

PolG, Generalklausel

Rechtmäßigkeit einer Gefährderansprache ohne Eingriffsqualität

OVG NRW, Beschl. v. 22.08.2016 – 5 A 2532/14, BeckRS 2016, 51094
VG Köln, Urt. v. 20.11.2014 – 20 K 2466/12, BeckRS 2016, 51913 (Vorinstanz)

Fall

Am 23.10.2011 meldete sich ein Anrufer (A) bei der Polizei und teilte mit, er habe soeben beobachtet, dass K auf dem Nebenplatz einer Sportanlage mit vier Jungen Fußball spiele. Die Jungen seien ca. acht bis zwölf Jahre alt und ohne erwachsene Begleitung. A habe zwar am Verhalten des K nichts Auffälliges festgestellt, sei aber gleichwohl beunruhigt: Er kenne den heute dreiundvierzigjährigen K, da dieser vor zehn Jahren auch mit ihm und anderen Jungen regelmäßig Fußball gespielt habe. Damals habe es ein Ermittlungsverfahren gegeben, weil K einige der Jungen angesprochen, angefasst und mit nach Hause genommen haben soll. Die daraufhin sofort eingeleiteten polizeilichen Ermittlungen ergaben, dass sich K häufig in der Sportanlage aufhält und dort regelmäßig mit Jungen im Alter zwischen acht und dreizehn Jahren Fußball spielt. Laut einer von der Polizei eingeholten Kriminalaktenauskunft gab es im Zeitraum von 1996 bis 2007 sieben Ermittlungsverfahren gegen K wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern und Besitz kinderpornographischer Bilder. In fünf Fällen wurde das Verfahren eingestellt, in zwei Fällen wurde K verurteilt (zuletzt im Jahr 2003). Aufgrund ihrer Ermittlungen kam die Polizei zu dem Schluss, dass am 23.10.2011 zwar kein strafbares Verhalten des K vorgelegen habe, aber ausreichend Anlass zur Durchführung einer sog. Gefährderansprache bestehe, um auf das zukünftige Verhalten des K Einfluss zu nehmen. Die Gefährderansprache wurde am 14.11.2011 in der Wohnung des K durchgeführt, wobei seitens des durchführenden Polizeibeamten im Wesentlichen folgende Äußerungen erfolgten: „Es habe in der Vergangenheit Vorfälle gegeben, die Polizei sei berechtigt, eine Gefährderansprache durchzuführen, K habe am 23.10.2011 mit Kindern Fußball gespielt, was sehr ungewöhnlich sei und man würde ihn im Auge behalten.“

Am 11.04.2012 hat K vor dem Verwaltungsgericht Klage mit dem Antrag erhoben, die Rechtswidrigkeit der Gefährderansprache festzustellen. Er müsse jederzeit mit entsprechenden polizeilichen Maßnahmen rechnen, da er auch weiterhin mit Kindern Fußball spielen wolle. Die Gefährderansprache habe Eingriffscharakter. Sie habe in seine allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen, da er die Ansprache nur so habe verstehen können, dass er sich nicht mehr in der Nähe von Kindern aufhalten solle. Die Gefährderansprache sei mangels Eingriffsermächtigung rechtswidrig. Die Voraussetzungen des § 8 LPolG hätten nicht vorgelegen, da keine ausreichende Grundlage für die Gefahrenprognose bestanden habe. Der polizeiliche „Hausbesuch“ sei den Nachbarn nicht verborgen geblieben und habe in der Nachbarschaft Wellen geschlagen. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Hinweise: Im Land L ist von den Ermächtigungen in §§ 61 Nr. 3, 68 Abs. 1 S. 2, 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kein Gebrauch gemacht.

Auszug aus dem Polizeigesetz des Landes L (LPolG):

§ 1 LPolG Aufgaben der Polizei

(1) Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren (Gefahrenabwehr). Sie hat im Rahmen dieser Aufgabe Straftaten zu verhüten sowie vorbeugend zu bekämpfen. ...

