

Sommersemester 2008

Polizei- und Ordnungsrecht

Prof. Dr. Dagmar Felix

Hausarbeit

Universität Hamburg
Fakultät für Rechtswissenschaften

Sachverhalt

1. Teil

Bei der Fußball-EM 2008 wurden in diversen deutschen Großstädten Fanfeste und Public-Viewing-Events veranstaltet, die sich großer Beliebtheit bei den zahlreichen Besuchern erfreuten. Die Veranstaltungen verliefen nicht überall ohne Zwischenfälle. In Hamburg war es bei einer Spielbegegnung Anfang Juni zu Flaschenwürfen gekommen und es waren aus der Menge der Zuschauer heraus Feuerwerkskörper und Signalmunition in die feiernden Menschenmassen geschossen worden, wodurch die hiervon getroffenen Personen zum Teil erhebliche Verletzungen erlitten. Verantwortlich für die Flaschenwürfe war – neben anderen Personen – der X. X, der schon in anderen Zusammenhängen als Randalierer in Erscheinung getreten war, wurde vorläufig festgenommen. Der Zugriff auf X, bei dem auch körperliche Gewalt angewendet wurde, wurde von dem unmittelbar daneben stehenden Journalisten und Pressefotografen P fotografisch festgehalten. P hatte in der Vergangenheit wiederholt kritisch über den Einsatz von Gewalt durch Polizeibeamte berichtet. Zwei seiner Artikel enthielten tendenziöse und zum Teil unrichtige sowie frei erfundene Passagen; in einem Fall war die Unkenntlichmachung eines Polizeibeamten auf einem Foto (durch Balken oder Pixel) nicht durchgeführt worden. Infolge dieser Negativdarstellung der Polizei war P in Polizeikreisen bekannt. Einer der Polizeibeamten auf dem Heiligengeistfeld erkannte P, rief diesem zu: „Weg mit der Kamera!“ und drohte an, die Kamera einzuziehen. Als P keine Anstalten machte, der Anordnung zu folgen, entriss ihm der Polizeibeamte die Kamera und nahm diese an sich. Die Kamera wurde P am nächsten Tag auf einer Polizeiwache wieder ausgehändigt. Die in der Kamera befindliche Speicherkarte war beschädigt worden, die darauf vorhandenen Fotos ließen sich nicht mehr anzeigen. P möchte das ihm gegenüber erfolgte polizeiliche Handeln „so nicht durchgehen lassen“. Außerdem plant er, später Schadensersatzansprüche wegen der Beschädigung der Speicherkarte geltend zu machen. Er erhebt Klage vor dem Verwaltungsgericht.

2. Teil

S hatte sich während der EM-Übertragungen auf das Heiligengeistfeld begeben. An einer Einlassprüfstelle war sie von Polizeibeamten angehalten und aufgefordert worden, sich in ein dort aufgebautes Zelt zu begeben. In dem Zelt befanden sich zwei Durchsuchungsbereiche, einer für Frauen und einer für Männer. Nach einer Ausweiskontrolle waren S Jacke und Tasche

abgenommen und durchsucht worden. Sodann war sie aufgefordert worden, sich komplett zu entkleiden. S kam dieser Aufforderung unter Protest gegen das Vorgehen der Polizei nach. Pyrotechnische Gegenstände wurden bei ihr nicht gefunden. Vergleichbaren Kontrollen mussten sich an diesem Tag auch andere Besucher des Fanfestes unterziehen.

Auf Grund der großen Beliebtheit der Public-Viewing-Events beschloss die Freie und Hansestadt Hamburg unmittelbar nach der EM, diese Veranstaltungskonzeption auch bei Bundesliga-Topspielen sowie Champions-League-Partien durchzuführen. S möchte an den geplanten Events teilnehmen, fürchtet aber, erneut Opfer einer polizeilichen Kontrollaktion zu werden.

Am 07.08.2008 stellt sie beim Verwaltungsgericht einen Antrag, mit dem sie die Unterlassung derartiger Maßnahmen für das am 15.8.2008 übertragene Bundesliga Auftaktspiel zwischen dem FC Bayern und dem Hamburger SV sowie für alle künftigen Spiele begehrt. Sie trägt vor, dass sie seit dem Vorfall psychisch belastet sei. Es sei ihr nicht erklärlich gewesen, wieso sie ausgewählt worden sei, während tausende andere Besucher den Bereich des Heiligengeistfeldes ohne derartige Maßnahmen hätten betreten dürfen. Die Polizeibeamten hätten ihr zu verstehen gegeben, dass derartige Vorkehrungen anlässlich der schlechten Erfahrungen zur Verhinderung von Ausschreitungen erforderlich seien. Die Maßnahme sei Teil des Sicherheitskonzeptes, auch in Zukunft werde man so vorgehen. In anderen Großstädten seien bei vergleichbaren Veranstaltungen und in Fußballstadien in großer Anzahl pyrotechnische Gegenstände und Waffen in der Unterwäsche und im Intimbereich der Besucher versteckt in die Veranstaltungszonen geschuggelt worden. Häufig würden hierbei als Transportpersonen unauffällige, nach äußeren Kriterien von friedlichen Besuchern nicht unterscheidbare – oft weibliche – Personen eingesetzt.

Bearbeitervermerk: Im einem umfassenden Rechtsgutachten sind – gegebenenfalls hilfsgrachtlich – die Erfolgsaussichten des gerichtlichen Vorgehens des P und der S zu untersuchen.

Inhaltsverzeichnis

1. Teil	1
A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	1
B. Zulässigkeit	1
I. Statthafte Klageart	1
1. Anordnung „Weg mit der Kamera“	2
a) Rechtsnatur der Anordnung	2
b) Klageart	2
aa) Analoge Fortsetzungsfeststellungsklage	2
bb) Feststellungsklage	3
cc) Zwischenergebnis	4
2. Wegnahme	4
a) Rechtsnatur der Wegnahme	4
b) Klageart hinsichtlich der konkludenten Duldungsverfügung	4
c) Klageart hinsichtlich der tatsächlichen Wegnahme	5
aa) Feststellung des Rechtsverhältnisses	5
bb) Subsidiarität	5
II. Klagebefugnis	5
III. Feststellungsinteresse	6
IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit	7
V. Zwischenergebnis	7
C. Objektive Klagehäufung	7
D. Begründetheit	7
I. Rechtmäßigkeit der Anordnung	7
1. Ermächtigungsgrundlage	7
2. Formelle Rechtmäßigkeit	8
a) Zuständigkeit	8
b) Verfahren und Form	9
c) Zwischenergebnis	9
3. Materielle Rechtmäßigkeit	9
a) Öffentliche Sicherheit	9
Recht am eigenen Bild	9
(1) Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte	9
(2) Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen	10
(3) Zwischenergebnis	11
b) Gefahr	11
c) Verantwortlichkeit	12
d) Ermessen	12
aa) Geeignetheit	12
bb) Erforderlichkeit	12
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	12
(1) Betroffene Rechtsgüter	13
(2) Abwägung	13

e) Zwischenergebnis.....	14
4. Ergebnis zu I.....	15
II. Rechtmäßigkeit der konkludenten Duldungsverfügung	15
1. Ermächtigungsgrundlage.....	15
2. Formelle Rechtmäßigkeit	15
3. Materielle Rechtmäßigkeit	15
a) Unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit.....	15
b) Verantwortlichkeit und Ermessen.....	16
4. Ergebnis zu II.	16
III. Rechtmäßigkeit der Wegnahme	16
1. Ermächtigungsgrundlage.....	16
2. Formelle Rechtmäßigkeit	16
3. Materielle Rechtmäßigkeit	17
a) Wirksame Verfügung	17
b) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen	17
c) Durchführung der Vollstreckung	17
aa) Allgemeine Verfahrensvorschriften	17
bb) Auswahl und Verfahren des Zwangsmittels	17
4. Ergebnis zu III.	18
E. Ergebnis.....	18
2. Teil	18
A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	18
B. Zulässigkeit	19
I. Statthafte Verfahrensart	19
1. Abgrenzung	19
2. Statthaftigkeit im Hauptverfahren	19
3. Sicherungs- oder Regelungsanordnung.....	20
4. Zwischenergebnis.....	20
II. Antragsbefugnis.....	20
III. Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis	20
IV. Zuständigkeit des Gerichts.....	21
V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit.....	21
VI. Zwischenergebnis.....	21
C. Begründetheit	21
I. Passivlegitimation	21
II. Sicherungsanspruch	22
1. Rechtsgrundlage für Unterlassungsanspruch	22
2. Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs ..	22
a) Beeinträchtigung eines schützenswertes Rechtsgut	23
b) Rechtmäßigkeit der Durchsuchung.....	23
aa) Ermächtigungsgrundlage.....	23
bb) Formelle Rechtmäßigkeit.....	24
cc) Materielle Rechtmäßigkeit	24
(1) Sicherstellungsbedürftigkeit der Sache	25

(2) Tatsachen, die die Annahme einer Sicherstellung rechtfertigen	25
(3) Verantwortlichkeit	26
(4) Ermessen.....	27
(a) Auswahl des Störers.....	27
(b) Verhältnismäßigkeit.....	27
(i) Geeignetheit	27
(ii) Erforderlichkeit.....	27
(iii) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	28
(5) Zwischenergebnis	29
c) Rechtmäßigkeit sonstiger Maßnahmen	29
d) Wiederholungsgefahr	29
3. Zwischenergebnis.....	29
III. Anordnungsgrund.....	29
IV. Keine Vorwegnahme der Hauptsache.....	30
D. Ergebnis.....	30

Literaturverzeichnis

- | | |
|---|--|
| <p>Alberts, Hans-Werner / Merten,
Karlheinz / Rogosch, Josef Kon-
rad</p> | <p>Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit
und Ordnung (SOG) Hamburg mit Erläuterun-
gen
Stuttgart 1996
(zitiert: Alberts/Merten/Rogosch, HmbSOG)</p> |
| <p>Degenhart, Christoph</p> | <p>Staatsrecht I
Staatorganisationsrecht
23. Auflage, Heidelberg 2007
(zitiert: Degenhart, StaatsR I)</p> |
| <p>Dreier, Horst</p> | <p>Grundgesetz
Kommentar
Band 1, Artikel 1-19
2. Auflage, Tübingen 2004
(zitiert: Dreier – <i>Bearbeiter</i>, GG)</p> |
| <p>Eyermann, Erich / Fröhler, Lud-
wig</p> | <p>Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
12. Auflage, München 2006
(zitiert: Eyermann – <i>Bearbeiter</i>, VwGO)</p> |
| <p>Felix, Dagmar</p> | <p>Die unmittelbare Ausführung von Gefahrenab-
wehrmaßnahmen
Zeitschrift für öffentliches Recht in Nord-
deutschland 2003, 133 ff.
(zitiert: <i>Felix</i>, NordÖR 2003, 133)</p> |
| <p>Finkelburg, Klaus / Dombert,
Matthias / Külpmann, Christoph</p> | <p>Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreit-
verfahren
5. Auflage, München 2008
(zitiert: Finkelburg/Dombert/Külpmann)</p> |
| <p>Gornig, Gilbert</p> | <p>Zur Polizeifestigkeit der Pressefreiheit
Juristische Schulung 1999, 1167 ff.
(zitiert: <i>Gornig</i>, JuS 1999, 1167)</p> |
| <p>Hufen, Friedhelm</p> | <p>Verwaltungsprozessrecht
7. Auflage, München 2008
(zitiert: Hufen, VwPR)</p> |

