

Musterklausur Eingriffsrecht: Ein Polizeieinsatz mit „fesselndem Ende“



Prof. Dr. Frank Braun und Prof. Dr. Stefanie Haumer,
HSPV NRW, Münster¹

Die Übungsklausur für fortgeschrittene Studierende hat einen mittleren Schwierigkeitsgrad. Der Sachverhalt hat sich tatsächlich so zugetragen und basiert auf einem polizeilichen Einsatzbericht.

Sachverhalt

Am Samstagmittag, den 22.10., um 12.25 Uhr ging in der Leitstelle des Polizeipräsidiums in M-Stadt ein Notruf wegen eines lautstarken Streites ein. Eine Streife mit PK'in B und PK A besetzt wurde zu dem Haus an einer Adresse im Moorhock geschickt. Die betreffende Wohnung liegt im vierten Stock eines Mehrparteienhauses und ist vom Treppenhaus nur über einen Laubengang zu erreichen.

Als die Beamten vor der Wohnung im vierten Stock eintrafen, dauerten die Schreie noch an. Durch die geschlossene Tür sprachen die Beamten die Personen an. Eine Frau (F) schrie daraufhin aus der Wohnung: „Verpisst euch! Ihr scheiß Drecksbullen! Ihr dürft gar nichts!“

Danach kam plötzlich ein Mann (M) von der anderen Seite aus dem Hausflur in den Laubengang und beschimpfte die Beamten. Auch die F öffnete die Wohnungstür und stürzte mit erhobenen Fäusten auf PK A zu. Dieser wehrte den Angriff ab und brachte F zu Boden. PK'in B unterstützte ihn bei der Fixierung der Angreiferin. Als M dies sah, rannte er in Richtung der Einsatzkräfte und drückte PK'in B gegen das Geländer des Laubenganges, sodass sie mit ihrem Oberkörper bereits darüber lehnte und drohte herunterzustürzen. Es sah danach aus, dass M letzteres zumindest billigend in Kauf nahm. Der Polizistin gelang es eigenständig, sich aus der Situation zu befreien.

Sodann versuchten die Beamten den M zu fixieren. Dieser wehrte sich heftig mit Schlägen und Tritten und bespuckte die Beamten; Pfefferspray kam zum Einsatz. Schließlich gelang es M zu Boden zu bringen und ihm Handfesseln anzulegen. PK'in B wurde bei dem Einsatz leicht verletzt.

Bei der anschließenden Durchsuchung von M zu dessen vorläufiger Festnahme wurde bei diesem ein sog. Butterflymesser aufgefunden und von den Beamten gegen seinen Willen in Verwahrung genommen. M gab an, das Butterflymesser kürzlich auf ebay gekauft zu haben.

1. Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Fesselung von M

Bearbeitungsvermerk: Gehen Sie davon aus, dass M Straftaten nach § § 212, 22, 23, § 114 § 223 StGB begangen hat.

2. Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung des M

3. Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Inverwahrungnahme des Butterflymessers

Bearbeitungsvermerk: Auf eine Inverwahrungnahme des Messers zu Beweis Zwecken ist nicht einzugehen.

Aufgabe 1: Rechtmäßigkeit der Fesselung von M I. Rechtsgrundlage

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG bedarf es bei einem Grundrechtseingriff einer Befugnisnorm, die auf ein verfassungsmäßiges Gesetz zurückzuführen ist.

1. Grundrechtseingriff

Durch die Fesselung könnten die Einsatzkräfte in das Grundrecht des M aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen haben. Als Eingriff wird jede staatliche Maßnahme bezeichnet, die ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt die körperliche Unversehrtheit also die Ungestörtheit der Körpersphäre im biologisch-physiologischen Sinn.² Das Anlegen von Handfesseln ist geeignet, Schmerzen auszulösen. Ob M im konkreten Fall tatsächlich Schmerzen verspürte, ist hier nicht entscheidend. Durch die Fesselung haben die Beamten die Körpersphäre des M gestört und somit in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eingegriffen.

2. Zielrichtung

Die Fesselung soll den Angriff des M beenden und weitere Angriffe verhindern. Sie dient also der Gefahrenabwehr.

3. Rechtsfolge der möglichen Befugnisnorm

Als Befugnisnorm kommt § 50 Abs. 2 i.V.m. § § 55 Abs. 1, 58 Abs. 1 und 3, 62 PolG NRW in Betracht. Diese Vorschriften sehen als Rechtsfolge die Anwendung unmittelbaren Zwangs mit Hilfsmitteln, insbesondere Fesseln, vor. Fesselung meint das Fixieren mit Hilfsmitteln der körperlichen Gewalt.³ Die Bewegungsfreiheit des M wird mittels Handfesseln so eingeschränkt, dass die Nutzung der Arme ganz oder teilweise verhindert wird. Die getroffene Maßnahme stimmt also mit der zulässigen Rechtsfolge überein.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit könnte sich aus § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 PolG NRW ergeben. Danach hat die Polizei die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Eine Gefahr ist eine Sachlage, die einen Schaden erwarten lässt. Die öffentliche Sicherheit umfasst die objektive Rechtsordnung, Individualrechtsgüter wie Leben und Leib sowie Funktionsfähigkeit und Bestand des Staates und seiner Einrichtungen. Im vorliegenden Fall drückte M die PK'in B gegen das Geländer des Laubenganges, sodass sie mit ihrem Oberkörper bereits darüber lehnte und drohte herunterzustürzen. M spuckte zudem die beiden die Beamten an und wehrte sich mit Schlägen und Tritten gegen seine Festnahme. Hierin sind anhaltende Verstöße gegen die Rechtsordnung zu erkennen; das Verhalten des M ist strafbar. Zudem werden durch dieses Verhalten Individualrechtsgüter der Polizeibeamten betroffen. Es besteht mithin eine Gefahr für mehrere Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 PolG.

