

§ 29 Datenübermittlung im internationalen Bereich

(1) Eine Übermittlung personenbezogener Daten an andere als die in § 28 Absatz 1 Nummer 2 genannten Staaten (Drittländer) und andere als in § 28 Absatz 1 Nummer 3 genannte über- und zwischenstaatliche Stellen ist unter Beachtung der §§ 62 bis 65 des Datenschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen zulässig, soweit dies zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben oder zur Abwehr einer erheblichen Gefahr durch die empfangende Stelle erforderlich ist. Entsprechendes gilt, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden sollen und die Datenübermittlung zur Verhinderung dieser Straftaten erforderlich ist. § 23 gilt auch bei der Datenübermittlung in Drittstaaten. § 28 Absatz 2 gilt entsprechend.

(2) Bei Übermittlungen nach dieser Vorschrift hat die Polizei einen Nachweis zu führen, aus dem der Anlass, der Inhalt, die empfangende Stelle, der Tag der Übermittlung sowie die Aktenfundstelle hervorgehen. Er ist am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr seiner Erstellung folgt, zu löschen oder zu vernichten. Die Löschung oder Vernichtung unterbleibt, solange der Nachweis noch für eine bereits eingeleitete Datenschutzkontrolle nach § 33c erforderlich ist oder Grund zu der Annahme besteht, dass im Falle einer Löschung schutzwürdige Belange der betroffenen Person beeinträchtigt würden.

I. Allgemeines

- 1 Nach § 29 dürfen die nordrhein-westfälischen Polizeibehörden Datenübermittlungen an Stellen **außerhalb der EU** vornehmen. Die Norm ist mit dem Gesetz zur Anpassung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen und des Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 18. Dezember 2018¹ in das PolG eingefügt worden. Sie konkretisiert die Vorgaben der §§ 62 – 65 DSGVO für Datenübermittlungen an Drittstaaten und an internationale Organisationen². Fast identisch mit Abs. 1 ist § 23 Abs. 1 HSOG; verwandte Normen sind u. a. § 27 BKAG, § 58 BayPAG und § 61 PolG BW. Eine entsprechende Anwendung für die Ordnungsbehörden ist in § 24 OBG nicht vorgesehen. Im strafprozessualen Bereich gelten §§ 474 ff. StPO.

II. Datenübermittlung (Abs. 1)

- 2 Potenzielle **Empfänger** von nach § 29 vorgenommenen Datenübermittlungen sind **Staaten** außerhalb der EU sowie entsprechende **über- und zwischenstaatliche Stellen**. Es muss sich um öffentliche Stellen³ handeln. Dies wird zwar mit dem Begriff „Staaten“ nur unvollkommen ausgedrückt. Doch stellen die in Abs. 1 Satz 1 in Bezug genommenen §§ 62 – 65 DSGVO ihrerseits auf Behörden ab. Zudem spre-

1 GV. NRW. S. 741.

2 Entwurfsbegründung, LT-Drs. 17/2576, S. 73.

3 → § 27 PolG Rn. 16.

chen Parallelvorschriften wie § 23 Abs. 1 HSOG und Art. 58 BayPAG ausdrücklich von öffentlichen Stellen; Anhaltspunkte dafür dass in Nordrhein-Westfalen eine hiervon grundlegend abweichende Regelung beabsichtigt war, sind nicht ersichtlich. Maßgeblich ist nicht der Sitz der entsprechenden Stelle, sondern ihre Zugehörigkeit zu einem Nicht-EU-Staat; so fallen beispielsweise auch deren Botschaften und Konsulate in Deutschland unter § 29⁴.

Absatz 1 Satz 1 nennt *alternativ* zwei Voraussetzungen: Es muss entweder um die Erfüllung polizeilicher Aufgaben oder um die Abwehr einer erheblichen Gefahr durch die empfangende Stelle gehen. Mit der **Erfüllung polizeilicher Aufgaben** sind Aufgaben i. S. v. § 1 gemeint⁵, und zwar Aufgaben der übermittelnden NRW-Polizeibehörde, nicht etwa des Empfängers. Letzteres ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der Norm, wird aber in Parallelvorschriften wie § 27 BKAG oder § 23 Abs. 1 HSOG ausdrücklich gesagt; dass der NRW-Gesetzgeber hiervon bewusst abweichen wollte, ist nicht ersichtlich. Die alternativ genannte **erhebliche Gefahr**⁶ braucht hingegen keinen Bezug zu Nordrhein-Westfalen zu haben, da hier die Übermittlung zwecks deren Abwehr durch die empfangende Stelle geschehen darf.

