

Übungsfall: Es ist EM!

Von Ass. jur. **Nele Dröscher**, Ass. jur. **Anne Kindt**, LL.M. (UBC, Vancouver), Hamburg

Sachverhalt

Es ist EM! Deutschland und Russland bestreiten das Finale. Auf der Fanmeile des Heiligengeistfeldes in Hamburg haben sich 30.000 Fußballbegeisterte versammelt. Um 20.45 Uhr ist Anpfiff.

Als Deutschland durch Lehmann in der 77. Minute das achte Tor schießt, ist für die russischen Fans die Frustrationsgrenze überschritten. Wladimir und seine russischen Kumpel sind tief enttäuscht über die sich abzeichnende russische Niederlage und stocksauer auf den offensichtlich parteiischen Schiedsrichter. Um ihren Gefühlen angemessen Ausdruck zu verleihen, schmeißen Wladis Freunde ihre eingeschmuggelten leeren Bierflaschen gezielt in die Menge der jubelnden deutschen Fans. Obwohl Wladi die Gefühle seiner Kumpanen teilt, hat er aufgrund seiner katastrophalen Wurfkünste lieber keine Flaschen geworfen, um sich nicht dem Spott seiner Freunde auszusetzen.

Nachdem die ersten Flaschen geworfen sind, bemerkt Wladi, dass die Polizei auf sie aufmerksam geworden ist, und sich im Anmarsch befindet. Seine Freunde erwägen daraufhin, fluchtartig die Fanmeile zu verlassen, da sie „keinen Stress mit den deutschen Bullen“ bekommen möchten. Aber da hat Wladi die rettende Idee: er schlägt vor, sich in der dichten Menge vor der Leinwand zu verstecken und von dort aus ungestört weiter Randalie zu machen. Gesagt, getan: nachdem alle in der direkt vor der Leinwand stehenden Masse verschwunden sind, schreiten die Werfer erneut zur Tat.

Bald beginnen auch andere Fußballfans um sie herum ihre Wurf- und Schlagkünste mit leeren Flaschen und anderen Gegenständen unter Beweis zu stellen. Innerhalb kürzester Zeit eskaliert die Situation vor der Leinwand. Erste Zuschauer verlassen blutüberströmt das Heiligengeistfeld. Bald erinnert das sich den Beamten bietende Bild eher an eine Straßenschlacht denn an ein friedliches sportlich-kulturelles Ereignis. Die Polizisten sehen Handlungsbedarf. Allerdings sehen sie sich aufgrund der dicht gedrängten Menschenmasse außer Stande, gezielt gegen die Randalierer vorzugehen. Insbesondere sind sie der Ansicht, dass es ihnen aufgrund der inzwischen vollkommen unübersichtlichen Situation trotz Schutzausrüstung nicht möglich sei, sich in die tobende Menge zu begeben, ohne selbst der Gefahr schwerster Verletzungen ausgesetzt zu sein. Daher ziehen die Polizeibeamten einen Ring um die unmittelbar vor der Leinwand stehende Zuschauergruppe, in deren Mitte sich auch Wladi und seine Freunde befinden.

* Die Autorin *Dröscher* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg, Abteilung für Europarecht (Lehrstuhl von Prof. Dr. *Armin Hatje*). Die Autorin *Kindt* ist Rechtsanwältin in Hamburg. Der vorliegende Übungsfall wurde von den *Autorinnen* während der gemeinsamen Mitarbeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Hatje* konzipiert und im Sommersemester 2007 in leicht abgewandelter Form als Bachelor-Teil der Polizeirechtshausarbeit gestellt.

Otto ist mit seinen 93 Jahren noch recht rüstig. Als eher moderater Fußballfan gibt er sich gerne den kulinarischen Freuden eines Fußballspiels hin. Als die Polizisten losstürmen, tritt Otto gerade auf seinen Gehwagen gestützt aus der wütenden Menge heraus, um sich eine kleine Stärkung zu holen. Polizist Günther stellt sich Otto entschlossen in den Weg, so dass sich dieser unversehens im Ring der Polizisten eingeschlossen sieht. Otto versichert Günther wahrheitsgemäß, dass er als bekennender Pazifist und Überlebender zweier Weltkriege keine Gegenstände geschmissen habe, sondern vielmehr deeskalierend auf sein Umfeld eingewirkt habe. Günther lässt den Pensionär allerdings dennoch zunächst nicht ziehen, obwohl auch ihm allmählich Zweifel hinsichtlich der Gewaltbereitschaft von Otto kommen. Als dieser sich nach ca. einer Stunde auch mit Hilfe seines Gehwagens kaum noch auf den Beinen halten kann, ist Günther schließlich doch von dessen Harmlosigkeit überzeugt und erlaubt Otto, den Kessel zu verlassen.