Da es hier auch darum geht, weitere Straftaten des M zu verhindern sind die Beamten originär zuständig nach § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NRW.

Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 POG sind die Kreispolizeibehörden für die Gefahrenabwehr zuständig. Kreispolizeibehörden sind nach § 2 POG Polizeipräsidien und Landrätinnen und Landräte, hier das Polizeipräsidium.

Die örtliche Zuständigkeit des PP M-Stadt ergibt sich aus § 7 Abs. 1 POG.

Die eingesetzten Beamten werden als Amtswalter ihrer Behörde tätig.

Die Beamten waren also zuständig.

2. Allgemeine Verfahrens- und Formvorschriften

Bei der Anwendung von unmittelbarem Zwang handelt es sich um einen Realakt, sodass die allgemeinen Form- und Verfahrensvorschriften des VwVfG NRW nicht anwendbar sind⁴.

Die Fesselung erfolgte formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Fesselung des M müsste auch materiell rechtmäßig gewesen sein. Die Befugnis für das Vorgehen könnte sich aus den § 50 Abs. 2 i.V.m. § § 55, 58 Abs. 1 und 3, 62 PolG NRW ergeben.

1. Zulässigkeit der Zwangsanwendung

Dies setzt zunächst voraus, dass die Zwangsanwendung zulässig war.

Zwang ist die Durchsetzung einer polizeilich angeordneten Maßnahme gegen oder ohne den Willen des Betroffenen. Die Polizeibeamten fesselt M, um weitere Angriffe durch diesen zu unterbinden. Dies geschieht gegen den Willen des M. Es handelt sich mithin um Zwang.

a) Notwendigkeit des Sofortvollzugs zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr

Gem. § 50 Abs. 2 PolG NRW kann Zwang auch ohne vorausgegangenen Verwaltungsakt angewendet werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist⁵ und die Polizei innerhalb ihrer Befugnisse handelt. Vorliegend erging keine Grundverfügung. Es ist also zu prüfen, ob eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit bestand. Eine gegenwärtige Gefahr liegt vor, wenn das schädigende Ereignis mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmittelbar bevorsteht oder bereits begonnen hat. Die im Sachverhalt beschriebene Situation lässt erkennen, dass A besonders aggressiv ist und selbst einen Sturz der PK'in B aus dem vierten Stock des Wohnhauses in Kauf nimmt. Er greift auch PK A an, bespuckt und tritt die Beamten. Ohne Unterbrechung des weiteren Handlungsablaufs von M würde dieser in den nächsten Sekunden erneut treten und seine Aggression gegen die Beamten fortsetzen. Die Gefahr ist demnach gegenwärtig.

Weiterhin setzt § 50 Abs. 2 PolG NRW voraus, dass die Notwendigkeit des Sofortvollzugs bestand. Dies ist der Fall, wenn Maßnahmen gegen Personen nach den § § 4 bis 6 PolG NRW nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen. Nicht rechtzeitig möglich sind sie dann, wenn aufgrund von Eilbedürftigkeit keine Zeit für das Erlassen einer polizeilichen Verfügung bleibt. Die Schilderungen im Sachverhalt lassen keinen Zweifel daran, dass der M nicht davon ablassen wird, weiter zu treten und zu spucken und sich aggressiv gegenüber den Beamten zu verhalten. Diese gegenwärtige Gefahr muss daher durch eine Maßnahme abgewehrt werden, die ein Fortsetzen von M's Verhalten verhindert. Eine mündliche Aufforderung an M hätte ihm zwar die Chance eingeräumt, sein geplantes Verhalten zu überdenken. Aufgrund des bestehenden Risikos für die Fortsetzung der Tritte und mit Blick darauf, dass M selbst vor einem Totschlag nicht zurückschreckte, bestand diese Zeit faktisch nicht. Auch die Erfolgsaussichten einer Aufforderung erscheinen in der geschilderten Situation mehr als zweifelhaft. Der Sofortvollzug war somit notwendig.

b) Handeln der Beamten innerhalb ihrer Befugnisse

Als Sofortvollzug darf Zwang nach § 50 Abs. 2 PolG NRW nur angewendet werden, wenn die Beamten innerhalb ihrer Befugnisse handeln. Im Rahmen ihrer Befugnisse handeln die Beamten, wenn sie rechtmäßig einen (fiktiven/hypothetischen) Verwal-

tungsakt hätten erlassen dürfen⁶. Demzufolge ist zu prüfen, ob die Polizei, wenn sie die Zeit dazu gehabt hätte, befugt gewesen wäre, einen entsprechenden Verwaltungsakt zu erlassen.

