

Leitsatz:

Zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung bereits vollzogen war.

Hinweis:

In der vorliegenden Entscheidung des 10. Senats des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs finden sich (zusammengefasst) wichtige Hinweise zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung bzw. deren Durchführung. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass sich im Laufe des Verfahrens neue Erkenntnisse ergeben oder wegfallen, die ein eingeleitetes strafrechtliches Ermittlungsverfahren ggf. sogar zur Einstellung bringen oder zum Freispruch in einem Strafurteil. Im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO stellt sich sodann die Frage der Berücksichtigungspflicht solcher Erkenntnisse bzw. deren Wegfall.

In den Urteilsgründen (Rdnr. 19) zum vom Freistaat Bayern eingelegten Rechtsmittel führt das Gericht der bisherigen ständigen Rechtsprechung folgend zunächst aus, welche Bedeutung die Beschuldigteneigenschaft für eine erkennungsdienstliche Anordnung und Behandlung hat und dass es allein darauf ankommt, dass der Betroffene zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung formell betrachtet Beschuldigter eines Strafverfahrens war. Sowohl der spätere Wegfall der Beschuldigteneigenschaft infolge Beendigung des Strafverfahrens durch Einstellung, Verurteilung oder Freispruch als auch der Aspekt, ob die Einleitung des Strafverfahrens nach materiellem Recht ordnungsgemäß erfolgt sei, ließen die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen unberührt.

Die Notwendigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahmen für die Zwecke des Erkennungsdienstes i.S.d. § 81b Alt. 2 StPO beurteile sich hingegen nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme dieser Maßnahmen (Rdnr. 20). Spätere, für den Betroffenen günstige Änderungen der Sachlage seien im Rahmen eines etwaigen Löschanpruchs des Betroffenen zu prüfen und würden nicht auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung im Zeitpunkt der Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung zurückwirken.

Mit den Ausführungen in Rdnr. 25 der Urteilsgründe befasst sich der Senat zudem mit der Prognose des Freistaats Bayern, der Kläger werde auch zukünftig Straftaten begehen, die er entgegen dem Bayerischen Verwaltungsgericht München vom 26. Oktober 2011 Az. M 7 K 10.3865 nicht beanstandete.

=====

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 10 B 12.2078
Sachgebietsschlüssel: 510

Rechtsquellen:

§ 81b Alt. 2 StPO
§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO;
Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG

Hauptpunkte:

Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung;
Regelungsgehalt dieser Anordnung;
Vollzug der Anordnung;
Richtige Klageart;
Maßgebliche Sach- und Rechtslage;
Beschuldigteneigenschaft;
Wiederholungsgefahr

Leitsätze:

Zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung bereits vollzogen war.

Urteil des 10. Senats vom 12. November 2013
(VG München, Entscheidung vom 26. Oktober 2011, Az.: M 7 K 10.3865)

10 B 12.2078
M 7 K 10.3865

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

*****_*****_*** ** *****

- ***** -

*****.

***** ** *****

***** ** *****

gegen

Freistaat Bayern,

vertreten durch die Landesadvokatur Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

erkenntnisdienstlicher Behandlung;

hier: Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts
München vom 26. Oktober 2011,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Senftl,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Eich,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Zimmerer

aufgrund der weiteren mündlichen Verhandlung vom 11. November 2013

am 12. November 2013

folgendes

Urteil:

- I. In Abänderung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Oktober 2011 wird die Klage abgewiesen.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.
- III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Berufung des Beklagten richtet sich gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Oktober 2011, mit dem der den Kläger zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen verpflichtende Bescheid des Beklagten aufgehoben wird.

