

Bachelor of Laws

Allgemeines Verwaltungsrecht mit Schwerpunkten im Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht - 55111

Sommersemester 2008 - Klausur 1112

Lösungskommentare

5 Punkte sind für die Einhaltung des Gutachtenstils und der übrigen Formalia frei zu vergeben.

Aufgabe I.

Frage 1: Statthaftigkeit

Insges. 20 Punkte. Davon 15 Punkte für die Prüfungspunkte unter I.

Welches Rechtsmittel statthaft ist, richtet sich nach dem Begehren des K, § 88 VwGO. Dieser begehrt die Aufhebung des Bescheides der Polizeibehörde (P). Als statthaftes Rechtsmittel kommen zunächst der Widerspruch gem. §§ 68, 69 VwGO und die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht.

I. Verwaltungsaktsqualität des Bescheides

Beide Rechtsmittel setzen zunächst voraus, dass es sich bei dem Bescheid um einen Verwaltungsakt (VA) i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG handelt.

Die folgenden Definitionen der Bestandteile des Verwaltungsaktes, unter die der Bescheid subsumiert wird, stellen lediglich einen Lösungsvorschlag dar. Sollte der Bearbeiter aus einem anderen Skript oder Lehrbuch stammende vertretbare Definitionen verwenden, führt dies nicht zu Punktabzügen.

Fraglich ist zunächst, ob die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen und die Vorladung VA-Qualität besitzen. Ein Verwaltungsakt ist 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, § 35 S. 1 VwVfG.

1. Behörde

Behörde ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, § 1 Abs. 4 VwVfG. Vorliegend ist bereits dem Sachverhalt zu entnehmen, dass eine Behörde, genauer eine Polizeibehörde den Bescheid erlassen hat.

2. Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Eine hoheitliche Maßnahme ist jede einseitige Willenserklärung mit Wirkung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts.¹ Eine Maßnahme ist dann auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts anzusiedeln, wenn ihre mögliche Rechtsgrundlage eine Vorschrift des öffentlichen Rechts ist. Vorliegend wird einseitig von der Behörde der Wille er-

¹ Wolff, in Studienkommentar VwGO/ VwVfG, § 35 VwVfG, R. 24.

klärt, an K erkennungsdienstliche Maßnahmen durchzuführen. Vorliegend beruhen die Maßnahmen auf §§ 10, 14 PolG X. Diese Normen räumen der Polizei, also einem Träger der öffentlichen Verwaltung, spezielle Befugnisse ein. Nach der vorherrschenden Sonderrechtstheorie handelt es sich demgemäß um öffentlich-rechtliche Normen. Dies bedeutet, dass die auf Grundlage dieser Normen durchgeführte Maßnahme ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

3. Regelung eines Einzelfalles mit Außenwirkung

Die Maßnahme der Polizei müsste eine Regelung sein. Unter einer Regelung ist die verbindliche, abschließende, unmittelbare Begründung, Aufhebung, Änderung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten des Betroffenen zu verstehen.² Für K wird durch den Bescheid die Verpflichtung begründet, bei der Dienststelle zu erscheinen und die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zu dulden. Die Regelung liegt somit vor.

4. Einzelfall

Mit dem Bescheid müsste die Behörde einen Einzelfall regeln. Das ist der Fall, wenn die Maßnahme konkret-individuell ist.³ Die Regelung trifft vorliegend eine bestimmte Person und betrifft einen bestimmten Sachverhalt, also die Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen in einem konkreten Fall. Hier liegt also eine Einzelfallregelung vor.

5. Unmittelbare Außenwirkung

Eine Regelung besitzt Außenwirkung, wenn sie auf eine unmittelbare Rechtswirkung für eine außerhalb der Verwaltung stehende Person gerichtet ist.⁴ Die Regelung begründet Pflichten für den außerhalb der Behörde stehenden Bürger K und wirkt somit nicht behördenintern. Für die Wirksamkeit der Anordnung sind keine weiteren Zwischenschritte erforderlich, so dass die Außenwirkung auch unmittelbar ist.

6. Zwischenergebnis

Der Bescheid stellt einen Verwaltungsakt dar.

II. Abgrenzung Widerspruch - Anfechtungsklage

Aufgrund der VA-Qualität des Bescheides kommen die Anfechtungsklage und der Widerspruch in Betracht. Fraglich ist, welches Rechtsmittel statthaft ist. § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt, dass vor Erhebung einer Anfechtungsklage ein Vorverfahren durchzuführen ist, welches mit Einlegung des Widerspruchs beginnt, § 69 VwGO. Gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO kann jedoch eine landesrechtliche Regelung bestimmen, dass es einer solchen Nachprüfung nicht bedarf. Das Bundesland X hat von die-

² Schwarz, in *Hk-VerwR*, VwVfG, § 35, R. 91.

³ Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., § 9, Rn. 15.

⁴ Von Schlieffen, Skript „Allgemeines Verwaltungsrecht“, Teil 2, S. 53.

ser Ermächtigung in Form von § 6 AG VwGO X Gebrauch gemacht. § 6 Abs. 1 AG VwGO X normiert den Grundsatz, dass es keiner Durchführung eines Vorverfahrens bedarf, wenn der streitgegenständliche VA während des Zeitraums vom 1. November 2007 bis zum 31. Oktober 2012 bekannt gegeben worden ist. Der Zeitpunkt der Bekanntgabe fällt vorliegend in den angegebenen Zeitraum. Auch stellt das Polizeirecht kein Rechtsgebiet dar, welches nach Maßgabe von § 6 Abs. 2 und 3 AG VwGO X von dieser Regelung ausgenommen worden ist. Der Verwaltungsakt wurde K im Februar 2008 bekannt gegeben. Danach wäre ein Widerspruchsverfahren nicht durchzuführen. Demgegenüber bestimmt jedoch § 9 Abs. 1 PolG X, dass Maßnahmen der Polizeibehörde der Nachprüfung in einem Widerspruchsverfahren bedürfen. Gemäß § 6 Abs. 4 AG VwGO X finden jedoch spezielle landesrechtliche Bestimmungen, welche die Durchführung eines Vorverfahrens in anderen als den in § 6 Abs. 2 - 3 AG VwGO X genannten Rechtsgebieten vorschreiben, keine Anwendung. Demgemäß ist gegen Verwaltungsakte der Polizeibehörde das Vorverfahren nicht statthaft. Die Anfechtungsklage des § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO ist also das statthafte Rechtsmittel.

Hier war ein exaktes Studium der beigefügten Normen gefragt. In Teil II der ersten Frage waren 5 Punkte zu vergeben, die schon allein durch Verstehen der abgedruckten Normen ohne Hintergrundwissen erreicht werden konnten.

Möglich ist hier auch die - nicht zutreffende - Argumentation, die Regelung des § 6 Abs. 4 AG VwGO X trete hinter der spezielleren Regelung des § 9 Abs. 1 PolG X zurück. Sofern ein Bearbeiter mit dieser Begründung die Statthaftigkeit eines Widerspruchs annimmt, führt dies nicht zu Abzügen in der Punktevergabe. Zu der vorrangigen Geltung des § 6 AG VwGO X als lex posterior gegenüber dem Polizeigesetz gab der Sachverhalt keine Hinweise.

Frage 2: Die Frist

Insges. 10 Punkte.

Fraglich ist ferner, ob die Anfechtungsklage noch fristgemäß eingelegt werden kann. Das wäre der Fall, wenn die Frist am 10. März 2008 noch nicht abgelaufen ist. Somit ist zu prüfen, auf welchen Tag das Fristende fällt.

Vorliegend handelt es sich um die Frist zur Erhebung einer Anfechtungsklage. Ihre Dauer beträgt einen Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsaktes, § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO. Die Berechnung der Klagefrist richtet sich nach §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 ZPO, 187 Abs. 1 ff. BGB.

Sofern oben der Widerspruch für statthaft gehalten wurde, stellt sich an dieser Stelle das Problem, nach welchen Normen die Frist zu berechnen ist. Vertreten werden die §§ 57 Abs. 2 VwGO, 222 ZPO, 187 ff. BGB und die §§ 31 Abs. 1, 79 VwVfG, 187 ff. BGB. In diesem Fall war es ausreichend, eine der Normenketten zu nennen. Die Streitentscheidung ist entbehrlich, da in beiden Fällen die §§ 187 ff. BGB zur Berechnung angewendet werden.

Für die Prüfung der Widerspruchsfrist anstelle der Klagefrist werden keine Punkte abgezogen. Es kommt lediglich auf die Folgerichtigkeit der Prüfung an.

Den Bescheid erhielt K am 08. Februar.

An diesem Tag wurde der Bescheid also bekannt gegeben. Mangels Angaben zur Übermittlungsart oder zum Tag, an dem der Bescheid zur Post aufgegeben wurde, ist die Sonderregelung des § 41 Abs. 2 VwVfG hier nicht relevant.