VIII

- Jarass, Hans
Konflikte zwischen Polizei und Presse bei Demonstrationen
Juristenzeitung 1983, 280
(zitiert: *Jarass*, JZ 1983, 280)
- Kerber, Anna
Europäische Hochschulschriften
Band 2
Bildberichterstattung über Polizeieinsätze
Frankfurt am Main 1992
(zitiert: Kerber, EHS Bd. 2)
- Knemeyer, Franz-Ludwig
Polizei- und Ordnungsrecht
11. Auflage, München 2007
(zitiert: Knemeyer, POR)
- Kokott, Juliane
Die dogmatische Einordnung der Begriffe „Störer“ und „Anscheinsstörer“ in einer zunehmend technisierten Gesellschaft
Deutsches Verwaltungsblatt 1992, 749 ff.
(zitiert: *Kokott*, DVBl. 1992, 749)
- Laubinger, Hans-Werner
Höchststrichterliche Rechtsprechung im Verwaltungsrecht – Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch
Verwaltungsarchiv 1989, 261 ff.
(zitiert: *Laubinger*, VerwArch 1989, 261)
- Lisken, Hans / Denninger, Erhard
Handbuch des Polizeirechts
4. Auflage, München 2007
(zitiert: Lisken/Denninger – *Bearbeiter*, HdBdPOR)
- Löffler, Martin
Presserecht
Kommentar
5. Auflage, München 2006
(zitiert: Löffler, PresseR)
- Merten Karlheinz / Merten Heike
Hamburgisches Polizei- und Ordnungsrecht
Kommentar der SOG für Praxis und Ausbildung
Stuttgart 2007
(zitiert: Merten, HmbSOG)

- Neumann-Duesberg, Horst
Bildberichterstattung über absolute und relative
Personen der Zeitgeschichte
Juristenzeitung, 1960, 114 ff.
(zitiert: *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114)
- Papier, Hans-Jürgen
Enteignungsgleiche und enteignende Eingriffe
nach der Naßauskiesung-Entscheidung – BGHZ
90, 17 und BGH NJW 1984, 1876
Juristische Schulung 1985, 184 ff.
(zitiert: *Papier*, JuS 1985, 184)
- Petersen-Thrö, Ulf
Anmerkungen zum Beschluss des Sächsischen
Oberverwaltungsgerichts vom 19. November
2007 – 3 B 665/05
Sächsisches Verwaltungsblatt, Heft 4/2008, 82 f.
(zitiert: *Petersen-Thrö*, SächsVBl. 4/08, 82)
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard
/ Kniesel, Michael
Polizei- und Ordnungsrecht
4. Auflage, München 2007
(zitiert: *Pieroth/Schlink/Kniesel*, POR)
- Rasch, Ernst
Der Realakt insbesondere im Polizeirecht
Deutsches Verwaltungsblatt 1992, 207 ff.
(zitiert: *Rasch*, DVBl. 1992, 207)
- Redeker, Konrad / von Oertzen,
Hans-Joachim
Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
14. Auflage, Stuttgart 2004
(zitiert: *Redeker/von Oertzen*, VwGO)
- Schenke, Ralf Peter
Neue Wege im Rechtsschutz gegen vorprozes-
sual erledigte Verwaltungsakte?
Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2000,
1255 ff.
(zitiert: *Schenke*, NVwZ 2000, 1255)
- Schenke, Wolf-Rüdiger
Verwaltungsprozessrecht
11. Auflage, Heidelberg 2007
(zitiert: *Schenke*, VwPR)
- Schenke, Wolf-Rüdiger
Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshan-
deln
Juristische Ausbildung 1980, 133 ff.
(zitiert: *Schenke*, Jura 1980)

- Schenke, Wolf-Rüdiger
Polizei- und Ordnungsrecht
5. Auflage, Heidelberg 2007
(zitiert: Schenke, POR)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Hofmann, Hans / Hopfauf, Axel
Kommentar zum Grundgesetz
11. Auflage, München 2008
(zitiert: Schmidt-Bleibtreu – *Bearbeiter*, GG)
- Schmitt Glaeser/Horn
Verwaltungsprozessrecht
Kurzlehrbuch
16. Auflage, Stuttgart 2007
(zitiert: Schmitt Glaeser/Horn, VwPR)
- Schoch, Friedrich
Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht
Juristische Schulung 1995, 307 ff.
(zitiert: *Schoch*, JuS 1995, 307)
- Schricker, Gerhard / Dietz, Adolf
Urheberrecht
Kommentar
3. Auflage, München 2006
(zitiert: Schricker – *Bearbeiter*, UrhR)
- Schwemer, Holger / Heinze, Arne
Hamburger SOG 2005
Systematischer Kommentar für Studium und Praxis
Hamburg 2005
(zitiert: Schwemer/Heinze, HmbSOG)
- Sodann, Helge / Ziekow, Jan
Nomos Kommentar
Verwaltungsgerichtsordnung
Großkommentar
2. Auflage, Baden-Baden 2006
(zitiert: NomosKom – *Bearbeiter*, VwGO)
- Von Münch, Ingo / Kunig, Philip
Grundgesetz-Kommentar
Band 1 - Präambel bis Art. 19
5. Auflage, München 2000
(zitiert: von Münch/Kunig – *Bearbeiter*, GG)
- Ziekow, Jan
Verwaltungsverfahrensgesetz
Kommentar
Stuttgart 2006
(zitiert: Ziekow, VwVfG)

Abkürzungen entsprechen:

Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelia

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache
6. Auflage, Berlin 2007

Gutachten

1. Teil

Die Klage des P ist erfolgreich, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und die Klage zulässig und begründet ist.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Mangels Vorliegen einer aufdrängenden Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten, richtet sich die Eröffnung nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Der Verwaltungsrechtsweg ist danach jedenfalls dann eröffnet, wenn das aus dem Sachvortrag des Klägers behauptete Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist¹. Nach der im Schrifttum allgemein anerkannten Sonderrechtstheorie, ist ein solches Rechtsverhältnis gegeben, wenn eine Seite ausschließlich als Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet wird². Der Kläger P richtet sein Klagebegehren gegen polizeiliche Maßnahmen eines Polizeibeamten (B), die er Anfang Juni 2008 während eines Public-Viewing-Events erdulden musste. Nach den streitentscheidenden Normen des HmbSOG ist die Polizeibehörde zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr berechtigt und verpflichtet. Auf Grund dessen handelt es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Auch streiten keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, weshalb keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit besteht. Der Kläger hat sich nicht wegen einer Straftat schuldig gemacht, weswegen die Polizei die Beschlagnahme auch nicht im Rahmen der §§ 94 ff. StPO vorgenommen hat. Vielmehr greift die Polizei aus Gründen der präventiven Schutzwirkung ein. Eine abdrängende Sonderzuweisung gem. § 23 I EGGVG besteht daher nicht. Der Verwaltungsrechtsweg für die Klage des P ist damit eröffnet.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. Dieser will festgestellt haben, dass die Handlungen des B,

¹ NomosKom - Sodann, VwGO, § 40, Rn. 266.

² Eyermann – Rennert, VwGO, § 40, Rn. 44.

also die Anordnung zum Verbot des Fotografierens und die anschließende Wegnahme der Kamera, rechtswidrig waren.

1. Anordnung „Weg mit der Kamera“

a) Rechtsnatur der Anordnung

Die Anordnung des Polizeibeamten „Weg mit der Kamera“ könnte ein Verwaltungsakt³ gewesen sein. Dies ist gem. § 35 I HmbVwVfG jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. B, als Angestellter der Polizeibehörde, ist Träger der öffentlichen Gewalt als Teil einer Behörde der Freien und Hansestadt Hamburg. Er erlässt gegenüber P eine Anordnung mit der Regelungswirkung, weiteres Fotografieren unverzüglich zu unterlassen. Die Anordnung ist daher ein VA. Dieser hat sich auch gem. § 43 II HmbVwVfG in sonstiger Weise erledigt, da sich durch die Vollstreckung der Wegnahme die Sachlage insoweit geändert hat, als dass eine Vollziehung des VA durch P unmöglich gewesen wäre. Demnach liegt ein erledigter VA vor.

b) Klageart

Die Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO scheidet wegen der Erledigung des VAs aus. Jedoch muss dem P wegen der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG eine Möglichkeit zur Klageerhebung gegeben sein. In Betracht kämen insoweit die Feststellungsklage gem. § 43 I 1. Alt. VwGO oder die Fortsetzungsfeststellungsklage⁴ gem. § 113 I 4 VwGO analog, da beide auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vor Klageerhebung erledigten VAs abzielen.

aa) Analoge Fortsetzungsfeststellungsklage

Die herrschende Meinung nimmt an, dass die FFK analog anzuwenden sei, da so dem bereits erwähnten Rechtsschutzgedanken am deutlichsten Rechnung getragen würde⁵. Es könne nicht vom Zufall abhängen, ob eine Klage gegen einen bereits erledigten VA statthaft ist⁶. In Abgrenzung zur Feststellungsklage wird die Notwendigkeit einer Analogie damit legiti-

³ Nachfolgend als VA bezeichnet.

⁴ Nachfolgend als FFK bezeichnet.

⁵ Schenke, Jura 1980, 133 (136).

⁶ Schmitt Glaeser/Horn, VwPR, Rn. 361.

miert, dass ein VA kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis begründet. Ein Rechtsverhältnis ist die sich aus dem konkreten Sachverhalt ergebene öffentlich-rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die wiederum eine öffentlich-rechtliche Norm betrifft⁷. Wegen dieser fehlenden öffentlich-rechtlichen Beziehung ist eine Feststellungsklage unmöglich. Ein weiterer Grund ist der Subsidiaritätsgrundsatz aus § 43 II 1 VwGO. Denn die inhaltliche Nähe des Klagebegehrens zu einer Anfechtungsklage müsste entsprechend bei der Feststellungsklage berücksichtigt werden, da ansonsten die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Anfechtungsklage umgangen würden⁸. In der Zusammenschau dieser Argumente wird deutlich, dass eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO notwendig ist. Der Kläger hätte ansonsten bei ein und demselben Klagebegehren unterschiedliche Verfahrensarten mit unterschiedlichen Verfahrensgegenständen⁹. Dies wäre systemwidrig¹⁰.

bb) Feststellungsklage

Für die in der Literatur allgemein angewandte Feststellungsklage gem. § 43 I 1. Alt VwGO spricht im Wesentlichen das Fehlen einer Regelungslücke. Das Argument, der VA stelle kein Rechtsverhältnis dar, wird dadurch entkräftet, dass das dem VA zu Grunde liegende Rechtsverhältnis aus der Berechtigung des Staates zum Erlass eines VA entstammt¹¹. Daraus kann geschlussfolgert werden, dass wiederum doch die Wirksamkeit des erlassenen VA festgestellt werden muss. Des Weiteren ist die Subsidiarität kein Hindernis, denn die Möglichkeit der Umgehung der Fristvorschriften bei der Anfechtungsklage besteht eben nicht, da die Feststellungsklage gerade nur für erledigte Verwaltungsakte gedacht ist¹². Gegen die FFK analog spricht vor allem auch die Gesetzessystematik. So ist die FFK aus § 113 I 4 VwGO lediglich eine Fortführung eines bereits eröffneten Prozesses, bei dem sich der streitige VA jedoch erst nach Klageerhebung erledigt hat. Die FFK analog hingegen, als selbstständige Klageart, wäre daher gesetzeswidersprüchlich, da sie auch nicht im Abschnitt der Verfahrensrechte der VwGO untergebracht ist.