Die übrigen eingekesselten Personen werden nun nach und nach – je nachdem, ob die Beamten sie für friedlich oder gewaltbereit halten – entweder wie Otto direkt nach Hause geschickt oder zu unterschiedlichen Polizeidienststellen gebracht und dort spätestens in den frühen Morgenstunden entlassen. Die Polizei begründet ihr Vorgehen dabei damit, dass es erfahrungsgemäß sinnvoll sei, jedenfalls die gewaltbereiten Personen bis zum Beginn der Morgendämmerung auf der Polizeidienststelle zu behalten, um sicherzustellen, dass es nicht mehr zu einem Auflodern der zunächst unterbundenen Gewalt komme.

Gegen 1.00 Uhr, zwei Stunden nach Bildung des Kessels, beruhigt sich die Lage auf dem Heiligengeistfeld durch den allmählichen Abtransport wieder. Wladimir wartet darauf, ebenfalls den Kessel verlassen zu können. Obwohl er den Beamten immer wieder versichert, dass er keine Gegenstände geworfen habe, gelingt es ihm aber nicht, die Ordnungshüter zu überzeugen. Erst etwa vier Stunden nach Bildung des Kessels wird er mit der letzten Gruppe von der Polizei abtransportiert und gegen 5 Uhr morgens von der Polizeidienststelle aus entlassen.

Der Abtransport hatte sich in die Länge gezogen, weil die Polizei die Anzahl der Eingekesselten zunächst unterschätzt und dementsprechend viel zu wenig Dienstwagen für den Transport angefordert hatte. Als abzusehen war, dass der Abtransport noch geraume Zeit in Anspruch nehmen würde, wurde den Eingeschlossenen Gelegenheit gegeben, die Toilette im U-Bahnhof St. Pauli unter Begleitung eines Beamten aufzusuchen. Wie für das Hamburger Sommerwetter typisch setzte bei eher moderaten Temperaturen nach ca. zwei Stunden ein leichter Nieselregen ein.

War das Verhalten der Polizei gegenüber Otto und Wladimir rechtmäßig?

Lösung**I. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme gegen Otto***1. Ermächtigungsgrundlage*

Ermächtigungsgrundlage für die Einkesselung von Otto könnte § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG sein.

Nach dieser Norm darf eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn diese Maßnahme unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern (sog. Sicherheitsgewahrsam).

Unter Gewahrsam ist eine kurzfristige Freiheitsentziehung durch die Polizei aus präventiven Gründen zu verstehen.¹ Eine Freiheitsentziehung ist jeder Eingriff in die Freiheit der Person durch Einsperren in einem eng umgrenzten örtlichen Bereich, d.h. ein rechtlich selbständiger Ausschluss der Möglichkeit, den Aufenthaltsort zu verlassen.² Freiheitsentziehungen müssen dabei in Abgrenzung zu Freiheitsbeschränkungen eine gewisse Mindestintensität aufweisen, d.h. der Tatbestand der Freiheitsentziehung kommt nur in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird und dieser Zustand nicht nur ganz kurzfristig andauert.³

Otto war ca. eine Stunde in dem von den Polizeibeamten gebildeten Kessel eingeschlossen. Während dieser Zeit war es ihm nicht möglich, sich aus dem eng begrenzten Kesselbereich zu entfernen. Zudem war es auch Sinn und Zweck der Kesselbildung, die Bewegungsfreiheit der Eingeschlossenen einzuschränken. Eine Freiheitsbeschränkung durch die Kesselbildung liegt somit vor. Diese weist auch die für eine Freiheitsentziehung erforderliche Intensität auf, da Otto etwa eine Stunde und somit nicht nur kurzzeitig in dem engen Kesselbereich eingeschlossen war. Mithin liegt eine Ingewahrsamnahme vor.

Der in § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG vorgesehene Sicherheitsgewahrsam ist auch mit Art. 5 EMRK vereinbar. Nach Art. 5 Nr. 1c EMRK ist die Freiheitsentziehung nämlich gerechtfertigt, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage erfolgt und notwendig ist, um den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern, wobei insoweit nach vorherrschender Ansicht auch erhebliche Ordnungswidrigkeiten erfasst sind.⁴

Mithin ist § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG die richtige Ermächtigungsgrundlage.

¹ Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl. 2008, § 8 Rn. 29 f.; Gusy, Polizeirecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 295; Rachor, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. 2007, F 553; OVG Münster NJW 1980, 138.

² Gusy, NJW 1992, 457 (460); ders. (Fn. 1), Rn. 300; BVerfG NJW 2002, 3161.

³ Vgl. Götz (Fn. 1), § 8 Rn. 30; Gusy, NJW 1992, 457 (458 f.); Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 17 Rn. 7; BVerfG NJW 2002, 3161.

⁴ Götz (Fn. 1), § 8 Rn. 35; Pieroth/Schlink/Kniesel (Fn. 3), § 17 Rn. 17, jeweils m.w.N.

