



## **Vertiefung: Standardmaßnahmen, Abwägung, Regulierungsverwaltungsrecht** **(Übersicht 23 – Rn. 612)**

### **Übungsfall: Lösung**

#### **Lösung Übersicht 23 Übungsfall (Rn. 612)**

Die Klage der A hat Erfolg, soweit alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und sie begründet ist.

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

Es müssten alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

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

Dazu muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO.

##### **1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit**

Danach müsste zunächst eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlich ist. Nach der modifizierten Subjekttheorie ist eine Norm dann öffentlich-rechtlich, wenn sie einseitig einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen berechtigt oder verpflichtet.

Hier wendet sich die A gegen das Vorgehen der Polizei, wobei sich ihr Vorbringen nur auf die Ingewahrsamnahme beschränkt. Sie möchte deren Rechtswidrigkeit festgestellt wissen. Die Ingewahrsamnahme durch die Bundespolizei ist auf Grundlage des § 39 BPolG möglich. Diese Norm berechtigt einseitig die Bundespolizei als Träger öffentlicher Gewalt zur Ingewahrsamnahme von Personen. Die Norm ist mithin nach der modifizierten Subjekttheorie öffentlich-rechtlich, sodass die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Art ist.

##### **2. Nichtverfassungsrechtlicher Art**

Darüber hinaus müsste die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art sein. Das ist der Fall, wenn keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vorliegt, also Verfassungsorgane nicht primär über Verfassungsrecht streiten oder jedenfalls die Streitigkeit nicht entscheidend vom Verfassungsrecht geformt ist, es also im Kern des Rechtsstreits nicht um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsorgans als solches geht (genuin verfassungsrechtliche Kompetenz). Die handelnden Akteure, also die A und die Bundespolizei, sind keine Verfassungsorgane und streiten auch nicht über Verfassungsrecht bzw. verfassungsrechtliche Kompetenzen, sondern über die Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme nach einfachgesetzlichen Maßstäben. Weder eine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit liegt vor noch ist der Streit entscheidend durch das Verfassungsrecht geformt. Mithin handelt es sich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit.

##### **3. Keine abdrängende Sonderzuweisung**

Schließlich dürfte keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegen. Das ist dann der Fall, wenn nicht durch gesetzliche Regelung die Streitigkeit einer anderen Gerichtsbarkeit zugewiesen ist. Eine solche abdrängende Sonderzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit könnte sich hier zunächst aus § 23 Abs. 1 EGGVG ergeben. Das wäre dann der Fall, wenn es sich um eine Maßnahme einer Justizbehörde handelte, also die Bundespolizei hier als Strafverfolgungsorgan



tätig geworden wäre. Die Bundespolizei kann sowohl repressiv zum Ziele der Strafverfolgung gem. §§ 12 Abs. 1 S. 1 BPolG i. V. m. §§ 161, 163 StPO handeln als auch präventiv zum Zwecke der Gefahrenabwehr. § 23 Abs. 1 EGGVG ist somit nur dann einschlägig, wenn ein repressives Handeln zur Strafrechtspflege vorliegt, nicht aber wenn das Handeln präventiver Natur ist.<sup>1</sup> Streitig ist vorliegend nur die Ingewahrsamnahme, nicht der Platzverweis oder die Beschlagnahme.

Zunächst könnte es naheliegen das Handeln der Polizei als repressives Handeln zu verstehen, da A hier möglicherweise Straftaten nach dem StGB begangen hat. Jedoch war Zweck der sog. doppelunktionalen Maßnahme schwerpunktmäßig nicht die Strafverfolgung, sondern die Abwehr drohender weiterer Beeinträchtigungen des Schienenverkehrs durch A. Somit ist das Handeln der Bundespolizei hier als präventiv und nicht als repressiv einzustufen. Damit ist die abdrängende Sonderzuweisung gem. § 23 Abs. 1 EGGVG nicht einschlägig.