⁷ Eyermann – Happ, VwGO, § 43, Rn. 12.

⁸ Schenke, Jura 1980, 133 (139).

⁹ Schenke, Jura 1980, 133, (139).

¹⁰ Schenke, VwPR, Rn. 325.

¹¹ Schenke, NVwZ 2000, 1255 (1257).

¹² BVerwG NVwZ 2000, 63 (64).

cc) Zwischenergebnis

Aus diesen genannten Gründen ist die Anordnung im Wege der Feststellungsklage gem. § 43 I VwGO zu prüfen.

2. Wegnahme

a) Rechtsnatur der Wegnahme

Fraglich ist, um welche Rechtsnatur es sich bei der tatsächlichen Wegnahme handelt. Vorliegend könnte es sich bei dem bloßen Entreißen der Kamera um einen Realakt handeln, da dieser nicht auf einen rechtlichen Erfolg, sondern einen tatsächlichen Erfolg abzielt¹³. Da jedoch Realakte grundsätzlich nicht vollstreckbar sind, bedürfen sie eines vollstreckbaren Verwaltungsaktes¹⁴. Denn ein solcher ist nur dann entbehrlich, wenn der Betroffene der Wegnahme nicht entgegensteht¹⁵. P wurde jedoch die Kamera durch B entrisen, weshalb keine freiwillige Gewahrsamsverschiebung vorliegt. Dafür wird eine Grundverfügung benötigt. Aus diesem Grund muss bei Standardmaßnahmen zugleich die Verpflichtung zur Duldung des mit ihr verbundenden Realakts gesehen werden¹⁶. Denn die Sicherstellung hat auch den Charakter einer Anordnung, weil nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit der Betroffene die Möglichkeit haben muss, die Sache herauszugeben. Fehlt eine solche, wird eine konkludente Duldungsverfügung hinzugedacht, so dass der der Betroffene die Sicherstellung zu dulden hat¹⁷. Deshalb steckt in der Wegnahme sowohl ein Realakt als auch ein VA in Form einer konkludenten Duldungsverfügung.

b) Klageart hinsichtlich der konkludenten Duldungsverfügung

Bei der konkludenten Duldungsverfügung handelt es sich um einen erledigten VA, die Verwahrung der Sache nur bis zur ihrer Rückgabe zu dulden ist¹⁸. Insoweit ist wiederum die Feststellungsklage gem. § 43 I 1. Alt einschlägig.

¹³ *Rasch*, DVBl. 1992, 207 (208).

¹⁴ *Schenke*, POR, Rn. 116.

¹⁵ *Knemeyer*, POR, Rn. 250.

¹⁶ *Schenke*, POR, Rn. 116.

¹⁷ *Felix*, NordÖR 2003, 133 (135).

¹⁸ *Schenke*, POR, Rn. 159.

c) Klageart hinsichtlich der tatsächlichen Wegnahme

Fraglich ist, welche Klageart für den Realakt maßgeblich ist. In Betracht käme auch hier eine Feststellungsklage gem. § 43 I 1 Alt. VwGO. Diese ist gegeben, wenn der Kläger das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt haben will und hierfür ein berechtigtes Interesse vorbringen kann.

aa) Feststellung des Rechtsverhältnisses

Da ein Rechtsverhältnis regelmäßig auch durch Realakt begründet wird, bestand ein Rechtsverhältnis¹⁹. Denn aus dem Sachverhalt geht hervor, dass der Beamte aus Gründen der Gefahrenabwehr die Kamera an sich nahm und somit die öffentlich-rechtlichen Normen des HmbSOG betroffen sind. Dass es sich hierbei um ein vergangenes Rechtsverhältnis handelt, spielt keine Rolle, da ein durch einen abgeschlossenen Realakt begründetes Rechtsverhältnis regelmäßig Gegenstand einer Feststellungsklage ist²⁰.

bb) Subsidiarität

Der Kläger konnte nicht im Wege einer Gestaltungs- oder Leistungsklage sein Recht geltend machen. Denn maßgeblich für die Subsidiarität ist der Zeitpunkt der Klageerhebung²¹, bei dem jedoch die VAs als auch der Realakt bereits erledigt waren. Auch eine allgemeine Leistungsklage kommt nicht in Betracht, da sie nicht mit dem Klagebegehren des P korreliert. Die Subsidiarität gem. § 43 II VwGO wurde daher gewahrt.

II. Klagebefugnis

Zur Vorhinderung von Popularklagen müsste P zur Klage befugt gewesen sein. Dies ist der Kläger gem. § 42 II VwGO analog grundsätzlich dann, wenn er in einem substantiierten Sachvortrag geltend machen kann, in seinen eigenen Rechten verletzt worden zu sein²². Eine bloße Behauptung reicht dabei nicht aus²³. Nach der in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Möglichkeitstheorie muss die Darlegung ergeben, dass nach offensichtlicher und eindeutiger Betrachtungsweise die vom Kläger be-

¹⁹ Schenke, VwPR, Rn. 393.

²⁰ BVerwG NJW 1997, 2534 (2534).

²¹ Eyermann – Happ, VwGO, § 43, Rn. 40.

²² Schenk, VwPR, Rn. 489.

²³ Schenk, VwPR, Rn. 493.

haupteten Rechte verletzt sind oder sein könnten²⁴. Da durch die Anordnung und Wegnahme der Kamera der P gehindert wurde, seine journalistische Tätigkeit weiterhin auszuüben, könnte eine Verletzung der Pressefreiheit aus § 1 I 1 HmbPresseG. Dieses durch Art. 70 I GG legitimierte Landesgesetz ist die Gewährleistung einer freien Ausübung jeglicher Pressetätigkeit und orientiert sich inhaltlich an Art. 5 I 2 GG²⁵. Daneben könnten auch die Grundrechte der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG betroffen sein. An Hand dieser möglichen Eingriffe besteht eine Klagebefugnis des P.

III. Feststellungsinteresse

P müsste hinsichtlich der Feststellungsklagen ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahmen darlegen. Dieses muss zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts noch vorhanden sein²⁶. Ausschlaggebend für ein berechtigtes Interesse sind die von dem Rechtsverhältnis ausgehenden Wirkungen²⁷, die rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein müssen²⁸. Diese sind regelmäßig bei einer Wiederholungsgefahr, einer fortdauernden Diskriminierung (Rehabilitationsinteresse) und unter bestimmten Voraussetzungen auch bei Amtshaftungsansprüchen des Klägers zu bejahen²⁹. P macht geltend, später Schadensersatzansprüche wegen der Zerstörung der Speicherkarte stellen zu wollen. Die Maßnahmen haben sich jedoch bereits vor Klageerhebung erledigt und eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Schadensersatzansprüche ist in solchen Fällen den ordentlichen Gerichten vorbehalten³⁰. Es gibt auch keine Hinweise für ein Rehabilitationsinteresse, da mit der Rückgabe der Kamera keine rechtlichen, fortdauernden Wirkungen auf den Kläger ausgehen. P ist in seiner Tätigkeit als Journalist aber darauf angewiesen, immer wieder frei Bericht erstatten zu können. Er wird auch in Zukunft kritisch über Polizeieinsätze schreiben. Von daher ist die Gefahr gegeben, dass er bei seiner fotografischen Recherche wieder von

²⁴ Eyermann – Happ, VwGO, § 42, Rn. 93.

²⁵ Löffler, PresseR, § 1 LPG, Rn. 17.

²⁶ Kopp/Schenke, § 43, Rn. 23.

²⁷ Eyermann – Happ, VwGO, § 43, Rn. 34.

²⁸ Redeker/von Oertzen, VwGO, § 43, Rn. 20.

²⁹ NomosKom – Sodan, § 43, Rn. 90.

³⁰ BVerwGE 81, 226 (228).

Polizisten in Ausübung seiner Tätigkeit gehindert wird. Deshalb besteht ein berechtigtes Feststellungsinteresse.

IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist gemäß §§ 61 Nr. 1 1. Alt, 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Selbiges gilt für die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträger der Polizeibehörde gem. §§ 61 Nr. 1 2. Alt, 62 Abs. 3 VwGO.

V. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

C. Objektive Klagehäufung

Die gemeinsame Erhebung der Feststellungsklagen ist gem. § 44 VwGO möglich, da sowohl die Anordnung, die Duldungsverfügung als auch die tatsächliche Wegnahme in der selben tatsächlichen Situation von der selben Behörde erlassen wurden. Die Klagen sind wegen des Rechtsträgerprinzips gegen die Freie und Hansestadt Hamburg zu richten und gem. § 52 Nr. 5 VwGO ist auch das VG Hamburg örtlich zuständig.

D. Begründetheit

Die Klagen sind begründet, wenn die Behörde nicht befugt war, die VAs und den Realakt zu erlassen. Dies ist dann der Fall, wenn die Anordnung, die anschließende konkludente Duldungsverfügung und die gleichzeitige Wegnahme der Kamera rechtswidrig gewesen sind gem. § 43 I VwGO.

I. Rechtmäßigkeit der Anordnung

1. Ermächtigungsgrundlage

Bei dem Public-Viewing-Event handelt es sich nicht um eine Versammlung i.S.d. Gesetzes. Dieses setzt nämlich das Merkmal des gemeinsamen verfolgten Zwecks der Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung voraus³¹. Eine solche findet jedoch bei unterhaltenden und kommerziellen Veranstaltungen, wie einem Fanfest, regelmäßig nicht statt³². Von daher scheidet eine Ermächtigungsgrundlage aus dem Versammlungsg aus.

³¹ BVerfG NJW 2001, 2459 (2460).

³² Jarass/Pieroth, Art. 8, Rn. 2.

Auch die Verbotsnorm aus §§ 33, 22, 23 KUG kommt als eigenständige Rechtsgrundlage nicht in Betracht, da sie die Behörde nicht zum Handeln ermächtigt.