*2. Formelle Rechtmäßigkeit**a) Zuständigkeit*

Die Zuständigkeit der Polizei könnte sich aus § 3 Abs. 2a HmbSOG ergeben. Nach dieser Vorschrift darf die Vollzugs-polizei unaufschiebbare Maßnahmen neben der zuständigen Verwaltungsbehörde in allen Fällen der Gefahrenabwehr treffen. Aufgrund der bereits ausgebrochenen Gewalttätigkeiten vor der Leinwand war ein sofortiges Einschreiten der Beamten zwingend erforderlich. Die Polizei durfte daher tätig werden.

b) Verfahren

Eine vorherige Anhörung der eingekesselten Besucher war gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 HmbVwVfG wegen Gefahr im Verzug entbehrlich.

Ein Verfahrensfehler könnte jedoch wegen fehlender richterlicher Entscheidung gegeben sein.

Der polizeiliche Gewahrsam ist eine kurzfristige Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2 GG, die sich hinsichtlich der Intensität des Eingriffs von der Freiheitsbeschränkung i.S.d. Art. 104 Abs. 1 GG unterscheidet.⁵

Nach Art. 104 Abs. 2 GG hat über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung nur der Richter zu entscheiden. Die Freiheitsentziehung erfordert damit grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung.⁶ Hiervon darf – was Art. 104 Abs. 2 GG voraussetzt – nur abgewichen werden, wenn anderenfalls der mit der Freiheitsentziehung verfolgte Zweck nicht erreicht werden könnte.⁷ Die richterliche Entscheidung ist dann unverzüglich nachzuholen (Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG). Gem. § 13a Abs. 1 S. 1 HmbSOG, der Art. 104 Abs. 2 GG einfachgesetzlich umsetzt, ist daher grundsätzlich auch bei einer polizeilichen Ingewahrsamnahme unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer des Gewahrsams herbeizuführen.

Unverzüglich i.S.d. § 13a Abs. 1 S. 1 HmbSOG, Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG ist dabei so auszulegen, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, herbeigeführt werden muss.⁸ Auf subjektives Verschulden kommt es nicht an.⁹ Die

⁵ Hoffmann-Riem/Eiffert, in: Hoffmann-Riem/Koch (Hrsg.), Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 182.

⁶ Allgemeine Ansicht, vgl. etwa BVerfG NJW 2002, 3161 (3162); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541); OLG München NVwZ-RR 2006, 153; OLG München, Beschl. v. 28.10.2005, 34 Wx 125/05, Rn. 9.

⁷ Degenhardt, in: Sachs/ders. (Hrsg.), GG, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 104 Rn. 31; Radtke, in: Epping/Hillgruber/ders. (Hrsg.), GG, Kommentar, 2008, Art. 104 Rn. 20; BVerfGE 22, 311 (317); BVerfGE 105, 239 (248 f.); BVerfG NJW 2002, 3161 (3162); BVerfG NVwZ 2006, 579 (580).

⁸ Degenhardt (Fn. 7), Rn. 33; Radtke (Fn. 7), Rn. 22; BVerfGE 105, 239 (249); BVerfG NJW 2002, 3161 (3162); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541); OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 36.

⁹ Degenhardt (Fn. 7), Rn. 33.

Verzögerung muss bei Anlegung eines objektiven Maßstabes zwingend geboten sein.¹⁰ Sachliche Gründe können insoweit etwa die Länge des Weges vom Ort der Ingewahrsamnahme bis zur Protokollierungsstelle, Schwierigkeiten beim Transport, das Verhalten der Betroffenen selbst oder aber Verzögerungen, die sich infolge von Massenfestnahmen aus organisatorischen Gründen ergeben, sein.¹¹

Eine Ausnahme von der in Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Pflicht zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung wird aber dann angenommen, wenn eine richterliche Entscheidung erst ergehen kann, wenn der Grund für den Gewahrsam bereits weggefallen ist, da sonst das Erfordernis einer richterlichen Anordnung zu einer Verlängerung der Freiheitsentziehung führen könnte.¹² Demgemäß ist auch in § 13a Abs. 1 S. 2 HmbSOG geregelt, dass es der Herbeiführung der richterlichen Entscheidung nicht bedarf, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen würde. Diese Einschränkung der Verpflichtung zur unverzüglichen Herbeiführung einer richterlichen Anordnung ist verfassungsrechtlich unbedenklich.¹³

Die Prognoseentscheidung, ob ein Richterspruch noch vor der Entlassung des Betroffenen voraussichtlich erlangt werden kann, obliegt der Polizei.¹⁴ D.h., die richterliche Anordnung kann unterbleiben, wenn für die Beamten bereits absehbar ist, dass innerhalb eines kurzen Zeitraums der Grund des Gewahrsams wegfallen wird.¹⁵ Sind wegen des kurzen Zeitraums der Freiheitsentziehung somit keine der Pflichten für den Richter erfüllbar, trifft die Polizei eigenverantwortlich die Entscheidung über die Freiheitsentziehung.¹⁶

Vorliegend scheidet eine vorherige richterliche Entscheidung bereits deshalb aus, weil die Situation auf dem Heiligegeistfeld plötzlich eskaliert ist, so dass die Beamten zu einem sofortigen Eingreifen gezwungen waren. Überdies waren auch zu diesem Zeitpunkt die Personen, die in Gewahrsam genommen werden sollten, nicht individuell bekannt, so dass auch von daher eine richterliche Entscheidung nicht möglich war.