- 2 Der Kläger ist mehrfach vorbestraft, unter anderem wegen [REDACTED] [REDACTED]. Im Jahr 2009 ist der Kläger wegen des Diebstahls geringwertiger Sachen vom Amtsgericht H. zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen verurteilt worden. Im März 2010 leitete die Staatsanwaltschaft L. gegen den Kläger ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Beleidigung auf sexueller Grundlage ein.
- 3 Vor Abschluss dieses Ermittlungsverfahrens forderte der Beklagte den Kläger mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 13. Juli 2010 auf, sich zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen (Aufnahme von Lichtbildern und Fingerabdrücken sowie Vornahme von Messungen und ähnlicher Maßnahmen) bei der Kriminalpolizei E. einzufinden und ordnete die sofortige Vollziehung an. Rechtsgrundlage für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen sei § 81b Alt. 2 StPO. Der Kläger sei Beschuldigter einer mit Strafe bedrohten Tat, es bestehe eine Wiederholungsgefahr und die erkennungsdienstliche Behandlung sei insgesamt verhältnismäßig. Es liege eine Anlasstat vor. Für die Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung wäre selbst eine spätere Einstellung dieses Verfahrens unschädlich. Wegen der zahlreichen Straftaten in der Vergangenheit bestehe Wiederholungsgefahr. Seit der letzten erkennungsdienstlichen Behandlung am 17. März 1982 sei ein Zeitraum von 28 Jahren vergangen.
- 4 Mit Schriftsatz vom 5. August 2010, eingegangen beim Verwaltungsgericht München am 9. August 2010, erhob der Kläger Klage gegen den Bescheid vom 13. Juli 2010 (M 7 K 10.3865) und beantragte zugleich, die aufschiebende Wirkung dieser Klage wiederherzustellen. Diesen Antrag lehnte das Bayerische Verwaltungsgericht München mit Beschluss vom 21. Oktober 2010 (M 7 S 10.3866) ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde blieb erfolglos (Beschluss des Senats vom 20.1.2011 10 CS 10.2725).
- 5 Am 7. Juli 2011 wurde der Kläger erkennungsdienstlich behandelt. Das Amtsgericht F. sprach den Kläger mit Urteil vom 20. Oktober 2011 vom Vorwurf der Beleidigung auf sexueller Basis frei. Der Freispruch erfolgte aus tatsächlichen Gründen, da dem Kläger die vorgeworfenen Taten nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden konnten. Bezogen auf den Tatvorwurf seien die Aussagen des Zeugen S. zu widersprüchlich, um dem Kläger die Tatbegehung mit der für eine Verurteilung notwendigen Sicherheit nachzuweisen.

- 6 Mit Urteil vom 26. Oktober 2011 hob das Bayerische Verwaltungsgericht München den Bescheid des Beklagten vom 13. Juli 2010 auf. Der Kläger sei im Zeitpunkt der Anordnung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen Beschuldigter i.S.v. § 81b Alt. 2 StPO gewesen. Die erkennungsdienstliche Behandlung sei zwar nicht von einer strafgerichtlichen Schuldfeststellung, aber von einem fortbestehenden hinreichenden Tatverdacht abhängig. Dieser, die Wiederholungsgefahr und damit auch die Notwendigkeit der Maßnahme begründende Restverdacht habe nach Auffassung der Kammer zum hierfür maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung jedoch nicht mehr vorgelegen. Die Feststellung eines weiterhin bestehenden Restverdachts sei einer schematischen Betrachtung nicht zugänglich, sondern bedürfe der eingehenden Würdigung aller hierfür relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere unter Berücksichtigung der Gründe eines möglichen Freispruchs bzw. einer Verfahrenseinstellung. Der Freispruch führe zwar nicht automatisch dazu, dass ein möglicher Tatverdacht ausgeräumt sei. Im vorliegenden Fall sei aber zu berücksichtigen, dass außer der Zeugenaussage des angeblich Geschädigten keine weiteren Umstände vorlägen, die den Verdacht der Begehung einer Straftat stützten. Von einem Restverdacht könne nur dann ausgegangen werden, wenn nicht allein „Aussage gegen Aussage“ stünde, sondern wenn bei der Würdigung des Einzelfalls weitere Umstände hinzuträten, die das Bestehen eines Tatverdachts wahrscheinlicher erscheinen ließen. Es müssten Anhaltspunkte verbleiben, die die Grenze der Spekulation zum tatsächlichen Verdacht überschritten. Solche Anhaltspunkte seien hier nicht gegeben. Der Kläger sei bisher zwar mehrfach strafrechtlich in Erscheinung getreten. Jedoch sei auch zu berücksichtigen, dass der Kläger seit dem Vorwurf durch den Geschädigten nicht mehr strafrechtlich auffällig geworden sei. Dieser Umstand sei zu seinen Gunsten in die einzelfallbezogenen Erwägungen einzubeziehen. Insbesondere bei derartigen Fallkonstellationen verlangten der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der präventive Charakter der erkennungsdienstlichen Maßnahme bei der Beurteilung der Notwendigkeit einer erkennungsdienstlichen Maßnahme nach einer Abwägung zwischen dem öffentlichem Interesse an einer effektiven Verhinderung und Aufklärung von Straftaten und dem Interesse des Betroffenen, nicht bereits deshalb als potentieller Rechtsbrecher behandelt zu werden, weil er sich irgendwie verdächtig gemacht habe oder durch eine andere Person angezeigt worden sei.