Als Grundverfügung kommt hier die Aufforderung in Betracht: „Hören Sie auf, uns anzugreifen!“

Die Befugnisnorm für die Aufforderung an M, seinen Angriff einzustellen, könnte sich aus § 8 Abs. 1 PolG NRW ergeben. Fraglich ist, ob die von den Beamten fiktiv getroffene Maßnahme mit der Rechtsfolge der Befugnisnorm übereinstimmt. Als Rechtsfolge erlaubt § 8 PolG NRW das Treffen von notwendigen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. Notwendig sind Maßnahmen immer dann, wenn sie geeignet und erforderlich sind. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie objektiv zwecktauglich ist, um das polizeiliche Ziel zu erreichen. Ziel wäre es hier gewesen, den M mit einer unmissverständlichen Aufforderung dazu zu bringen, seinen Angriff zu beenden und die Einsatzkräfte somit vor weiteren körperlichen Beeinträchtigungen zu bewahren. Mit der fiktiven Aufforderung „Hören Sie auf, uns anzugreifen!“ hätte dieses Ziel erreicht werden können. Somit wäre die Maßnahme geeignet gewesen.

Die fiktive Aufforderung an M müsste zudem erforderlich gewesen sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn von den geeigneten Maßnahmen diejenige gewählt wurde, die den Einzelnen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt (mildestes Mittel). Eine mildere fiktive Maßnahme als die mündliche Aufforderung, weitere Angriffe zu unterlassen, ist nicht ersichtlich. Die von den Beamten fiktiv getroffene Verfügung wäre demnach erforderlich, d.h. notwendig, gewesen und entspricht damit der Rechtsfolge der Befugnisnorm.

Hinweis: Ausführungen zur formellen Rechtmäßigkeit der fiktiven Grundverfügung erübrigen sich. Denn die Zuständigkeit der Polizei zum Erlass der hypothetischen Grundverfügung entspricht der Zuständigkeit der Polizei zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung, die oben unter II. geprüft wurde. Ein Ansprechen von Form- oder Verfahrensvorschriften, wie z. B. etwaiger Anhörungspflichten, § 28 VwVfG NRW, wäre unzutreffend, da nicht prüfbar. Schließlich wurde die Maßnahme noch nicht durchgeführt⁷.

Materielle Rechtmäßigkeit der fiktiven Grundverfügung:

Nach § 8 Abs. 1 PolG NRW kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende, konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, sofern keine Spezialbefugnis für eine solche Maßnahme gegeben ist. Eine solche Gefahrenlage ist zu bejahen. Es liegt, wie bereits geprüft, sogar eine „gegenwärtige Gefahr“ vor (vgl. Punkt III. 1. a))

Die fiktive Aufforderung an M stellte zudem eine allgemeine Verfügung dar, für die keine speziellere Befugnis aus den §§ 9–46 PolG NRW einschlägig wäre. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 PolG NRW wären somit erfüllt.

Mit den bevorstehenden Tritten und seinem fortgesetzt aggressiven Verhalten setzt M die Ursache für die beschriebene Gefahr. Er wäre somit als Verhaltensstörer gem. § 4 Abs. 1 PolG NRW der richtige Adressat der Maßnahme.

Das Entschließungsermessen wäre auf null reduziert gewesen, da die höchsten Rechtsgüter der Einsatzkräfte, nämlich die Gesundheit und mit Blick auf das Verhalten des M gegenüber PK'in B möglicherweise sogar das Leben, gefährdet waren. Fehler im Auswahlermessen wären nicht ersichtlich gewesen.

Fraglich ist, ob die fiktive Aufforderung an M verhältnismäßig wäre. Dies setzt voraus, dass die fiktive Aufforderung an M einem legitimen Zweck diene, geeignet, erforderlich und angemessen wäre. Legitimer Zweck wäre die Gefahrenabwehr gewesen.

Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der fiktiven Aufforderung an M wurde bereits mit positivem Ergebnis geprüft (s. o. Rechtsfolge).

Eine Maßnahme ist angemessen, wenn ihre Folge nicht schwerer wiegt als die Folge der abzuwehrenden Gefahr. Auf der einen Seite würde M durch die Aufforderung, weitere Angriffe auf die Einsatzkräfte zu unterlassen, in seinen Handlungen eingeschränkt und in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt. Das hätte für ihn bedeutet, dass er sein ursprüngliches Verhalten, hier das Spucken und Eintreten auf die Beamten, nicht weiter hätte ausführen können. Es wäre nicht mehr ihm allein überlassen gewesen, was er tut oder lässt. Allerdings wäre diese Einschränkung nur kurzzeitig gewesen und nur hinsichtlich einer bestimmten Tätigkeit, die zudem strafbar ist. Auf der anderen Seite steht die Abwendung einer möglicherweise massiven Verletzung der Beamten, die – je nach Verlauf – zu schwersten gesundheitlichen Folgen bis hin zum möglichen Tod hätte führen können. Darüber hinaus stellt die drohende Handlung des M eine Straftat dar und somit eine Gefahr für die Rechtsordnung, an deren Abwehr ein großes Interesse der Allgemeinheit besteht. Der Nachteil für M infolge der fiktiven Aufforderung wöge insgesamt nicht schwerer, als der Erfolg, der durch das Unterlassen weiterer Angriffe erreicht werden könnte. Die fiktive Aufforderung wäre somit angemessen und insgesamt verhältnismäßig gewesen.

Die fiktive Aufforderung an M wäre demnach materiell rechtmäßig.

Also handelten die Beamten innerhalb ihrer Befugnisse.