Eine abdrängende Sonderzuweisung zu den Amtsgerichten könnte sich aus § 40 Abs. 2 S. 1 BPolG ergeben. Diese Norm sieht vor, dass die Anordnung und Fortdauer der Freiheitsentziehung durch die Amtsgerichte festgesetzt wird. Das würde zunächst für die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Form der Amtsgerichte sprechen. Wenn jedoch vor der Entlassung aus dem Gewahrsam das Verfahren vor dem Amtsgericht noch nicht anhängig war, dann ist für die nachträgliche Kontrolle die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig.<sup>2</sup> Somit ist hier die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 Abs. 2 S. 1 BPolG nicht einschlägig.

#### 4. Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO liegen vor; der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

## **II. Statthafte Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Rechtsschutzbegehren des Klägers (vgl. § 88 VwGO). Die A begehrt hier die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ingewahrsamnahme. Ihr Begehren ist somit nicht auf Gestaltung der Rechtslage (Anfechtungsklage) oder Leistung (Verpflichtungsklage, allgemeine Leistungsklage) gerichtet.

Damit kommen als mögliche Klagearten die Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO und die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (wegen Erledigung der Rechtssache vor Klageerhebung) in Betracht. Welche Klageart einschlägig ist, ist davon abhängig, ob die Ingewahrsamnahme als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 BVwVfG oder als Realakt zu qualifizieren ist. Wesentliches Abgrenzungskriterium ist das Merkmal der Regelung i. S. d. § 35 S. 1 BVwVfG. Eine Regelung liegt vor, wenn die Maßnahme auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Im Fall wurde A von den Bundespolizisten in Gewahrsam genommen. Zunächst könnte man annehmen, dass dieses Handeln ein bloß tatsächliches Handeln ohne Regelungsgehalt ist und dass die Annahme möglicher Regelungsgehalte der Lebensrealität eines bloß tatsächlichen Handelns widerspricht.<sup>3</sup> Jedoch kann man dieser Handlung zwei mögliche Regelungsgehalte entnehmen: Einmal das Gebot den Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit zu dulden, sowie das Gebot in dem umschlossenen Bereich zu

<sup>1</sup> Wöckel, in: Eyermann, VwGO 16. Aufl. 2022, § 40 Rn. 130.

<sup>2</sup> Näher dazu: Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Bd. VwGO, 47. EL 2025, § 40 Rn. 616; Unruh, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 40 VwGO Rn. 231.

<sup>3</sup> Graulich in Liskin/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Rn. 530



bleiben.<sup>4</sup> Deswegen ist die Ingewahrsamnahme als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 BVwVfG einzustufen.<sup>5</sup>

Damit ist die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (Anfechtungskonstellation mit Erledigung der streitigen Maßnahme vor Klageerhebung) statthaft.<sup>6</sup>

*Anmerkung: Die Rechtslage ist hier umstritten. Teilweise wird die Ingewahrsamnahme als bloßer Realakt eingestuft<sup>7</sup>. Hier sind beide Ergebnisse gut vertretbar. Wenn man die Ingewahrsamnahme als Realakt einstuft, ist eine Feststellungsklage zu prüfen.*

### III. Kläger

#### 1. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

A ist gem. § 61 Nr. 1 Var. 1 VwGO als natürliche Person beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig.

#### 2. Klagebefugnis, 42 Abs. 2 VwGO analog

A müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt sein. Das ist sie, wenn sie geltend machen kann, durch den Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt worden zu sein.

Hier ist A als Adressatin der Ingewahrsamnahme möglicherweise in ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG verletzt gewesen (Adressatengedanke); zumindest ist eine Verletzung in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG möglich.

A ist klagebefugt, analog § 42 Abs. 2 VwGO.

#### 3. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog

Darüber hinaus bedarf es analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO eines gesonderten berechtigten Interesses an der Feststellung.

Hier haben sich drei Fallgruppen herausgebildet: Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse, Präjudizinteresse sowie ein schwerwiegender sich typischerweise schnell erledigender Grundrechtseingriff.

