

## Originaltexte

### **VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 31.01.2013, Az. 1 S 1817/12**

In der Verwaltungssache Mandant (Antragsteller) / Land Baden-Württemberg  
(Antragsgegner)

wegen Observation  
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat der 1. Senat des VGH Baden-Württemberg ... am 31.01.2013 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des VG Freiburg vom 08.08.2012 – 4 K 1261/12 – geändert. Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, den Antragsteller zu observieren.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 EUR festgesetzt.

#### Gründe

##### I. (Vorgeschichte, zusammengefasst)

Der Antragsgegner war durch Urteil des LG Rottweil vom 20.03.1990 zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 6 Monaten mit anschließender Sicherungsverwahrung verurteilt worden. Bis zum 12.09.1996 befand sich der Antragsteller daher in Strafhaft, anschließend wurde die Sicherungsverwahrung vollstreckt. Das OLG Karlsruhe erklärte mit Beschluss vom 14.12.2011 – 3 Ws 43/11 – die Sicherungsverwahrung für erledigt. Eine Fortdauer der Sicherungsverwahrung über 10 Jahre hinaus sei nur zulässig, wenn eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte aus konkreten Umständen in der Person oder aus dem Verhalten des Betroffenen abzuleiten sei und dieser an einer psychischen Störung iSd des ThuG leide. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Der Antragsteller leide nicht an einer relevanten psychischen Störung. Auch gehe nach den Ausführungen des Sachverständigen keine Gefahr von Gewalt- oder Sexualstraftaten von ihm aus. Dieser Bewertung hat sich das OLG angeschlossen.

Nach Entlassung aus der Sicherungsverwahrung wurde der Antragsteller aufgrund von Verfügungen der Polizeidirektion L., die auf §§ 1, 3, 22 I Nr. 1, III, VI PolG gestützt waren, durch Polizeibeamte fortlaufend überwacht. Den Antrag des Antragstellers, den Antragsgegner zu verpflichten, es zukünftig zu unterlassen, ihn zu observieren, hat das VG mit dem angefochtenen Beschluss abgelehnt. ...

Der Antragsteller hat hiergegen Beschwerde eingelegt, der der Antragsgegner entgegengetreten ist.

##### II. (Begründung des VGH)

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers ... hat in der Sache Erfolg. Die vom Antragsteller in der Beschwerdebegründung fristgemäß (§ 146 IV 1 VwGO) dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat grundsätzlich beschränkt ist (§ 146 IV 6 VwGO), geben dem Senat Veranlassung, den angefochtenen Beschluss zu ändern.

Das VG hat im angefochtenen Beschluss mit sehr ausführlicher und nachvollziehbarer Begründung und unter eingehender Auseinandersetzung mit den vorliegenden Erkenntnissen

sowie im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung des Senats eine Rückfallgefahr beim Antragsteller bejaht. Der Senat hat in einem anderen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes über den Antrag eines ehemals sicherungsverwahrten Straftäters, das Land Baden-Württemberg vorläufig zu verpflichten, die Observation umgehend einzustellen, mit Beschluss vom 08.11.2011 – 1 S 2538/11 – ausgeführt, es spreche einiges dafür, dass die längerfristige Observation von rückfallgefährdeten ehemals sicherungsverwahrten, entlassenen Straftätern noch eine Rechtsgrundlage im Polizeigesetz finde. Dabei bedürfe es im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes keiner abschließenden Entscheidung, ob die polizeiliche Maßnahme unmittelbar auf die – verfassungskonform auszulegende – Regelung in § 22 I Nr. 1, III PolG gestützt werden könne oder ob mit Blick darauf, dass diese Regelung die Datenerhebung zum Ziel habe, diese Zielrichtung aber bei der Observation ehemaliger Sicherungsverwahrter nicht im Vordergrund stehe, vielmehr auf die polizeiliche Generalklausel (§§ 1, 3 PolG) in Verbindung mit einer entsprechenden Anwendung der unter § 22 PolG genannten qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen sowie der in § 22 VI und VIII PolG geregelten verfahrensrechtlichen Sicherungen als Ermächtigungsgrundlage zurückgegriffen werden müsse. Das rechtskräftige Urteil des EGMR, dass der Antragsteller jenes Verfahrens unter Verletzung von Art. 5 I und Art. 7 I EMRK in Sicherungsverwahrung untergebracht gewesen sei, stehe einer eigenständigen Gefahrenprognose für die Observation nicht entgegen. Dies stelle zwar einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht des Antragstellers auf freie Entfaltung der Persönlichkeit dar. Der Maßstab des Art. 5 I lit. c EMRK sei jedoch ein strengerer als der der Gefahr in § 22 III bzw. § 1 PolG. Gerade wenn es um den Schutz besonders hochwertiger Rechtsgüter, hier der körperlichen Unversehrtheit von Menschen, gehe, dürften die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht überspannt werden. Neben dem noch während der Sicherungsverwahrung erstellten Gutachten vom 05.03.2010 sei bei der Gefahrenprognose das bei dem Antragsteller seit der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung beobachtete Verhalten zugrunde zu legen. Bei der anstehenden Bewertungskonferenz sei auch zu eruieren, inwieweit Therapiefortschritte zu verzeichnen seien. Sollte danach eine konkrete Gefahr im dargelegten Sinn nicht bejaht werden können, könnte die Fortdauer auch nicht auf der Grundlage des § 22 III Nr. 2 PolG angeordnet werden. Eine längerfristige Observation des Antragstellers jenes Verfahrens in der praktizierten Weise könne voraussichtlich auch bei einem Fortbestehen der Gefahrenlage nicht auf Dauer hingenommen werden, weil die damit einhergehenden Einschränkungen seiner privaten Lebensgestaltung mit zunehmender Dauer in unverhältnismäßiger Weise in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingriffen. Für eine gewisse Übergangszeit erweise sich die Maßnahme indes noch als verhältnismäßig.