Die Zulässigkeit des Zwangs gem. § 50 Abs. 2 PolG NRW ist demnach gegeben.

2. Zulässigkeit des eingesetzten Zwangsmittels

Die Beamten müssten ein zulässiges Zwangsmittel angewendet haben. Die zulässigen Zwangsmittel sind abschließend in § 51 PolG normiert. Es handelt sich um die Ersatzvornahme, das Zwangsgeld und den unmittelbaren Zwang.

Hier kommt unmittelbarer Zwang in Betracht (s.o. Rechtsfolge). Unmittelbarer Zwang darf gem. § 55 Abs. 1 PolG NRW nur angewendet werden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen, keinen Erfolg versprechen oder unzumutbar sind (Subsidiarität). Als milderer Zwangsmittel kommt beim Sofortvollzug aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit lediglich die Ersatzvornahme in Betracht. Eine Ersatzvornahme erfordert, dass eine geschuldete Handlung, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erbracht wird. Zum Abwenden der beschriebenen Gefahr ist eine Verhaltensänderung bei M notwendig. Nur er alleine kann seine Angriffe auf die Polizeibeamten einstellen. Da es sich folglich nicht um eine vertretbare Handlung i.S.d. § 52 PolG NRW handelt, scheidet eine Ersatzvornahme als Zwangsmittel aus. Ein milderer Zwangsmittel als der unmittelbare Zwang steht daher nicht zur Verfügung. Die Anwendung von unmittelbarem Zwang war daher zulässig.

3. Art und Weise des Verwaltungszwangs

a) Androhung

Nach § 51 PolG NRW sind Zwangsmittel nach der Maßgabe der §§ 56, 61 PolG vor ihrer Anwendung anzudrohen. Der Sachverhaltsschilderung zufolge wurde vor der Anwendung der körperlichen Gewalt gegen M kein Zwang, insbesondere nicht die Anwendung von unmittelbarem Zwang angedroht. Fraglich ist daher, ob in der dargelegten Situation auf eine Androhung verzichtet werden konnte. Von der Androhung kann gem. § 61 Abs. 1 Satz 2 PolG abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist. Wie bereits dargelegt, besteht eine gegenwärtige Gefahr. Da sich M in einem fortgesetzten Handlungsablauf befindet, bleibt für eine zweckmäßige und wirksame mündliche Androhung keine Zeit. Der Verzicht auf die Androhung des unmittelbaren Zwangs durch die Polizeibeamten war aufgrund der Umstände zulässig.

Sollte M durch den Einsatz des RSG oder das Anlegen der Handfesseln verletzt worden sein, so ist ihm unter Berücksichtigung der Einschränkungen von § 60 PolG NRW ärztliche Hilfe zu verschaffen.

b) Fesselung

aa) Person wird nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten

Nach § 62 Satz 1 Nr. 1 PolG NRW setzt die Fesselung einer Person zunächst voraus, dass die betroffene Person festgehalten wird. „Festhalten“ bedeutet unstreitig, dass eine Beeinträchtigung der Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, vorliegen muss. Ob hierbei eine Freiheitsbeschränkung ausreicht oder ein „Festhalten“ eine Freiheitsentziehung voraussetzt, ist umstritten⁸, muss aber vorliegend nicht entschieden werden. Denn hier erfolgte eindeutig eine Freiheitsentziehung: M wurde von den Beamten aufgrund von § 127 Abs. 2 i.V.m. § 112 Abs. 1 und 3 StPO vorläufig festgenommen.

Ebenfalls umstritten ist, ob das Festhalten i.S.d. § 62 Satz 1 Nr. 1 PolG NRW rechtmäßig erfolgen muss⁹. Nach hier vertretener Ansicht¹⁰ ist dies nicht der Fall. Aus dem Wortlaut des § 62 Satz 1 PolG NRW („festgehalten wird“) ergibt sich kein Rechtmäßigkeitszusammenhang zwischen dem Festhalten und der Fesselung. Eine inzidente Prüfung der vorläufigen Festnahme, § 127 Abs. 2 i.V.m. § 112 Abs. 1 und 3 StPO, hat deshalb nicht zu erfolgen.

bb) Tatsachen rechtfertigen die Annahme, dass...

Nach § 62 Satz 1 Nr. 1 PolG NRW (die anderen Nummern kommen hier offensichtlich nicht in Betracht) müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass M Widerstand leisten oder die Beamten oder Dritte angreifen wird. Das heißt, dass konkrete Anhaltspunkte für ein solches Verhalten vorliegen müssen; bloße Vermutungen reichen nicht aus.¹¹

M verhält sich aggressiv, bespuckt und tritt die Beamten bereits. Es ist nicht davon auszugehen, dass M dieses Verhalten einstellen wird. Vielmehr rechtfertigt dieses Verhalten die Annahme, dass M die Beamten weiterhin angreifen wird. Widerstand leisten meint den aktiven Widerstand gegen das Festhalten durch die Polizeivollzugsbeamten.¹² Durch sein Verhalten leistet M auch aktiv Widerstand gegen die vorläufige Festnahme.

Die Voraussetzungen einer Fesselung liegen mithin vor.

4. Adressat

Als richtiger Adressat der fiktiven Grundverfügung ist M auch der richtige Adressat der Zwangsanwendung.