Aus § 57 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 222 ZPO und den §§ 187 Abs. 1, 188 BGB⁵ folgt, dass der Tag der Zustellung, Verkündung oder Eröffnung selbst nicht mitgerechnet wird.⁶ Dies bedeutet, dass die Frist am 09. Februar 2008 um 0:00 Uhr begonnen hat. Dass es sich dabei um einen Samstag handelt, ist für den Augenblick des Fristbeginns irrelevant. Gem. § 188 Abs 2 BGB würde die Frist einen Monat später, genauer am 08. März um 24:00 Uhr enden. Dies würde bedeuten, dass die Anfechtungsklage verfristet ist. Es muss jedoch beachtet werden, dass es sich bei dem 08. März um einen Samstag handelt. Für einen solchen Fall bestimmt § 193 BGB (oder § 222 Abs. 2 ZPO bzw. § 31 Abs. 3 VwVfG bei Widerspruchsfrist), dass das Fristende auf den nächsten Werktag fällt. Der nächste Werktag ist Montag, der 10. März 2008. Demnach kann die Anfechtungsklage am 10. März noch erhoben werden. Dies ist nach Maßgabe des § 188 Abs. 2 BGB (oder § 222 Abs. 2 ZPO) bis zum Ablauf dieses Tages, also bis 24:00 Uhr möglich. Es liegt keine Verfristung vor.

⁵ Im Folgenden werden nur die maßgeblichen Normen des BGB und der ZPO genannt.

⁶ Schwarz, in Hk-VerwR, VwVfG, § 57, R. 11.

Frage 3: Die Begründetheit der Anfechtungsklage

Insges. 45 Punkte.

Die Anfechtungsklage wird erfolgreich sein, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger in seinen Rechten verletzt worden ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Vorüberlegung: In dem Bescheid wurde die Durchführung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen angeordnet und K zu ihrer Durchführung vorgeladen. Die beiden Anordnungen finden ihre Grundlage in unterschiedlichen Vorschriften des PolG und haben somit andere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Daher bietet es sich hier an, sie getrennt von einander zu prüfen.

A. Die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen

5 Punkte sind unter A zusätzlich frei

zu verteilen.

Fraglich ist zunächst, ob die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen rechtmäßig gewesen ist.

Die Reihenfolge der Prüfung ergibt sich aus den §§ 10, 14 PolG X. Die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen ist eine Tatbestandsvoraussetzung für die Vorladung.

I. Aufgabennorm

Bis einschließlich Unterpunkt 1 (Zuständigkeit/ Form) werden bis zu 3 Punkte vergeben.

Der Polizeibehörde müsste mit ihrem Handeln eine ihr zugewiesene Aufgabe erfüllen. Hier kommt die Aufgabenzuweisung nach § 1 PolG X in Betracht. Die Drogendelikte, die von K und in seinem Umfeld begangen werden, stellen eine Verletzung der Rechtsordnung dar. Diese Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit stellt eine Gefahr i. S. d. PolG X dar, vgl. § 1 Abs. 2 S. 1, 2 PolG X. Die Abwehr solcher Gefahren und insbesondere die Verhütung zukünftiger Straftaten obliegt gem. § 1 Abs. 1 S. 2 PolG den Polizeibehörden. Die Polizei handelt hier also in Erfüllung der ihr gesetzlich gem. § 1 Abs. 1 PolG X übertragenen Aufgaben.

II. Befugnisnorm

Die Befugnis, erkennungsdienstliche Maßnahmen durchzuführen, ist in § 14 Abs. 1 PolG geregelt.

Es ist ebenfalls vertretbar, unter I. die Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme zu prüfen, hier also § 14 Abs. 1 PolG X. Ob die Polizeibehörde im Rahmen ihrer Aufgabe gem. § 1 Abs. 1 PolG zur präventiven Gefahrenabwehr handelt, wird dann anschließend in der formellen Rechtmäßigkeit unter Zuständigkeit geprüft.

III. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste zunächst formell, also hinsichtlich Zuständigkeit, Verfahren und Form rechtmäßig sein.

1. Zuständigkeit/Form

Hier hat die örtlich und sachlich zuständige Polizeibehörde gehandelt. Der Bescheid erging schriftlich und entspricht im Übrigen den Formerfordernissen des § 37 VwVfG.