Das Bundesverfassungsgericht hat auf Verfassungsbeschwerde gegen diesen Beschluss des Senats, den vorangegangenen Beschluss des VG und die Anordnung zur Observation der Polizeidirektion ausgeführt, dass die dauernde Observation des Beschwerdeführers einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstelle. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichere jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren könne. Es begegne keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Gerichte angesichts des Gewichts der in Frage stehenden Rechtsgüter die vorhandene Rechtsgrundlage (§ 20 III PolG oder §§ 1, 3 PolG) im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als noch tragfähig ansähen und die Frage der Rechtsgrundlage erst im Hauptsacheverfahren einer endgültigen Klärung zuführten. Der Sache nach verstünden sie damit die polizeiliche Generalklausel dahingehend, dass sie es den Behörden ermögliche, auf unvorhergesehene Gefahrensituationen auch mit im Grunde genommen näher regelungsbedürftigen Maßnahmen vorläufig zu reagieren, und ermöglichten so dem Gesetzgeber, eventuelle Regelungslücken zu schließen. Dies sei – bei Beachtung strenger Verhältnismäßigkeitsanforderungen – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liege dann in der Verantwortung des

Gesetzgebers hierauf zu reagieren oder in Kauf zu nehmen, dass solche Maßnahmen von den Gerichten auf Dauer als von der geltenden Rechtslage nicht als gedeckt angesehen würden. Die angegriffenen Entscheidungen genügten jedoch aus einem anderen Grund nicht den Voraussetzungen für die hier von Verfassungs wegen gebotenen Prüfungsintensität im Bereich des grundrechtsrelevanten einstweiligen Rechtsschutzes. Die Gerichte dürften angesichts des mit einer solchen Observation verbundenen schweren Eingriffs, zumal wenn er zur Zeit nach Auffassung der Verwaltungsgerichte wohl allein auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden könne, dem Beschwerdeführer nicht unter Berufung auf zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung im Wesentlichen nicht mehr aktuellen Erkenntnissen den einstweiligen Rechtsschutz versagen. Die Gerichte hätten ihre Entscheidung, den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen, vor allem darauf gestützt, dass sich aus einem psychiatrischen Gutachten vom 05.03.2010 ergebe, dass bei einem Verzicht auf eine Beobachtung des Beschwerdeführers nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung von einer gewissen Rückfallgefahr auszugehen sei. Bei der maßgeblichen Berücksichtigung dieses Gutachtens hätten die Gerichte zum einen nicht ausreichend beachtet, dass die Begutachtung zum Zeitpunkt der angegriffenen Entscheidung bereits länger zurückgelegen habe. Zum anderen habe der Verwendung des Gutachtens vom 05.03.2010 spätestens zum Zeitpunkt der Entscheidung des VGH der Umstand entgegengestanden, dass die Begutachtung erfolgt sei, als der Beschwerdeführer sich noch in Sicherungsverwahrung befunden habe. Der Gutachter habe allenfalls vermuten können, wie der Beschwerdeführer sich nach Jahrzehnten der Haft und der Sicherungsverwahrung in Freiheit verhalten würde. Nunmehr lebe der Beschwerdeführer aber seit geraumer Zeit unter vollständig veränderten Umständen, die es nicht angezeigt erscheinen ließen, eine so weitreichende Entscheidung wie die über die Fortsetzung einer durchgehenden polizeilichen Beobachtung des Antragstellers auf veraltete Vermutungen zu stützen. In Anbetracht der Schwere des Eingriffs in Grundrechte des Beschwerdeführers hätten die Gerichte ihre Entscheidungen – auch im Rahmen eines Eilverfahrens – nicht maßgeblich auf dieses weit zurückliegende Gutachten stützen dürfen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 – juris).