5. Ermessen

In der Gefahrenabwehr gilt das Opportunitätsprinzip. Das Entschließungsermessen ist auf null reduziert. Es sind keine Ermessensfehler ersichtlich.

6. Verhältnismäßigkeit

Zu prüfen ist letztlich, ob die Zwangsanwendung verhältnismäßig war. Dies ist dann der Fall, wenn sie einem legitimen Zweck dient, geeignet, erforderlich und angemessen war.

Die Zwangsanwendung dient der Gefahrenabwehr und damit einem legitimen Zweck.

Durch das Anlegen der Handfesseln wird M daran gehindert, weitere Tritte und Angriffe auf die Beamten auszuführen. Die Anwendung von Zwang, hier des unmittelbaren Zwangs in Form von körperlicher Gewalt mit Hilfsmitteln, war demnach geeignet, weitere Gefahren abzuwehren.

Die Zwangsanwendung müsste darüber hinaus auch unter verschiedenen Blickpunkten erforderlich gewesen sein. Alternativ zur Zwangsanwendung blieb den Beamten die Möglichkeit, den M aufzufordern, weitere Angriffe zu unterlassen. Dies war jedoch aufgrund der beschriebenen zeitlichen Dringlichkeit

für das Einschreiten der Beamten nicht möglich. Ein milderes Mittel als die Zwangsanwendung kam daher nicht in Betracht.

Das mildere Zwangsmittel der Ersatzvornahme scheidet als ungeeignet aus. Bei der Wahl der Mittel innerhalb des unmittelbaren Zwangs entschlossen sich die Beamten zur Anwendung körperlicher Gewalt mit Hilfsmittel, nämlich den Handfesseln. Bei einfacher körperlicher Gewalt, hätte M sich losreißen können, um seine Angriffe auf die Beamten fortzusetzen. Diese Alternative wäre also zwar milder, jedoch nicht gleich geeignet, um die Angriffe des M dauerhaft zu unterbinden. Auch andere Alternativen, wie beispielsweise der Einsatz von Pfefferspray, waren in der vorliegenden Situation, wie sich zeigte, nicht gleich geeignet, da M danach weiter trat und spuckte. Es ist davon auszugehen, dass die Handfesseln ordnungsgemäß angelegt wurden. Die Zwangsanwendung an sich und das hierzu gewählte Mittel und die Ausführung waren demnach erforderlich.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verbleibt die Prüfung der Angemessenheit. Die Fesselung hindert M nicht nur daran, weitere Angriffe zu unterlassen, sondern fügt ihm evtl. auch körperliche Schmerzen zu. Mit hohem Kraftaufwand gegen den eigenen Widerstand an den Händen gefesselt zu werden, birgt darüber hinaus die Möglichkeit, dass er sich dabei Verletzungen zuzieht. Im Gegenzug wird durch diese Maßnahme verhindert, dass es zu weiteren evtl. schwerwiegenden Verletzungen der eingesetzten Beamten kommt. Dass darüber hinaus dem Anspruch des Staates entsprochen wird, Straftaten zu verhindern sowie die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen zu wahren, wurde bereits begründet. Die Anwendung von Zwang, hier in Form von körperlicher Gewalt mit Hilfsmitteln, war daher angemessen und insgesamt verhältnismäßig.

Die materielle Rechtmäßigkeit der Zwangsanwendung ist gegeben.

IV. Ergebnis

Die Fesselung des M durch die Polizeibeamten war demnach insgesamt rechtmäßig.

Aufgabe 2: Rechtmäßigkeit der Durchsuchung des M

I. Befugnisnorm

1. Grundrechtseingriff

Durch die Durchsuchung des M wird dessen Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) tangiert. Durch das Abtasten der Körperoberfläche wird die Privatsphäre des M beeinträchtigt, sodass ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt. Zudem vermittelt die Maßnahme einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Denn durch die Durchsuchung werden personenbezogene Informationen über den M erhoben. Die Polizeibeamten bringen in Erfahrung, welche Gegenstände der M mit sich führt.

2. Zielrichtung

Das Einschreiten erfolgt hier zur Gefahrenabwehr. Die Durchsuchung bezweckt die Eigensicherung der Beamten.

3. Einschlägige Befugnisnorm

Als Befugnisnorm kommt hier § 39 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW in Betracht. Die Durchsuchung nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 dient der Suche nach Sachen, die zum Angriff auf Personen oder Sachen, zur Flucht oder Selbstgefährdung geeignet sind. Zweck der Vorschrift ist danach auch die Eigensicherung.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 PolG NRW (originäre Zuständigkeit). Gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NRW hat die Polizei die Aufgabe, Straftaten zu verhüten. Vorliegend erfolgt die Durchsuchung zu Zwecken der Eigensicherung der Beamten. Es sollen Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit der Beamten verhindert werden.

b) Örtliche und instantielle Zuständigkeit

Siehe oben Aufgabe 1.

c) Allgemeine Verfahrensvorschriften

Die Anordnung einer Durchsuchung, mit welcher der Betroffene zur Duldung der damit verbundenen Durchführungshandlungen verpflichtet wird, ist ein Verwaltungsakt (§ 35 Satz 1 VwVfG NRW), die Durchführung der Durchsuchung dagegen Realakt.