2. Verfahren

Fraglich ist, ob auch die Vorschriften über das Verfahren eingehalten worden sind.

a) Anhörung

10 Punkte, frei zu vergeben.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG ist vor Erlass jedes Verwaltungsaktes, der in die Rechte des Betroffenen eingreift, eine Anhörung durchzuführen. Dies bedeutet, K müsste die Gelegenheit gehabt haben, sich zu der geplanten Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen zu äußern. Diese Gelegenheit wurde K vorliegend nicht eingeräumt.

Die Anhörung könnte entbehrlich gewesen sein. Das wäre gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG der Fall, wenn eine sofortige Entscheidung über die Anordnung der Maßnahmen wegen Gefahr im Verzug notwendig erscheint. Eine Gefahr im Verzug liegt vor, wenn (aus ex ante Sicht) davon auszugehen ist, dass auch bei kürzesten Fristen dieser Zeitverlust mit hoher Wahrscheinlichkeit den Zweck der beabsichtigten Maßnahme beeinträchtigen würde.⁷ Bei den vorliegenden präventiven Maßnahmen ist es aber nicht ersichtlich, dass ihr Zweck, die langfristige Einschränkung des Drogenhandels, durch eine geringfügige Zeitverzögerung gefährdet werden könnte. Außerdem wurde die Durchführung der Maßnahmen erst für den 29.02. angeordnet. Daraus lässt sich schließen, dass auch die Polizeibehörde nicht von einer Eilbedürftigkeit ausging. Folglich liegt kein Fall des § 28 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 VwVfG vor. Eine Anhörung war erforderlich.

Es liegt hier also ein Verfahrensfehler vor und der Verwaltungsakt ist damit rechtswidrig. Die fehlende Anhörung kann jedoch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann, § 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 VwVfG. Bei der fehlenden Anhörung handelt es sich lediglich um einen sogen. relativen Verfahrensfehler. § 46 VwVfG bestimmt darüber hinaus, dass die Aufhebung eines VA nicht aufgrund von Formmängeln beansprucht werden kann, welche keine Nichtigkeit i. S. d. § 44 VwVfG zur Folge haben. Also kann auch die Anfechtungsklage nicht auf diesen Punkt gestützt werden, der formelle Fehler kann gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt werden.

Von den Bearbeitern ist zu erwarten, dass das Problem der fehlenden Anhörung erkannt und die Heilungsmöglichkeit gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG aufgezeigt werden. Eine derart ausführliche Auseinandersetzung mit Entbehrlichkeitsgründen ist nicht notwendig.

b) Belehrungspflicht

⁷ Skript AVR, Teil 2, 10. Vorlesungsabschnitt, R. 81; Schwarz, in Hk-VerwR, VwVfG, § 28, R. 36.

Ferner schreibt § 14 Abs. 3 PolG X die dahingehende Belehrung vor, dass der Betroffene die Vernichtung der erkennungsdienstlichen Unterlagen verlangen kann, wenn die Voraussetzungen für ihre weitere Aufbewahrung entfallen sind. Diese - nachholbare - Unterrichtungspflicht betrifft jedoch die Datenaufbewahrung, nicht die Datenerhebung. Folglich wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nicht tangiert.⁸

Dieser Punkt dürfte nur von äußerst gewissenhaften Bearbeitern angesprochen werden. Die Erwähnung des § 14 Abs. 2 PolG X ist hier nicht zwingend erforderlich, da sich der Anwendungsbereich der Norm auf die Zeit nach Durchführung der Maßnahmen erstreckt. Sie hat für die vorliegende Problemstellung daher keine Relevanz. Sollte dieser Punkt jedoch angesprochen werden, ist dies bei der Vergabe der zusätzlichen, nicht an einen bestimmten Prüfungspunkt gekoppelten Punkte positiv zu berücksichtigen.

IV. Materielle Rechtmäßigkeit
**für die
teilen.**

**22 Punkte. Diese sind frei
Punkte III. und IV. zu ver-**

Fraglich ist, ob der VA auch in materieller Hinsicht rechtmäßig ist.

1. Tatbestandsvoraussetzungen der Befugnisnorm

Die Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen ist unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 PolG X möglich. Gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 PolG X setzt die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen voraus, dass dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen ihrer Art und Ausführung die Gefahr der Wiederholung besteht.