Die Normen aus dem KUG sind *lex imperfecta*, weshalb insoweit als Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung des Polizeibeamten nur die Generalklausel gem. § 3 I HmbSOG³³ in Betracht kommt. Fraglich ist jedoch, ob die Polizei überhaupt gegen Tätigkeiten der Presse einschreiten darf. Grundsätzlich sind präventive Maßnahmen der Verwaltung gegen die Pressefreiheit gem. § 1 III HmbPresseG verboten. Diese Polizeifestigkeit gilt auch für die polizeiliche Generalklausel³⁴, da sie sonst den garantierten Schutz der Presse vor der verbotenen Vorzensur aus Art. 5 I GG umgehen würde³⁵. Jedoch sind davon lediglich Druckwerke gem. der Legaldefinition aus § 7 HmbPresseG umfasst. Auf einem Speicherchip enthaltene Bilder sind, wie auch fotografische Negative³⁶, keine Druck-erzeugnisse, da diese noch nicht endgültig für die Veröffentlichung bestimmt sind³⁷. Daher gilt die Polizeifestigkeit im konkreten Fall für die Anordnung nicht, weshalb § 3 I als Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Die Polizei müsste für die Anordnung zuständig gewesen sein. Auf Grund des in Hamburg vorherrschenden Annexsystems der Verwaltung, wonach jede Behörde in ihrem Geschäftsbereich die notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr als Anhang treffen kann³⁸, ist bei unbenannten Gefahren die Polizei im Wege der gebotenen Eile gem. § 3 II a) zuständig. Eine Maßnahme gilt danach immer dann als unaufschiebbar, wenn eine Störung bereits andauert oder die Gefahrenabwehr durch die eigentlich zuständige Fachbehörde nicht mehr möglich erscheint³⁹. Die Eilzuständigkeit richtet sich dabei nach der *ex ante* Sicht eines objektiven Beobachters zum Zeitpunkt des Einschreitens. Nach objektiver Sachlage

³³ Nicht näher genannte §§ sind solche der HmbSOG

³⁴ Löffler, PresseR, § 1, Rn. 138.

³⁵ Gornig, JuS 1999, 1167 (1170).

³⁶ Petersen-Thrö, SächsVBl. 4/08, 82 (82).

³⁷ OVG Bautzen, Urt. v. 19.11.2007, 3 B 665/05

³⁸ Schwemer/Heinze, HmbSOG, § 3, Rn. 12.

³⁹ Schwemer/Heinze, HmbSOG, § 3, Rn. 83.

bestand zum Zeitpunkt der Anordnung immerhin die Möglichkeit einer Gefahr der Verletzung des §§ 22, 33 KUG durch den P. Mangels einer fachspezifischen Zuständigkeit einer Behörde ist die Polizei wegen der gebotenen Eile somit zuständig gewesen.

b) Verfahren und Form

Das Verfahrenserfordernis der Anhörung vor Erlass des VAs ist gem. § 28 II Nr. 1 HmbVwVfG wegen der gebotenen Eile entbehrlich. Auch konnte der VA gem. § 37 II 1 HmbVwVfG mündlich gegenüber P ergehen.

c) Zwischenergebnis

Der VA der Anordnung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Öffentliche Sicherheit

Durch das Fotografieren eines Polizeibeamten könnte das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit betroffen sein. Dieses umfasst den Staat und seine Einrichtungen, die Individualgüter des Einzelnen sowie das geschriebene Recht⁴⁰. Unter dem letztgenannten Schutzgut fällt auch die Verbotsnorm aus § 33 KUG, welche die Strafbarkeit bei der Verbreitung oder der Zurschaustellung von Bildnissen vorsieht, die nicht die Voraussetzungen der §§ 22, 23 KUG erfüllen.

Recht am eigenen Bild

Grundsätzlich handelte P dann in strafbarer Weise, wenn er von einer Person ein Bild ohne Einwilligung dessen gem. § 22 KUG veröffentlicht. Fraglich ist jedoch, ob nicht ein Ausnahmetatbestand gem. § 23 I Nr. 1, 3 KUG vorlag. Danach ist ein solches Bildnis ohne Einwilligung des Betroffenen jedenfalls dann zulässig, wenn es sich bei den Bildern entweder um ein Geschehen der Zeitgeschichte handelt, oder die dargestellte Person zum maßgeblichen Zeitpunkt Teilnehmer einer Versammlung, eines Aufzugs oder eines ähnlichen Vorgangs gewesen ist.

(1) Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte

⁴⁰ Schwemer/Heinze, HmbSOG, § 3, Rn. 19.

Bildnisse der Zeitgeschichte sind Abbildungen oder Darstellungen einer Person, die wenigstens vorübergehend (relativ) im Blickfeld der Öffentlichkeit steht und somit der Zeitgeschichte angehört⁴¹. Als solche sind sie, absichtlich oder zufällig, mit einem bestimmten Geschehen verknüpft, welches ein sachentsprechendes Informationsinteresse erregt⁴². Der Bereich der Zeitgeschichte umfasst dabei alle Erscheinungen im Leben der Gegenwart, die von der Öffentlichkeit beachtet werden⁴³. In solch einem Fall überwiegt das Informationsinteresse der Öffentlichkeit dem Individualinteresse des Einzelnen. Die Public-Viewing-Events waren Großereignisse, die in der Öffentlichkeit über Wochen großes Interesse erregt haben. Dies galt sowohl für die positiven als auch für die negativen Geschehnisse, wie Ausschreitungen am Rande. Zwar ist die Polizei unweigerlich mit den Geschehnissen verknüpft, jedoch gilt dies nur für die Polizei als Ganzes. Nicht erheblich für ein Bildnis des Zeitgeschehens ist der einzelne Polizist als Person. Die Ausnahme gem. § 23 I Nr. 1 gilt daher nicht.

(2) Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen

Zwar handelt es sich bei dem Fanfest nicht um eine Versammlung⁴⁴, jedoch umfasst § 23 I Nr. 3 sämtliche Zusammenkünfte aller Art. Mittelpunkt der Berichterstattung ist nicht die konkrete einzelne Person, sondern die Darstellung des Geschehens⁴⁵. Danach bedarf es keiner Einwilligung des Betroffenen, wenn der Zweck des Bildes in der Darstellung der Veranstaltung liegt und nicht eine einzelne Person porträtiert wird. Dies ist jedoch regelmäßig dann der Fall, wenn die Person auf einem Einzelbild nicht mehr im Bezug zu dem jeweiligen Ereignis zu erkennen ist⁴⁶ und das Bild keinen repräsentativen Eindruck der Veranstaltung vermittelt⁴⁷. P hat die Polizisten während des Zugriffs auf X in unmittelbarer Nähe fotografiert. Bei einer solchen Nähe ist eine Porträtierung des Beamten anzunehmen⁴⁸, die dann nicht mehr mit dem Public-Viewing-

⁴¹ Schrickler – *Gerstenberg/Götting*, UrhR, § 60, Rn. 6.

⁴² *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114 (115).

⁴³ OLG München, GRUR 1964, 42.

⁴⁴ S.o. Teil 1, D. I., 1.

⁴⁵ Schrickler – *Gerstenberg/Götting*, UrhR, § 60, Rn. 26.

⁴⁶ OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 1997, 1011 (1012).

⁴⁷ Kerber, EHS Bd. 2, Kap. 2.2.2.3, S. 61.

⁴⁸ NVwZ 2001, 1292 (1294).

Event in Verbindung gebracht werden kann. Die Veröffentlichung dieser Bilder wäre somit auch nicht nach der Ausnahme gem. § 23 I Nr. 3 KUG zulässig.

(3) Zwischenergebnis

Mangels Ausnahme und dem entgegenstehenden persönlichen Interesse gem. § 23 II KUG, ist die Rechtsordnung daher über § 33 I KUG betroffen.

b) Gefahr

Auf Grund einer fehlenden Versuchsstrafbarkeit des § 33 I KUG ist eine Störung der Rechtsordnung noch nicht gegeben, weshalb lediglich eine Gefahr zu deren Verwirklichung vorgelegen haben könnte. Die Gefahr wird hinlänglich als tatsächengestützte, hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts umschrieben⁴⁹. Die Wahrscheinlichkeit ist allgemein zu bejahen, wenn der Schadenseintritt nicht nur entfernt möglich ist. Für die Prognose einer Wahrscheinlichkeit müssen aus *ex ante* Sicht objektive Tatsachen für den Schadenseintritt sprechen und die Handlung des Beamten für einen objektiven Beobachter nachvollziehbar sein⁵⁰. P hat wiederholt kritisch über Polizeieinsätze berichtet. Dass er bei den Ausschreitungen wieder gezielt Polizisten in Ausübung von körperlicher Gewalt fotografierte, lässt auf eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Wiederholung schließen. Auf Grund des strafrechtlichen Analogieverbotes aus § 103 II GG reicht jedoch die alleinige Herstellung solcher Porträtaufnahmen nicht aus. Vielmehr müsste die Gefahr in der Veröffentlichung bzw. Zurschaustellung der Bilder bestehen. Fraglich ist deshalb, wie wahrscheinlich es ist, dass der Beamten die Bilder veröffentlicht ohne sie vorher unkenntlich zu machen. Denn es ist, gerade auf Grund der zivil- und strafrechtlichen Folgen, von einer rechtstreue des Journalisten auszugehen⁵¹. In der betreffenden Zeitung wurden jedoch bereits in einer früheren Ausgabe Lichtbilder von Polizeibeamten abgedruckt, ohne sie unkenntlich zu machen. Auch die in diesem Zusammenhang wahrheitswidrigen Passagen lassen auf eine gewollte Diffamierung der Polizei schließen, bei der sich der Journalist der Veröffentlichung von persön-

⁴⁹ Merten, HmbSOG, § 3, Rn. 21.

⁵⁰ Merten, HmbSOG, § 3, Rn. 21 u. 23.

⁵¹ OVG Rheinl.-Pfalz, DÖV 1997, 1011 (1012).

lichkeitsverletzenden Fotos bedient. B konnte unter Berücksichtigung dieser Aspekte in seiner Prognoseentscheidung über die Wahrscheinlichkeit der Gefahr nicht von einer Rechtstreue des P ausgehen. Aus diesem Grund besteht immerhin die Gefahr einer Schutzgutsverletzung.

c) Verantwortlichkeit

P könnte als Verhaltensstörer gem. § 8 I polizeipflichtig gewesen sein. Derjenige der durch sein Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt ist danach Störer⁵². Es besteht die Gefahr, dass P die Bilder veröffentlicht und damit den Straftatbestand gem. § 33 I KUG erfüllt. Er ist daher Störer gem. § 8 I und die Gefahrenabwehrmaßnahmen sind als solche gegen ihn zu richten.

d) Ermessen

Ermessenfehler sind bei der Anordnung nicht ersichtlich, weshalb allenfalls die Verhältnismäßigkeit gem. § 4 nicht gewahrt sein könnte. Danach war die Anordnung verhältnismäßig, wenn sie zur Gefahrenabwehr geeignet, erforderlich und dem Verhaltensstörer zumutbar gewesen ist⁵³.

aa) Geeignetheit

Die Geeignetheit einer Maßnahme richtet sich gem. § 4 I nicht nach der voraussichtlichen vollständigen Zweckerreichung, sondern ob diese der Zweckerreichung wenigstens zum Teil dienlich gewesen ist. Maßstab der Geeignetheit ist Tauglichkeit des Mittels zum Zeitpunkt des Handelns der Behörde⁵⁴. Dies ist bei einer mündlichen Anordnung regelmäßig zu bejahen.

bb) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist gem. § 4 II erforderlich, wenn das jeweilige polizeiliche Handeln die schonendste Maßnahme ist, um den Zweck zu erreichen, ohne dabei die Rechte des Betroffenen übermäßig zu verletzen. Eine mündliche Anordnung ist in jedem Fall das mildeste Mittel zu Erreichung eines Zwecks. Ein milderer Mittel ist ebenfalls nicht ersichtlich, weshalb die Erforderlichkeit gewahrt worden ist.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

⁵² Schenke, POR, Rn. 239.