Fraglich ist aber, ob eine nachträgliche richterliche Entscheidung herbeizuführen gewesen wäre, oder ob die Beamten nicht damit rechnen konnten, dass ein Richterspruch noch vor der Entlassung der Betroffenen erlangt werden könnte.

¹⁰ Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 104 Rn. 25; OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 36.

¹¹ BVerfG NJW 2002, 3161 (3162); BVerfGE 105, 239 (249); VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541); OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 36.

¹² Gusy, in: Mangoldt/Klein/Starck/ders. (Hrsg.), BK-GG, Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 104 Rn. 55; Degenhardt (Fn. 7), Rn. 36; VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541) m.w.N.

¹³ VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (541) m.w.N.

¹⁴ Vgl. zur gleichlautenden bayerischen Vorschrift OLG München NVwZ-RR 2006, 153; OLG München, Beschl. v. 28.10.2005, 34 Wx 125/05, Rn. 10.

¹⁵ Götz (Fn. 1), § 8 Rn. 42.

¹⁶ OLG München NVwZ-RR 2006, 153.

Zu der Bildung des Kessels kam es erst gegen 23.00 Uhr. Zudem hat die Polizei von Anfang an beabsichtigt, die offensichtlich friedfertigen Eingeschlossenen sobald als möglich, die anderen spätestens zu Beginn der Morgendämmerung wieder freizulassen. Zwar sollte tagsüber grundsätzlich eine Zeit von zwei bis drei Stunden für das Einschalten eines Richters ausreichend sein,¹⁷ dies gilt aber nicht für die hier zur Diskussion stehenden Nachtstunden, also zwischen 21 und 6 Uhr.¹⁸ Eine andere Sicht wäre allenfalls dann vertretbar, wenn man davon ausgeht, dass es bei der öffentlichen Übertragung von Fußballspielen regelmäßig mit großer Wahrscheinlichkeit zu Festnahmen in erheblichem Umfang kommt.¹⁹ Indessen war mit einer gewalttätigen Massenschlägerei solchen Ausmaßes wie im vorliegenden Fall kaum zu rechnen gewesen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die herbeizuführende richterliche Entscheidung zur Gewährung rechtlichen Gehörs grundsätzlich die Anhörung sämtlicher im Gewahrsam befindlicher Personen vorausgesetzt hätte.²⁰ Die Polizei konnte daher angesichts der anvisierten relativ kurzen Gewahrsamszeit, der nächtlichen Stunde und der großen Zahl der Eingeschlossenen davon ausgehen, dass eine richterliche Entscheidung erst nach der Freilassung auch der letzten Eingeschlossenen in den frühen Morgenstunden hätte ergehen können. Eine richterliche Entscheidung war daher ausnahmsweise nicht erforderlich.

Mithin ist die Anordnung des Gewahrsams verfahrensfehlerfrei erfolgt.

c) Form

Formfehler sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der polizeilichen Ingewahrsamnahme ist auf die Situation unmittelbar vor dem Zugriff abzustellen.²¹

a) Gegenwärtige Gefahr der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung

Gem. § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das Vorgehen unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Fraglich ist daher, ob die Begehung oder Fortsetzung derartiger Handlungen unmittelbar bevorstand.

Mit der „Unmittelbarkeit“ wird eine Steigerungsstufe der Gefahr bezeichnet, die derjenigen der gegenwärtigen Gefahr

¹⁷ OLG Rostock, Beschl. v. 21.8.2007, 3 W 102/07, Rn. 27; OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 35.

¹⁸ Degenhardt (Fn. 7), Rn. 33.

¹⁹ Degenhardt (Fn. 7).

²⁰ Vgl. hierzu auch die Argumentation des VGH Mannheim NVwZ-RR 2005, 540 (542).

²¹ OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 20.

entspricht.²² Die Gefahr ist gegenwärtig, wenn eine gesteigerte Schadenswahrscheinlichkeit besteht.²³ Unmittelbar bevor steht eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit folglich, wenn die Begehung in allernächster Zeit, d.h. jeden Augenblick, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist oder bereits mit der Ausführung begonnen wurde.²⁴ Für die Prognose, ob eine solche Handlung zu erwarten ist, reichen dabei bloße Vermutungen nicht aus, die Entscheidung muss sich vielmehr auf bestimmte Tatsachen oder zumindest auf allgemein nachvollziehbare Erfahrungen stützen.

Aus der von der Polizei eingekesselten Gruppe wurden vorliegend Flaschen und andere Gegenstände geworfen, die bei einigen Besuchern der Veranstaltung bereits zu blutigen Verletzungen geführt hatten. Damit lagen jedenfalls gefährliche Körperverletzungen gem. §§ 223, 224 StGB vor. Zudem war es nicht nur wahrscheinlich, sondern vielmehr sicher zu erwarten, dass die Flaschenwürfe und sonstige Gewalttaten fortgesetzt würden, da die Lage immer weiter eskalierte. Mithin stand die Begehung weiterer Straftaten unmittelbar bevor. Ein Gewahrsamsgrund lag somit vor.

b) Richtiger Adressat (Störer)

Beim Sicherheitsgewahrsam muss die Rechtsverletzung, d.h. die Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung gerade durch denjenigen drohen, der in Gewahrsam genommen werden soll.²⁵ Fraglich ist somit, ob Otto die Gefahr verantwortlich verursacht hat.