Eine dritte Alternative enthält Abs. 1 Satz 2: die Übermittlung zur **Verhinderung von Straftaten von erheblicher Bedeutung**. Straftaten von erheblicher Bedeutung sind in § 8 Abs. 3 legaldefiniert, wobei der dortige Katalog nicht abschließend ist⁷. Es bedarf **tatsächlicher Anhaltspunkte** für die zu erwartende(n) Straftat(en), d. h. äußerer Tatsachen, nicht bloß der Gesinnung einer Person⁸. Diese Voraussetzungen müssen beim Empfänger gegeben sein⁹.

Beachtet werden müssen die §§ 62 – 65 DSGVO NRW. Diese treffen detailreich Regelungen zur Datenübermittlung in Nicht-EU-Staaten und an internationale Organisationen.

In Satz 3 wird zusätzlich zu § 26 Abs. 1 PolG auf das Erfordernis des Vorliegens der Voraussetzungen der **hypothetischen Datenneuerhebung** im jeweiligen Einzelfall gem. § 23 PolG hingewiesen, insbesondere des dortigen Abs. 2, der für die Datenübermittlung an eine andere Stelle einschlägig ist¹⁰.

Die Übermittlung steht im **Ermessen** der Polizei. Eine Pflicht zur Übermittlung besteht nicht¹¹.

Nach § 29 Abs. 1 Satz 4 gilt § 28 Abs. 2 PolG entsprechend. Wie innerhalb der EU kann also auch international eine von den Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 unabhängige Datenübermittlung erfolgen, sofern selbige in völkerrechtlichen Vereinbarungen vorgesehen ist.

4 Vgl. Drewes, Datenschutz für die Polizei, Kap. 4 Rn. 353.

5 Ogorek, in: BeckOK-PolR NRW, § 29 PolG Rn. 4.

6 → § 8 PolG Rn. 17.

7 → § 8 PolG Rn. 33.

8 Vgl. Ogorek, in: BeckOK-PolR NRW, § 29 PolG Rn. 13.

9 Fredrich, HSOG, § 23 Rn. 2.

10 Entwurfsbegründung, LT-Drs. 17/2576, S. 73.

11 Ogorek, in: BeckOK-PolR NRW, § 29 PolG Rn. 12.

III. Protokollierung der Datenübermittlung (Abs. 2)

- 9 § 29 Abs. 2 trifft eine ausführliche, in ihrem Wortlaut weitgehend selbsterklärende Regelung zur Protokollierung von nach Abs. 1 vorgenommenen Datenübermittlungen. Ziel ist die Ermöglichung der (nachträglichen) datenschutzrechtlichen Kontrolle¹². Als einer Löschung entgegenstehende schutzwürdige Belange des Betroffenen (Satz 3) kommt v. a. dessen Bestreben in Betracht, die Rechtmäßigkeit der Übermittlung gerichtlich überprüfen zu lassen.

¹² Entwurfsbegründung, LT-Drs. 17/2576, S. 73.

Vierter Unterabschnitt Gewahrsam

§ 35 Gewahrsam

(1) Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn

1. das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet,
2. das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern,
3. das unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 34 durchzusetzen,
4. das unerlässlich ist, um eine Wohnungsverweisung oder ein Rückkehrverbot nach § 34a durchzusetzen,
5. das unerlässlich ist, um private Rechte zu schützen, und eine Festnahme und Vorführung der Person nach den §§ 229, 230 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches zulässig ist,
6. das unerlässlich ist, um eine Aufenthaltsanordnung oder ein Kontaktverbot nach § 34b oder die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c durchzusetzen.

(2) Die Polizei kann Minderjährige, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen.

(3) Die Polizei kann eine Person, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen.

I. Allgemeines

§ 35 enthält verschiedene Ermächtigungsgrundlagen für die **polizeiliche Ingewahrsamnahme** als „Standardmaßnahme“¹. Absatz 1 normiert dabei unterschiedliche Tatbestandsvarianten. Absatz 2 ermöglicht die Ingewahrsamnahme eines Minderjährigen, der sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen hat, zum Zwecke der Zuführung zum Sorgeberechtigten bzw. zum Jugendamt. Gemäß Abs. 3 kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält, und sie in die Anstalt zurückbringen.