⁵³ Merten, HmbSOG, § 4, Rn. 1.

⁵⁴ Schenke, POR, Rn. 334.

Im Sinne der praktischen Konkordanz⁵⁵ müssen die betroffenen Rechtsgüter im Verhältnis gegeneinander abgewogen werden⁵⁶.

(1) Betroffene Rechtsgüter

P könnte in seiner Pressefreiheit betroffen sein. Unter dem Begriff der Pressefreiheit versteht man den lückenlosen Schutz von der Beschaffung und Herstellung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen⁵⁷. Auf Grund ihrer demokratischen Kontrollfunktion⁵⁸ hat die Pressefreiheit einen überaus hohen Verfassungsrang. Sie ist schlechthin konstituierend, da sie dem Willensbildungsprozess des Volkes dient und daher auch die Begründung einer freien Meinung ist⁵⁹. P wird ein weitergehendes Fotografieren im Rahmen seiner journalistischen Tätigkeit verboten. Daher wird er in der freien Beschaffung seiner bildlichen Informationen gehindert und ist somit in der Pressefreiheit beeinträchtigt. Auch wurde P in seiner Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG verletzt, da er als Pressefotograf Bestimmungen über den Umfang seiner Arbeit hinnehmen musste, die seine Ausübungsfreiheit eingeschränkt haben⁶⁰.

Diesen beiden Grundrechtseingriffen steht das Recht am eigenen Bild des Polizeibeamten aus Art. 1 I, 2 I GG entgegen. Es gibt jedem einzelnen das Verfügungsrecht an fotografischen Darstellungen der eigenen Person⁶¹. Dies soll dem Einzelnen die Gewährleistung geben, selbst eine öffentliche Identität zu entwickeln und zu entscheiden, wie man sich vor Dritten darstellt⁶². Dadurch, dass ein Beamter porträtiert wird, und kein Sachzusammenhang gegeben ist, obliegt es der Presse, in welcher Weise er als Person in der Öffentlichkeit dargestellt wird.

(2) Abwägung

Der Polizeieinsatz bei einer Großveranstaltung als staatliches Handeln stellt immer ein erhöhtes Informationsinteresse der Bevölkerung dar. Es ist daher, auf Grund der demokratischen Kontrollfunktion, die die Presse in ihrer Ausübung hat, von hoher Wichtigkeit für die Bevölkerung, wie

⁵⁵ Degenhart, StaatsR I, Rn. 21.

⁵⁶ Degenhart, StaatsR I, Rn. 405.

⁵⁷ Dreier – *Schulze-Fielitz*, GG, Art. 5 I, II, Rn. 73.

⁵⁸ *Jarass*, JZ 1983, 280 (283/284).

⁵⁹ Von Münch/Kunig – *Wendt*, GG, Art. 5, Rn. 1.

⁶⁰ Von Münch/Kunig – *Gubelt*, GG, Art. 12, Rn. 48.

⁶¹ Von Münch/Kunig – *Gubelt*, GG, Art. 2, Rn. 35.

⁶² Dreier – *Dreier*, GG, Art. 2 I, Rn.

die Polizei gegen Randalierer vorgeht. P hat allein aus informellen Gesichtspunkten ein Recht auf freie Berichterstattung. Das Verbot kommt daher einer Vorzensur gleich, die gerade aus den genannten Gründen im Umkehrschluss aus Art. 5 II untersagt ist. Desweiteren steht gerade nicht die Einzelperson, sondern der Einzelpolizist im Mittelpunkt. Er hat sich kraft seines Amtes als Beamter gem. § 35 BRRG der demokratischen Grundordnung unterzuordnen, was eine freie Berichterstattung über seine Tätigkeit als Beamter mit einschließt. Die Berichterstattung wird jedoch nicht als Ganzes verboten. Lediglich das Fotografieren einzelner Beamter wird ihm untersagt. Insoweit ist die Pressefreiheit nicht gänzlich, sondern nur teilweise eingeschränkt, da ihm eine kritische und schriftliche Berichterstattung nicht versagt wird. Dies ist im konkreten Sachverhalt auch legitim, da eine bildliche Darstellung eines Geschehens wesentlich intensiver ist. Die Darstellung des Beamten bei der gewalttätigen Festnahme des X, hinterlässt bei Einzelbildern, bei denen evtl. Emotionen im Gesicht des Abgebildeten deutlich erkennbar sind, einen wesentlich höheren Eindruck in der Öffentlichkeit. Dieser Eindruck wird noch weiter verstärkt, wenn die Porträtbilder keinen Sachzusammenhang liefern. Fehlt dieser, ist auch das Informationsinteresse der Bevölkerung nicht mehr gewahrt und solche Bilder dienen lediglich der Neugier, Sensationslust und dem Unterhaltungsinteresse des Publikums. Hiervor muss der Beamte geschützt werden. Denn auch dieser hat in der Ausübung seines Dienstes ein Selbstbestimmungsrecht in der Öffentlichkeit⁶³. Auch eine im Anschluss veröffentlichte Gegendarstellung würde dafür nicht ausreichend sein, um das Bild in der Öffentlichkeit der Person gänzlich wieder herzustellen. Insoweit hat die Berufs- und Pressefreiheit des P hinter den Persönlichkeitsrechten des Beamten zurückzustehen. Die Verhältnismäßigkeit wurde daher in der Anordnung gewahrt.

e) Zwischenergebnis

Die Anordnung des Beamten war materiell rechtmäßig.

⁶³ Schrickler - Gerstenberg/Götting, UrhR, § 60, Rn. 26.

4. Ergebnis zu I.

Die Anordnung „Weg mit der Kamera“ ist somit rechtmäßig gewesen.

II. Rechtmäßigkeit der konkludenten Duldungsverfügung

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt vorliegend § 14 I a) in Betracht. Die Sicherstellung ist die hoheitliche Begründung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache i.S.d. § 854 I BGB⁶⁴. Diese Begründung kann als Aufforderung zur Herausgabe ergehen oder als Duldung der Besitzverschiebung. Der Besitz des P an der Kamera hat sich mit der Wegnahme durch B verschoben. Die Verschiebung der tatsächlichen Gewalt und die anschließende Verwahrung hatte P in soweit zu dulden. Aus diesem Grund beruht die Duldungsverfügung auf einer Sicherstellung gem. § 14 I a).

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Fehler hinsichtlich der Zuständigkeit, des Verfahrens oder der Form des VA sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Rahmen einer Verletzung des § 33 I KUG ist gegeben⁶⁵. Jedoch muss nunmehr eine unmittelbare Gefahr bestehen. Danach muss ein Schaden sofort oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein⁶⁶. Von einer gegenwärtigen Gefahr kann ein Beamter dann ausgehen, wenn sich der Kläger oder dessen Presseorgane in der Vergangenheit bereits durch Persönlichkeitsverletzungen in ähnlicher Weise hervorgetan haben⁶⁷. Hier hat der P bereits vorurteilsbehaftet, polizeikritische Artikel veröffentlicht, wobei bei einem Foto die Tatbestandsvoraussetzungen des § 33 I KUG betroffen sein könnten. Auf Grund dieser vorherigen Geschehnisse konnte B annehmen, dass es wieder zu einer Persönlichkeitsverletzung durch Veröffentlichung von Einzelbildern kommen kann. Desweiteren ist darauf abzustellen, dass auf die bereits hergestellten Bilder des P nur zu diesem

⁶⁴ Lisen/Denninger - *Rachor*, HdBdPOR, Rn. F 733.

⁶⁵ S.o. Teil 1. D., I., 3., b).

⁶⁶ BVerwG, NJW 1974, 808 (809).

⁶⁷ VG Köln, NJW 1988, 367 (369).

Zeitpunkt eine Zugriffsmöglichkeit bestand. Würde P sich mit der Kamera entfernen, bestünde jederzeit eine sofortige Gefahr der Veröffentlichung. Danach ist eine unmittelbare Gefahr zu bejahen.

b) Verantwortlichkeit und Ermessen

P ist Störer gem. § 8 I auf Grund seines Verhaltens. Auch sind Fehler hinsichtlich des Ermessens nicht ersichtlich. Fraglich ist jedoch, ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nicht ein milderes Mittel den selben Zweck hätte erreichen können. Möglich wäre danach eine Anordnung zum Löschen der bisher erstellten Bilder gewesen. Dies wäre jedoch nicht zweckmäßig, da dann immer noch die Gefahr bestünde, dass P erneut Fotos macht und diese dann veröffentlicht. Auch ein Platzverweis, gem. § 12 a) wäre dem Zweck nicht dienlich gewesen, da dadurch der P gar keine Möglichkeit mehr der Berichterstattung gehabt hätte und dies den Journalisten in seinen Rechten übermäßig verletzt hätte. Demnach ist die Sicherstellung der Kamera verhältnismäßig gewesen.

4. Ergebnis zu II.

Die konkludente Duldungsverfügung über die Sicherstellung gem. § 14 I a) ist daher rechtmäßig gewesen.

III. Rechtmäßigkeit der Wegnahme

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt §14 c) HmbVwVG i.V.m. § 17 ff. Betracht. Danach kann die Behörde Zwangsmittel zur Erreichung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung heranziehen. Das Zwangsmittel der unmittelbaren Einwirkung ist gem. § 18 I u.a. jede Anwendung von körperlicher Gewalt gegen Personen oder Sachen. Indem B selbst dem P die Kamera entriss und in seine Gewalt brachte, wendete er körperlichen Zwang zur Erreichung des Sicherstellungszwecks an. Die Ermächtigungsgrundlage ist somit gegeben.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei gehört gem. § 1 a) HmbVwVG zur unmittelbaren Verwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg und ist für die Maßnahmen der Gefahrenabwehr zuständig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Wirksame Verfügung

Wirksamer Grundverwaltungsakt ist die konkludente Duldungsverfügung über die Sicherstellung der Kamera gem. § 14 I a).

b) Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Voraussetzung für die Vollstreckung der Maßnahme ist, dass der rechtmäßige Grund-VA formell und materiell vollstreckbar ist und die Anwendung des Zwangsmittels erst nach Einhaltung und unter Hinweis auf eine Frist gem. § 18 II HmbVwVG erfolgt ist⁶⁸. Die Grundverfügung ist formell vollstreckbar, da der Polizeibeamte gem. § 18 I c) HmbVwVG i.V.m. § 80 II Nr. 2 VwGO analog als Vollzugspolizist Maßnahmen ohne aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs erlassen kann. Auch ist der Grund-VA materiell vollstreckbar, da sie eine rechtmäßige Duldung zur Sicherstellung der Kamera zum Inhalt hat.