- 7 Auf Antrag des Beklagten ließ der Senat mit Beschluss vom 7. September 2012 die Berufung zu. Zur Begründung der Berufung verwies der Beklagte auf die Begründung des Zulassungsantrags vom 26. Januar 2012. Die Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts seien fehlerhaft. Das Verwaltungsgericht sei davon ausgegangen, dass der Kläger seit dem Vorwurf durch den Geschädigten nicht mehr strafrechtlich auffällig geworden sei. Dies sei jedoch nicht zutreffend. Gegen den Kläger seien wegen eines am 25. Februar 2011 begangenen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr strafrechtliche Ermittlungen geführt worden. Das Ermittlungsverfahren sei mit Verfügung vom 27. Juni 2011 nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden, da der Kläger den Tatvorwurf bestritten habe und die Beweislage für eine Anklage als nicht ausreichend beurteilt worden sei. Darüber hinaus sei gegen den Kläger wegen eines am 25. August 2011 begangenen Ladendiebstahls ermittelt worden. Insoweit sei Anklage erhoben worden. Diese Ermittlungsverfahren seien dem Verwaltungsgericht nicht bekannt gewesen und hätten daher bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden können. Das Verwaltungsgericht habe im Rahmen seiner Würdigung der Umstände des Einzelfalls die Wiederholungsgefahr verkannt, die aus dem Vorverhalten und der Persönlichkeit des Klägers hervorgehe. Das Verwaltungsgericht gehe im Urteil im Wesentlichen nur auf den Restverdacht des Anlassdelikts ein und nicht auf die Persönlichkeit des Klägers, seine kriminelle Vergangenheit und die aktuellen und derzeit anhängigen Ermittlungsverfahren. Im Rahmen der Beurteilung des Restverdachts berücksichtige das Gericht fälschlicherweise nicht, dass das Anlassdelikt dem strafrechtlichen Vorleben des Klägers entspreche, der bereits in der Vergangenheit mehrfach wegen Sexualdelikten auffällig gewesen sei. Anerkanntermaßen komme Taten mit sexuellem Hintergrund statistisch eine signifikant erhebliche Rückfallgefahr zu, die sich auch im vorliegenden Fall erwiesen habe. Daher werde von der Rechtsprechung die für die erkennungsdienstliche Maßnahme notwendige Wiederholungsgefahr schon bei der einmaligen Begehung eines Sexualdelikts bejaht. Der Freispruch hinsichtlich der Anlasstat stehe der Berücksichtigung im Rahmen der Prognoseentscheidung über die Wiederholungsgefahr nicht entgegen. Denn bei der Prognose seien gegen den Betroffenen geführte Ermittlungsverfahren, die durch Freispruch oder auf andere Weise beendet worden seien, nur dann unbeachtlich, wenn dadurch die Verdachtsmomente ausgeräumt seien. Vorliegend sei der Freispruch im strafgerichtlichen Verfahren gerade nicht aufgrund erwiesener Unschuld erfolgt, sondern weil der Geschädigte und Anzeigerstatter zu mehreren Verhandlungsterminen nicht erschienen sei.

8 Der Beklagte beantragt,

9 das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Oktober
2011 aufzuheben und die Klage des Klägers abzuweisen.

10 Der Kläger beantragt,

11 die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

12 Sofern der Beklagte ein gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestelltes Ermittlungsverfahren
als relevanten Tatsachenvortrag werten wolle, zeige dies nur den unsachlichen Ver-
folgungseifer. Beim angeblichen Ladendiebstahl handle es sich um zwei Packungen
Zigaretten im Wert von 9,70 Euro. Auch hier sei der Vorwurf frei erfunden. Der Be-
klagte habe bewusst gelogen, wenn er zur Begründung der Maßnahme vorgetragen
habe, man habe keine aktuellen Fotos des Klägers, wie die vorhandene, aber zu-
nächst verheimlichte Lichtbildtafel zeige. Es sei in jedem Fall unzulässig, dem Kläger
die im Zeitraum von [REDACTED] angeblich begangenen Straf-
taten vorzuhalten. [REDACTED]