Vorliegend wurde keine solche Duldungsverfügung erlassen, was aufgrund der Aggressivität („Spucken und Treten“) der Betroffenen auch nicht angezeigt war. Mangels Vorliegen eines Verwaltungsaktes waren somit keine allgemeinen Verfahrensvorschriften zu beachten.

Hinweis: Wer in bloßen Durchführungshandlungen, etwa dem Abtasten im Rahmen der Durchsuchung, eine konkludente Duldungsverfügung erkennen will, was vertretbar ist, müsste sich mit der Entbehrlichkeit der dann grds. nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW erforderlichen Anhörung auseinandersetzen. Hier wäre eine Anhörung nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG nach den „Umständen des Einzelfalls nicht geboten“, wobei wiederum auf die Aggressivität der Betroffenen abgestellt werden kann.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW ist die Durchsuchung von Personen gestattet, die „nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten werden“ können.

Den Begriff des Festhaltens verwendet das PolG NRW immer dann, wenn es Freiheitsentziehungen meint (arg. §§ 36 bis 38 PolG). Hier erfolgt eine Freiheitsentziehung des M durch „andere Rechtsvorschriften“, nämlich durch solche der StPO. M wurde nach §§ 127 Abs. 2 i.V.m. § 112 StPO vorläufig festgenommen.

Insoweit liegen die Voraussetzungen des § 39 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW vor. Strittig ist allerdings, ob das Festhalten auch rechtmäßig sein muss, damit § 39 Abs. 1 PolG NRW greift. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich dies nicht. Nach hier vertretener Ansicht¹³ besteht kein Rechtmäßigkeitszusammenhang zwischen der Anlassmaßnahme des Festhaltens und der Durchsuchung. Denn diese Maßnahmen verfolgen ganz unterschiedliche Zwecke. Die Durchsuchung dient der Eigensicherung, während den in Bezug genommenen Maßnahmen zum „Festhalten“ ganz andere Motive zu Grunde liegen (hier die Sicherung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs). Das legitime Interesse, eine festgehaltene Person (auch zu ihrem eigenen Schutz!) nach Waffen oder gefährlichen Gegenständen zu durchsuchen, besteht auch bei einem rechtswidrigen Festhalten. Somit ist es vorliegend unerheblich, ob die vorläufige Festnahme des M rechtmäßig erfolgte oder nicht.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 39 Abs. 1 PolG NRW lagen damit vor.

2. Adressat

Taugliche Adressaten ergeben sich unmittelbar aus den einzelnen Regelungen des § 39 Abs. 1 PolG; eines Rückgriffs auf die allgemeinen Störervorschriften bedarf es nicht. Danach ist Adressat die festgehaltene Person, hier der M.

3. Gesetzliche Rechtsfolge

Gesetzliche Rechtsfolge ist die Durchsuchung der festgehaltenen Person. Hier die zielgerichtete Absuche der Körperoberfläche und der Bekleidung nach Waffen und anderen gefährlichen Gegenständen. Dementsprechend wurde verfahren.

4. Besondere Verfahrensvorschriften

Personen dürfen nur von Polizeibeamten gleichen Geschlechts oder Ärzten durchsucht werden; es sei denn, die sofortige

Durchsuchung ist zum Schutz gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich, § 39 Abs. 3 PolG NRW. Die Vorschrift dient der Wahrung des Persönlichkeitsrechts und der sexuellen Selbstbestimmung. Es ist davon auszugehen, dass vorliegend die Durchführung der Durchsuchung durch PK A erfolgte.

5. Ermessen

Entsprechend § 3 Abs. 1 PolG NRW hat die Polizei ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Rechtsfehler hinsichtlich der pflichtgemäßen Ermessensausübung sind vorliegend nicht ersichtlich.

6. Verhältnismäßigkeit

- a) Legitimer Zweck der Maßnahme ist die Eigensicherung.
- b) Die Maßnahme ist geeignet, da sie objektiv zwecktauglich ist, dieses polizeiliche Ziel zu erreichen. Zwar kann allein durch eine Durchsuchung die Gefahr nicht abgewehrt werden, da die unmittelbare Gefahrenabwehr erst durch anschließende Maßnahmen erfolgt (Sicherstellung von möglicherweise aufgefundenen Gegenständen), jedoch ist dafür die vorgängige Durchsuchung notwendige Vorbereitungshandlung. Gefahren für die Polizeibeamten können demnach durch die Durchsuchung (mittelbar) abgewehrt.
- c) Zudem ist die Maßnahme erforderlich. Mildere gleich wirksame Mittel als eine Durchsuchung waren vorliegend nicht ersichtlich.
- d) Auch im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit sind keine Probleme ersichtlich. Die Durchsuchung führt nicht zu einem Nachteil für M, der zu dem beabsichtigten Erfolg außer Verhältnis steht, d. h., die Folgen der Maßnahme (Grundrechtseingriff) sind nicht schwerwiegender als die (möglichen) Folgen, die entstehen, wenn die Polizei auf diese Maßnahme verzichten würde.

IV. Ergebnis

Die Durchsuchung des M war rechtmäßig.