Leitsätze

1. Die (mündliche) Gefährderansprache ist eine gesetzlich nicht geregelte polizeiliche Maßnahme zur Verhütung oder vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten. Sie findet insbesondere gegenüber gewaltbereiten Demonstrationsteilnehmern und Hooligans Anwendung.
2. Der Begriff der Gefährderansprache ist nicht eindeutig definiert. Rechtsnatur und Rechtmäßigkeitsanforderungen sind einzelfallabhängig zu ermitteln.
3. Für die Rechtmäßigkeitsanforderungen ist entscheidend, ob die Gefährderansprache zu einem Grundrechtseingriff führt:
 - a) Für Gefährderansprachen mit Eingriffsqualität ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Das wird regelmäßig die polizeiliche Generalklausel sein.
 - b) Für Gefährderansprachen ohne Eingriffsqualität ist es ausreichend, wenn sie von der allgemeinen polizeilichen Aufgabenzuweisung gedeckt sind.
4. Bei einer schriftlichen Gefährderansprache (auch Gefährderschreiben) bestehen keine sachlichen Unterschiede.

(Leitsätze des Bearbeiters)

§ 8 LPolG Allgemeine Befugnisse

(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. ...

Lösung

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

A. Zulässigkeit der Klage vor dem VG

I. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die **Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs** nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Die danach erforderliche **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** liegt jedenfalls dann vor, wenn die streitentscheidende Norm eine solche des öffentlichen Rechts ist. Streitentscheidend ist die Vorschrift, auf deren Grundlage die Gefährderansprache ergangen ist. Insoweit kommen nur § 8 Abs. 1 LPolG oder § 1 Abs. 1 LPolG in Betracht. Die Normen regeln Aufgaben und Befugnisse der Polizei und sind daher solche des öffentlichen Rechts. Mithin liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

2. Die Streitigkeit ist auch **nichtverfassungsrechtlicher Art**. Da keine Verfassungsorgane beteiligt sind, fehlt es schon in formeller Hinsicht an der dafür erforderlichen doppelten Verfassungsunmittelbarkeit.

3. Es besteht auch **keine abdrängende Zuweisung**. Insbesondere scheidet eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (Strafgerichte) nach § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG aus: Die Polizei ist nicht (repressiv) als Justizbehörde auf dem Gebiet der Strafrechtspflege zum Zwecke der Verfolgung einer von K bereits begangenen Straftat, sondern (präventiv) zur Verhütung künftiger Straftaten tätig geworden.

Damit ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Die **statthafte Klageart** richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). K hat den Antrag gestellt, die Rechtswidrigkeit der Gefährderansprache festzustellen. Daher kommt nur eine auf Feststellung gerichtete Klage in Betracht.

1. Eine **Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO** ist nur statthaft, wenn die Klage des K auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines (erledigten) Verwaltungsaktes gerichtet ist. Dann müsste die Gefährderansprache ein **Verwaltungsakt** i.S.d. § 35 VwVfG gewesen sein. Fraglich ist allein, ob mit der Gefährderansprache eine **Regelung** getroffen wurde. Das ist dann der Fall, wenn die Maßnahme ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet ist, eine **verbindliche Rechtsfolge** zu setzen. Daran fehlt es hier, insbesondere enthält die Gefährderansprache kein an K gerichtetes Ge- oder Verbot.

Damit scheidet eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO als statthafte Klageart aus.

2. Als statthafte Klageart kommt daher die **allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 Fall 1 VwGO** in Betracht.

a) Dann müsste K mit seiner Klage die Feststellung des **(Nicht-) Bestehens eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses** begehren.

Unter einem feststellungsfähigen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht.

§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO erfasst aufgrund seiner systematischen Stellung im Abschnitt über Urteile unmittelbar nur den Fall der Erledigung nach Klageerhebung. Tritt wie hier Erledigung vor Klageerhebung ein, kommt nur eine analoge Anwendung in Betracht (vgl. AS-Skript VwGO [2015], Rn. 357 ff.).

aa) Mit dem Antrag festzustellen, dass die Gefährderansprache rechtswidrig ist, begehrt K der Sache nach die Feststellung, dass die Polizei zu der Gefährderansprache **nicht berechtigt** war. Diese Frage bemisst sich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des LPoIG. Also möchte K das **Nichtbestehen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses** feststellen lassen.

bb) Feststellungsfähig ist aber nur ein **hinreichend konkretisiertes Rechtsverhältnis**; es darf sich nicht lediglich um die Klärung abstrakter Rechtsfragen handeln. Insoweit bestehen keine Bedenken, da die Frage, ob die Polizei zu der Gefährderansprache des K berechtigt war, durch Zeit, Ort und Inhalt der Ansprache hinreichend konkretisiert ist.