Es bestand eine unmittelbare Gefahr der Veröffentlichung der Bilder für den einzelnen fotografierten Beamten, weshalb eine Fristsetzung und deren Hinweis gem. § 27 HmbVwVG entbehrlich gewesen ist

c) Durchführung der Vollstreckung

aa) Allgemeine Verfahrensvorschriften

Der Grund-VA wurde von der Polizei erlassen und richtete sich gegen P. Von daher ist für die Durchführung der Vollstreckung die Polizei gem. § 16 I a) HmbVwVG sachlich zuständig gewesen.

bb) Auswahl und Verfahren des Zwangsmittels

B hat hinsichtlich des Auswahlermessens richtig gehandelt, da das Zwangsmittel der Ersatzvornahme gem. § 14 a) nur bei Handlungsgeboten in den Betracht kommen, nicht aber bei Duldungs- oder Unterlassungsgeboten⁶⁹. Auch ein Zwangsgeld wäre nicht dienlich, da es als Beugemittel nicht der Zweckerfüllung gedient hätte.

Ein rechtmäßiges Verfahren verlangt die Androhung und Anwendung des Zwangsmittels. Einer Festsetzung des Zwangsmittels bedarf es gem. § 20 I HmbVwVG nicht. Eine Androhung ist gem. § 22 vor der Anwen-

⁶⁸ Schoch, JuS 1995, 307 (309).

⁶⁹ Schoch, JuS 1995, 307 (308).

dung durch B gegenüber. P erfolgt. Diese war auch gem. § 37 I HmbVwVFG hinreichend inhaltlich bestimmt, so dass P eine konkrete Vorstellung von dem unmittelbaren Zwang gehabt hat. Die Anwendung erfolgte gem. § 15 I HmbVwVG auch verhältnismäßig, da sie in der Weise ausgeführt wurde, wie sie angedroht wurde. Daher waren die Auswahl und das Verfahren des unmittelbaren Zwangs rechtmäßig.

4. Ergebnis zu III.

Die Wegnahme der Kamera in Form des unmittelbaren Zwangs war rechtmäßig.

E. Ergebnis

Auf Grund der Rechtmäßigkeit der einzelnen Maßnahmen sind die Klagen insoweit als unbegründet abzuweisen.

2. Teil

Der Antrag der S ist erfolgreich, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und der Antrag zulässig und begründet ist.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, da keine aufdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist. Streitgegenstand sind die präventiven Gefahrenabwehrmaßnahmen in Form von umfangreichen Kontrollmaßnahmen der Polizei, die durch Beschluss der Freien und Hansestadt Hamburg zukünftig bei allen Bundesliga-Topspielen und Champions-League-Partien durchgeführt werden sollen. Insoweit handelt es sich gem. § 40 I VwGO um eine öffentlich rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art, da die Maßnahmen das HmbSOG betreffen und die Beteiligten nicht zwei streitende Verfassungsorgane sind. Auch scheidet auf Grund des Präventivcharakters der Maßnahmen eine abdrängende Sonderzuweisung gem. 23 EGGVG aus.

B. Zulässigkeit

I. Statthafte Verfahrensart

Die statthafte Verfahrensart richtet sich nach dem Rechtsschutzbegehren des Antragsstellers⁷⁰ gem. § 88 VwGO analog und müsste auch im Hauptsacheverfahren statthaft sein. S begehrt, auf Grund der gebotenen Eile, vorläufigen Rechtsschutz gegen zukünftige Kontrollaktionen der Polizei. In Betracht kommen hierfür die Verfahren nach § 123 I VwGO oder nach § 80 V VwGO.

1. Abgrenzung

Welche der beiden Verfahrensarten statthaft ist, richtet sich nach der im Hauptsacheverfahren vorrangigen Klageart⁷¹. Die einstweilige Anordnung tritt gegenüber dem vorläufigen Rechtsschutz dann subsidiär zurück, wenn Gegenstand des Hauptverfahrens eine Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO ist⁷². Hierfür müsste der Kläger die Aufhebung eines nicht erledigten VAs begehren. Denn die aufschiebende Wirkung soll gerade verhindern, dass durch Vollzug eines belastenden VAs vollendete Tatsachen für den Betroffenen geschaffen werden⁷³. Die Kontrollmaßnahmen der Polizei gegen S sind jedoch bereits abgeschlossen und erledigt, weshalb ein Vollzug nicht mehr möglich ist. Vorliegend ist die einstweilige Anordnung gem. § 123 I VwGO als Verfahrensart einschlägig.

2. Statthaftigkeit im Hauptverfahren

Die Klage müsste auch im Hauptverfahren statthaft sein. Hierfür käme die Klageart der vorbeugenden Unterlassungsklage als Unterform der allgemeinen Leistungsklage gem. § 43 II 1 VwGO in Betracht. Sie ist auf das Unterlassen von beabsichtigten VAen und Amtshandlungen gerichtet⁷⁴. S begehrt im Hauptverfahren die Unterlassung sämtlicher Kontrollmaßnahmen. Wegen der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG ist danach die Klage im Hauptverfahren statthaft⁷⁵.

⁷⁰ Nachfolgend als ASt bezeichnet.

⁷¹ Finkelnburg/Dobert/Külpmann, Rn. 55.

⁷² Hufen, VwPR, § 33, Rn. 7.

⁷³ Redeker/von Oertzen, VwPR, § 80, Rn. 4.

⁷⁴ Redeker/von Oertzen, VwGO, § 42, Rn. 162.

⁷⁵ Hufen, VwPR, § 13, Rn. 13 f.; a.A. Schenke, VwPR, Rn. 355.

3. Sicherungs- oder Regelungsanordnung

Fraglich ist, um welche Anordnungsform es sich handelt. § 123 I VwGO differenziert hierbei zwischen einer Sicherungs- und einer Regelungsanordnung. Die Sicherungsanordnung gem. § 123 I 1 VwGO soll gegen Veränderungen eines bestehenden Zustandes vorbeugen und hat somit ein Unterlassungsgebot an den Verpflichteten zum Inhalt⁷⁶. Die Regelungsanordnung gem. Satz 2 zielt hingegen auf eine Verpflichtung zur Änderung des *status quo* durch den Antragsgegner⁷⁷. S begehrt die Unterlassung der Kontrollmaßnahmen der Polizei beim Einlass zu den Public-Viewing-Events. Die Unterlassung als Sicherung ihrer Rechtsposition ist daher als Sicherungsanordnung gem. § 123 I 1 VwGO zu bewerten.

4. Zwischenergebnis

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist daher gem. § 123 I 1 VwGO statthaft.

II. Antragsbefugnis

Ferner müsste S antragsbefugt sein. Diese Voraussetzung geht aus § 123 VwGO zwar nicht hervor, jedoch müssen hier die selben Anforderungen gelten, wie bei der in der Hauptsache statthaften vorbeugenden Unterlassungsklage⁷⁸. Der ASt müsste daher geltend machen können, dass eine Verletzung der eigenen Rechte droht⁷⁹. Die Stadt Hamburg plant bei zukünftigen öffentlichen Fußballübertragungen starke Kontrollmaßnahmen durchzuführen, die eine völlige Entkleidung beinhalten. Bei einem Besuch dieser Fanfeste besteht die Möglichkeit, dass S in ihren Persönlichkeitsrechten aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG verletzt werden könnte. Die Antragstellerin ist somit gem. § 42 II VwGO analog antragsbefugt.

III. Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis

Auf Grund der Besonderheit der einstweiligen Anordnung müsste S ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis darlegen können⁸⁰. Dieses ist gegeben, wenn die Beeinträchtigung durch die Maßnahme so schwerwiegend ist, dass eine kurzfristige Hinnahme dem ASt nicht zuzumuten ist. In der

⁷⁶ Eyermann – Happ, VwGO, § 123, Rn. 21.

⁷⁷ Eyermann – Happ, VwGO, § 123, Rn. 23.

⁷⁸ Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rn. 74.

⁷⁹ NomosKom - Puttler, VwGO, § 123, Rn. 69.

⁸⁰ Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rn. 104.

Rechtsprechung wird dies angenommen, wenn ein Eingriff in die Grundrechte des ASt droht, der im Hauptverfahren nicht mehr beseitigt werden kann⁸¹. S musste sich in der Vergangenheit beim Besuch des Fanfestes anlässlich der EM 2008 einer Ausweiskontrolle, verschiedenen Durchsuchungen und einer Inaugenscheinnahme nach der vollständigen Entkleidung vor den Beamten unterziehen. Solche Kontrollmaßnahmen können Eingriffe in Grundrechte darstellen. Nach Beschluss der Stadt Hamburg sollen solche Maßnahmen bei ähnlichen Veranstaltungen bereits am 15.08.2008 wiederholt werden. Da S den Antrag am 07.08.2008 einreicht, ist eine Beseitigung der Maßnahme im Hauptverfahren vor Wiederholung nicht wahrscheinlich. S hat keine Möglichkeit, ihren Grundrechtsschutz auf einfachere Weise zu erreichen, weshalb für S ein hinreichend qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis besteht.

IV. Zuständigkeit des Gerichts

Vorliegend ist das Verwaltungsgericht Hamburg gem. §§ 123 II 1, 45, 52 Nr. 5 VwGO zuständig.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

S ist gemäß §§ 61 Nr. 1 1. Alt, 62 I Nr. 1 VwGO beteiligten- und prozessfähig. Selbiges gilt für die Freie und Hansestadt Hamburg als Rechtsträger der Polizeibehörde gem. §§ 61 Nr. 1 2. Alt, 62 Abs. 3 VwGO.

VI. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

C. Begründetheit

Der Antrag der S auf Erlass einer Sicherungsanordnung ist begründet, wenn dieser sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet, und wenn ein Sicherheitsanspruch und -grund glaubhaft gemacht werden kann, wobei das Hauptsacheverfahren nicht vorweggenommen werden darf.

I. Passivlegitimation

Wegen des Rechtsträgerprinzips gem. §78 I Nr. 1 VwGO ist die Freie und Hansestadt Hamburg als richtiger Klagegegner passiv legitimiert.

⁸¹ BVerwGE, DVBl. 2003, 257 (258).

II. Sicherungsanspruch

S müsste einen materiellen Anspruch haben, den sie im Hauptsacheverfahren geltend machen kann. Fraglich ist daher, ob S ein Anspruch auf Unterlassung der Kontrollmaßnahmen seitens der Polizei zusteht. Ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch besteht nicht. Jedoch muss allein aus Rechtsschutzgründen ein solcher möglich sein, Denn ein Eingriff des Staates ist nur schwer mit der öffentlich-rechtlichen Schutzpflicht vor Grundrechtseinwirkungen vereinbar. Dem Bürger kann nämlich eine Duldung eines solchen Eingriffs nicht zugemutet werden, wenn gleich er privatrechtlich eine solche Einwirkung abwehren könnte⁸².

