landesrecht vgl. Art. 11 Abs. 1 Bay PAG, § 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 PolG BW, § 17 Abs. 1 ASOG Bln, § 10 Abs. 1 Bbg PolG, § 10 Abs. 1 BremPolG, § 3 Abs. 1 SOG Hmb, § 11 HSOG, §§ 13, 16 SOG M-V, § 11 NdsSOG, § 8 Abs. 1 PolG NRW, § 9 Abs. 1 POG RP, § 8 Abs. 1 SPoIG, § 3 Abs. 1 Sächs-PoIG, § 13 SOG LSA, §§ 174, 176 LVwG SH, § 12 ThürPAG.

VG Freiburg, Urt. v. 14.02.2013 – 4 K 1115/12, DÖV 2013, 569.

VG Freiburg: „Der Gesetzgeber hat daher Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen (...). Dies gilt umso eher, je stärker eine Maßnahme in Grundrechte eingreift. Zwar verstößt die polizeiliche Generalklausel als solche nicht gegen das Bestimmtheitsgebot. Dem Sinn des Gesetzesvorbehalts widerstreitet es aber, eine so weit gespannte Generalklausel wie die polizeiliche stets als ausreichende Grundlage für Grundrechtseingriffe zu verwenden. Intensive und nicht nur kurzzeitig wirkende Grundrechtseingriffe muss der Gesetzgeber deshalb als solche ausdrücklich regeln (...). Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen haben die Landesgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass sie einzelne Befugnisse – die sog. Standardmaßnahmen – aus dem Anwendungsbereich der Generalklausel herausgelöst und hinsichtlich Voraussetzung, Mittel und Zweck genauer umschrieben haben.“

Aufgrund der oben beschriebenen weitreichenden Eingriffsfolgen ist die **polizeiliche Generalklausel** grundsätzlich **nicht geeignet**, solche Maßnahmen dauerhaft zu rechtfertigen.

OVG NRW: „[113] Sie genügt dem Vorbehalt des Gesetzes und dem daraus für schwerwiegende Grundrechtseingriffe abzuleitenden Erfordernis hinreichend bereichsspezifischer, präziser und normenklarer Regelungen noch weniger [als § 16 a PolG].“

b) Anerkannt ist jedoch, dass eine an sich nicht ausreichende Vorschrift trotz ihrer Defizite für einen **Übergangszeitraum** als Rechtsgrundlage angewendet werden kann, wenn sonst ein Zustand eintreten würde, der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als die vorübergehende Hinnahme materiell rechtfertigungsfähiger, gesetzlich aber nicht ausreichend legitimierter Eingriffe (sog. **Chaosgedanke**).

BVerfG, Beschl. v. 08.11.2012 – 1 BvR 22/12, KommJur 2013, 73.

BVerfG: „Es begegnet jedoch keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Gerichte angesichts des Gewichts der in Frage stehenden Rechtsgüter die vorhandene Grundlage im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als noch tragfähig ansehen und die Frage der Rechtsgrundlage erst im Hauptsacheverfahren einer abschließenden Klärung zuführen. Der Sache nach verstehen sie damit die polizeiliche Generalklausel dahingehend, dass sie es den Behörden ermöglicht, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren, und ermöglichen so dem Gesetzgeber, eventuelle Regelungslücken zu schließen.“

Die vorliegende Problematik stellte sich, nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hatte, dass die nach deutschem Recht mögliche nachträgliche Anordnung bzw. Verlängerung der Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 und Art. 7 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) verstieß (vgl. EGMR RÜ 2010, 97 und RÜ 2011, 165). In Folge dieser Urteile mussten bundesweit eine Reihe von Sicherungsverwahrten aus der Unterbringung entlassen werden, obwohl bei ihnen die Gefahr der Begehung weiterer schwerer Straftaten bestand. Neben der Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung (dazu Oymann RÜ 2011, 167 f.) sollte das Therapieunterbringungsgesetz (ThuG) eine (erneute) Unterbringung zu Therapie Zwecken ermöglichen. Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes ist nunmehr durch das BVerfG stark eingeschränkt worden (s.o. S. 652).

Während das VG Freiburg (a.a.O.) davon ausgeht, dass die polizeiliche Generalklausel jedenfalls nach mehr als ca. 2,5 Jahren eine dauerhafte Observation nicht mehr rechtfertigen könne, hat das OVG NRW im vorliegenden Fall bei ca. zwei Jahren Dauer den **Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel** (noch) zugelassen.