Otto könnte die Gefahr als Handlungsstörer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG verursacht haben. Indessen hat Otto selbst keine Gegenstände geworfen, sondern nur deeskalierend auf sein Umfeld eingewirkt. Mithin ist Otto nicht Störer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG. Dies war auch für den Polizisten Günther ersichtlich, da von Otto erkennbar keine Gewaltbereitschaft ausging. Zum einen benötigte er zur Fortbewegung die Hilfe eines Gehwagens, was bereits dagegen spricht, dass sich Otto an Handgreiflichkeiten in einer Menge beteiligten würde, da er bei diesen zwangsläufig unterlegen wäre und sein Gehgestell loslassen müsste. Zum anderen befand sich Otto auf dem Weg aus der Menge heraus, was auch als Indiz dafür zu werten ist, dass er an den Gewalttätigkeiten keine Freude hatte. Schließlich ist auch aus kriminologischen Erwägungen eine Störereigenschaft des Otto äußerst unwahrscheinlich, da das Gewaltpotential über 90-Jähriger – jedenfalls durch eigene körperliche Betätigung – als quasi nichtexistent einzustufen ist. Überdies hat Otto dem Polizisten Günther glaubhaft versichert, dass er nicht an den Flaschenwürfen beteiligt war.

²² Vgl. hierzu *Götz* (Fn. 1), § 8 Rn. 35; OVG Bremen NVwZ 2001, 221; OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 20.

²³ Vgl. *Knemeyer*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl. 2007, Rn. 94.

²⁴ BVerfGE 115, 320 (363); OVG Bremen NVwZ 2001, 221; OLG Rostock, Beschl. v. 30.8.2007, 3 W 107/07, Rn. 21.

²⁵ Vgl. zu der § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG vergleichbaren Vorschrift des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BremPolG: OVG Bremen, Urt. v. 6.7.1999, 1 HB 498/98, Rn. 30 f.

Fraglich ist aber, ob Otto Notstandspflichtiger i.S.d. § 10 HmbSOG war. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Gefahr nicht auf andere Weise abwendbar gewesen wäre.²⁶ Vorliegend ist die Ingewahrsamnahme des Otto indessen nicht nur nicht nötig, sondern völlig ungeeignet gewesen um die Gefahr abzuwenden, da von Otto erkennbar keine Gefahr ausging und er sich am Rande der Gruppe befand, so dass er von Günther unproblematisch sofort hätte entlassen werden können. Eine Inanspruchnahme des Otto scheidet daher aus.

4. Ergebnis

Die Anordnung des Gewahrsams gegenüber Otto war rechtswidrig.

II. Rechtmäßigkeit der Maßnahme gegen Wladimir

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt auch hier § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG in Betracht.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Polizei war gem. § 3 Abs. 2a HmbSOG für den Erlass der Maßnahme zuständig. Eine Anhörung war gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 HmbVwVfG entbehrlich. Die Anordnung des Gewahrsams ist auch im Übrigen verfahrensfehlerfrei erfolgt, insbesondere war eine richterliche Entscheidung nicht erforderlich (s.o.). Formfehler sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Gegenwärtige Gefahr der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung

Die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 2 HmbSOG sind erfüllt, da die Begehung weiterer Straftaten unmittelbar bevorstand (s.o.).

b) Richtiger Adressat (Störer)

Wladimir könnte die Gefahr als Handlungsstörer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG verantwortlich verursacht haben.

Wladimir hat selbst keine Flaschen geworfen, d.h. keine Körperverletzungen i.S.d. §§ 223 ff. StGB begangen. Er hat aber seine Freunde, die angesichts der erschienenen Polizei die Fanmeile bereits verlassen wollten, davon überzeugt, sich hinter der Leinwand zu verstecken, um von dort aus die Flaschenwürfe fortzusetzen und weiter „Randale“ zu machen. Strafrechtlich ist dieses vom Vorsatz getragene Verhalten als Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224, 26 StGB zu bewerten. Fraglich ist somit, ob Wladimir aufgrund seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit als Anstifter Handlungsstörer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG ist. Dafür kommt es entscheidend darauf an, wie die polizeirechtlich relevante Kausalität zu bestimmen ist.²⁷ Ausgehend von der Äquivalenztheorie bestimmen die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung des Schrifttums den Störer mit Hilfe

²⁶ Vgl. zur Notstandspflicht im Polizeirecht umfassend *Schoch*, *Jura* 2007, 676.