[REDACTED] Der Kläger sei im Verfahren bezüglich der An-
lasstat nicht deshalb freigesprochen worden, weil Aussage gegen Aussage gestan-
den habe, sondern weil er durch eine Handyvideoaufnahme habe beweisen können,
dass sich die ihm zur Last gelegte Tat anders zugetragen habe. Der Freispruch sei
nicht wegen der Unglaubwürdigkeit des Zeugen erfolgt. Ergänzend wies der Kläger
darauf hin, dass es gegen die verfassungsrechtlich abgesicherte Un-
schuldsvormutung verstoße, wenn sich der Beklagte weiterhin auf angebliche Ver-
dachtsmomente aus einem eingestellten Verfahren berufe. Das Verfahren wegen
des Ladendiebstahls sei inzwischen durch einen Strafbefehl erledigt. Der Kläger hät-
te einen Strafbefehl akzeptiert, um einer erneuten Medienkampagne zu entgehen. Es
bestehe weder ein Restverdacht noch eine Wiederholungsgefahr. Wäre dem Kläger
im die Anlasstat betreffenden Verfahren die beantragte Akteneinsicht rechtzeitig ge-
währt worden, hätte er das Beweismittel, das letztlich zu seinem Freispruch geführt
habe, bereits im Ermittlungsverfahren vorlegen können. Bei dem ihm zur Last geleg-
ten Diebstahl handle es sich um ein Bagatelldelikt.

- 13 Ergänzend wird auf die vorgelegten Behördenakten, die Gerichtsakten und die beigezogenen Strafakten aus dem Verfahren 40 Js 13894/10 sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 4. März 2013 und 11. November 2013 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

- 14 Die Berufung des Beklagten ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht München hat der Klage des Klägers zu Unrecht stattgegeben. Das angefochtene Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 26. Oktober 2011 ist deshalb abzuändern und die Klage des Klägers abzuweisen.
- 15 Die Klage ist als Anfechtungsklage zulässig (1.), aber unbegründet, weil die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung des Klägers rechtmäßig und der Kläger dadurch nicht in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Kläger war im Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheids Beschuldigter eines Strafverfahrens (2.). Die erkennungsdienstliche Behandlung war zum maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme dieser Maßnahmen (3.) notwendig im Sinne des § 81b Alt. 2 StPO (4.).
- 16 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die vom Kläger erhobene Anfechtungsklage auf Aufhebung des Bescheides vom 13. Juli 2010, mit dem der Beklagte den Kläger verpflichtet hat, sich zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen bei der Kriminalpolizei E. einzufinden.
- 17 1. Die Klage ist als Anfechtungsklage zulässig. Mit der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung am 7. Juli 2011 hat sich die Anordnung vom 13. Juli 2010 nicht erledigt. Rechtsgrundlage für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung ist § 81b Alt. 2 StPO. Danach dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden, wenn dies für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist. Dieser Verwaltungsakt bleibt gemäß Art. 43 Abs. 2 BayVwVfG wirksam, solange er nicht erledigt ist. Allein der Vollzug eines Verwaltungsakts führt nicht bereits zu dessen Erledigung, wenn er weiterhin rechtliche Wir-

kungen erzeugt. Die rechtlichen Wirkungen der Anordnung vom 13. Juli 2010 sind mit der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung nicht insgesamt entfallen. Der streitgegenständliche Bescheid, mit dem der Kläger verpflichtet wird, sich bei der Kriminalpolizei E. zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen einzufinden, ordnet verbindlich die erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers an und verpflichtet ihn zur Duldung dieser Maßnahmen (BVerwG, U.v. 19. 10. 1982 – 1 C 29/79 – juris Rn. 22 u. 25). Daneben enthält die Anordnung aber auch die Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 81b Alt. 2 StPO für die Vornahme der erkennungsdienstlichen Maßnahmen vorliegen. Solange der Bescheid über die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung wirksam ist, kann der Betroffene nämlich eine Vernichtung der dabei gewonnenen Unterlagen bzw. eine Löschung der gespeicherten Daten nicht erfolgreich mit der Begründung verlangen, diese Unterlagen bzw. Daten seien bereits nicht rechtmäßig erhoben worden. Wegen dieser fortbestehenden Rechtswirkung und der damit verbundenen Beschwer für den Betroffenen erledigt sich die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO nicht bereits vollständig mit deren Durchführung (vgl. OVG Lüneburg, B.v. 31.10.2012 – 11 LA 255/12 – juris Rn. 3; BayVGh B.v. 13.9.2006 – 24 C 06.967 – juris Rn. 4).