Hier kommt nur die Fallgruppe des sich typischerweise schnell erledigenden, aber schwerwiegenden Grundrechtseingriffs in Betracht. „Bei beendeten Freiheitsentziehungen besteht nach ständiger Rechtsprechung mit Blick auf den hohen Wert des Freiheitsrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG regelmäßig - so auch hier - ein fortwährendes Rechtsschutzinteresse an einer Sachentscheidung über die Rechtmäßigkeit des Eingriffs.“<sup>8</sup>

*Anmerkung: Die Fallgruppe des Präjudizinteresses ist in der hier einschlägigen Konstellation der Fortsetzungsfeststellungsklage mit Erledigung vor Klageerhebung nicht anwendbar, da bereits direkt eine Klage vor den Zivilgerichten möglich ist, vgl. Möstl, in: BeckOK VwGO, 65. Ed. 1.1.2023, § 43 Rn. 25.*

<sup>4</sup> Basteck, in: BeckOK PolizeiR NRW, 32. Ed. 15.9.2025, § 35 PolG NRW Rn. 67

<sup>5</sup> So das OVG Nordrhein-Westfalen, NVwBl. 2012, 278, 279.

<sup>6</sup> Zu den verschiedenen Varianten m. w. N. § 10 Rn. 452.

<sup>7</sup> So etwa Beckmann, Die Klassifizierung von Eingriffsnormen als Verwaltungsakt und Realakt, NVwZ 2011, 842, 845f.

<sup>8</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NVwBl. 7/2012, 278, 279.



*Teilweise wird die Fallgruppe des sich typischerweise schnell erledigenden Grundrechtseingriffs nicht als eigene Fallgruppe geführt, vgl. Schübel-Pfister, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022 § 11, Rn. 123.*

## IV. Beklagter

### 1. Prozessführungsbefugnis, § 78 VwGO analog

A wendet sich hier gegen eine Maßnahme, die von der Bundespolizei erlassen wurde. Analog § 78 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 VwGO ist die Klage gegen den Bund als Rechtsträger der Bundespolizei gem. § 1 BPolG zu richten, da dessen Behörde den hier streitigen Verwaltungsakt erlassen hat.

### 2. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

Der Bund ist gem. § 61 Nr. 1 Var. 2 VwGO als juristische Person beteiligungsfähig und gem. § 62 Abs. 3 VwGO durch den gesetzlichen Vertreter prozessfähig.

## V. Widerspruchsverfahren, § 68 VwGO

Ein Widerspruchsverfahren ist hier nicht erfolgt. In der vorliegenden Konstellation der Erledigung der Streitsache vor Ablauf der Widerspruchsfrist und vor Erhebung eines Widerspruchs ist jedoch nach herrschender Meinung ein Vorverfahren entbehrlich.<sup>9</sup>

## VI. Klagefrist

Nach herrschender Meinung unterliegt die Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung keiner Klagefrist.<sup>10</sup>

Anhaltspunkte für eine Verwirkung des Klagerechts sind zudem nicht ersichtlich.

## VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor.

## B. Begründetheit der Klage

Die Klage müsste auch begründet sein. Die Klage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig war (I.) und die Klägerin A in ihren Rechten verletzt worden ist (II.), § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO analog.

Der Verwaltungsakt war rechtmäßig, wenn er auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhte und die formellen und materiellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorlagen.

## I. Rechtsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt für das Handeln der Bundespolizei § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG in Betracht.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Es müssten die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorliegen.

### 1. Zuständigkeit

Die gem. § 39 Abs. 1 BPolG zuständige Bundespolizei hat gehandelt.

<sup>9</sup> Dazu Ehlers, in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz ÖR, § 31, Rn. 59-61.

<sup>10</sup> S. § 17 Rn. 697.



## 2. Verfahren und Form

Bei der Ingewahrsamnahme handelt es sich um einen für A belastenden Verwaltungsakt, sodass eine Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG erforderlich sein könnte. Unabhängig davon, ob hier die Ausnahme des § 28 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG (Gefahr im Verzug) greift, haben die Bundespolizisten unmittelbaren Zwang angedroht, sodass davon auszugehen ist, dass sich die A unmittelbar daran anschließend zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen noch vor Ort an den Gleisen hätte äußern können noch bevor die Ingewahrsamnahme erfolgte. Somit sind die Anforderungen an das Verfahren nach § 28 Abs. 1 VwVfG gewahrt worden.