„[126] Ein Verbot der längerfristigen polizeilichen Observation gefährlicher Sexualstraftäter in diesem Zeitraum hätte der öffentlichen Sicherheit einen Schaden zugefügt, der außer Verhältnis zu den Nachteilen stünde, welche die hiervon Betroffenen durch den gesetzlich unzureichend geregelten Zustand hinnehmen mussten. Der Schutz der Allgemeinheit vor solchen Verurteilten, von denen auch nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafen schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, stellt ein überragendes Gemeinwohlinteresse dar. Es ist Aufgabe des Staates, diesen Schutz durch geeignete Mittel zu gewährleisten. Wie der Gesetzgeber diese Aufgabe wahrnimmt, unterliegt seinem weiten Gestaltungsspielraum. ... [145] Vom zuständigen Gesetzgeber konnte auch nicht erwartet werden, die für eine längerfristige polizeiliche Observation rückfallgefährdeter Straftäter erforderliche spezielle Rechtsgrundlage bereits im streitgegenständlichen Zeitraum geschaffen zu haben.“

3. In der Übergangszeit reicht daher die **Generalklausel ausnahmsweise als Ermächtigungsgrundlage** auch für die dauerhafte Observation aus, allerdings müssen sich staatliche Eingriffe auf das **Unerlässliche** beschränken.

a) In jedem Fall muss eine **konkrete Gefahr** bestehen.

„[153] Nicht ausreichend ist die bereits in deren Vorfeld anzunehmende Voraussetzung, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, die Person wolle Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen (§ 16 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PolG NRW). Vorausgesetzt ist vielmehr eine Sachlage, bei der im konkreten Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für geschützte Rechtsgüter eintreten wird. Je größer der zu erwartende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit. Die für die Feststellung einer konkreten Gefahr erforderliche Wahrscheinlichkeitsprognose muss sich auf Tatsachen beziehen. Tatsachen sind tatsächliche Gegebenheiten, die äußere oder innere Umstände betreffen können. Darunter fallen auch psychologische Tatsachen wie ein Hang zur Straftatenbegehung oder eine Therapieunwilligkeit.“

b) Damit übergangsweise zulässige Maßnahmen mit erheblicher Eingriffstiefe auf das unerlässliche Maß beschränkt bleiben, müssen **besonders gewichtige Rechtsgüter** wie das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder die sexuelle Selbstbestimmung betroffen sein.

„[160] Diese Voraussetzungen für die auf der Grundlage der Generalklausel übergangsweise zulässige Anordnung einer längerfristigen Observation sind jedenfalls erfüllt, wenn aufgrund einer Gesamtwürdigung des Betroffenen, der von ihm begangenen Straftat(en) und seiner Entwicklung während des Strafvollzugs eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass er weitere schwere Sexual- oder Gewaltstraftaten begehen wird, durch die die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Eines weiteren, nach außen manifestierten Verhaltens, das auf das Bestehen einer bereits im Einzelnen konkretisierten Tat hindeutet, bedarf es dafür nicht. ... Die Gefährlichkeit braucht dabei entgegen der Auffassung der Kläger nicht auf neuen Tatsachen („Nova“) zu beruhen. Die polizeiliche Generalklausel kennt ein solches Erfordernis nicht. Es wäre im vorliegenden Zusammenhang sinnwidrig, weil es gerade Zweck der übergangsweisen Anwendung der polizeirechtlichen Normen ist, Schutzlücken der strafrechtlichen Maßregeln zu schließen. Die insoweit zu treffende Prognoseentscheidung ist Sache der Polizei. Sie muss auf hinreichender Sachverhaltsaufklärung beruhen. Dem genügt regelmäßig ein hinreichend aktuelles, sachverständiges Prognosegutachten.“

Vorliegend wurde in beiden Gutachten übereinstimmend festgestellt, dass E künftig mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen werde, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt würden. Daraus ergab sich eine eindeutige Gefahrenprognose, sodass eine **konkrete Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter** vorlag.

c) Als **Verhaltensstörer** war E auch richtiger Adressat der Maßnahme.

4. **Rechtsfolge:** Die Anordnung der längerfristigen Observation stand nach § 8 Abs. 1 PolG im **Ermessen** der Behörde, wobei sie vor allem den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** beachten musste.

„[200] [Die Observation] war **geeignet**, erneute schwere Sexualstraftaten durch den Angehörigen E. zu verhindern, indem sie abschreckende Wirkung entfalten und notfalls ein sofortiges Einschreiten der Polizei gewährleisten konnte. Sie war hierzu mangels milderer, gleich geeigneter Mittel auch **erforderlich**. Die dem Angehörigen E. im Rahmen der Führungsaufsicht erteilten, strafbewehrten Weisungen waren weit weniger wirkungsvoll, weil sie mangels eines hinreichenden Überwachungselements nicht ausschließen konnten, dass er erneut ein Sexualdelikt hätte begehen können. Selbst eine elektronische Aufenthaltsüberwachung gemäß § 68 b Abs. 1 Nr. 12 StGB hätte einen Rückfall zumindest dann nicht verhin-

§ 8 PolG

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende, konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 9 bis 46 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.

(2) ...

In formeller Hinsicht hat das OVG darauf verwiesen, dass in der Übergangszeit die in § 16 a PolG genannten verfahrensmäßigen Sicherungen entsprechend gelten (insbesondere Anordnung durch den Behördenleiter persönlich, § 16 a Abs. 2 PolG).