Aufgabe 3: Inverwahrnehmung des Butterflymessers

I. Befugnisnorm

1. Grundrechtseingriff

Zunächst ist zu prüfen, ob durch die Inverwahrnehmung des Messer in das Eigentumsrecht des M eingegriffen wurde. Art. 14 Abs. 1 GG schützt alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der objektiven Rechtsordnung ebenso ausschließlich wie Eigentum zugeordnet sind. Das bei M aufgefundene Messer könnte auf Grundlage der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB als von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Sacheigentum qualifiziert werden. Allerdings ist eine gesetzlich verbotene Waffe nicht eigentumsfähig, wenn sie durch Rechtsgeschäft erworben wurde¹⁴. Vorliegend handelt es sich bei dem Butterflymesser um einen verbotene Waffe nach § 2 Abs. 3 WaffG, Anlage 2 (Waffenliste) Abschnitt 1. Nach § 134 BGB können solche Gegenstände nicht nach § 929 ff. BGB rechtsgeschäftlich übertragen werden¹⁵, sodass M, als er das Messer gekauft hat, nicht Eigentümer werden konnte. Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist damit nicht eröffnet.

Durch die Wegnahme des Messers wird aber in das Auffanggrundrecht der Allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, eingegriffen. Infolge der Inverwahrnehmung des Gegenstandes kann M nicht mehr tun und lassen, was er will.

2. Zielrichtung

Die Maßnahme verfolgt eine repressive Zielrichtung. Durch die Beschlagnahme soll eine mögliche Einziehung des Gegenstandes in einem nachfolgenden Strafprozess gesichert werden (sog. Vollstreckungssicherung).

3. Einschlägige Befugnisnorm

Als einschlägige Befugnisnorm kommt vorliegend § 111b StPO i.V.m. 74 Abs. 2, 3 StGB i.V.m. 54 Abs. 1 WaffG in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO i.V.m. §§ 10, 11 Abs. 1 Nr. 2 POG. Erforderlich ist gem. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO ein Anfangsverdacht einer Straftat i.S.d. § 152 Abs. 2 StPO, d. h., Tatsachen müssen die Annahme rechtfertigen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde. Bei dem Butterflymesser handelt es sich um eine verbotene Waffe i.S.d. § 2 Abs. 3 WaffG (s. o.). Der Besitz einer solchen Waffe stellt eine Straftat nach § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG dar. Da die Beamten das Messer als solchen strafbaren Gegenstand wahrgenommen haben, liegt ein Anfangsverdacht vor.

2. Örtliche Zuständigkeit

Die Beamten waren entsprechend § 7 POG örtlich zuständig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Nach § 111b Abs. 1 Satz 1 StPO kommt eine Beschlagnahme dann in Betracht, wenn die Annahme begründet ist, dass die Voraussetzungen einer Einziehung des betreffenden Gegenstandes, hier des Butterflymessers, gegeben sind. Eine spätere Einziehung durch das zuständige Gericht müsste wahrscheinlich sein.

Die Einziehung richtet sich hier nicht nach § 74 Abs. 2 StGB, da es sich bei dem Messer um ein sog. Tatobjekt handelt. Das ist ein Gegenstand, auf den sich eine Straftat, hier § 52 Abs. 1 Nr. 3 WaffG, bezieht: Denkt man sich den inkriminierten Gegenstand weg, entfällt notwendig auch die Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 WaffG.

Handelt es sich um ein solches Tatobjekt, bedarf die Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB einer speziellen Regelung. Hier ist § 54 Abs. 1 WaffG einschlägig, dessen Voraussetzungen vorliegen: Zum einen stellt das Messer, wie festgestellt, ein sog. Tatobjekt dar; zum anderem ist die hier relevante Strafvorschrift, § 52 Abs. 1 Nr. 3 WaffG, in § 54 Abs. 1 WaffG genannt.

b) Fraglich ist, ob die Voraussetzungen des § 74 Abs. 3 StGB gegeben waren. Diese Norm gilt auch für Tatobjekte, die nach einer Spezialvorschrift eingezogen werden. Nach § 74 Abs. 3 StGB muss der betreffende Gegenstand „dem Täter gehören oder ihm zustehen“. Diese Voraussetzungen liegen hier indes offensichtlich nicht vor. M war weder Eigentümer („gehören“), noch rechtmäßiger Besitzer („zustehen“) des Butterflymessers (s.o. Grundrechtseingriff).

In solchen Fällen kommt indes eine Sicherungseinziehung nach 74b Abs. 1 StGB in Betracht. Danach können Gegenstände, die dem Betroffenen nicht gehören oder zustehen (vgl. § 74b Abs. 1 Nr. 2 StGB) auch dann eingezogen werden, wenn sie die Allgemeinheit gefährden oder die Gefahr besteht, dass sie der Begehung rechtswidriger Taten dienen werden. Diese Voraussetzungen lagen hier eindeutig vor.

2. Adressat

Adressat der Maßnahme ist der Gewahrsamsinhaber des Gegenstandes, hier der M.

3. Gesetzliche Rechtsfolge

Die Beschlagnahme i.S.d. § 111b Abs. 1 StPO wurde vorliegend durch die Inverwahrnehmung des Gegenstandes i.S.d. § 111c Abs. 1 Satz 1 StPO (Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams durch die Polizei) bewirkt. Nach § 111d Abs. 1 StPO hat dies ein Veräußerungsverbot i.S.d. § 136 BGB zur Folge.