cc) In Ermangelung einer gegenteiligen gesetzlichen Regelung kann Gegenstand der Feststellungsklage auch ein **vergangenes Rechtsverhältnis** sein. Daher steht der Umstand, dass sich die Gefährderansprache erledigt hat, der Statthaftigkeit der Klage nicht entgegen.

b) Die danach grundsätzlich statthafte Feststellungsklage ist gleichwohl ausgeschlossen, wenn der **Grundsatz der Subsidiarität** eingreift, **§ 43 Abs. 2 S. 1 VwGO**. Das ist der Fall, wenn der Kläger sein Begehren mit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage erreichen kann oder hätte erreichen können.

aa) Unter den Begriff der **Gestaltungsklage** fällt nur die Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO. Diese scheidet von vornherein aus, weil es sich bei der Gefährderansprache nicht um einen Verwaltungsakt handelt.

bb) Ob K gegen eine erneute Gefährderansprache im Wege einer **vorbeugenden Unterlassungsklage** als Unterfall der allgemeinen Leistungsklage vorgehen kann, bedarf keiner Klärung, weil eine solche Klagemöglichkeit nicht zum Ausschluss der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO führt. Kommen sowohl eine Feststellungsklage als auch eine allgemeine Leistungsklage in Betracht und richtet sich die Klage wie hier gegen einen Hoheitsträger, ist die Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes nach dessen **Sinn und Zweck** nicht geboten: In diesem Fall droht weder eine doppelte Inanspruchnahme der Gerichte noch eine Umgehung der Vorschriften über das Vorverfahren (§§ 68–73 VwGO) und die Klagefrist (§ 74 VwGO).

Damit ist die Klage des K als **negative Feststellungsklage** gemäß § 43 Abs. 1 Fall 1 Alt. 2 VwGO statthaft.

III. Die allgemeine Feststellungsklage ist aber nur zulässig, wenn auch deren **besondere Sachurteilsvoraussetzungen** erfüllt sind.

1. Gemäß § 43 Abs. 1 VwGO ist für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ein **Feststellungsinteresse** erforderlich. Dafür reicht im Normalfall jedes berechnigte Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art aus. Handelt es sich aber – wie hier – um eine nachträgliche Feststellungsklage, so ist – wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO – ein **besonderes Feststellungsinteresse** erforderlich.

Das danach erforderliche besondere Feststellungsinteresse ist hier unter dem Gesichtspunkt der **Wiederholungsgefahr** gegeben. Da in der Kriminaldatenbank über K Daten gespeichert sind und K auch weiterhin mit Kindern Fußball spielen will, besteht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Polizei eine weitere Anzeige zum Anlass für eine erneute Gefährderansprache nehmen wird.

2. Das Erfordernis der **Klagebefugnis** gilt gemäß § 42 Abs. 2 VwGO unmittelbar nur für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Nach der Rspr. ist jedoch auch im Fall der Feststellungsklage § 42 Abs. 2 VwGO analog anzuwenden, um Popularklagen auszuschließen. F muss also geltend machen, durch die Gefährderansprache in seinen Rechten verletzt zu sein.

Das VG Köln stellt demgegenüber auf die Frage ab, ob mit der Gefährderansprache in Grundrechte des K eingegriffen worden ist.

Vgl. zuletzt BVerwG RÜ 2016, 323, 327.

Abweichendes gilt nur für die beamtenrechtliche Feststellungsklage, wenn ein Vorverfahren durchgeführt worden ist (§ 126 Abs. 2 BBG, § 54 Abs. 2 BeamtStG).

Die dafür erforderliche **Möglichkeit der Rechtsverletzung** fehlt nur dann, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise das vom Kläger behauptete Recht bestehen oder ihm zustehen kann. Da K Adressat der Gefährderansprache war, besteht zumindest die Möglichkeit, dass er in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist. K ist damit klagebefugt.

3. Die Vorschriften über das **Vorverfahren** (§§ 68–73 VwGO), die **Klagefrist** (§ 74 VwGO) und den richtigen **Klagegegner** (§ 78 VwGO) stehen im 8. Abschnitt der VwGO und gelten nach dessen Überschrift nur für die hier nicht vorliegende Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage.