²⁷ Vgl. *Denninger*, in: *Lisken/ders.* (Fn. 1), E 77.

der Theorie der unmittelbaren Verursachung.²⁸ Danach ist Störer, wer bei wertender Betrachtung unter Einbeziehung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles die Gefahrengrenze überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat.²⁹ Das muss nicht immer die größere oder geringere Nähe zur Gefahr bzw. das letzte Glied in der Ursachenkette sein.³⁰ Erforderlich ist insofern ein unmittelbar Gefahr begründendes Verhalten, das bereits selbst die Gefahrenschwelle überschreitet und eine Nähe zum späteren Schadenseintritt besitzt.³¹ Mit seiner „rettenden Idee“ hat Wladimir seine Kumpel im strafrechtlichen Sinne zu deren vorsätzlicher Tat bestimmt und damit eine Ursache für den späteren Geschehensverlauf und Schadenseintritt gesetzt. Fraglich ist jedoch, ob sein Verhalten bereits die Gefahrenschwelle überschritten hat. Die Entscheidung, tatsächlich zur Tat zu schreiten, trafen Wladimirs Freunde in eigener Verantwortung. Das Risiko der Gefahrverwirklichung lag somit allein im Einflussbereich von Wladimirs Freunden, die erst durch die Flaschenwürfe die Gefahr unmittelbar geschaffen haben. Mithin hat Wladimir durch sein Verhalten die Gefahrenschwelle nicht überschritten.

Fraglich ist aber, ob Wladimir als Zweckveranlasser gefahrenrechtlich verantwortlich ist. Zweckveranlasser und als solcher mitverursachender Verhaltensstörer ist, wer durch sein Verhalten die Polizeiwidrigkeiten anderer veranlasst. Zwischen der Veranlassung und dem die Gefahr herbeiführenden Verhalten muss ein so enger innerer Zusammenhang bestehen, dass sich der Veranlasser die Gefahr selbst zurechnen lassen muss.³² Uneinigkeit besteht über die Zurechnungskriterien für die Zweckveranlassung.³³

Nach der subjektiven Theorie ist die Intention des Hintermannes entscheidend, d.h. dieser muss die Überschreitung der Gefahrenschwelle durch den Dritten entweder bezwecken oder zumindest billigend in Kauf nehmen.³⁴

Die objektive Theorie stellt auf den aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten erkennbaren Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang ab, d.h. der Eintritt der Gefahrensituation muss typische Folge der Veranlassung sein.³⁵

²⁸ Andere nennen als Abgrenzungskriterium die soziale Inadäquanz des Verhaltens sowie die Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeit des Verhaltens; dazu sowie zu den Schwierigkeiten in der Kriterienbildung ausführlich *Denninger* (Fn. 27), E 77 m.w.N.

²⁹ OVG Münster NVwZ 1985, 356 m.w.N.

³⁰ Vgl. *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 3), 3. Aufl. 2005, Rn. 13.

³¹ VGH München, Beschl. v. 23.6.2004, 22 CS 04.1048, Rn. 16; VG Aachen, Urt. v. 8.5.2008, 6 K 101/08, Rn. 51.

³² *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl. 2007, Rn. 244.

³³ Eine Minderansicht lehnt die Figur des Zweckveranlassers ganz ab: Der legale Provokateur sei eben nur Veranlasser aber nicht unmittelbarer Verursacher der Gefahr oder Störung, vgl. etwa *Pieroth/Schlink/Kniesel* (Fn. 3), § 9 Rn. 29 ff.

³⁴ *Selmer*, JuS 1992, 97 (99 f.); *Knemeyer* (Fn. 23), Rn. 328.

³⁵ *Götz* (Fn. 1), § 9 Rn. 21; *Schoch*, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 2. Kap., Rn. 140 f.

Die herrschende Meinung favorisiert eine Verknüpfung von subjektiver und objektiver Theorie. Im Interesse einer wirksamen Gefahrenabwehr sei als Zweckveranlasser anzusehen, wer eine Gefährdung oder Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung herbeiführe, indem er den Erfolg subjektiv bezwecke oder dieser sich als Folge seines Verhaltens zwangsläufig einstelle.³⁶

Wladimir hat mit dem Vorschlag, sich in der Menge zu verstecken, direkt bezweckt, seinen Freunden die fortgesetzte Begehung von Straftaten zu ermöglichen, da diese in Anbetracht der herannahenden Polizei bereits die Flucht ergreifen wollten. Er hat die Begehung schwerer Straftaten somit nicht nur gebilligt, sondern vielmehr bewusst gefördert und bezweckt.

Zudem war aus der Sicht eines unbeteiligten Dritten die Begehung weiterer Straftaten auch typische Folge des von Wladimir gemachten Vorschlages. Wenn aus einer dichten Menschenmenge mit Flaschen geworfen wird, so ist die Gefahr, dass andere Menschen durch die Wurfgeschosse verletzt werden, evident. Zudem liegt es auch nahe, dass das rechtswidrige Verhalten einzelner innerhalb einer Gruppe andere dazu animiert, dieses nachzuahmen. Gerade innerhalb einer dicht gedrängten Menschenmenge ist in solchen Situationen die – durch Panik und Angst noch gesteigerte – Entstehung einer Massenschlägerei zu erwarten.