4. Anordnungskompetenz

Die Anordnungskompetenz obliegt gem. § 111j Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich dem Gericht. Bei Gefahr im Verzug sind indes nach § 111j Abs. 1 Satz 2 StPO auch die Staatsanwaltschaft und wenn es sich, wie hier, um einen beweglichen Gegenstand handelt nach § 111j Abs. 1 Satz 3 StPO auch ihre Ermittlungspersonen anordnungsbefugt. Gefahr im Verzug, also die Gefährdung des Zwecks der Maßnahme durch Zuwarten auf eine richterliche Entscheidung, kann vorliegend mit der Gefahr begründet werden, dass der M unlauter auf den Gegenstand einwirken könnte; ihn z. B. verschwinden lässt oder sich oder andere damit verletzt. Diese Gefahren bestehen auch, wenn M gefesselt ist, sodass Gefahr im Verzug vorlag. Somit durften die Beamten die Beschlagnahme des Messers anordnen.

5. Besondere Form- und Verfahrensvorschriften

Die Sachverhaltsschilderung endet mit der Inverwahrungnahme des Messer. Im Nachgang wären noch folgende Form- und Verfahrensvorschriften zu beachten:

Der Betroffene ist entsprechend §§ 111j Abs. 2 Satz 3 i. V. m. 98 Abs. 2 Satz 5 StPO zu belehren und ein Sicherstellungsprotokoll ist nach Maßgabe der §§ 107, 109 StPO zu erstellen und dem Betroffenen auszuhändigen.

6. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Das Entschließungsermessen war vorliegend auf Null reduziert, da eine gerichtliche Einziehung des Messers nach § 54 Abs. 1 WaffG zwingend vorgeschrieben ist und dementsprechend auch eine Beschlagnahme erfolgen muss.

Nach hier vertretener Ansicht hat keine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen. Nach § 74f Abs. 1 Satz 1 StGB erfolgt eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Einziehung durch das zuständige Gericht nur in Fällen einer fakultativen Einziehung, nicht aber wenn die Einziehung, wie hier nach § 54 Abs. 1 WaffG, vorgeschrieben ist. Für die zwingende Einziehung geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Verhältnismäßigkeit durchweg gewahrt ist.¹⁶ Wenn das einziehende Gericht keine Verhältnismäßigkeitsabwägungen anstellen darf, muss dies erst recht für die vollstreckungssichernde Beschlagnahme durch die Strafverfolgungsbehörden gelten.

IV. Ergebnis

Die Inverwahrungnahme des Messers war rechtmäßig.

- 1 Die Autoren sind hauptamtliche Dozenten an der HSPV NRW, Studienort Münster. Sie lehren in den Fächern Eingriffsrecht und Staatsrecht (*Braun*) sowie Eingriffsrecht und Strafrecht (*Haumer*).
- 2 *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020; *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2. Aufl. 2022, S. 143.
- 3 Vgl. *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, POR NRW Kommentar, 2020, Rn. 2 zu § 62.
- 4 Str., so wie hier die ganz h. M., vgl. *Finger*, JuS 2005, 116 (117 f.) oder *Möstl*, Jura 2011, 840 (848) m.w.N. Die Verwaltungsaktsqualität der Maßnahme hätte hier aber auch bejaht werden können. Wollte man in der Zwangsanwendung eine konkludente Duldungsverfügung („Dulde die körperliche Gewalt!“) erkennen, so etwa BVerwGE 26, 161 (164), hätte die Maßnahme die erforderliche Regelungswirkung und es läge ein Verwaltungsakt vor. Dann wäre grundsätzlich eine Anhörung des Betroffenen nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW erforderlich, die vorliegend allerdings nach § 28 Abs. 2 Nrn. 1 und 5 VwVfG entbehrlich gewesen wäre.
- 5 Zur Prüfung vgl. *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 7. Aufl. 2022, Rn. 742.
- 6 Dazu *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 7. Aufl. 2022, 36.Kap. Rn. 23
- 7 Dazu *Braun*, in: Basten/Klein, Beiträge zum Eingriffsrecht, Bd. 1, 2021, S. 191 ff.
- 8 Freiheitsbeschränkung reicht aus: *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 2020, § 62 Rn. 21, dagegen (zutreffend)

- Freiheitsentziehung, *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 7. Aufl. 2020, 10. Kap. Rn. 43 ff.
- 9 Bejahend etwa *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 12. Aufl. 2018, Rn. 1 zu § 62 und *Osterlitz*, Eingriffsrecht im Polizeidienst, Bd. 2, 16. Aufl. 2019, Bd. II, S. 155S. 206; ablehnend *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 2020, Rn. 22 zu § 62.
- 10 *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 2020, Rn. 11 zu § 62 m.w.N.
- 11 *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, 2020, Rn. 8 ff. zu § 62 PolG; *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 12. Aufl. 2018, Rn. 3 zu § 62.
- 12 Vgl. *Thiel*, in: Möstl/Kugelman, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, Rn. 11 zu § 62 m.w.N.
- 13 Dazu *Braun*, in: Basten/Klein, Beiträge zum Eingriffsrecht, Bd. 1, 2021, S. 191 ff.
- 14 Hierzu *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2. Aufl. 2022, S. 130 f.
- 15 Vgl. dazu in anderem Zusammenhang BGH, NJW 2006, 72.
- 16 *Joecks/Meißner*, MüKo StGB, 4. Aufl. 2020, § 74f Rn. 3. Die Regelung in § 74f Abs. 1 S. 2 und S. 3 eröffnen ausreichende Möglichkeiten, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.