Bei der **Feststellungsklage** bestimmt sich der **Klagegegner** nach allgemeinen Prozessgrundsätzen. Danach ist eine Klage gegen die juristische Person und nicht gegen deren Organe zu richten (**Rechtsträgerprinzip**), da nur juristische Personen Träger von Rechten und Pflichten sein können. Richtiger Klagegegner ist damit das **Land** als Träger der Polizei.

IV. Die **Beteiligtenfähigkeit** des K folgt aus § 61 Nr. 1 Fall 1 VwGO, die des Landes als juristischer Person aus § 61 Nr. 1 Fall 2 VwGO. Die Prozessfähigkeit des K folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, die des Landes richtet sich nach § 62 Abs. 3 VwGO. Die Klage des K ist damit zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn die Polizei zur Gefährderansprache des K nicht berechtigt war. Das ist der Fall, wenn die Maßnahme **rechtswidrig** war.

I. Ob für die Gefährderansprache eine **Ermächtigungsgrundlage** (z.B. § 8 LPolG) erforderlich ist, hängt davon ab, ob mit ihr ein Eingriff in Grundrechte erfolgt.

OVG NRW: „[13] Aus dem Vorbehalt des Gesetzes folgt zunächst anerkanntermaßen, dass (jedenfalls) dann, wenn hiermit ein Eingriff in Grundrechte erfolgt, polizeiliches Handeln einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, einer Befugnisnorm, bedarf. Fehlt dem polizeilichen Handeln jedoch der Eingriffscharakter, stellt die allgemeine Aufgabenzuweisungsnorm eine hinreichende Handlungsgrundlage dar (...). [14] Nach allgemeiner Auffassung gilt dies auch für polizeiliches Tätigwerden, für das sich der – allerdings nicht eindeutig definierte – Begriff der Gefährderansprache etabliert hat (...). [15] Ob eine Gefährderansprache in Grundrechte des Betroffenen eingreift, ist danach **abhängig von ihrem konkreten Inhalt**. Nicht jede Ansprache eines (möglichen) Gefährders als solcher durch die Polizei erfüllt an sich die Voraussetzungen, die an einen Grundrechtseingriff zu stellen sind.“

1. Die Voraussetzungen eines **klassischen Eingriffs** (hier in die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG), der ein finales Handeln durch Rechtsakt und eine Beeinträchtigung durch Ge- oder Verbote voraussetzt, erfüllt die Gefährderansprache als nichtregelndes schlichtes Verwaltungshandeln nicht.

2. Nach dem heute allgemein anerkannten **weiten Eingriffsbegriff** können aber auch faktische bzw. mittelbare Einwirkungen u.U. einen Grundrechtseingriff darstellen. Das könnte bei der Gefährderansprache der Fall sein, wenn dadurch die **Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen** in relevanter Weise eingeschränkt wird. Denn die Freiheitsgrundrechte schützen nicht nur die Ausführung der durch sie geschützten Handlungen, sondern auch die Freiheit zu entscheiden, ob der Betroffene von seiner Freiheit Gebrauch machen will oder nicht.

VG Köln: „Maßgeblich für die Frage der Eingriffsqualität ist, ob die Gefährderansprache geeignet ist, die Willensentschließungsfreiheit des Betroffenen in relevanter Weise einzuschränken, was von der Beurteilung der Frage abhängt, wie viel Entscheidungsspielraum dem Betroffenen noch verbleibt. Kriterien für die Bewertung sind dafür, ob der Betroffene lediglich auf mögliche Gefahren und Folgen eines Verhaltens allgemein hingewiesen wird, ohne dass ihm gegenüber konkrete Maßnahmen angesprochen oder angedroht werden (in diesem Fall verbleibt ihm ein ausreichender Entscheidungsspielraum), oder er z. B. unter Bezugnahme auf in

der Vergangenheit liegendes ihm zur Last gelegtes Verhalten und dessen polizeiliche Relevanz angesprochen wird, um etwa seine Teilnahme an einer Demonstration zu verhindern, oder der Spielraum für eine eigene Willensentschließung etwa aus Furcht vor polizeilichen Maßnahmen und Nachteilen so stark beeinflusst wird, dass keine Entschließungsfreiheit mehr vorhanden ist (Eingriffsqualität). Maßgeblich für die Abgrenzung sind etwa die äußere Form der Gefährderansprache, die Begründung, die Berücksichtigung aller bekannten bzw. erkennbaren Umstände, Treu und Glauben, eine objektive Auslegung unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes sowie Zielrichtung und Zweck der Maßnahme.“

Im vorliegenden Fall ist eine **Eingriffsqualität** der Gefährderansprache im vorgenannten Sinne **nicht festzustellen**.