- 18 Allerdings handelt es sich entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung bei der Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO um keinen Dauerverwaltungsakt. Denn die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO stellt keine (ständig fortwirkende) Rechtsgrundlage für die weitere Aufbewahrung und Verwendung der im Rahmen der erkennungsdienstlichen Behandlung gewonnenen Daten des Betroffenen dar. Die Voraussetzungen für den weiteren Umgang mit erkennungsdienstlichem Material, das nach § 81b Alt. 2 StPO erhoben wurde, richten sich nach den Bestimmungen des Polizeirechts (BayVGh, B.v. 3.4.2013 – 10 C 11.1967 – juris Rn. 4). Der Bundesgesetzgeber hat mit der Einführung der §§ 474 ff. StPO durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 – vom 2. August 2000 (BGBl I S. 1253) eine spezielle Regelung für die Verwendung, Speicherung und Löschung von Daten geschaffen. § 481 Abs. 1 Satz 1 StPO und § 484 Abs. 4 StPO bestimmen insoweit, dass die Polizeibehörden nach Maßgabe der Polizeigesetze personenbezogene Daten aus Strafverfahren verwenden dürfen und sich die Verwendung personenbezogener Daten, die für Zwecke künftiger Strafverfahren in Dateien der Polizei gespeichert sind oder werden, nach den Polizeigesetzen der

Länder richtet (BayVGH, B.v. 3.4.2013 – 10 C 11.1967 – juris Rn. 4; Krause in Loewe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Stand August 2008, § 81b Rn. 27 m.w.N.).

- 19 2. Der Beklagte ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Ergehens der Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung vom 13. Juli 2010 Beschuldigter eines Strafverfahrens und damit zulässiger Adressat der angefochtenen Maßnahme war. Beschuldigter ist, gegen wen aufgrund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte (§ 152 Abs. 2 StPO) das Strafverfahren betrieben wird. Die Beschuldigteneigenschaft wird durch die erste Ermittlungshandlung begründet, die sich gegen eine bestimmte Person richtet (Krause in Loewe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Stand 2008, § 81b Rn. 8). Für die Beschuldigteneigenschaft im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung ist unerheblich, ob der Betroffene nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens die Beschuldigteneigenschaft noch vor dem Vollzug des Verwaltungsaktes verliert (BVerwG, U.v. 19.10.1982 – 1 C 29/79 – juris Rn. 26). Denn § 81b Alt. 2 StPO ermächtigt zu präventiv-polizeilichen Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge und dient, ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren, der vorsorgenden Bereitstellung von Hilfsmitteln für die künftige Erforschung und Aufklärung von Straftaten. Dass eine erkennungsdienstliche Behandlung § 81b Alt. 2 StPO nur gegen einen Beschuldigten angeordnet werden darf, besagt lediglich, dass deren Anordnung nicht an beliebige Tatsachen anknüpfen und zu einem beliebigen Zeitpunkt ergehen kann, sondern dass sie aus einem konkret gegen den Betroffenen als Beschuldigten geführten Strafverfahren hervorgehen und sich jedenfalls auch aus den Ergebnissen dieses Verfahrens die gesetzlich geforderte Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung herleiten muss (BVerwG, U.v. 23.11.2005 – 6 C 2/05 – juris Rn. 20). Der spätere Wegfall der Beschuldigteneigenschaft infolge der Beendigung des Strafverfahrens durch Einstellung, Verurteilung oder Freispruch lässt daher die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen unberührt (BVerwG U.v. 19.10.1982 – 1 C 29.79 – juris Rn. 28; U.v. 23.11.2005 – 6 C 2/05 – juris Rn. 20; BayVGH, B.v. 20.1.2011 – 10 CS 10.2725 – juris Rn. 9). Für die Beschuldigteneigenschaft kommt es allein darauf an, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Erlasses des streitgegenständlichen Bescheides formell betrachtet Beschuldigter eines Strafverfahrens war. Nicht erheblich ist insoweit, ob die Einleitung des Strafverfahrens nach materiellem Recht ordnungsgemäß erfolgt ist (OVG Niedersachsen, U.v. 28.9.2006 – 11 LB 53/06 – juris Rn. 23; BayVGH, B.v. 6.11.2011 – 10 ZB 11.365 – juris Rn. 3).