Vgl. Art. 7 BayPAG, § 6 PolG BW, § 13 ASOG Bln, § 5 BbgPolG, § 5 BremPolG, § 8 SOG Hmb, § 6 HSOG, § 69 SOG M-V, § 6 NdsSOG, § 4 PolG NRW, § 4 POG RP, § 4 SPolG, § 4 SächsPolG, § 7 SOG LSA, § 218 LVwG SH, § 7 ThürPAG.

dern können, wenn der Angehörige E. zu einem erneuten Sexualdelikt auch in Kenntnis des Entdeckungsrisikos und mit der Aussicht auf eine weitere Strafhaft bereit gewesen wäre. Ob dies der Fall war, kann dahinstehen, weil die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Zeitraum der Observation noch nicht verfügbar war. ... Die längerfristige Observation des Angehörigen E. war auch in Anbetracht ihrer Dauer und der Art und Schwere des Eingriffs im Einzelfall **verhältnismäßig im engen Sinne.**"

Die **Observation des E** war damit **rechtmäßig**.

II. Fraglich ist jedoch, ob sich die Maßnahme **auch auf K als unbeteiligten Dritten** erstrecken durfte.

1. K war weder Verhaltens- noch Zustandsstörer, sodass eine Inanspruchnahme an sich nur als **Nichtstörer** (sog. Notstandspflichtiger) in Betracht kam.

„[174] Die polizeiliche Generalklausel deckt im einschlägigen Zeitraum auch die **unvermeidbare Mitbetroffenheit** anderer Personen ab, ohne dass insoweit die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme von Nichtstörern (§ 6 PolG NRW) erfüllt sein müssten. Auf die Regelungen der §§ 4–6 PolG NRW zu den möglichen Adressaten polizeilicher Maßnahmen der Gefahrenabwehr kann es im vorliegenden Zusammenhang nur hinsichtlich solcher Personen ankommen, die gezielt observiert werden. Gerät eine Person nur zwangsläufig in das Visier der observierenden Polizisten, weil sie sich – etwa als Familienangehöriger – in unmittelbarer Nähe der observierten Person aufhält oder dies aufgrund konkreter Anhaltspunkte angenommen werden kann, ist diese Auswirkung von § 8 Abs. 1 PolG NRW ohne Weiteres umfasst. Die Überlegungen zur übergangsweisen Anwendung der polizeirechtlichen Generalklausel für die Dauerobservation gefährlicher Straftäter würden ad absurdum geführt, wenn diese schon dadurch zu Fall gebracht werden könnte, dass Dritte unvermeidbar betroffen werden. Aus vergleichbaren Gründen ermächtigt § 16 a Abs. 1 Satz 2 PolG NRW für die dort geregelten Fälle längerfristiger Observationen zur Erhebung von Daten über andere Personen, soweit dies erforderlich ist, um eine Datenerhebung nach Satz 1 durchführen zu können. Damit sind im Unterschied zu den in Satz 1 geregelten Fällen gezielter Observationen diejenigen Personen erfasst, die von einer solchen Observation unvermeidbar betroffen werden, also nur ‚Beiwerk‘ sind. ... Diese – deklaratorische – Aussage gilt sinngemäß auch bei der hier in Rede stehenden, von § 8 Abs. 1 PolG NRW getragenen Observation.“

Die Betroffenheit des K von der längerfristigen Observation war damit als **unvermeidbare Nebenwirkung** von § 8 Abs. 1 PolG gedeckt.

2. Die Auswirkungen der Observation auf K waren schließlich angesichts der Bedeutung der gefährdeten Rechtsgüter auch **nicht unverhältnismäßig**.

„[202] Die Beeinträchtigung ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und die stigmatisierenden Wirkungen der Observation mussten sie unter Berücksichtigung des überragenden Interesses der Allgemeinheit an der Verhinderung konkret wahrscheinlicher, schwerer Sexualstraftaten hinnehmen.“

Damit erweist sich die **Observation** auch gegenüber K als **rechtmäßig**.

Ergebnis: Die Feststellungsklage des K ist unbegründet und wird vom Verwaltungsgericht abgewiesen.

Der Fall drängt sich geradezu als Klausur im 1. wie im 2. Examen auf: Polizeirechtliche Standardprobleme (Gefahrbegriff, Adressat) verknüpft mit verfassungsrechtlichen Fragestellungen (Vorbehalt des Gesetzes) und prozessualen Problemen (Abgrenzung Fortsetzungsfeststellungsklage – Feststellungsklage). Diese Kombination von Klausurklassikern bieten nur wenige Echtfälle!

Horst Wüstenbecker

Vgl. Art. 10 BayPAG, § 9 PolG BW, § 16 ASOG Bln, § 7 BbgPolG, § 7 BremPolG, § 10 SOG Hmb, § 9 HSOG, § 71 SOG M-V, § 8 NdsSOG, § 6 PolG NRW, § 7 POG RP, § 6 SPolG, § 7 SächsPolG, § 10 SOG LSA, § 220 LVwG SH, § 10 ThürPAG.

Ohne Erledigung wäre Anknüpfungspunkt der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, der im Wege der allgemeinen Leistungsklage durchzusetzen wäre (vgl. VG Aachen RÜ 2011, 324). Mangels rechtswidrigem Eingriff besteht kein Unterlassungsanspruch, sodass vor Erledigung auch die Leistungsklage unbegründet war.