Mit der Maßnahme der polizeilichen Ingewahrsamnahme wird eine natürliche Person in ein mittels hoheitlicher Gewalt begründetes besonderes Rechtsverhältnis ge-

¹ Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 533.

bracht; sie befindet sich sodann im **Gewahrsam**, also unter unmittelbarem behördlichem Einfluss, und wird daran gehindert, sich fortzubewegen². Die **körperliche Bewegungsfreiheit** wird „nach allen Seiten hin aufgehoben“. Es handelt sich um eine (gezielte) **Freiheitsentziehung**³ und damit um einen Eingriff in das **Recht auf Freiheit der Person** nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Art. 104 GG, was angesichts des hohen Rangs des Grundrechts besondere einfachgesetzliche Vorgaben hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen und der Durchführung des Eingriffs zur Folge hat. Zu beachten sind namentlich die formellen Bestimmungen des Art. 104 GG, die Ausdruck des Grundrechtsschutzes durch Verfahren sind⁴. Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG kann die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG normiert für die Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung einen **Richtervorbehalt**⁵, der einfachgesetzlich durch § 36 umgesetzt wird. Auch die weiteren Bestimmungen zur Behandlung festgehaltener Personen (§ 37), zur Fixierung (§ 37a) und zur Dauer der Freiheitsentziehung (§ 38) tragen verschiedenen verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung. Bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften der §§ 35 ff. sind ferner die Bestimmungen des **Art. 5 MRK** zu berücksichtigen; die Europäische Menschenrechtskonvention gilt im Range eines Bundesgesetzes, doch auch die grundgesetzlichen Gewährleistungen sind „im Lichte“ der Konvention auszulegen⁶.

- 3 Dieser Gewahrsam muss nicht auf einer polizeilicher Dienststelle oder im „Polizeigewahrsam“ erfolgen, also einer polizeilichen Einrichtung zur Durchführung der Freiheitsentziehung; er kann etwa schon durch die Anwendung unmittelbaren Zwangs und die Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit, die Verbringung in ein Einsatzfahrzeug etc. erfolgen⁷. Bei der Ingewahrsamnahme handelt es sich mithin um ein „**Festhalten**“ mit dem Ziel, dem Adressaten jedenfalls für einen nicht nur vorübergehenden Zeitraum die Freiheit zu entziehen⁸.
- 4 Der polizeiliche Gewahrsam ist von **anderen Formen der Freiheitsentziehung** abzugrenzen, insbesondere von denjenigen des repressiven Handlungsfelds: der (vorläufigen) Festnahme nach § 127 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StPO, der Verhaftung auf Grundlage eines Sicherungs- oder eines Vollstreckungshaftbefehls, der Strafhaft zum Zwecke der Bestrafung und von strafprozessualen oder vollstreckungsrechtlichen Ordnungs-

2 Vgl. Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 1: Gewahrsam ist der Zustand, Ingewahrsamnahme die polizeiliche Tätigkeit; ähnlich Kingreen/Poscher, § 16 Rn. 1.

3 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 2; eingehend zu den verfassungsrechtlichen Aspekten Rn. 8 ff.; Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 171; Götz/Geis, § 17 Rn. 31; Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 530; Gusy, Rn. 295; Kingreen/Poscher, § 16 Rn. 2; Möller/Warg, Rn. 360; Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 2.

4 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 10.

5 Eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 12.

6 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 Rn. 13 ff.

7 Vgl. Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 1; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 1.

8 Zur Abgrenzung Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 3; siehe auch Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 530.

und Zwangsmitteln⁹. Abzugrenzen ist der Gewahrsam ferner von der **Unterbringung**, z. B. nach den §§ 10 ff. PsychKG¹⁰, nach § 30 IfSG, nach §§ 63 ff. StGB, § 126a StPO bzw. nach §§ 1631b, 1906 BGB¹¹.

Die Ingewahrsamnahme lässt sich als **Realakt** qualifizieren¹². Zweifelhaft ist, ob zusätzlich die Konstruktion eines (konkludenten) Verwaltungsakts im Sinne einer Duldungsverfügung erforderlich ist¹³. In der Praxis wird es häufig eine konkrete Anordnung geben, etwa des Inhalts, dass der Adressat der Maßnahme mitkommen solle, o. ä. Dabei dürfte es sich um einen Verwaltungsakt handeln, der von den Ermächtigungsgrundlagen des § 35 Abs. 1 bis 3 gedeckt ist. Der Gewahrsam selbst wird in der Rechtsprechung mitunter als Verwaltungsakt qualifiziert¹⁴; dies überzeugt in dieser Pauschalität nicht. Anordnende Regelung und faktische Freiheitsentziehung hängen zwar eng zusammen und könnten als einheitliche Maßnahme qualifiziert werden; sachgerechter erscheint indes eine Differenzierung. Ordnet man die Ingewahrsamnahme als Verwaltungsakt ein, schließen die Befugnissnormen des § 35 auch die Ermächtigung zur Anwendung von Zwang ein¹⁵.