§ 40 Abs. 1 S. 1 BPolG sieht als Verfahren darüber hinaus eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung vor. Davon darf gem. § 40 Abs. 1 S. 2 BPolG nur abgesehen werden, wenn die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung länger gedauert hätte als zur Durchführung der Maßnahme notwendig gewesen wäre. Dabei kommt es auf eine Prognoseentscheidung der Polizeibeamten an.<sup>11</sup>

Vorliegend dauerte die Ingewahrsamnahme nur bis 5:30 Uhr am Morgen an, also weniger als 5 Stunden. Innerhalb dieses Zeitraums ist es aufgrund der Komplexität des Sachverhalts nicht zu erwarten, dass eine richterliche Entscheidung getroffen worden wäre.<sup>12</sup> Damit ist aus der ex-ante Sicht der Polizeibeamten davon auszugehen, dass die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung länger gedauert hätte als zur Durchführung der Maßnahme notwendig gewesen wäre. Die richterliche Entscheidung war somit nicht notwendig.

*Anmerkung:* Hier ist eine andere Ansicht gut vertretbar. Wichtig ist, dass die „Herbeiführung der richterlichen Entscheidung“ nur die Dauer umfasst, die der Richter für seine Entscheidung braucht, nicht aber die Zeit, die benötigt wird, um den Richter zu erreichen (Wehr, in: ders. (Hrsg.), BPolG, 3. Online-Auflage 2021, § 40 Rn. 3).

Weitere in Betracht kommende Verfahrens- oder Formmängel sind nicht ersichtlich.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Es müssten die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die richtige Rechtsfolge gewählt worden sein.

### 1. Tatbestand

Es müsste der Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG vorliegen. Mangels einer Gefahr für Leib oder Leben der A (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 BPolG) sowie einem vorangegangenen Platzverweis gegenüber A (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 BPolG) kommt hier nur die Nummer 3 des § 39 Abs. 1 BPolG in Betracht.

Dazu müsste die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 BPolG) oder die unmittelbar bevorstehende Begehung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 BPolG) gedroht haben (a) und die Ingewahrsamnahme zu deren Abwendung unerlässlich gewesen sein (b).

#### a) unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung

Zunächst müsste somit eine Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung unmittelbar bevorgestanden haben.

<sup>11</sup> Wehr, in: ders. (Hrsg.), BPolG, 3. Aufl. 2021, § 40 Rn. 3.

<sup>12</sup> Das OVG Nordrhein-Westfalen lässt diese Entscheidung offen. Aus der Sicht des OVG liegt ein Verstoß jedoch nicht nahe, vgl. OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 280.



Fraglich ist somit einerseits, welche Straften oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung hier einschlägig sein könnten (aa) und andererseits, ob deren Begehung oder Fortsetzung unmittelbar bevorstanden hat (bb).

## aa) Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit

Zunächst müsste die Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung durch die A gedroht haben.

Als Straftat (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 BPolG) kommt hier etwa der gefährliche Eingriff in den Bahnverkehr nach § 315 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht. Durch ein erneutes Einspannen in die Bäume über den Bahnschienen hätte die A den Schienenbahnverkehr als von § 315 Abs. 1 StGB erfasstes Verkehrsmittel vorsätzlich in seinem ordnungsgemäßen Betrieb gehemmt.<sup>13</sup>

Darüber hinaus hätte auch die Begehung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit drohen können, § 39 Abs. 1 Nr. 3 Var. 2 BPolG. Als mögliche Ordnungswidrigkeit kommt § 64b Abs. 2 Nr. 5 EBO in Betracht.<sup>14</sup> Gemäß § 64b Abs. 2 Nr. 5 EBO wird bestraft, „wer vorsätzlich oder fahrlässig [...] ein Fahrthindernis bereitet oder eine andere betriebsstörende oder betriebsgefährdende Handlung vornimmt“. Die Verletzung dieser Norm könnte durch A gedroht haben, wenn sie nicht in Gewahrsam genommen worden wäre. Darüber hinaus müsste es sich bei dieser Ordnungswidrigkeit um eine solche mit „erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit“ handeln. Maßstab hierfür ist die Erheblichkeit des drohenden Schadens.<sup>15</sup> Hier liegt es nahe, dass es angesichts der Verzögerungen im Betriebsablauf zu „gravierenden Auswirkungen auf den Bahnbetrieb“<sup>16</sup> hätte kommen können und der drohende Schaden deswegen erheblich gewesen ist. Daraus folgt die erhebliche Bedeutung für die Allgemeinheit.