Mithin ist Wladimir nach allen Ansichten Zweckveranlasser und somit Handlungsstörer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG.

4. Rechtsfolge³⁷

a) Verhältnismäßigkeit der Einkesselung

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für Maßnahmen der Gefahrenabwehr vor, so steht es im Ermessen der Behörde, unter dem Vorzeichen zweckmäßiger Erfüllung des öffentlichen Interesses zu handeln.³⁸ Fraglich ist daher nur, ob die Polizei das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat. Das Ermessen umschließt die Entscheidung über das Ob, Wann und Wie des behördlichen Handelns.³⁹

Hinsichtlich des Ob und Wann des polizeilichen Eingreifens bestehen im vorliegenden Fall keine Bedenken. Vielmehr besteht bei schweren Gefahren für Leib und Leben für die Polizei sogar eine Pflicht zum Einschreiten.⁴⁰ D.h. die Beamten waren hier angesichts der eskalierten Gewalt nicht nur berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet, einzugreifen, um die Besucher der Fanmeile vor erheblichen Körperverletzungen zu schützen.

Zu prüfen ist aber, ob die Einkesselung verhältnismäßig i.S.d. § 4 HmbSOG gewesen ist.

³⁶ VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 663; VGH Mannheim DVBl. 1995, 564 (565) m.w.N.

³⁷ Hinsichtlich der Ermessensausübung durch die Polizei konnte hier – mit guter Begründung – fast alles vertreten werden. Die hier angeführte Lösung ist nur als möglicher, aber nicht zwingender Lösungsweg zu verstehen.

³⁸ *Götz* (Fn. 1), § 11 Rn. 1.

³⁹ *Götz* (Fn. 1), § 11 Rn. 2.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Götz* (Fn. 1), § 11 Rn. 6.

Die Einkesselung erfolgte, um die eskalierende Gewaltsituation auf dem Heiligengeistfeld zu beenden, den Platz zu befrieden und die Begehung weiterer Straftaten, insbesondere weiterer Körperverletzungen, zu verhindern. Mithin diene sie dem Schutz von Leib und Leben anderer Menschen und somit einem legitimen Ziel.

Die Maßnahme war auch zur Erreichung dieser Ziele geeignet i.S.d. § 4 Abs. 1 HmbSOG, da durch die Einkesselung ein weiteres Übergreifen der Gewalttätigkeiten verhindert und es der Polizei ermöglicht wurde, die Unruhestifter nach und nach zu separieren und abzutransportieren.

Fraglich ist indessen, ob der Polizei kein milderes Mittel (§ 4 Abs. 2 HmbSOG) zur Verfügung stand.

Ein Platzverweis kommt als milderes Mittel nicht in Betracht, da ein Kessel „mit Ankündigung“ dazu führt, dass zuerst die Störer flüchten, Taten dann woanders begehen und Ausschreitungen so örtlich nur verlagert werden.⁴¹ Der Ausspruch eines Platzverweises hätte somit zur Folge, dass eine Einkesselung ins Leere liefe und diese Reaktionsmöglichkeit gesperrt würde. Mithin wäre ein Platzverweis nicht gleich geeignet.

Dass der Polizei sonstige mildere Mittel zur Verfügung standen, ist nach dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Vertretbar wäre es allenfalls, den Einsatz von Wasserwerfern als milderes Mittel zu diskutieren. Da dem Sachverhalt indessen nicht zu entnehmen ist, dass der Polizei Wasserwerfer vor Ort zur Verfügung standen, ist in Anbetracht der bereits eskalierten Lage davon auszugehen, dass deren Anforderung zu viel Zeit in Anspruch genommen hätte und daher nicht gleich geeignet gewesen wäre.

Zudem bestand in der konkreten Gefahrensituation auch nicht die Möglichkeit, zwischen Nichtstörern und Störern zu differenzieren. Zunächst war es für die Polizei kaum möglich, innerhalb der dicht gedrängten Menschenmasse Randalierer und sonstige Besucher der Fanmeile zu unterscheiden. Zudem konnten die Beamten sich auch nicht gefahrlos in die Menge begeben, um Maßnahmen gegen einzelne Personen durchzusetzen. Daher schieden gezielte Individualfestnahmen der Störer als milderes Mittel aus. Die Vorstellung, die Polizei hätte Personen vom Kessel aussparen können, muss realitätsfern anmuten. Diese Problematik konnte indessen kurz gehalten werden, da Wladimir als Zweckveranlasser Störer ist und sich die Problematik der Inanspruchnahme von Nichtstörern in Bezug auf seine Einkesselung gar nicht stellte.

Mithin war die Einschließung die einzige Erfolg versprechende Maßnahme, um die Gewalttätigkeiten zu beenden und weitere Ausschreitungen seitens der Störer zu unterbinden. Ein milderes Mittel stand nicht zur Verfügung.