II. Fallvarianten der Ingewahrsamnahme (Abs. 1)

Nach Maßgabe der verschiedenen Tatbestandsvarianten in Abs. 1 Nr. 1 bis 6 kann die Polizei (also grundsätzlich die Kreispolizeibehörden, § 11 Abs. 1 Nr. 1 POG¹⁶) eine Person **in Gewahrsam** nehmen.

1. Schutzgewahrsam (Nr. 1)

Nach **Nr. 1** kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das zum Schutz der Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist, insbesondere weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet (sog. **Schutzgewahrsam**). Erforderlich ist eine **Gefahr für Leib oder Leben**; es muss eine konkrete Gefahr gegeben sein, also die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts an den beiden hochrangigen Rechtsgütern¹⁷. Die dem Wort „insbesondere“ folgenden Kriterien bilden ein vorrangig zu prüfendes **Regelbeispiel**, sodass auf eine Gefahrenlage erst abzustellen ist, wenn das Regelbeispiel nicht erfüllt ist.

Eine Person befindet sich **in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand**, wenn sie zum Zeitpunkt der polizeilichen Entscheidung über die Inge-

⁹ Eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 5.

¹⁰ Dazu Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 22 f.

¹¹ Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 5; siehe auch Knemeyer, Rn. 227.

¹² Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 530.

¹³ Eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 67 m. w. N.; für eine Duldungsanordnung etwa Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 171.

¹⁴ Vgl. VGH BW, Urteil vom 17. März 2011 – 1 S 2513/10 – DVBl. 2011, 626 (627).

¹⁵ Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 71.

¹⁶ Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 68.

¹⁷ Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 3; → § 8 PolG Rn. 8 ff.

wahrsamnahme nicht in der Lage ist, ihren Willen zu bilden bzw. zu betätigen oder nach einem ihr noch möglichen freien Willensentschluss zu handeln. Die freie Willensbestimmung muss ausgeschlossen sein; eine Beeinträchtigung im Sinne einer bloßen Herabsenkung der Geistes- oder Willenskraft bzw. der Fähigkeit zu rationalen Entscheidungen genügt nicht¹⁸. Die Voraussetzung liegt etwa vor, wenn die Person bewusstlos ist, sich im Schockzustand befindet, einen epileptischen oder vergleichbaren Anfall erleidet oder infolge der Einnahme von Substanzen (Alkohol, Betäubungsmittel, Medikamente) nicht zu einer freien Willensbestimmung in der Lage ist¹⁹. Nach Nr. 35.11 Satz 4 VVPoLG liegt Hilflosigkeit (im Sinne eines Oberbegriffs) insbesondere dann vor, wenn bei einer Person tiefgreifende Störungen des Bewusstseins, der Orientierung, der Wahrnehmung, der Auffassung oder auch des Denkens einzeln oder in Kombination auftreten. In diesen Fällen muss aber zumindest die Möglichkeit bestehen, dass tatsächlich Gefahren drohen, die nur im Wege des Schutzgewahrsams abgewehrt werden können²⁰.

- 10 Eine Gefahr für Leib oder Leben ist nach dem Regelbeispiel der Nr. 1 ferner dann anzunehmen, wenn sich die Person **sonst in hilfloser Lage** befindet. Das ist dann der Fall, wenn zwar eine freie Willensbestimmung möglich ist, die Person aber nicht in der Lage ist, sich selbst zu helfen²¹. Dies kann insbesondere bei Minderjährigen oder alten Menschen, bei Verunglückten etc. in Betracht kommen. Aus Verhältnismäßigkeitsgründen ist jeweils zu prüfen, ob nicht anstelle einer Ingewahrsamnahme eine Zuführung in die Obhut einer anderen Person, etwa eines Angehörigen oder eines zur Fürsorge Verpflichteten, erfolgen kann (siehe auch Nr. 35.11 Satz 1, 2 VVPoLG)²².
- 11 Liegen die Voraussetzungen des Regelbeispiels nicht vor, kann ein Schutzgewahrsam in Betracht kommen, wenn eine konkrete **Gefahr für Leib oder Leben** besteht²³. Das Rechtsgut „Leib“ ist allerdings nur gefährdet, wenn Verletzungen drohen, die einer qualifizierten Körperverletzung entsprechen; kleinere Integritätseinbußen, die Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit darstellen, rechtfertigen den Schutzgewahrsam nicht²⁴. Begibt sich eine Person freiwillig in Schutzgewahrsam, wird man von einem Grundrechtsverzicht hinsichtlich der Freiheit der Person ausgehen können („unechter Gewahrsam“²⁵); gleichwohl sind zur Vermeidung von Missbräuchen insbesondere die Verfahrensvorschriften zu beachten, etwa die Belehrungs- und Hinweispflichten²⁶.