1. Rechtsgrundlage für Unterlassungsanspruch

Nach einer Ansicht folgt ein solcher Unterlassungsanspruch direkt aus den Grundrechten selbst⁸³. Demnach hätten die Freiheitsgrundrechte die Qualität eines subjektiven Rechts und stellen daher für den Bürger eine eigene Abwehranspruchsgrundlage gegen Eingriffe des Staates dar⁸⁴.

Dem entgegen steht die Ansicht, wonach als öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch aus § 1004 I 2 BGB analog angewendet werden muss. Denn die Grundrechte seien keine subjektiven Rechte die einen eigenen Abwehranspruch begründen⁸⁵. Vielmehr stellen sie eine Umschreibung des subjektiven Rechts dar und benötigen zu ihrer Verwirklichung einer „Umschaltnorm“⁸⁶. Die analoge Anwendung des § 1004 BGB bietet auf Grund seiner verwaltungsrechtlichen Natur eben nicht nur einen Abwehranspruch für Grundrechte, sondern für alle öffentlich-rechtlichen Normen ohne Verfassungsrang. Auf Grund dessen ist als Unterlassungsanspruch § 1004 I 2 BGB analog anzuwenden.

2. Tatbestandsvoraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs

S könnte daher verlangen, dass ein Träger hoheitlicher Gewalt eine Beeinträchtigung ihres subjektiven Rechts unterlässt, wenn sie nicht wegen der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zur Duldung verpflichtet ist.

⁸² VGH Kassel, NvWZ-RR 1989, 177.

⁸³ *Papier*, JuS 1985, 184 (188).

⁸⁴ Hufen, VwPR, § 27, Rn. 4.

⁸⁵ *Köckerbauer/Büllesbach*, JuS, 1991, 373 (375).

⁸⁶ *Laubinger*, VerwArch 1989, 261 (292).

a) Beeinträchtigung eines schützenswertes Rechtsgut

S müsste durch die hoheitliche Maßnahme in einem schützenswerten Rechtsgut beeinträchtigt sein. Grundsätzlich schützt § 1004 BGB nach dem Wortlaut lediglich vor Beeinträchtigungen des Eigentums. Im Zivilrecht allgemein anerkannt ist jedoch auch der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen⁸⁷. Dies gilt daher auch bei der öffentlich-rechtlichen analogen Anwendung. Die Ausweiskontrolle der Polizei fällt unter den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung⁸⁸. Denn das Grundrecht aus Art 2 I GG gewährleistet jedem einzelnen die Befugnis, selbst über die Preisgabe und Verwendung von persönlichen Daten zu bestimmen⁸⁹. Die anschließende Durchsuchung der S und ihrer Sachen mit dem Umfang einer Inaugenscheinnahme nach vollständiger Entkleidung stellt einen Eingriff in den Intim- und Privatbereich des Menschen dar. Denn durch das Durchsuchen der Sachen und das Entkleiden wird in den abgeschirmten Bereich der engeren, persönlichen Lebenssphäre eingedrungen. In dieser Sphäre soll die Intimität vor Einblicken des Staates geschützt werden⁹⁰. All diese Maßnahmen sind daher Eingriffe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 1 I, 2 I GG.

b) Rechtmäßigkeit der Durchsuchung

Die Durchsuchung müsste rechtmäßig gewesen sein.

aa) Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt die Durchsuchung von Personen gem. § 15 I Nr. 2 in Betracht. Demnach kann die Behörde Personen durchsuchen, bei denen Grund zu der Annahme besteht, dass sie Sachen mit sich führen, die sichergestellt werden dürfen. Dies beinhaltet nicht nur die Durchsuchung von am Körper tragenden Kleidungsstücken⁹¹, sondern auch die Aufforderung zum Entkleiden⁹². In Abgrenzung zur Durchsuchung, die lediglich auf das Abtasten des bekleideten Körpers oder der Nachschau der unbekleideten Körperoberfläche abzielt⁹³, stellt

⁸⁷ BGH 50, 133 (137).

⁸⁸ Merten, HmbSOG, § 12, Rn. 4.

⁸⁹ BVerfG NJW 1984, 419 (422).

⁹⁰ Sachs, GG, Art. 2, Rn. 69.

⁹¹ Lisken/Denninger - *Rachor*, HdBdPOR, Rn. F 569.

⁹² Lisken/Denninger - *Rachor*, HdBdPOR, Rn. F 573.

⁹³ Gusy, POR, Rn. 159.

die Untersuchung hingegen einen weitaus größeren Eingriff dar und bedarf erhöhter materieller Voraussetzungen. Denn die Untersuchung gem. § 15 IV 1 ist die Suche nach Gegenständen im Körper oder in nicht ohne weiteres zugänglichen Körperöffnungen. Hierzu zählt insbesondere der Genitalbereich⁹⁴. S wurde die Jacke und Tasche abgenommen und anschließend durchsucht. Insoweit gilt die Befugnisnorm nicht, weil es sich hierbei um eine Durchsuchung von Sachen gem. § 15a handelt. Hinsichtlich der vollständigen Entkleidung der S handelt es sich aber um eine Durchsuchung der Person, da kein körperlicher Eingriff stattgefunden hat. Vielmehr haben die Polizisten eine Nachschau an ihrem Körper vorgenommen, weshalb hier eine Durchsuchung der Person gem. § 15 I Nr. 2 als Grundlage dient.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei müsste für die Personendurchsuchung zuständig gewesen sein und das hierfür erforderliche Verfahren und Formerfordernis eingehalten haben. Die Zuständigkeit der Polizei richtet sich im konkreten Fall nach § 3 II a) wonach die Vollzugspolizei im Wege der unaufschiebbaren Gefahrenabwehr handeln darf. Die Durchsuchung fand unmittelbar vor Beginn des Fußballspiels statt. Da aus Sicht der Polizei zum Zeitpunkt der Aufforderung die Möglichkeit von Ausschreitungen bestand, bei denen pyrotechnische Gegenständen rechtswidrig verwendet würden, war es für die Polizei geboten, die Durchsuchungen vor dem Spiel durchzuführen. Ansonsten hätte die Gefahrenabwehr nicht gewährleistet werden könne. Insoweit war die Vollzugspolizei wegen der gebotenen Eile zuständig. Wegen der gebotenen Eile ist eine Anhörung ebenfalls entbehrlich gewesen. Auch das Verfahrenserfordernis, wonach Personen nur von Personen gleichen Geschlechts gem. § 15 III 1. Hs durchsucht werden dürfen, wurde eingehalten. Sonstige Formerfordernisse sind nicht ersichtlich, weshalb die Durchsuchung formell rechtmäßig gewesen ist.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Durchsuchung gem. § 15 I Nr. 2 dient einer nachfolgenden Sicherstellung gem. § 14. Deshalb knüpft die Durchsuchung an den Vorausset-

⁹⁴ Merten, HmbSOG, § 15, Rn. 20.

zung und dem Zweck der Sicherstellung gem. § 14 I a)⁹⁵. Die Polizei bezweckt mit der Durchsuchung der S pyrotechnische Gegenstände und Waffen zu finden, um diese dann aus Gründen der Gefahrenabwehr sicherzustellen. Die Voraussetzungen des § 14 I a) müssten daher hypothetisch vorliegen.

(1) Sicherstellungsbedürftigkeit der Sache

Die pyrotechnischen Gegenstände und Waffen dürfen sichergestellt werden, wenn sie eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen. Die öffentliche Sicherheit umfasst u.a. das Leben und die Gesundheit des Einzelnen sowie die allgemeine Rechtsordnung⁹⁶. Der widerrechtliche, unsachgemäße Umgang mit Pyrotechnik und Waffen in einer großen Menschenmenge kann erhebliche Verletzungen für Leib und Leben nach sich ziehen, weshalb das subjektive Recht und Rechtsgüter des Einzelnen betroffen ist. Die Verletzung dieser Rechte kann auch insoweit strafrechtliche und ggfs. auch ordnungsrechtliche Konsequenzen gem. § 223 ff. StGB und § 41 I Nr. 13, 42 SprengG nach sich ziehen, weshalb auch die Rechtsordnung betroffen ist.

Bei Waffen und Sprengstoff geht die Gefahr regelmäßig nicht erst von ihrer Verwendung aus, sondern von ihrem Zustand und ihrer Beschaffenheit⁹⁷. Dies hat zur Folge, dass die Gefahr für die Verletzung eines Schutzgutes nicht erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten kann, sondern jederzeit gegenwärtig ist. Eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht, weshalb die Sachen sicherstellungsbedürftig sind.

(2) Tatsachen, die die Annahme einer Sicherstellung rechtfertigen

Die Polizei müsste Tatsachen vorbringen können, die eine Sicherstellung der Sache rechtfertigen und damit die Durchsuchungsmaßnahme begründen. Die Tatsachen müssen dabei hinreichend konkret sein und von äußeren Anhaltspunkten objektiv begründet sein⁹⁸. Die Polizei kann solche Tatsachen aus früheren tatsächlichen Erkenntnissen, Erfahrungen und Indizien erlangen⁹⁹. Diese Informationen sind dann begründet, wenn die Möglichkeit besteht, dass bestimmte Personen sicherzustellende Sachen

⁹⁵ Merten, HmbSOG, § 15, Rn. 9.

⁹⁶ S.o. 1. Teil, D, I, 3., a).

⁹⁷ Merten, HmbSOG, § 14, Rn. 8.

⁹⁸ Liskan/Denninger - *Rachor*, HdBdPOR, Rn. F 171.

⁹⁹ Merten, HmbSOG, § 15, Rn. 9.

bei sich führen, von denen eine Gefahr ausgeht. Die Möglichkeit darf jedoch nicht nur mutmaßlich sein, sondern einen realen Hintergrund haben¹⁰⁰. Hier beruhten die Erkenntnisse auf internen Informationen der Polizei, wonach bei ähnlichen Veranstaltungen, pyrotechnische Gegenstände und Waffen unter der Kleidung in die Veranstaltungszonen geschmuggelt wurden. Nach Informationen der Polizei wurde dies zumeist von weiblichen, unscheinbaren und nach dem äußeren Erscheinungsbild friedlichen Besuchern ausgeführt. Anhand dieses Rasters hatte die Hamburgische Polizei Grund zur Annahme, dass auch S zu diesen Transportpersonen zählt und dies daher eine Durchsuchung zwecks Sicherstellung begründet. Zwar gab es keine konkreten Hinweise in der Person der S, jedoch muss auf Grund der unmittelbaren Gefahr für die Rechtsgüter Leib und Leben eine geringere Anforderung an die Konkretheit gestellt werden. Tatsachen, die die Annahme einer Sicherstellung rechtfertigen, liegen vor.