Fraglich ist indessen, ob die Einkesselung nicht zu einem Nachteil für den Einzelnen oder die Allgemeinheit geführt hat, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis stand (§ 4 Abs. 3 HmbSOG).

Bei einer Einkesselung handelt es sich um eine gewollte und gezielte freiheitsentziehende Ingewahrsamnahme, auch wenn sie nicht mit einer Verbringung von Personen in einen Arrestraum verbunden ist. Die Einschließung führte daher

notwendig zu einer zeitlich begrenzten Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Einkesselten und damit zu einem Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Darüber hinaus waren die Eingeschlossenen allerdings keinen sonstigen schwerwiegenden Nachteilen ausgesetzt. Insbesondere bestanden angesichts der moderaten sommerlichen Temperaturen keine extremen Witterungsverhältnisse. Allenfalls der Nieselregen mag unangenehm gewesen sein. Auch der anfängliche Mangel an sanitären Einrichtungen kann sicherlich für Einzelne eine Belastung gewesen sein, derartige Einschränkungen stellen aber keine Gefährdung dar und können über einen eng begrenzten Zeitraum ertragen werden.

Demgegenüber diene die Einkesselung dem Schutz von Leib und Leben der Besucher der Fanmeile, von denen einige bereits stark blutende Wunden erlitten hatten. Die geschilderten Beeinträchtigungen standen daher zu dem angestrebten Erfolg, die weitere Begehung gefährlicher Körperverletzungen zu unterbinden und damit der schwerwiegenden Gefährdung von Leib und Leben der Besucher entgegenzuwirken nicht erkennbar außer Verhältnis.

b) Verhältnismäßigkeit der Fortdauer des Gewahrsams nach 1.00 Uhr

Für Wladimir gesondert zu prüfen ist, ob die Polizei ihn auch nach 1.00 Uhr, d.h. nach Beruhigung der Lage auf dem Heiligengeistfeld, in Gewahrsam behalten durfte.

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass eine Maßnahme nur solange zulässig ist, bis ihr Zweck erreicht ist. Im vorliegenden Fall hatte sich die Lage auf dem Heiligengeistfeld durch den Abtransport bereits gegen 1.00 Uhr beruhigt. Zweck der Inhaftnahme Wladimirs war es aber nicht nur, die eskalierende Gewaltsituation auf dem Heiligengeistfeld zu beenden und diesen Platz zu befrieden. Dieses Ziel wäre in der Tat bereits im Zeitpunkt der Maßnahme selbst und mit ihrer Durchführung erreicht gewesen. Die Polizei hat aber die Fortdauer der Ingewahrsamnahme auch damit begründet, dass es erfahrungsgemäß sinnvoll sei, die Abtransportierten bis zum Beginn der Morgendämmerung auf der Polizeidienststelle zu behalten, um sicherzustellen, dass es nicht mehr zu einem Auflodern der zunächst unterbundenen Gewalt komme. Diese Schlussfolgerung ist logisch und konsequent vor dem Hintergrund, dass Wladimir als Gefahrenverursacher i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG anzusehen ist. Bei einer früheren Freilassung ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass der Betreffende sich zu den Orten der Ausschreitungen zurückbegibt und damit nachträglich den Erfolg der gegen ihn gerichteten Maßnahme relativiert.

An dieser Einschätzung ändert auch die Tatsache nichts, dass Wladimir die Gefahr als Zweckveranlasser und nicht als „normaler“ Handlungsstörer verursacht hat, da auch ein Zweckveranlasser Störer i.S.d. § 8 Abs. 1 HmbSOG ist.

Problematisch ist allerdings, dass der Abtransport der Einkesselten insgesamt vier Stunden in Anspruch genommen hat, weil die Polizei die Anzahl der Eingeschlossenen unterschätzt und dementsprechend viel zu wenig Dienstwagen für den Abtransport angefordert hatte. Bei Anordnung einer polizeilichen Maßnahme muss nämlich auch deren ordnungsgemäße Durchführung gewährleistet und insbeson-

⁴¹ Vgl. AG Tiergarten NVwZ-RR 2005, 715 (720).

dere die Abwicklung in angemessener Zeit möglich sein.⁴² Als Störer durfte Wladimir aber ohnedies bis in die frühen Morgenstunden auf dem Polizeirevier festgehalten werden. Überdies haben die Beamten danach differenziert, ob sie friedliche oder störende Besucher der Fanmeile vor sich hatten.⁴³ So wurden die offensichtlich friedlichen Teilnehmer so früh wie möglich, d.h. i.d.R. noch auf dem Heiligengeistfeld wieder entlassen. Zudem führten die Bedingungen im Kessel insgesamt nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme, so dass die Verweildauer von vier Stunden auf dem Heiligengeistfeld noch nicht zur Unverhältnismäßigkeit der gesamten Maßnahme führt.

5. Ergebnis

Die Ingewahrsamnahme von Wladimir war somit rechtmäßig.

⁴² LG Hamburg NVwZ 1987, 833 (834).

⁴³ Vgl. hierzu VG Hamburg NVwZ 1987, 829 (832).