18 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 33; Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 496.

19 Vgl. Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 33.

20 Vgl. Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.1.

21 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 34.

22 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 34.

23 Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.1.

24 Thiel, POR, § 10 Rn. 132.

25 Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 172.

26 Vgl. auch Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.1; siehe auch Gusy, Rn. 295: kein Fall des Schutzgewahrsams.

Zu beachten ist, dass nach § 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über den Vollzug der Freiheitsentziehung im Polizeigewahrsam des Landes Nordrhein-Westfalen (Gewahrsamsvollzugsverordnung – GewvollzVO) nur in Gewahrsam genommen werden darf, wer **gewahrsamsfähig** ist (vgl. Nr. 35.11 Satz 3 VVPolG bezüglich hilfloser Personen). Nach Satz 2 ist nicht gewahrsamsfähig, wer bewusstlos, orientierungslos, nicht ansprechbar ist, Anzeichen eines Entzugs nach Gebrauch suchtsinduzierender Substanzen zeigt oder aus anderen Gründen einer sofortigen ärztlichen Versorgung bedarf. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GewvollzVO ist die Gewahrsamsfähigkeit in Zweifelsfällen von der Polizei unverzüglich ärztlich feststellen zu lassen. Nach Satz 2 sind Zweifel insbesondere „bei Personen angebracht, die äußere, offensichtlich nicht unerhebliche Verletzungen haben, stark unter Alkohol-, Medikamenten- beziehungsweise Drogeneinfluss stehen, erhebliche Alkohol-, Medikamenten- oder Drogenentzugserscheinungen wie Verwirrheitszustände oder Halluzinationen zeigen, Äußerungen über Schmerzen, krankhafte Zustände und Medikamentenbedarf machen oder Hinweise auf Kopfverletzungen bieten.“ Damit ist die Gewahrsamsfähigkeit in einer Vielzahl von Fallkonstellationen zweifelhaft bzw. ausgeschlossen, in denen die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 gegeben sind. Die Person ist dann gegebenenfalls in ein Krankenhaus zu verbringen, dort in Gewahrsam zu nehmen und unter Bewachung zu halten (§ 6 Abs. 4 GewvollzVO).

Die Ingewahrsamnahme muss zum Schutz der Person **erforderlich** sein. Dabei handelt es sich um ein auf Tatbestandsebene „hochgezogenes“ Verhältnismäßigkeitskriterium; die Ingewahrsamnahme muss das „mildeste Mittel“ zur Abwehr der Gefahr darstellen²⁷.

Der Schutzgewahrsam kann grundsätzlich auch **gegen den Willen des Betroffenen** durchgeführt werden, etwa zur Verhinderung einer Selbsttötung²⁸; allerdings ist u. U. der Unterbringung nach dem PsychKG der Vorzug zu geben²⁹. Angesichts des von den Grundrechten geschützten Rechts auf Selbstgefährdung sind die polizeilichen Möglichkeiten eines Schutzgewahrsams allerdings einzuschränken, wenn die Selbstgefährdung auf einem erkennbar eigenverantwortlichen Entschluss beruht³⁰. In diesen Fällen wird man höhere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadens zu stellen haben³¹. Beruht die Gefahr auf dem Verhalten eines Dritten, ist dieser als Störer vorrangig in Anspruch zu nehmen.

Adressat der Ingewahrsamnahme nach Nr. 1 kann nur die Person sein, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet bzw. der anderweitig eine Gefahr für Leib oder Leben droht³². Darauf,

27 Thiel, POR, § 10 Rn. 135.

28 Vgl. Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 6; Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 174.

29 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 35.

30 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 36; siehe auch Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 174: „Recht auf Risiko“.

31 Thiel, POR, § 10 Rn. 134.

32 Thiel, POR, § 10 Rn. 136.

ob die Person die Gefahrenlage selbst verursacht hat oder nicht, kommt es nicht an³³.