Mit § 81b Alt. 2 StPO und Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 PAG stehen zwei Befugnisnormen für die Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen durch die Polizei zur Verfügung, deren Anwendungsbereich sich nur durch die Beschuldigteneigenschaft des Betroffenen abgrenzen lässt, und die zueinander in Gesetzeskonkurrenz stehen (Berner/Köhler/Käß, PAG, 20. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 2 und 9), so dass ausschließlich auf die formelle Einleitung des Strafverfahrens abzustellen ist, weil sonst die Polizeibehörden in jedem Einzelfall überprüfen müssten, ob das Strafverfahren gegen einen Beschuldigten zu Recht eingeleitet worden ist.

- 20 3. Die Notwendigkeit der angeordneten erkennungsdienstlichen Maßnahmen für die Zwecke des Erkennungsdienstes i.S.d. § 81b Alt. 2 StPO beurteilt sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme dieser Maßnahmen; insoweit ist nicht nur auf den Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung, sondern auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung abzustellen. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 81b Alt. 2 StPO, der in Bezug auf die Notwendigkeit der Maßnahme zum Zwecke des Erkennungsdienstes ausdrücklich (auch) auf die Aufnahme bzw. Vornahme der jeweiligen Handlungen abstellt. Im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle einer streitigen, noch nicht vollzogenen Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung kommt es deshalb für die Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahme auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an (BVerwG, U.v. 19.10.1982 – 1 C 29/79 – juris Rn. 31; VGH BW, U.v. 13.7.2011 – 1 S 350/11 – juris Rn. 24; OVG Sachsen, B.v. 7.12.2010 – 3 A 452/10 – juris Rn. 6 m.w.N.), weil die Vollziehung der Anordnung noch bevorsteht. Ist die Anordnung zur Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz aber bereits vollzogen, so ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung maßgeblich. Denn die Notwendigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung ist nicht gegeben, wenn im Zeitpunkt ihrer Vornahme nichts mehr dafür spricht, dass der Betroffene künftig erneut strafrechtlich in Erscheinung treten wird. Da sich die Regelungswirkung einer Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung auf die Duldung der Vornahme der jeweiligen erkennungsdienstlichen Maßnahmen und die Feststellung, dass die Voraussetzungen für die Vornahme der Maßnahmen vorliegen, erstreckt, muss zum Zeitpunkt der Vornahme der erkennungsdienstlichen Maßnahmen die Notwendigkeit für ihre Durchführung gegeben sein. Spätere, für den Betroffenen günstige Änderungen der Sachlage, sind im Rahmen

eines etwaigen Lösungsanspruchs des Betroffenen zu prüfen und wirken nicht auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung im Zeitpunkt der Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung zurück.

- 21 Für die Notwendigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung abzustellen ist im vorliegenden Fall folglich auf die Sach- und Rechtslage am 7. Juli 2011.
- 22 4. Die Notwendigkeit i.S.d § 81b Alt. 2 StPO bestimmt sich danach, ob der Sachverhalt, der anlässlich des gegen den Betroffenen gerichteten Strafverfahrens festgestellt wurde, nach kriminalistischer Erfahrung angesichts aller Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte für die Annahme bietet, dass der Betroffene in den Kreis Verdächtiger einer noch aufzuklärenden anderen Straftat einbezogen werden könnte und dass die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen, den Betroffenen letztlich überführend oder entlastend, fördern könnten (BVerwG, U.v. 23.11.2005 – 6 C 2/05 – juris Rn. 22 m.w.N.). Es hat stets eine Abwägung zu erfolgen, in die einerseits das Interesse der Öffentlichkeit an einer effektiven Verhinderung bzw. Aufklärung von Straftaten und andererseits das Interesse des Betroffenen einzustellen ist, entsprechend dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht bereits deshalb als potentieller Rechtsbrecher behandelt zu werden, weil er sich irgendwie verdächtig gemacht hat oder angezeigt worden ist (Krause in Loewe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Stand 2008, § 81b Rn. 11).
- 23 Im Zeitpunkt der erkennungsdienstlichen Behandlung des Klägers am 7. Juli 2011 war durch Beschluss des Amtsgerichts vom 27. Oktober 2010 die Anklage der Staatsanwaltschaft vom 26. Juli 2010 zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet worden. Gemäß § 203 StPO beschließt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint. Durch die Eröffnung des Hauptverfahrens hat das Gericht damit zu erkennen gegeben, dass ein hinreichender Tatverdacht der Begehung der dem Kläger zur Last gelegten Straftat bestand. Vom Zeitpunkt der Eröffnung des Hauptverfahrens bis zur Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung am 7. Juli 2011 hat sich an dem dem Eröffnungsbeschluss vom 27. Oktober 2010 zugrunde liegenden Sachverhalt nichts geändert. Das Vorbringen des Klägers, es wäre nicht zur Eröffnung des Hauptverfahrens bzw. zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gekommen, wenn ihm Gelegenheit gegeben

