

# Der polizeirechtliche Gewahrsam

unter besonderer Berücksichtigung  
des Unterbindungsgewahrsams

Von

Christian Stoermer



Duncker & Humblot · Berlin

# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

### **Einleitender Teil, Begriffsbestimmungen und statistischer Hintergrund**

<b>I. Polizeigesetze und Polizeigewahrsam .....</b>	<b>15</b>
1. Einleitung / Anlaß der Arbeit .....	15
2. Allgemeine Übersicht über Polizeigesetze und Polizeigewahrsam .....	16
a) Allgemeines zu den Polizeigesetzen .....	16
b) Allgemeines zu den Gewahrsamsvorschriften .....	18
3. Der Gewahrsam als Standardmaßnahme .....	20
4. Grundrechtsbeschränkungen bzw. -eingriffe durch die Ingewahrsamnahme .....	22
5. Zuständigkeit für die Ingewahrsamnahme .....	23
<b>II. Der Gewahrsamsbegriff.....</b>	<b>25</b>
1. Definition des Gewahrsams.....	25
2. Der Gewahrsam als Freiheitsentziehung .....	26
a) Hauptzweck der Maßnahme oder nur Nebenfolge? .....	27
b) Intensität und Dauer der Maßnahme .....	27
c) Abgrenzung der Freiheitsentziehung zur bloßen Freiheitsbeschränkung .....	29
3. Art und Weise bzw. Ort des Gewahrsams / enger und weiter Gewahrsamsbegriff.....	30
4. Der polizeiliche, präventive Zweck des Gewahrsams .....	32
5. Beispiele anderer Bundes- und Landesgesetze, nach denen eine Freiheitsentziehung möglich ist.....	33
<b>III. Statistischer Hintergrund, Kriminalitätsentwicklung, Notwendigkeit (neuerer) verschärfter Polizeirechtsvorschriften?.....</b>	<b>34</b>
1. Kriminalitätsentwicklung, im besonderen dargestellt am Beispiel der Bundesländer (Freistaaten) Bayern und Sachsen .....	34

a) Kriminalitätsentwicklung im Bundesgebiet .....	34
b) Darstellung anhand einiger ausgewählter Deliktgruppen .....	36
aa) Gewaltkriminalität .....	38
bb) Diebstahl, Betrug, leichte Körperverletzung, Sachbeschädigung ...	38
cc) Straftaten gegen § 92 des Ausländergesetzes und gegen das Asylverfahrensgesetz .....	41
dd) Umweltdelikte: §§ 324-330 a StGB.....	42
ee) Rauschgiftdelikte: §§ 29, 29 a, 30, 30 a Betäubungsmittelgesetz (BtMG) .....	43
c) Entwicklung in den Bundesländern (Freistaaten) Bayern und Sachsen	43
aa) Freistaat Bayern .....	44
bb) Freistaat Sachsen.....	45
2. Notwendigkeit der Verschärfung von Vorschriften bzw. Schaffung von neuen Eingriffsermächtigungen .....	46

### *Zweiter Teil*

#### **Darstellung der einzelnen Gewahrsamsformen**

<b>IV. Der Schutzgewahrsam .....</b>	<b>49</b>
1. Einleitung.....	49
2. Die Voraussetzungen des Schutzgewahrsams .....	50
a) Normtexte / Unterschiede in den einzelnen Bundesländern.....	50
b) Unterscheidung „echter“ Schutzgewahrsam - „unechter“ Gewahr- sam .....	52
c) Die Gefahr für Leib und Leben der betroffenen Person.....	53
d) Der erkennbare, die freie Willensbildung ausschließende Zustand.....	54
e) Die sonstige hilflose Lage.....	56
3. Die Selbsttötungsproblematik - Wie weit kann ein Schutzgewahrsam gehen? .....	57
a) Grundrechtlicher Ansatz aus Art. 2 I und II GG - Gibt es ein Recht auf Selbsttötung?.....	58
b) Selbstmord und Strafrecht - Der Unglücksfall i.S. des § 323 c StGB...	59
c) Selbstmord und Polizeirecht - Verpflichtung des Staates, das Leben zu schützen.....	61