Eine nach diesen Maßstäben des BVerfG, an die der Senat nach § 31 I BVerfGG gebunden ist, ausreichende Gefahrenprognose für eine dauernde Observation des Antragstellers liegt nicht vor. Das letzte psychiatrische Gutachten, das zu dem Ergebnis kommt, dass bei dem Antragsteller eine Rückfallgefahr besteht, ist jenes von Frau Dr. S. vom 23.09.2010. Es liegt daher mehr als zwei Jahre zurück und kann nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Gefahrenprognose zur Begründung der streitgegenständlichen Observation des Antragstellers nicht herangezogen werden. Das letzte Gutachten über den Antragsteller aus der Zeit der Sicherungsverwahrung, erstattet von Prof. Dr. P. am 14.10.2011, kommt hingegen zu einer Verneinung der Rückfallgefahr beim Antragsteller. Ein nach der Entlassung des Antragstellers aus der Sicherungsverwahrung erstelltes psychiatrisches Gutachten liegt nicht vor. Die Risikobewertung der GZS (Gemeinsamen Zentralstelle beim Landeskriminalamt Baden-Württemberg) nach dem Sicherheitsprogramm KURS (Konzeption zum Umgang mit rückfallgefährdeten Sexualstraftätern) stellen insofern keine ausreichenden kriminalprognostischen psychiatrischen Gutachten dar, die die Observation tragen könnten. Auch wenn bei der GZS an den durchgeführten Risikobewertungen ein Psychologe mitgewirkt hat, handelt es sich bereits deswegen nicht um für die Anordnung der Observation ausreichende psychiatrische Gutachten, weil ihnen keine eigenständige Exploration des Antragstellers zu Grunde liegt.

Auch aus nach der Entlassung des Antragstellers aus der Sicherungsverwahrung eingetretenen Umständen ergibt sich keine hinreichende Gefahrenprognose für die Observation des Antragstellers. Die von dem Antragsgegner insoweit ausgeführten Umstände bleiben wage

und stellen lediglich Mutmaßungen dar.

Die vier persönlichen Kontakte des Antragsteller zu L., der unter Alias-Namen aufträte und wegen Sexualdelikten in Erscheinung getreten sei, in der Zeit nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung begründen insoweit keine ausreichenden Anhaltspunkte. (wird ausgeführt) Aus den weiteren vom Antragsgegner angeführten Umständen, dass L. nach polizeilichen Erkenntnissen bislang mit 12 Alias-Namen in Erscheinung getreten ist, dem Antragsteller eine Generalvollmacht per E-Mail übersandt hat und dass nach den Kontakten des Antragsteller zu L. eine deutliche Verschlechterung der Kommunikation/Kommunikationsbereitschaft des Antragsteller festzustellen ist, besagen nichts über eine konkret feststellbare Rückfallgefahr beim Antragsteller.

... Verbale Ausfälle können Folge der andauernden Observation sein. ... Der Umstand, dass der Antragsteller leugnet, die Taten, wegen derer er verurteilt wurde, begangen zu haben, ist aus Sicht des Senats nicht unproblematisch im Hinblick auf eine notwendige Auseinandersetzung des Antragsteller mit den begangenen Taten. Er ist für sich genommen jedoch nicht geeignet, die konkrete Gefahr eines Rückfalls zu belegen.

... Stimmungsschwankungen und aggressive Äußerungen gegenüber den Polizeibeamten können Folgen der dauernden Observation sein. ... Aus dem vom Antragsgegner ins Feld geführten Alkoholkonsum und dem Therapieverlauf des Antragsteller ergeben sich ebenfalls keine konkreten Anhaltspunkte für eine Rückfallgefahr des Antragsteller; woraus sich diese insoweit ergeben sollen, legt der Antragsgegner bereits nicht dar.

Bei dieser Sachlage, die dadurch gekennzeichnet ist, dass das letzte Gutachten aus der Zeit der Sicherungsverwahrung eine Rückfallgefahr verneint, das vorangegangene, eine Rückfallgefahr bejahende Gutachten mehr als zwei Jahre zurückliegt und ausreichende Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr aus der Zeit nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung fehlen, kommt die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über die Rückfallgefährdung beim Antragsteller durch den Senat im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht in Betracht. Die von dem Antragsgegner angeordnete Observation des Antragstellers setzt im Zeitpunkt ihrer Anordnung eine konkrete Gefahr für Leben, Gesundheit und Freiheit einer Person bzw. zur Vorbeugung der Bekämpfung von Verbrechen voraus. Eine solche kann derzeit mit hinreichender Sicherheit nicht festgestellt werden, insbesondere ergeben sich aus dem Verhalten des Antragstellers nach der Entlassung aus der Sicherungsverwahrung keine greifbaren Tatsachen für eine solche Gefahr.

Ergänzend bemerkt der Senat – der bereits im Beschluss vom 08.11.2011 darauf hingewiesen hat, dass die vorhandenen Ermächtigungsgrundlagen für eine Observation ehemals Sicherungsverwahrter voraussichtlich nur für eine Übergangszeit noch Anwendung finden können -, dass einiges dafür spricht, dass eine Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung ehemals Sicherungsverwahrter durch die Polizei auf der Grundlage des Polizeigesetzes Baden-Württembergs ggf. nach einer Übergangszeit voraussichtlich einer speziellen Ermächtigungsgrundlage bedürfte.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 I VwGO, die Streitwertfestsetzung aus § 63 II 1, § 47 I 1, § 52 II, § 53 II Nr. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 I VwGO).