worden wäre, rechtzeitig Akteneinsicht zu nehmen, führt zu keiner anderen Beurteilung bezüglich des hinreichenden Tatverdachts. Es steht zwar fest, dass auf die Akteneinsichtsgesuche des Bevollmächtigten des Klägers vom 18. März 2010 und vom 30. April 2010 Akteneinsicht nicht gewährt wurde. Der Bevollmächtigte des Klägers erhielt jedoch am 25. August 2010 Einsicht in die Akten des Ermittlungsverfahrens und nahm mit Schriftsatz vom 31. August 2010 Stellung. Sein Vorbringen beschränkte sich dabei im Wesentlichen darauf, die Weitergabe von Informationen durch die Behörden an die Presse und die Nichtgewährung der Akteneinsicht trotz der Anträge vom 18. März 2010 und vom 30. April 2010 zu thematisieren. Zum Tatvorwurf der Beleidigung auf sexueller Basis bzw. zum Ablauf des Geschehens nahm er nicht Stellung. Ebenso wenig hat er die Vorlage von Beweismitteln, die den Kläger entlasten könnten, angeboten. Angesichts dieses Sachverhalts durfte der Beklagte bei der Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung also davon ausgehen, dass der Kläger der ihm zur Last gelegten Straftat hinreichend verdächtig war. Zu diesem Zeitpunkt waren also keinesfalls die Verdachtsmomente, dass der Kläger die Straftat, derer er verdächtig war, auch begangen hat, ausgeräumt. Ein Tatnachweis ist bei präventiven polizeilichen Maßnahmen gerade nicht erforderlich (BayVGh, B.v. 23.11.2009 – 10 CS 09.1854 – juris Rn. 14).

- 24 Soweit der Kläger meint, durch die rechtzeitige Gewährung von Akteneinsicht wäre es schon nicht zur Einleitung des Ermittlungsverfahrens gekommen, trifft dies ebenfalls nicht zu. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen den Kläger erfolgte bereits am 12. März 2010, nachdem der Anzeigerstatter den Kläger mittels einer Lichtbildvorlage identifiziert hatte, und hätte somit auch bei sofortiger Gewährung von Akteneinsicht nicht verhindert werden können.
- 25 Die Prognose des Beklagten, der Kläger werde auch in Zukunft Straftaten begehen, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat hierbei auf das umfangreiche Vorstrafenregister des Klägers, das zumindest auch eine Verurteilung wegen einer Straftat auf sexueller Basis aufweist und das Diebstahlsdelikt, das der Kläger nach seiner Haftentlassung während seiner Bewährungszeit begangen hat, verwiesen. Für die Prognose zur Wiederholungsgefahr sind alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art, Schwere und Begehungsweise der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftaten, seine Persönlichkeit und der Zeitraum, währenddessen er strafrechtlich nicht mehr in Erscheinung getreten ist, als Anhaltspunkte heranzuziehen (SächsOVG, B.v. 7.12.2010 – 3 A 452/10 – juris Rn. 6). Gemessen an diesen