(3) Verantwortlichkeit

S könnte Störer gem. § 8 I gewesen sein¹⁰¹. Eine tatsächliche Gefahr ging von S zum Zeitpunkt der Maßnahmen nicht aus. Auch stellte sich im Nachhinein heraus, dass S nicht die gesuchten Gegenstände bei sich führte. Es bestand also für die Polizei lediglich der Verdacht, S könne für die Gefahr verantwortlich sein. Im Vergleich zur tatsächlichen Gefahr, hat der Gefahrenverdacht eine herabgesetzte Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der Prognose des Schadenseintritts. In solch einem Fall der Verdachtsstörung wird z.T. vertreten, dass, aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, nur die Figur des Nichtstörers gem. § 10 I in Betracht käme¹⁰². Dies wäre aber systemwidrig. Denn die sog. Notstandspflicht verlangt erhöhte Voraussetzung, wie etwa eine unmittelbare Gefahr. Diese liegt aber bei einer Verdachtsstörung gerade nicht vor. Aus diesem Grund muss eine differenzierende Wertung der Verantwortlichkeit bei den unterschiedlichen Ebenen angenommen werden¹⁰³. Auf der primären Handlungsebene ist, für die Störereigenschaft, der Zeitpunkt der Maßnahme maßgeblich. Stellt sich *ex post* jedoch heraus, dass der Verdacht falsch war, so ist auf

¹⁰⁰ Liskan/Denninger - *Rachor*, HdBdPOR, Rn. F 173.

¹⁰¹ S.o. Teil 1, D., I., 3., c).

¹⁰² Schenke, POR, Rn. 263.

¹⁰³ Alberts/Merten/Rogosch, HmbSOG, Vor. §§ 8 ff., Rn. 6.

sekundärer Haftungsebene die Person als Nichtstörer zu behandeln, die gem. § 10 III 1 Anspruch auf Entschädigung hat¹⁰⁴. Selbiges gilt für den sog. Anscheinstörer¹⁰⁵, der dem Anschein nach eine Gefahr verursacht hat¹⁰⁶. S viel auf Grund ihrer Erscheinung in das Raster der Polizei. Es bestand der Verdacht, sie trüge gefährliche Gegenstände bei sich. Obwohl sich dies im Nachhinein als falsch herausstellte, konnte die Polizei zu diesem Zeitpunkt die S der Gefahr verdächtigen. Aus diesem Grund waren die Maßnahmen auch gegen sie zu richten. S ist Störer gem. § 8 I.

(4) Ermessen

Ermessenfehler hinsichtlich des Auswahlermessens sind nicht ersichtlich. Fraglich ist aber, ob der richtige Störer ausgewählt wurde und ob die Verhältnismäßigkeit gem. § 4 I 1 gewahrt wurde.

(a) *Auswahl des Störers*

Das S neben vielen anderen als Störer herangezogen wurde ist nicht zu beanstanden, da grundsätzlich die Maßnahmen gegen die Personen zu richten sind, die durch ihr polizeiwidriges Verhalten für die Gefahr verantwortlich sind¹⁰⁷. Dies verlangt das Gebot des effektiven und effizienten polizeilichen Handelns¹⁰⁸. Auswahlermessensfehler wegen des Gleichheitsgebotes aus Art. 3 I GG sind daher nicht ersichtlich

(b) *Verhältnismäßigkeit*

(i) *Geeignetheit*

Die Ganzkörperdurchsuchung ist gem. § 4 I geeignet. Dadurch, dass S sich vollständig entkleiden musste, hatten die Beamten die Möglichkeit zu erkennen, ob sie irgendwelche sicherstellungsbedürftigen Sachen unter ihrer Kleidung versteckt mit sich führte.

(ii) *Erforderlichkeit*

Fraglich ist, ob die vollständige Entkleidung für die Gefahrenforschung gem. § 4 II erforderlich war, oder ob der Behörde ein milderer Mittel für das Auffinden von sicherstellungsbedürftigen Sachen zur Verfügung gestanden hätte. Die Polizei macht geltend, dass bei den für die Tatsachen

¹⁰⁴ Kokott, DVBl. 1992, 749 (749).

¹⁰⁵ Alberts/Merten/Rogosch, HmbSOG, Vor. §§ 8 ff., Rn. 6.

¹⁰⁶ Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, § 9, Rn. 21.

¹⁰⁷ Drews/Wacke/Vogel/Martens, § 19, S. 290.

¹⁰⁸ Alberts/Merten/Rogosch, HmbSOG, Vor. §§ 8 ff., Rn. 6.

herangezogenen vergleichbaren Veranstaltungen, die Besucher pyrotechnische Gegenstände und Waffen in der Unterwäsche und im Intimbereich versteckt hatten. Diese aufzufinden, wäre der Polizei durch ein einfaches Abtasten des bekleideten Körpers nicht möglich gewesen. Erst eine nähere Nachschau des unbekleideten Körpers machte eine wirksame Gefahrenabwehr möglich, da die Sachen ansonsten nicht gefunden worden wären. Ein anderes milderes Mittel wäre nicht zweckdienlich gewesen. Die Maßnahme ist daher erforderlich gewesen.

(iii) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Das dem Persönlichkeitsrecht der S entgegenstehende Recht auf Leib und Leben der Besucher gem. Art. 2 II 1 GG unterliegt der Schutzpflicht des Staates¹⁰⁹. Es ist höchstrangiges Recht¹¹⁰, welches jedem die körperliche Unversehrtheit garantieren soll. Daher hat die Polizei die Pflicht, die Besucher des Fanfestes vor dem rechtswidrigen Einsatz von pyrotechnischen Material und Waffen zu schützen.

Dem entgegen steht die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der S¹¹¹. Der entkleidete Körper stellt den physisch persönlichsten Bereich des Menschen dar und ist als solcher überaus schützenswert. Das reine Abtasten des bekleideten Körper stellt regelmäßig noch keinen übermäßigen Eingriff in den Intimbereich dar. Dies wird bei Großveranstaltungen als übliche Begleiterscheinung, die eine nicht sonderliche Belastung darstellt, hingenommen. Der qualitative Unterschied zu einer völligen Entkleidung vor fremden Polizeibeamten muss jedoch berücksichtigt werden. Das persönliche Schamgefühl der Person wird dabei erheblich verletzt, da durch eine solche Maßnahme die persönliche Integrität des Einzelnen nicht gewahrt bleibt. Da diese Maßnahmen bei jeder unter Gefahrverdacht stehenden Person durchgeführt werden, wird in übermäßiger Weise in die Persönlichkeitsrechte von Vielen eingegriffen. Zwar ist es nicht zu beanstanden, dass ausgerechnet die in das Raster fallenden Personen durchsucht werden, jedoch muss berücksichtigt werden, dass die Maßnahmen eben zumeist diejenigen Besucher treffen, die gerade auf Grund ihrer Unauffälligkeit nicht zu der gewaltbereiten Zielgruppe gehö-

¹⁰⁹ Schmidt-Bleibtreu – Hofmann, GG, Art. 2, Rn. 52.

¹¹⁰ BVerfG NJW 1975, 573 (575).

¹¹¹ S.o. Teil 2, C., II., 2., a).

ren. Die hohe Zahl der Eingriffe und deren besondere Schwere verhalten sich nicht proportional zum verfolgten Zweck der reinen Gefahrenforschung. Die völlige Entkleidung als solche wäre daher nur verhältnismäßig gewesen, wenn nach schrittweisem Abtasten des bekleideten Körpers nähere Hinweise für das Einführen von gefährlichen Gegenständen gegeben wären.

(5) Zwischenergebnis

Die Personendurchsuchung der S war demnach rechtswidrig.

c) Rechtmäßigkeit sonstiger Maßnahmen

Als Ermächtigungsgrundlage für die Ausweiskontrolle dient § 4 I Nr. 3 PolDVG. Die Durchsuchung der Jacke und der Tasche stützt sich auf § 15 a III. Beide Maßnahmen sind formell und materiell nicht zu beanstanden. Auch wurde wegen ihrer geringeren Eingriffsschwere die Verhältnismäßigkeit gewahrt, weshalb die sonstigen Maßnahmen rechtmäßig gewesen sind.

d) Wiederholungsgefahr

Die Polizei plant die Maßnahmen beim Public-Viewing-Event am 15.08.2008 in gleicher Weise zu wiederholen. S läuft Gefahr, beim Besuch sich erneut solchen Kontrollmaßnahmen unterziehen zu müssen. Eine wiederholte Beeinträchtigung gem. § 1004 I 2 BGB analog ist somit zu erwarten.

3. Zwischenergebnis

Ein Anordnungsanspruch aus § 1004 I 1 BGB analog besteht daher.

III. Anordnungsgrund

S müsste gem. § 123 I 1 VwGO einen hinreichenden Grund vorweisen, der den Erlass einer Anordnung rechtfertigt. Sie müsste gem. § 123 III VwGO i.V.m § 294 I ZPO glaubhaft machen, dass durch die Veränderung des bisherigen Zustandes die Verwirklichung ihres Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird¹¹². Die Gefahr muss dafür objektiv und konkret gegeben sein. Die Stadt Hamburg hat beschlossen, die Kontrollmaßnahmen in der bezeichneten Weise durchzuführen. Dies soll bereits am 15.08.2008 der Fall sein. Die Veränderung des bisherigen Zustandes

¹¹² Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Rn. 158.

würde also vor Abschluss des Hauptverfahrens eintreten und würde den ASt erheblich in seinen Rechten verletzen. Auf Grund dieser massiven Einwirkung in unmittelbarer Zukunft kann S, unter Berücksichtigung der Interessenabwägung, ein Abwarten bis zur Hauptsacheentscheidung nicht zugemutet werden, weshalb ein Anordnungsgrund besteht.

IV. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Die streitige Sachlage dürfte nicht dem Hauptsacheverfahren vorweggenommen werden. Dies ist jedoch dann der Fall, wenn dem ASt im Verfahren nach § 123 die begehrte Rechtsposition endgültig zugesprochen wird und er dadurch so gestellt würde, als habe er in der Hauptsache bereits obsiegt¹¹³. Dies ließe das Hauptverfahren überflüssig werden¹¹⁴. Jedoch muss gem. Art. 19 IV GG dem ASt ein Rechtsschutz für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung garantiert werden¹¹⁵. Insoweit soll die Anordnung den ASt nur bis zur Hauptsache vor vollendeten Tatsachen der Behörde schützen¹¹⁶. S begehrt eine sofortige Unterlassung sämtlicher zukünftiger Kontrollmaßnahmen vor dem Zutritt zu den Public-Viewing-Events. Würde dieses Begehren stattgegeben, wäre die Hauptsache wegen der Endgültigkeit überflüssig. Daher gilt diese Anordnung nur für die zukünftigen Spiele bis zur Hauptsacheentscheidung und bleibt insoweit offen. Die Hauptsache ist demnach nicht vorweggenommen.

D. Ergebnis

Der Antrag der S auf einstweiligen Rechtsschutz wurde im richtigen Rechtsweg gestellt und ist zulässig aber nur teilweise begründet. Der Antrag hat demnach teilweise Erfolg.

¹¹³ NomosKom – *Puttler*, VwGO, § 123, Rn. 102.

¹¹⁴ Hufen, VwPR, § 33, Rn. 16.

¹¹⁵ NomosKom – *Puttler*, VwGO, § 123, Rn. 104.

¹¹⁶ Eyermann – *Happ*, VwGO, § 123, Rn. 66a.