2. Präventiv- bzw. Unterbindungsgewahrsam (Nr. 2)

- 16 Gemäß **Nr. 2** kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern. Bei der Maßnahme handelt es sich um den sog. **Präventiv- bzw. Unterbindungsgewahrsam**.
- 17 **Straftat** ist eine mit Strafe bedrohte Handlung (vgl. § 1 StGB). Grundsätzlich kommt jede Straftat in Betracht; allerdings kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei geringfügigen Delikten einem Unterbindungsgewahrsam entgegenstehen³⁴.
- 18 Unterbunden werden kann auch eine **Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit**. Das Erfordernis der erheblichen Bedeutung für die Allgemeinheit bezieht sich nur auf Ordnungswidrigkeiten, nicht auf die zuvor genannten Straftaten³⁵. Teilweise ist als Indiz für diese Bedeutung auf die normative Bewehrung mit einem (hohen) Bußgeld abgestellt worden³⁶; überzeugender ist es, an den Grad der konkreten Beeinträchtigung polizeirechtlicher Schutzgüter anzuknüpfen³⁷. Es ist also entscheidend, ob von der Begehung der Ordnungswidrigkeit eine erhebliche Gefahr ausgeht, also eine solche für hochrangige Rechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit der Person etc.³⁸. Dies ist nicht abstrakt anhand der Ordnungswidrigkeitennorm (und ihrer Bußgeldandrohung)³⁹, sondern konkret nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen⁴⁰.
- 19 Die Möglichkeit des Unterbindungsgewahrsams zur Verhinderung der Begehung einer solchermaßen qualifizierten Ordnungswidrigkeit **verstößt nicht gegen Art. 5 Abs. 1 MRK**⁴¹. Nach Satz 1 der Vorschrift hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Nach Satz 2 darf die Freiheit nur in den nachfolgend aufgezählten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden; Buchst. c stellt dabei u. a. darauf ab, ob begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern. Nach der älteren Rechtsprechung des EGMR können auf

33 Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 4.

34 Vgl. Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 46.

35 BayObLG, Beschluss vom 28. Mai 1998 – 3 Z BR 66/98 – NVwZ 1999, 106; Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 44; Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 175; Thiel, POR, § 10 Rn. 139.

36 Etwa als eines von mehreren Kriterien bei Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.2.

37 Thiel, POR, § 10 Rn. 139; siehe auch Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 9; vgl. Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.2: Normverstöße mit hoher „Sozialschädlichkeit“.

38 Eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 Rn. 45.

39 Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 175.

40 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 Rn. 45 m. w. N.

41 S. auch schon Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 7; ferner Graulich, in: Lissen/Denninger, Kap. E, Rn. 546; Schenke, Rn. 156; a. A. Kingreen/Poscher, § 16 Rn. 18.

diese Vorschrift nur Freiheitsentziehungen im Rahmen eines Strafverfahrens gestützt werden⁴²; die präventive Ingewahrsamnahme kann aber nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b MRK gerechtfertigt sein⁴³. Gemäß einer neueren Entscheidung kann Präventivhaft doch nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. c MRK zulässig sein, wenn sie notwendig ist, eine Person an der Begehung einer Straftat zu hindern, und wenn deren Ort und Zeit sowie die möglichen Opfer hinreichend präzisiert sind⁴⁴.

Die Begehung der Straftat bzw. der qualifizierten Ordnungswidrigkeit muss **unmittelbar bevorstehen**, oder sie muss bereits begangen sein und **fortgesetzt werden**. Begehung meint die rechtswidrige Erfüllung des objektiven Tatbestands der Straftat bzw. der Ordnungswidrigkeit⁴⁵; es kann sich auch um Antragsdelikte handeln. Erforderlich ist eine besondere zeitliche Nähe der Begehung⁴⁶. Die entsprechende Prognose der Polizei muss sich auf nachvollziehbare Tatsachen stützen⁴⁷. Bloße Verdachtsmomente, Vermutungen bzw. Spekulationen genügen nicht⁴⁸. Ob der Begriff der „Begehung“ bei den Straftaten auch die Teilnahme (Anstiftung nach § 26 StGB, Beihilfe nach § 27 StGB) einschließt, wird unterschiedlich bewertet⁴⁹. Angesichts des Zwecks des § 35 Abs. 1 Nr. 2 liegt es nahe zu differenzieren: Einen Anstifter wird man im Regelfall auch aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht in Unterbindungsgewahrsam nehmen können; bei einem Teilnehmer kann dies anders zu bewerten sein. Es müssen hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass gerade die in Gewahrsam zu nehmende Person die Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit begehen wird; die bloße Anwesenheit in einer Menschenmenge (z. B. „eingekesselte“ Personen), aus der heraus es zu erheblichen Straftaten gekommen ist, genügt nicht⁵⁰.