Vorliegend ist K nicht nur verdächtig, eine Straftat begangen zu haben, er ist aufgrund einer solchen, genauer wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG rechtskräftig verurteilt worden. Darüber hinaus ist er seit seiner Jugend Drogenkonsument. Die Straftat gem. § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG wird, z. B. aufgrund einer stofflichen Abhängigkeit, typischerweise fortgesetzt begangen. Zumindest besteht aufgrund der Vita des K und der allgemeinen Lebenserfahrung eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Wiederholung des Besitzes von Betäubungsmitteln. Auch das Umfeld des K ist geprägt von Drogenkonsum und -handel. Darüber hinaus ist K laut Sachverhalt auch selbst verdächtig, mit Drogen zu handeln, was eine Straftat nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 BtMG darstellt. Dass ihm im Strafprozess der Handel nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden konnte, vermag dies nicht zu ändern. Folglich besteht die Gefahr einer Wiederholung.

Die materiellen Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Nr. 2 PolG X sind damit erfüllt.

Ein anderes Ergebnis ist an dieser Stelle aufgrund des klaren Sachverhalts nur schwer zu vertreten und bedarf einer äußerst ausführlichen Begründung.

2. Richtiger Adressat der Maßnahme

⁸ Pieroth/ Schlink/ Kniese, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Auflage, § 14, R. 61.

K müsste der richtige Adressat der polizeilichen Maßnahme sein. K hat selbst gegen die Vorschriften des BtMG verstoßen und trägt durch sein Handeln dazu bei, dass eine Gefahr der wiederholten Begehung besteht. Er ist somit als Verhaltensstörer nach § 4 Abs.1 PolG X richtiger Adressat der polizeilichen Anordnung.

Diese speziellen Kenntnisse des Polizeirechts werden von den Bearbeitern nicht erwartet, können aber positiv bewertet werden, auch wenn die Frage nach dem richtigen Adressaten z.B. in der Ermessensausübung angesprochen wird.

3. Rechtsfolge - Ermessensausübung

§ 14 Abs. 1 PolG X räumt der Polizeibehörde Ermessensspielraum ein. Die Polizeibehörde müsste von ihrem Ermessen sachgerecht Gebrauch gemacht haben, vgl. die deklaratorische Feststellung des § 3 Abs. 1 PolG X.

Die Ausübung von Ermessen ist vor einem Gericht nur beschränkt überprüfbar, § 114 VwGO.

Als Ermessensfehler kommen Ermessensnichtgebrauch, Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlgebrauch in Betracht.

Zu der Ermessensprüfung werden unterschiedliche Aufbauvarianten vertreten. Eine der Möglichkeiten ist es, zwischen Entschließungsermessen und Auswahlermessen zu unterscheiden. Andere Autoren unterscheiden nicht drei, sondern zwei Ermessensfehlerarten und orientieren sich dabei an die Regelung des § 40 VwVfG. Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Ermessensfehlerarten wird auch unter den Autoren, die drei Ermessensfehlerarten unterscheiden, nicht einheitlich vorgenommen. Insbesondere der Standort der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird unterschiedlich beurteilt. Verhältnismäßigkeit wird als ein Unterfall der Ermessensüberschreitung, des Ermessensfehlgebrauchs oder als ein Sonderproblem außerhalb des Ermessens geprüft. Hier wird die Ansicht vertreten, dass die Verhältnismäßigkeit als ein sonstiger Fehler ein Unterfall des Ermessensfehlgebrauchs ist. Andere Aufbaumöglichkeiten werden nicht als falsch bewertet.

a) Ermessensnichtgebrauch

Ermessensnichtgebrauch liegt vor, wenn die Behörde nicht erkennt, dass ihr Ermessen eingeräumt ist und von einer gebundenen Entscheidung ausgeht. Hier spricht die ausführliche Begründung der Behörde, warum sie sich zum Einschreiten und für die gewählten Mittel entschieden hat, gegen die Annahme, dass sie ihre Wahlmöglichkeit nicht erkannt hat. Ermessensnichtgebrauch kann hier also ausgeschlossen werden.

b) Ermessensüberschreitung

Die Behörde überschreitet ihr Ermessen, wenn sie eine Rechtsfolge wählt, die außerhalb der Grenzen liegt, die ihr der Gesetzgeber geschrieben hat.

§ 14 Abs. IV PolG X enthält einen Katalog der möglichen erkennungsdienstlichen Maßnahmen. Die Abnahme von Fingerabdrücken und die Aufnahme von Lichtbildern sind unter Nr. 1 und 2 in diesem Katalog aufgenommen.