Somit erscheint es zumindest möglich, dass die Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit durch die A gedroht hat.

*Anmerkung: Hier handelt es sich um eine Prognoseentscheidung der Polizeibeamten. Es ist somit nicht relevant, ob A diese Straftaten/Ordnungswidrigkeiten in der Vergangenheit begangen hat, sondern ob die Begehung/Fortsetzung dieser Straftaten durch A drohen würde, wenn sie nicht in Gewahrsam genommen würde.*

## bb) Unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung

Die Begehung dieser Ordnungswidrigkeit müsste auch unmittelbar bevorstehen.

Nach seinem Wortlaut ist der Begriff „unmittelbar bevorstehend“ so auszulegen, dass er einen engen zeitlichen Zusammenhang zu der Begehung oder Fortsetzung der Straftat/Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung verlangt.

Eine Gefahr meint dabei einen Zustand, der bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen wird.

Dieser Gefahrbegriff ist teleologisch „vor dem Hintergrund des hohen Rangs der Freiheit der Person zu verstehen“<sup>17</sup>, und somit restriktiv auszulegen. Daraus ergibt sich, dass die Freiheit des Einzelnen nur dann zurücktreten muss, wenn mit der Maßnahme die Allgemeinheit oder Einzelne vor Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten geschützt werden, deren Begehung mit

<sup>13</sup> Pegel, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2022, § 315 StGB Rn. 40-42.

<sup>14</sup> VG Köln, Urteil vom 26.3.2009, Aktenzeichen 20 K 2662/08 Rn. 11, 23, 27.

<sup>15</sup> Wehr, in: Bundespolizeigesetz, 3. Aufl. 2021, § 39 Rn. 8.

<sup>16</sup> VG Köln, Urteil vom 26.3.2009, Aktenzeichen 20 K 2662/08 Rn. 27.

<sup>17</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.



hoher Wahrscheinlichkeit drohen.<sup>18</sup> Es ist somit nur dann eine solche Gefahr anzunehmen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit der Begehung der Straftat/Ordnungswidrigkeit droht.

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich festhalten, dass der „Begriff ‚unmittelbar bevorstehend‘ [...] gleichzusetzen [ist] mit ‚unmittelbar bevorstehende Gefahr‘ oder ‚gegenwärtige Gefahr‘.“<sup>19</sup>

Dieser Gefahrbegriff zeichnet sich durch zwei wesentliche Elemente aus: Eine besondere zeitliche Nähe zum Schadenseintritt und strenge Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad.<sup>20</sup>

Es müssen mit anderen Worten Tatsachen vorliegen, die die Annahme begründen, dass der Eintritt eines Schadens sofort oder in allernächster Zeit und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht, wobei eine objektive Gefahr nicht bestanden haben muss.<sup>21</sup>

Ausgehend von dieser Definition ist zu ermitteln, ob im vorliegenden Fall eine besondere zeitliche Nähe und ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad der Begehung der Tat bestanden.