<b>V. Der Unterbindungs- bzw. Beseitigungsgewahrsam</b> .....	64
1. Begriffsbestimmung .....	64
2. Unterschiede in den Ländergesetzen / Schutzgüter dieser Gewahrsamsform .....	66
3. Der (generalklauselartige) Gewahrsam zur Gefahrenabwehr .....	67
a) Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit .....	68
b) Das Schutzgut der öffentlichen Ordnung .....	69
c) Die Erheblichkeit der Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung .....	71
4. Der Gewahrsam zur Verhinderung der Begehung oder der Fortsetzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten mit erheblicher Bedeutung (von erheblicher Gefahr) für die Allgemeinheit .....	71
a) Straftaten .....	72
b) Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit .....	75
aa) Meinungsstand hinsichtlich der Möglichkeit eines Gewahrsams bei Ordnungswidrigkeiten .....	75
bb) Beispiele von Ordnungswidrigkeiten mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit .....	76
cc) Auch Ordnungswidrigkeiten können im Grundsatz einen Polizeigewahrsam rechtfertigen .....	78
5. Die Gefahr als Voraussetzung für den Unterbindungs- bzw. Beseitigungsgewahrsam .....	80
a) „Weitere“ Gefahrenprognose beim Beseitigungsgewahrsam .....	80
b) Die unmittelbar bevorstehende Gefahr beim Unterbindungsgewahrsam .....	81
c) Gefahrenprognose - Gefahrenverdacht - Anscheinsgefahr .....	83
6. Vorfeldaktivitäten der Polizei als Teil der Gefahrenabwehr? .....	85
a) Problembeschreibung .....	85
b) Mögliche (Vorfeld-)Zuständigkeit der Staatsanwaltschaften .....	86
c) Mögliche (Vorfeld-)Zuständigkeit der Polizei .....	88
d) Funktionale Lösung der „Kompetenzfrage“ .....	90
e) Auswirkungen dieser Ergebnisse auf den Unterbindungsgewahrsam .....	93
7. Prognosehilfen - Orientierungskataloge .....	95

a) Einleitung.....	95
b) Ankündigung von oder Aufforderung zu Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten durch Transparente und Flugblätter .....	96
c) Die Waffen- und Begleitpersonenproblematik.....	97
d) Die „Störervergangenheit“ des Betroffenen.....	99
e) Verhältnis der Eingriffskataloge zu Art. 8 GG; Grundsatz der Normenbestimmtheit.....	101
8. Unerläßlichkeit der Ingewahrsamnahme .....	101
<b>VI. Das Verhältnis des Unterbindungs- bzw. Beseitigungsgewahrsams zum Versammlungsgesetz.....</b>	<b>102</b>
1. Einleitung .....	102
2. Verknüpfungskonstellationen mit dem Polizeigewahrsam.....	103
3. „Polizeifestigkeit“ / „Spezialität des Versammlungsrechts“ .....	103
a) Das Versammlungsgrundrecht des Art. 8 GG und das Versammlungsgesetz.....	103
b) Die Argumente der Befürworter einer „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts.....	105
c) Die Argumente der Gegner einer „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts .....	106
aa) Unsicherheiten bei der Begriffsbestimmung.....	106
bb) Unvollständiger Regelungsumfang des Versammlungsgesetzes ..	107
cc) Primäre Störerverantwortlichkeit („Brokdorf-Beschluß“ des BVerfG).....	108
dd) Gleichzeitige Möglichkeit einer Auflösung nach § 15 II VersammlG.....	109
ee) Lösungsmöglichkeit nach dem Bundesverwaltungsgericht .....	109
ff) Schutzbereich des Art. 8 GG.....	110
4. Nebeneinander von Versammlungsrecht und Polizeigesetzen .....	111
a) „Polizeifester“ Regelungs(kern)bereich des Versammlungsgesetzes..	111
b) Das Übermaßverbot im Versammlungsrecht; keine „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts bei einzelnen Störern .....	111
c) Einengende Interpretation des Schutzbereiches von Art. 8 GG .....	112
d) Das Zitiergebot.....	113
e) Erfordernis genauerer gesetzgeberischer Regelungen.....	113