Fraglich ist, ob auch die Entnahme einer Speichelprobe von der Polizei angeordnet werden durfte. Diese Maßnahme ist in dem Katalog des § 14 Abs. 4 PolG X nicht

enthalten. Der Formulierung „insbesondere“ in § 14 Abs. 4 PolG lässt sich entnehmen, dass die Aufzählung nicht abschließend ist. Die Speichelprobe müsste also eine mit den anderen aufgezählten Messungen vergleichbare Maßnahme mit einer vergleichbaren Eingriffsintensität darstellen. Bei allen unter § 14 Abs. IV PolG X aufgeführten Maßnahmen handelt es sich um solche, die äußere Merkmale des Körpers betreffen. Dies gilt auch für Messungen i. S. d. § 14 Abs. 4 Nr. 4 PolG X, der als Auffangtatbestand für die Erfassung derjenigen Körpermerkmale zu bewerten ist, welche nicht unter die übrigen Beispiele subsumiert werden können.⁹ Lediglich das Erscheinungsbild wird durch diese Maßnahmen festgehalten. Die Entnahme einer Speichelprobe bedeutet den Eingriff in die körperliche Integrität. Diese Maßnahme ist ein qualitativ schwererer Eingriff als die Anfertigung eines Lichtbildes. Die Entnahme von Speichelproben ist demnach nicht durch § 14 PolG X gedeckt und somit als rechtswidrig zu bewerten.

Eine andere Auffassung ist hier kaum vertretbar. Schon die Auseinandersetzung mit dem Problem wird positiv bewertet.

c) Ermessens Fehlgebrauch

Unter Ermessens Fehlgebrauch werden Ermessensmissbrauch, Abwägungsmängel und sonstige Fehler zusammengefasst. Hier kommen Ermessensmissbrauch und ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als ein sonstiger Fehler in Betracht.

aa) Ermessensmissbrauch

Eine Behörde übt ihr Ermessen dann missbräuchlich aus, wenn sie sich bei ihrer Entscheidung von sachfremden Erwägungen leiten lässt.¹⁰ Hier bringt die Behörde vor, dass eine ausreichende Überwachung aller Schwerpunkte der Drogenkriminalität ihre personellen Kapazitäten übersteige. Fraglich ist, ob solche Gesichtspunkte bei der Entscheidung der Polizei für Maßnahmen der Gefahrenabwehr berücksichtigt werden dürfen.

Welche Belange in die Ermessensentscheidung einer Behörde einfließen dürfen, ergibt sich aus dem Zweck der Ermessensermächtigung, der durch Auslegung der Befugnisnorm und des Fachgesetzes zu ermitteln ist. Der Zweck des polizeilichen Handelns ist effektive Gefahrenprävention und Gefahrenabwehr, vgl. § 1 Abs. 1 PolG X. Der Primärzweck der Ermessensausübung, an die die Polizei abschließend gebunden ist, ist also der Schutz der öffentlichen Sicherheit von konkreten oder abstrakten Gefahren. Es ist unbestritten, dass die Polizei keine Maßnahmen erlassen darf, die der Erleichterung der Polizeiaufsicht oder der Arbeitseinsparung dienen sollen.¹¹ Der Berücksichtigung der der Polizei zur Verfügung stehenden sachlichen oder personellen Mittel bei der Auswahl von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr steht aber grund-

⁹ Tegtmeier/Vahle, PolG NRW, 9. Auflage, § 14, R. 22; Pieroth/Schlink/Kniese, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., § 14, R. 57.

¹⁰ Von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 2, S. 18.

¹¹ Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., S. 415.

sätzlich nichts entgegen. Jede Stelle der öffentlichen Verwaltung ist verpflichtet, mit den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen wirtschaftlich und sparsam umzugehen. Damit steht der Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Kapazität bei Ausübung des Ermessens nichts entgegen.

Ein anderes Ergebnis kann hier ebenfalls vertreten werden.

bb) Verhältnismäßigkeit

Die Abnahme der Fingerabdrücke und die Aufnahme der Lichtbilder müssten auch verhältnismäßig sein. Das ist dann der Fall, wenn sie einem legitimen Zweck dienen, geeignet sowie erforderlich und angemessen (Verhältnismäßig im engeren Sinne) sind.

Zweck der Maßnahme ist hier, den Drogenhandel im Keller des K zu unterbinden und K von dem Begehen weiterer Straftaten abzuhalten.

Geeignet ist die Maßnahme, wenn sie in der Lage ist, den gewünschten Erfolg herbeizuführen. Nach der Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen wird die Ermittlung im Umfeld des K wesentlich erleichtert. So können seine Fingerabdrücke eindeutige Ermittlungsspuren bieten. K spielt in seinem Umfeld eine zentrale Rolle, indem er in seinem Keller dem Drogenhandel einen festen Standort bietet. Man kann davon ausgehen, dass die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen auch in diesem Milieu bekannt wird. Von der erhöhten Gefahr der Aufdeckung ihrer illegalen Aktivitäten geht eine hohe Abschreckungswirkung aus, die geeignet ist, den Drogenhandel in diesem Umfeld einzudämmen.