Die Ingewahrsamnahme muss zur Verhinderung der Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit **unerlässlich** sein. Auch dabei handelt es sich um in den Tatbestand verlagerte⁵¹ Verhältnismäßigkeitsaspekte, namentlich um die Kriterien der Geeignetheit und der

42 EGMR, Urteil vom 7. März 2013 – 15598/08, NVwZ 2014, 43 Rn. 93.

43 Vgl. Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 546.

44 EGMR, Urteil vom 22. Oktober 2018 – 35553/12 u. a. – NVwZ 2019, 135 ff.

45 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 Rn. 38; Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 7; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.2; Thiel, POR, § 10 Rn. 138.

46 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 39. Dies kann z. B. bei der in Bayern praktizierten Ingewahrsamnahme sog. „Klimakleber“ zweifelhaft und besonders zu begründen sein.

47 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 40; vgl. auch Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 488; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.2.

48 Vgl. Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 175.

49 Ablehnend etwa Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 42.

50 VG Düsseldorf, Urteil vom 19. März 2013 – 18 K 3136/11 – juris, Rn. 18. – Unzulässig ist auch die Begründung mit der Beteiligung des Adressaten an einer islamistischen Gruppe, von der aufgrund gesicherter Erkenntnisse des Verfassungsschutzes eine Anschlagsgefahr ausgeht, OLG Hamm, Beschluss vom 30. August 2007 – 15 W 147/07 – NVwZ-RR 2008, 321 f.

51 Zu dieser dogmatischen Frage und zu ihrer Relevanz für das gerichtliche Prüfprogramm Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 47.

Erforderlichkeit⁵². Es darf kein milderes Mittel als die Ingewahrsamnahme in Betracht kommen, um das Verhinderungsziel zu erreichen; sie muss das äußerste Mittel darstellen⁵³.

- 22 **Adressat** kann nur die Person sein, bezüglich derer anzunehmen ist, dass sie die Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit in unmittelbarer zeitlicher Nähe begehen wird oder bereits begangen hat und fortsetzt⁵⁴. Die Ingewahrsamnahme muss dazu dienen, sie daran zu hindern⁵⁵.

3. Durchsetzungsgewahrsam nach Platzverweisung (Nr. 3)

- 23 Eine Person kann nach **Nr. 3** in polizeilichen Gewahrsam genommen werden, wenn das unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 34 durchzusetzen.
- 24 „Platzverweisung nach § 34“ ist sowohl die Platzverweisung im engeren Sinne gem. **§ 34 Abs. 1** als auch das Aufenthaltsverbot (nebst Betretungsverbot) nach **§ 34 Abs. 2**⁵⁶. Zwar spricht § 35 Abs. 1 Nr. 3 nur von „Platzverweisung“, nimmt aber § 34 insgesamt in Bezug. Zudem steht § 34 als Ganzes unter der Überschrift „Platzverweisung“. Für diese Sichtweise streitet nunmehr auch § 38 Abs. 2 Nr. 2, der sieben Tage als Höchstdauer für eine Ingewahrsamnahme festsetzt, die der Durchsetzung einer Maßnahme nach § 34 dient. Da die Freiheitsentziehung „bis zum Ablauf der nach § 34 angeordneten Maßnahme“ angeordnet werden kann und die Platzverweisung nach § 34 Abs. 1 nur vorübergehend sein darf, wird man aus der Sieben-Tages-Frist auf die Zulässigkeit einer Ingewahrsamnahme zur Durchsetzung eines Aufenthaltsverbotes nach § 34 Abs. 2 schließen können⁵⁷.
- 25 Ist die Platzverweisung bzw. das Aufenthaltsverbot **rechtswidrig**, führt dies nicht zwangsläufig auch zur Rechtswidrigkeit des Durchsetzungsgewahrsams⁵⁸. Dieser Grundsatz aus dem Verwaltungsvollstreckungsrecht ist auch auf die in § 35 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 6 vorgesehenen Sonderformen der „Vollstreckung“ von Grundverfügungen anzuwenden. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Polizei, soweit sie Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Anordnung hat, deren Adressaten nicht „sehenden Auges“ in Gewahrsam nehmen darf; die Rechtswidrigkeit ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bzw. des Ermessens zu berücksichtigen.

52 Thiel, POR, § 10 Rn. 140; vgl. auch Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 9; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.2.

53 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 47; Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 487.

54 Thiel, POR, § 10 Rn. 141.

55 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 41.

56 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 55; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.3; a. A. Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 177: nur § 34 Abs. 1.