5. Die Auflösungsverfügung nach § 15 II Versammlungsgesetz .....	114
<b>VII. Der Polizeikessel als Sonderform des Gewahrsams .....</b>	<b>115</b>
1. Geschichte des Polizeikessels.....	115
2. Gerichtliche Entscheidungen zur „Einkesselung“ .....	116
3. Polizeikessel als Freiheitsentziehung .....	117
4. Polizeikessel zur Abwehr von Gefahren für besonders wichtige Rechtsgüter.....	118
a) Gefahr der „Miteinkesselung“ von Nichtstörern.....	118
b) Beachtung der wesentlichen Verfahrensvorschriften .....	120
<b>VIII. Der Verbringungsgewahrsam .....</b>	<b>122</b>
1. Begriff - Einleitung .....	122
2. Die typischerweise von der Verbringung betroffenen Personengruppen ..	123
a) Obdachlose.....	123
b) Demonstranten .....	126
3. Mögliche Rechtsgrundlagen für den Verbringungsgewahrsam.....	128
a) Verbringungsgewahrsam als Unterfall des polizeilichen Gewahr- sams?.....	128
b) Abgrenzung zur Platzverweisung.....	129
c) Die Generalklausel als Grundlage für derartige Maßnahmen .....	130
d) Verhältnis der Verbringung zu Art. 11 GG, dem Grundrecht auf Frei- züchtigkeit.....	132
4. Notwendigkeit von Verbringungen.....	135
<b>IX. Weitere Gewahrsamsformen.....</b>	<b>137</b>
1. Ingewahrsamnahme Minderjähriger und Entwicherer.....	137
a) Ingewahrsamnahme minderjähriger Personen.....	138
aa) Möglicher Eingriff in die Bundesgesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 7 GG.....	139
bb) Polizeiliches Handeln in „Amtshilfe“ für die Jugendbehörden.....	139
b) Ingewahrsamnahme entwicherer Personen.....	141
aa) Möglicher Eingriff in die Bundesgesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 1 GG.....	142
bb) Entwichene gehören aber zumindest „auch“ zum Bereich der Gefahrenabwehr.....	143

2. Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung eines Platzverweises .....	144
a) Erforderlichkeit dieses Gewahrsamstyps .....	144
b) Möglicher Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	145
3. Ingewahrsamnahme zum Schutz privater Rechte Dritter .....	146
4. Ingewahrsamnahme zur Feststellung der Identität .....	147
a) Abgrenzung Gewahrsam / Freiheitsentziehung zur Feststellung der Identität .....	148
b) Besondere Schwierigkeiten hinsichtlich des Übermaßverbots bei dieser Gewahrsamsvariante.....	149
5. Ingewahrsamnahme von Abgeordneten, Diplomaten und Angehörigen der Stationierungskräfte .....	150
a) Abgeordnete.....	150
b) Diplomaten, Konsule und Personal dieser Vertretungen.....	152
c) Angehörige von Stationierungsstreitkräften.....	153
<b>X. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) .....</b>	<b>153</b>
1. Art. 5 EMRK und dessen Relevanz für den polizeirechtlichen Gewahrsam .....	153
2. Bedeutung der EMRK für die nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung .....	154
3. Die Bedeutung des Art. 5 EMRK für den Schutzgewahrsam.....	155
4. Die Bedeutung des Art. 5 EMRK für den Unterbindungs- bzw. Beseitigungsgewahrsam.....	156
a) Gewahrsam zur Verhinderung von Straftaten .....	157
b) Gewahrsam zur Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten.....	157
aa) Meinungsstand hinsichtlich des Gewahrsams zur Verhinderung von Ordnungswidrigkeiten .....	158
bb) Auslegung des Begriffs der „strafbaren Handlung“ nach innerstaatlichem Recht.....	159
5. Die Bedeutung des Art. 5 EMRK für die übrigen deutschen Gewahrsamsformen .....	161
a) Art. 5 I lit. b EMRK.....	161
b) Art. 5 lit. d, lit. e und lit. f EMRK.....	162
6. Übereinstimmung der einzelnen Gewahrsamstypen mit den Grundsätzen des Art. 5 EMRK.....	163