Zunächst liegt es nahe davon auszugehen, dass die A als Aktivistin vor einer erneuten Begehung der Tat nicht zurückschreckt.<sup>22</sup> So erscheint es auch weiterhin möglich, dass die A mit Hilfe von Unterstützern eine erneute Blockadeaktion beginnt.<sup>23</sup>

Dem stehen aber die hohen Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad entgegen. Danach bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die eine Gefahr nahelegen. Vorliegend hätte eine Wiederholung der Aktion einen hohen Vorbereitungs- und Materialaufwand erfordert sowie Unterstützer, die die A an einen entsprechenden Aktionsort bringen. Jedoch bestanden hier keinerlei Anhaltspunkte für erneute Vorbereitungsaktionen und es wurden auch keine weiteren Personen an der Bahnstrecke entdeckt.<sup>24</sup>

Somit „kann keine Rede davon sein, dass ein wie auch immer gearteter Schadenseintritt [...] in allernächster Zeit geschweige denn sofort bevorzustanden habe.“<sup>25</sup>

Damit liegen die hohen Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Begehung nicht vor. Begehung oder Fortsetzung haben nicht unmittelbar bevorzustanden.

Anmerkung: An dieser Stelle ist es vertretbar eine unmittelbare Gefahr zu bejahen. So hatte das VG Köln eine Gefahr zumindest bis zu dem Zeitpunkt bejaht, in dem der Zug an seinem Ziel ankam.

## b) Unerlässlichkeit der Ingewahrsamnahme

Anmerkung: Wenn man vorher die unmittelbar bevorstehende Begehung der Ordnungswidrigkeit bejaht hat, ist noch zu prüfen, ob die Ingewahrsamnahme auch unerlässlich war, § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.

Die Ingewahrsamnahme müsste auch unerlässlich gewesen sein, § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG.

„Unerlässlich ist eine Ingewahrsamnahme, wenn sie zur Verhütung der befürchteten Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit geeignet und erforderlich ist. Wenn die im Raum stehende Handlung durch eine polizeiliche Maßnahme

<sup>18</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.

<sup>19</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.

<sup>20</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.

<sup>21</sup> Graulich, in Lisken/Denniger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. 2021, Rn. 540.

<sup>22</sup> So auch VG Köln, Urteil vom 26.3.2009, Aktenzeichen 20 K 2662/08 Rn. 31.

<sup>23</sup> VG Köln, Urteil vom 26.3.2009, Aktenzeichen 20 K 2662/08 Rn. 31.

<sup>24</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.

<sup>25</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.



verhindert werden kann, die den Einzelnen und die Allgemeinheit weniger beeinträchtigt, ist sie nicht unerlässlich.“<sup>26</sup>

Ein Mittel ist dann geeignet, wenn es den Zweck zumindest fördert. Es liegt nahe, dass die Ingewahrsamnahme einer Person durch die Polizei verhindert, dass diese Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen kann.

Fraglich ist jedoch, ob dieses Mittel auch erforderlich war. Das ist es dann, wenn es das mildeste aller gleich geeigneten Mittel ist. Als milderer, also weniger eingriffsintensives Mittel kommt hier der Platzverweis bezogen auf die Bahnstrecke in Betracht. Da hier kein Tatmaterial zur Verfügung stand und es keine konkreten Anhaltspunkte gab, dass A den Platzverweis missachtet hätte, wäre bereits ein Platzverweis ausreichend gewesen.<sup>27</sup> Somit war die Ingewahrsamnahme nicht erforderlich.

*Anmerkung: Es ist gut vertretbar die Erforderlichkeit hier zu bejahen, da die A bereits die Anordnungen der Polizeibeamten in Bezug auf das Verlassen des Seils missachtet hatte.*

### c) Zwischenergebnis:

Damit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor (a. A. vertretbar).

*Anmerkung: Wenn man das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen bejaht, ist nachfolgend die Rechtsfolge zu prüfen. Der Polizei steht gem. § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG Ermessen zu („kann“). Es ist dabei insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Mittels in Anbetracht der Freiheit der Person der A gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG zu prüfen.*

### 2. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsakt war – mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage – rechtswidrig.

## **IV. Rechtsverletzung der Klägerin**

Der rechtswidrige Verwaltungsakt hat die A auch in ihren Rechten verletzt. Insbesondere wurde die A in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2, 104 GG (Freiheit der Person) verletzt.

### C. Ergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor und die Klage ist begründet. Sie wird Erfolg haben.

<sup>26</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 279.

<sup>27</sup> OVG Nordrhein-Westfalen NWVBl. 7/2012, 278, 280.