Grundsätzen erweist sich die Einschätzung des Beklagten, dass nach sachgerechter und vertretbarer kriminalistischer Erfahrung tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, der Kläger könne als wegen einer Sexualstraftat und anderer Delikte Verurteilter künftig in den Kreis möglicher Tatverdächtiger einer aufzuklärenden strafbaren Handlung einbezogen werden und die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen könne dann ermittlungsfördernd sein, als zutreffend. Sexualdelikte sind regelmäßig von einer besonderen Veranlagung oder Neigung des Täters geprägt und bergen damit statistisch betrachtet eine signifikant höhere Rückfallgefahr, wenn nicht die Tatumstände und alle weiteren bedeutsamen Faktoren auf eine zu erwartende Einmaligkeit der Tat hindeuten (OVG Saarland, B.v. 13.3.2009 – 3 B 34/09 – juris Rn. 33 f.). Für die Einmaligkeit der Anlasstat sprechen angesichts der bereits vorliegenden Verurteilung wegen eines Sexualdelikts und der durch [REDACTED] [REDACTED] bekannt gewordenen Lebensumstände des Klägers keine Anhaltspunkte. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Kläger nach seiner Haftentlassung innerhalb der Bewährungszeit am 19. März 2009 wegen Diebstahls verurteilt worden ist. Dabei mag es sich zwar nur um den Diebstahl geringwertiger Sachen gehandelt haben. Diese Straftat zeigt jedoch deutlich, dass der Kläger selbst dann, wenn durch die Begehung der Straftat ein Bewährungswiderruf bzw. eine Verlängerung der Bewährungszeit droht, nicht davor zurückschreckt, weitere Straftaten zu begehen. Auch das Verhalten des Klägers nach der ihm zur Last gelegten Anlasstat weist darauf hin, dass seine Hemmschwelle zur Gewaltbereitschaft gering ist. Nachdem der Anzeigeerstatter versucht hat, den Kläger bzw. sein Fahrzeug mit einer Kamera zu filmen, hat er ihm diese aus der Hand geschlagen.

- 26 Darüber hinaus hat sich der Beklagte in seiner Entscheidung auch in nicht zu beanstandender Weise mit der Frage auseinandergesetzt, welche erkennungsdienstlichen Unterlagen über den Kläger benötigt werden, d.h. ob die im Einzelnen angeordneten Maßnahmen nach Art und Umfang tatsächlich veranlasst sind. Wegen der Begrenzung der erkennungsdienstlichen Maßnahmen auf das notwendige Maß darf im konkreten Einzelfall die Schwere des mit der konkreten erkennungsdienstlichen Maßnahme verbundenen Grundrechtseingriffs nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Interesses stehen (NdsOVG, U.v. 30.1.2013 – 11 LB 115/12 – juris Rn. 34) Es liegt auf der Hand, dass Lichtbildaufnahmen aus dem Jahr 198[REDACTED] nicht mehr geeignet sind, das derzeitige Erscheinungsbild des Klägers wiederzugeben. Auch Finger- und Handflächenabdrücke unterliegen schon durch den natürlichen Alterungsprozess Veränderungen. Vermes-

sungen sind für eine etwaige Personenbeschreibung notwendig (vgl. auch BayVGh, B.v. 20.1.2011 – 10 CS 10.2725 – juris Rn. 12). Das dem Anzeigersteller vorgelegte aktuelle Lichtbild des Klägers stammt nicht aus einer erkennungsdienstlichen Behandlung, sondern wurde bei einer anderen Gelegenheit aufgenommen und ist für Zwecke des Erkennungsdienstes nicht hinreichend geeignet.

- 27 Insgesamt betrachtet überwiegt bei dieser Sachlage das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung künftiger Straftaten den mit der erkennungsdienstlichen Behandlung verbundenen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers, weil bei der Vornahme der erkennungsdienstlichen Maßnahmen ein hinreichender Tatverdacht bestand und angesichts der vom Kläger für die betroffenen höherrangigen Rechtsgüter ausgehenden Gefahr dem Interesse der Allgemeinheit ein höherer Stellenwert zukommt als dem durch die erkennungsdienstliche Behandlung bewirkten vergleichsweise geringfügigen Grundrechtseingriff.
- 28 Der Berufung des Beklagten war daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben.
- 29 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.
- 30 Die Revision war nicht zuzulassen, weil Revisionsgründe nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

- 31 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Be-

- 32 deutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.
- 33 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

34 Senftl

Eich

Zimmerer

35

Beschluss:

36

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,-- Euro festgesetzt
(§ 52 Abs. 2, § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG).

37

Senftl

Eich

Zimmerer