7. Art. 9 - Art. 11 des internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (CCPR).....	163
---	-----

*Dritter Teil*

**Gerichtliche Überprüfung der Freiheitsentziehung,  
Behandlung im Gewahrsam, Dauer des Gewahrsams**

<b>XI. Gerichtliche Überprüfung gem. Art. 104 II S. 1 und S. 2 GG.....</b>	<b>165</b>
1. Richtervorbehalt und grundgesetzliche Vorgaben des Art. 104 II GG.....	165
2. Durch die EMRK vorgegebene Mindeststandards für das gerichtliche Verfahren.....	166
3. Die Regelungen der einzelnen Bundesländer.....	166
4. Zuständigkeit der Amtsgerichte .....	167
a) Sachliche Zuständigkeit .....	167
b) Örtliche Zuständigkeit.....	168
c) Instanzielle Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.....	170
5. Verfahrensvorgaben .....	171
6. Problematik der „Unverzüglichkeit“.....	173
a) Grundsatz der vorherigen richterlichen Anordnung bei Freiheitsentziehungen .....	173
b) Zeitliche Eingrenzung des Begriffs der „Unverzüglichkeit“ .....	174
aa) Keine Vergleichbarkeit mit der „Unverzüglichkeit“ des § 121 I BGB möglich.....	174
bb) Keine Anhaltspunkte aus Art. 5 III EMRK für deutsche Verhältnisse .....	174
cc) Art. 104 II S. 3 konkretisiert den Satz 2 auf eine überschaubare Größe .....	175
dd) Kein amtsgerichtlicher Dauerdienst erforderlich - allgemeine Dienststunden - Bereitschaftsdienst an Sonn- und Feiertagen .....	176
7. Nachträgliche gerichtliche Überprüfung oder Rechtsschutz?.....	178
a) Es wurde noch keine amtsgerichtliche Überprüfung eingeleitet .....	178
aa) Entscheidung durch das Amtsgericht.....	178
bb) Verzichtbarkeit auf eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung? Meinungsstand.....	179

cc) Erforderlichkeit einer nachträglichen richterlichen Überprüfung .	181
dd) Zumindest hilfswise „Sichtung“ der Fälle zur Vermeidung grob mißbräuchlicher Ingewahrsamnahmen der Polizei durch eine außenstehende Behörde.....	184
ee) Rechtsschutz durch das Verwaltungsgericht.....	184
b) Es wurde noch keine gerichtliche Überprüfung durch das Amtsgericht durchgeführt.....	185
aa) Amtsgerichtliche Entscheidung während der Freiheitsentziehung	185
bb) Amtsgerichtliche Entscheidung nach Ende der Freiheitsentziehung .....	186
<b>XII. Behandlung der betroffenen Person während des Gewahrsams.....</b>	<b>188</b>
1. Einleitung.....	188
2. Rechte des Ingewahrsamgenommenen zu Beginn des Gewahrsams.....	188
a) Bekanntgabe des Grundes der Festnahme.....	188
b) Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit einer nahestehenden Person ..	190
c) Belehrung des Betroffenen.....	192
3. Art und Weise der Behandlung von Personen während des Gewahrsams	193
a) Unterbringung des Betroffenen.....	193
b) Weitere Beschränkungen .....	194
<b>XIII. Zeitdauer der Ingewahrsamnahme .....</b>	<b>195</b>
1. Einleitung / Entwicklungen der letzten Jahre.....	195
2. Die Regelungen der einzelnen Bundesländer.....	196
a) Dauer des Gewahrsams .....	196
b) Gründe für eine sofortige Beendigung des Gewahrsams .....	197
c) Indizien zur Festlegung zeitlicher Obergrenzen beim Polizeigewahrsam .....	198
3. Gerichtsentscheidungen zur Gewahrsamsdauer .....	199
a) Das bayerische Urteil aus dem Jahre 1990.....	201
aa) Kein Verfassungsverstoß hinsichtlich der möglichen Zeitdauer des Gewahrsams.....	201
bb) Keine Abstufung der möglichen Höchstdauer nach dem Gewahrsamstyp erforderlich.....	203
b) Das sächsische Urteil aus dem Jahre 1996.....	203

aa) Keine verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich eines vierzehntägigen Gewahrsams.....	203
bb) Erfordernis einer abgestuften Höchstgrenze nach dem Gewahrsamstyp .....	204
4. Die Argumente für und gegen eine über Art. 104 II S. 3 GG hinausgehende, längere Gewahrsamsdauer .....	205
a) Die Argumente der Befürworter einer kurzen Gewahrsamsdauer .....	205
b) Die Argumente der Befürworter einer langen Gewahrsamsdauer .....	206
5. Stellungnahme zum Problem der Gewahrsamsdauer .....	207
a) Möglichkeit einer längeren Gewahrsamsdauer jenseits von Art. 104 II S. 3 GG .....	207
aa) Kein Widerspruch zu Art. 104 II S. 3 GG .....	207
bb) Kein Widerspruch zu anderen Grundrechten oder Bundeskompetenzen .....	208
b) Keine Möglichkeit einer exakten Bestimmung von zeitlichen Obergrenzen .....	209
c) Der Grundsatz der Normenbestimmtheit .....	212
d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	213
e) Ergebnis .....	214

#### *Vierter Teil*

#### **Schlußwort / Anhang**

1. Schlußwort .....	216
2. Anhang .....	218
a) Gewahrsamsnormen .....	218
b) Sonstige Vorschriften .....	239
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	241
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	249