VG Köln: „Nach dem eigenen Vorbringen des Klägers hat der Bezirksbeamte sich dahingehend geäußert, es habe in der Vergangenheit Vorfälle gegeben, die Polizei sei berechtigt, eine Gefährderansprache durchzuführen, der Kläger habe am 23.10.2011 mit Kindern Fußball gespielt, was sehr ungewöhnlich sei und man würde ihn im Auge behalten. Darüber hinausgehende Äußerungen (was den Aspekt der Eingriffsqualität angeht) sind auch der dienstlichen Erklärung des Bezirksbeamten und dem sonstigen Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen. Damit ist bei der fraglichen Ansprache dem Kläger weder ein strafbares Verhalten oder das Bestehen eines entsprechenden Verdachtes vorgehalten worden noch ist der Kläger aufgefordert worden, in Zukunft das Fußballspielen mit Kindern zu unterlassen oder überhaupt keinen Kontakt mit Kindern aufzunehmen. Ein wesentlicher Aspekt der Gefährderansprache war danach vielmehr die auch verbal zum Ausdruck gebrachte Zielsetzung, dem Kläger deutlich zu machen, dass man ihn im Auge behalte, weil es vor dem Hintergrund früherer Auffälligkeiten für einen Mann seines Alters ungewöhnlich erscheine, dass er mit Kindern Fußball spiele. Bei diesen Gegebenheiten liegt eine Einflussnahme auf die Willensentschließungsfreiheit des Klägers in dem Sinne, jeden Kontakt mit Kindern zu unterlassen, nicht vor. Vielmehr sollte der Kläger durch den Hinweis, man werde ihn im Auge behalten, von eventuellen sexuell motivierten Straftaten in Bezug auf Kinder und Jugendliche abgehalten werden. Allein dadurch wird die Handlungsfreiheit des Klägers jedoch nicht im Sinne eines Eingriffs eingeschränkt.“

2. Ein mittelbarer Grundrechtseingriff könnte sich aber aus der **Art und Weise der Durchführung** der Gefährderansprache ergeben.

VG Köln: „Die Gefährderansprache erhält auch durch die äußeren Gegebenheiten noch keine Eingriffsqualität. Zwar ist es durchaus möglich, dass das Erscheinen des Polizeibeamten im Haus ‚in der Nachbarschaft Wellen geschlagen hat‘ ... Diese von der Polizei letztlich nicht zu beeinflussenden Begleitumstände verleihen der Maßnahme als solcher jedoch keinen anderen Charakter. Denn der Umstand, dass etwa die Polizei im Rahmen von Ermittlungen Kontakt zu einer bestimmten Person aufnimmt, etwa um von ihr Hinweise für weitere Ermittlungen zu erhalten, und dies in der Nachbarschaft dahingehend interpretiert wird, dass es sich bei dem Betroffenen möglicherweise um einen Straftäter handele, würde ebenfalls der entsprechenden Tätigkeit der Polizei noch keinen Eingriffscharakter verleihen.“

Da die Gefährderansprache mithin keinen Grundrechtseingriff darstellte, ist für ihre Rechtmäßigkeit nicht erforderlich, dass die Voraussetzungen der Generalklausel des § 8 LPolG vorlagen.

II. Ausreichend ist vielmehr, dass sich die Polizei bei der Gefährderansprache im Rahmen ihres durch § 1 Abs. 1 LPolG beschriebenen **Aufgabenbereichs** gehalten hat. Insoweit ist die Einschätzung der Polizei nicht zu beanstanden, dass aufgrund der Ermittlungsergebnisse ausreichend Anlass zur Durchführung einer Gefährderansprache bestand.

Ergebnis: Die zulässige Klage ist unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

RA Robert Gründer