Des Weiteren müsste die Maßnahme auch erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn kein milderes Mittel zum Erreichen des angestrebten Zwecks den gleichen Erfolg verspricht.¹² Als anderes Mittel zur Eindämmung des Drogenhandels nennt die Polizei die Überwachung aller Schwerpunkte der Drogenkriminalität. Zwar beruft sich die Polizei darauf, dass ihr für diese Maßnahme personelle Mittel fehlen, sie könnte aber verpflichtet sein, auch mit höherem Aufwand diese Maßnahme der Gefahrenprävention zu betreiben, wenn der Eingriff in die Rechte des Betroffenen dadurch wesentlich gemildert wird. Eine ausreichende Überwachung von Ks Kellerräumen stellt aber schon wegen der erforderlichen Dauer der Maßnahme einen schwerwiegenden Eingriff in seine Grundrechte dar. Außerdem wird durch eine solche Überwachung auch der private Lebensbereich des K betroffen, der für die Gefahrenabwehr nicht erfasst zu werden braucht. Auch unbeteiligte Besucher werden ebenfalls bei der Überwachung erfasst. Durch die Aufnahme der Lichtbilder und die Fingerabdrücke werden unbeteiligte Dritte nicht berührt. Damit steht der Polizei mit der Überwachung kein milderes Mittel zur Verfügung. Die erkennungsdienstliche Maßnahmen sind also auch erforderlich.

Darüber hinaus müssten sie auch angemessen sein. Der Grundrechtseingriff bei K dürfte nicht außer Verhältnis zu dem mit den Maßnahmen zu erzielten Erfolg stehen.

¹² Von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 2, S. 172.

Durch die Erstellung der Lichtbilder und der Fingerabdrücke wird das Grundrecht des K auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt. Sofern die Polizei alle datenschutzrechtlichen Bestimmungen beachtet und die Daten nur zu dem zulässigen Zweck der Gefahrenabwehr verwendet, wovon auszugehen ist, erfolgt der Eingriff mit einer eher geringen Intensität. Erreicht werden soll durch die abschreckende Wirkung der Maßnahme, dass der Drogenhandel an einem der wichtigen Umschlagsorte bekämpft wird. Drogenhandel ist ein schwerwiegendes und nur schwer zu bekämpfendes Problem in vielen Städten. Zum einen können die gesundheitlichen Schäden, die auch bei Verwendung von „weichen“ Drogen entstehen, kaum unterschätzt werden. Außerdem steigen die Beteiligten in vielen Fällen über die „weichen“ Drogen in die Abhängigkeit von „harten“ Drogen ein. Der Drogenhandel wird in aller Regel von hoher Beschaffungskriminalität begleitet. Auch ist bei solchen Drogenzirkeln die Gefahr besonders groß, dass immer weitere Menschen in den Handel einsteigen und sich damit die Anzahl der gefährdeten Personen und der begangenen Straftaten weiterhin erhöht. Die negative Bedeutung der Drogenkriminalität für die Gesellschaft kann nicht hoch genug bewertet werden. Die eher geringfügige Beeinträchtigung des K steht in einem angemessenen Verhältnis zu den betroffenen Schutzgütern.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit setzt eine ausführliche gutachterlich strukturierte Argumentation unter Einbeziehung der Sachverhaltsangaben voraus. Ein anderes Ergebnis kann daher mit einer überzeugenden Begründung vertreten werden. In der Erforderlichkeit ist entscheidend, dass nicht nur das Vorhandensein einer anderen Maßnahme, der Überwachung, festgestellt wird, sondern auch eine Auseinandersetzung mit der Eingriffsintensität erfolgt.

Die Anordnung der Abnahme von Fingerabdrücken und der Aufnahme der Lichtbilder ist verhältnismäßig, das Ermessen wurde beanstandungsfrei ausgeübt.

Mit entsprechender Begründung ist eine andere Auffassung sicherlich vertretbar.

V. Rechtsverletzung
führt
ten.

**Das Fehlen dieses Punktes
zu einem Abzug von 5 Punkten.**

Schließlich müsste K gem. § 42 Abs. 2 VwGO durch den Bescheid in subjektiven Rechten verletzt sein. Vorliegend war K Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes. Dies bedeutet, dass er aufgrund des Adressatengedankens zumindest in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt ist.

VI. Zwischenergebnis

Die Anordnung der Entnahme einer Speichelprobe war rechtswidrig. Die anderen erkennungsdienstlichen Maßnahmen konnten jedoch rechtmäßig angeordnet werden.

B. Vorladung

5 Punkte.

Des Weiteren könnte die Vorladung zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen rechtswidrig sein.

I. Aufgaben- und Befugnisnorm

Die Polizei handelte auch hier zur präventiven Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und somit im Rahmen ihrer Aufgaben gem. § 1 Abs. 1 PolG X. Die Anordnung der Vorladung richtet sich nach § 10 PolG X.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich. Die fehlende Anhörung kann nachgeholt werden (Vgl. oben).

III. Materielle Rechtmäßigkeit

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 PolG X setzt für eine Vorladung voraus, dass diese für die Vor- nahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen erforderlich ist. Erkennungsdienstliche Maßnahmen wurden angeordnet. Diese Anordnung erfolgte, abgesehen von der Entnahme einer Speichelprobe, auch rechtmäßig. K ist als Verhaltensstörer der richtige Ad- ressat der Vorladung. Für die Durchführung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen war die Vorladung geeignet. Für Ermessensfehler liegen keine Anhaltspunkte vor. Da keine andere Möglichkeit zu ihrer Durchführung besteht, ist die Vorladung auch erforderlich und mangels eines intensiven Eingriffs in die Grundrechte des K auch angemessen. Die Vorladung war also auch verhältnismäßig und damit materiell rech- tmäßig.

Sofern der Bearbeiter zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Anordnung der erken- nungsdienstlichen Maßnahmen insgesamt rechtswidrig gewesen ist, wäre an dieser Stelle folgerichtig das gegenteilige Ergebnis zutreffend.

C. Ergebnis

Die Klage wird dahingehend erfolgreich sein, dass die Anordnung zur Entnahme einer Speichelprobe aufgehoben wird. Im Übrigen wird die Klage erfolglos bleiben. K muss zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen auf der Polizeidienststelle er- scheinen.

Aufgabe II: Beantwortung der Fragen

Nr. 1

10 Punkte.

Der Widerspruch ist statthaft gem. § 68 VwGO, wenn die Einzelnote ein Verwaltungs- akt ist.

Die Note wurde von einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts in einem Einzelfall erlassen.

Fraglich ist, ob die Benotung Außenwirkung entfaltet. Erst das Abschlusszeugnis entscheidet darüber, ob das Klassenziel erreicht worden ist und zeigt Wirkungen über das Klassenzimmer und die Einrichtung Schule hinaus. Den einzelnen Noten

kommt lediglich ein Vorbereitungscharakter zu.¹³ In Ermangelung eines Verwaltungsaktes ist hier der Widerspruch unstatthaft.

Es wird auch vertreten, der Einzelnote aus eben diesen Gründen den Regelungscharakter abzusprechen.¹⁴

Nr. 2

10 Punkte.

Die Zwei-Stufen-Theorie findet Anwendung, wenn ein Bürger z. B. auf Gewährung einer Subvention oder auf Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung klagt. Diese Theorie wird zur Hilfe genommen bei der Ermittlung, ob ein Rechtsstreit der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegt. Dies kann problematisch sein, da auch die Verwaltung zivilrechtlich handeln kann.

Nach dieser Theorie wird der Vorgang in zwei Stufen unterteilt. Über die Zulassung zu einer öffentlichen Einrichtung oder die Gewährung einer öffentlichen Leistung, also das „Ob“, entscheidet die Verwaltung auf der ersten Stufe und zwar immer öffentlich-rechtlich. Die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses auf der zweiten Stufe, das „Wie“ kann sowohl zivilrechtlich, als auch öffentlich-rechtlich erfolgen. Die Theorie wird stark dafür kritisiert, dass sie einen zusammenhängenden Sachverhalt auseinander reißt. Außerdem bietet der Verwaltungsvertrag die Möglichkeit, den gesamten Vorgang einheitlich öffentlichrechtlich zu regeln.¹⁵

¹³ Von Schlieffen, Skript „Allgemeines Verwaltungsrecht“ Teil 2, S. 54.

¹⁴ Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 35, Rn. 58.

¹⁵ Von Schlieffen, Skript „Allgemeines Verwaltungsrecht“ Teil 1, S. 162 f.