57 Ogorek, in: BeckOK-PolR NRW, § 34 PolG Rn. 55.

58 A. A. Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 535: Rechtswidrigkeit der Grundmaßnahme „infiziert“ die zu ihrer Durchsetzung verfügte Ingewahrsamnahme; vgl. VG Hamburg, Urteil vom 2. Oktober 2012 – 5 K 1236/11 – juris.

Die Ingewahrsamnahme muss **unerlässlich** sein, um die Platzverweisung bzw. das Aufenthaltungsverbot durchzusetzen. Als mildere Maßnahme kommt beispielsweise die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch die Verbringung an einen anderen Ort in Betracht⁵⁹, bei der es sich nach zutreffender Auffassung nicht um einen Gewahrsam i. S. v. § 35 handelt. 26

Adressat des Durchsetzungsgewahrsams nach Nr. 3 ist der Adressat der Platzverweisung bzw. des Aufenthaltverbotes, der die entsprechende Anordnung nicht befolgt. 27

Insbesondere bei der Durchsetzung einer Platzverweisung stellt sich die Frage der rechtsdogmatischen Einordnung eines sog. **Verbringungsgewahrsams**⁶⁰. Dabei handelt es sich um eine vorübergehende Freiheitsentziehung, die darauf abzielt, eine Person an einen anderen Ort zu verbringen und dort wieder freizusetzen; denkbar ist dies auch als „Rückführungsgewahrsam“ etwa an den Wohnort. Bei dieser Maßnahme handelt es sich nicht um einen (Durchsetzungs-)Gewahrsam i. S. v. § 35 Abs. 1 Nr. 3. Der Adressat hat nicht allein die angeordnete örtliche „Verlassungspflicht“ zu dulden, sondern wird darüber hinaus für einen längeren Zeitraum, nämlich denjenigen, den er für die Rückkehr benötigt, hinsichtlich seines Aufenthaltsorts determiniert⁶¹. Während der „Rückführungsgewahrsam“ an den Wohnort gegebenenfalls aufgrund der geringeren Belastungsintensität noch als Durchsetzungsgewahrsam qualifiziert werden kann, scheidet dies für die Verbringung aus⁶². Die Freiheitsentziehung ist in solchen Fällen nachrangig. Nahe liegt die Einordnung als Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung nach §§ 50 ff. 28

Unabhängig von der dogmatischen Einordnung wird einem Verbringungsgewahrsam häufig der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entgegenstehen⁶³. Dieser kann gegenüber einem länger andauernden Verbleib im Polizeigewahrsam selbst das mildere Mittel darstellen. Ist die Verbringung innerhalb angemessener Frist und mit zumutbarem Aufwand rückgängig zu machen, kann sie daher durchaus verhältnismäßig sein. Zu berücksichtigen sind aber die Umstände des Einzelfalls, etwa der Gesundheitszustand des Verbrachten, die Tageszeit, die Witterungs- und Straßenverhältnisse etc.⁶⁴. 29

59 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 50; → § 35 PolG Rn. 28.

60 Thiel, POR, § 10 Rn. 146 ff.; grundsätzlich ablehnend etwa Guckelberger, JA 2015, 926 (934).

61 Thiel, POR, § 10 Rn. 147.

62 So auch Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 72; Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 172; Götz/Geis, § 17 Rn. 41; Schenke, Rn. 157; siehe auch Leggereit, NVwZ 1999, 263 (264); Schucht, DÖV 2011, 553 (558 f.); siehe auch Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 551 f.: aliud gegenüber Gewahrsam; a. A. etwa OVG Bremen, Urteil vom 4. November 1986 – 1 BA 15/86 – NVwZ 1987, 235 (236); Kingreen/Poscher, § 16 Rn. 5 f.; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 1.

63 Thiel, POR, § 10 Rn. 149; siehe auch Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 19.

64 Vgl. Thiel, POR, § 10 Rn. 149.

4. Durchsetzungsgewahrsam nach Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot (Nr. 4)

- 30 Gemäß **Nr. 4** kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um eine Wohnungsverweisung oder ein Rückkehrverbot nach § 34a durchzusetzen. Mit der Wohnungsverweisung wird dem Adressaten gegenüber angeordnet, die Wohnung für eine bestimmte Zeit zu verlassen; sie wird regelmäßig mit einem Rückkehrverbot kombiniert⁶⁵. Hinsichtlich der Frage, ob diese „Grundverfügungen“ rechtmäßig sein müssen, um im Wege einer Ingewahrsamnahme durchgesetzt werden zu können, wird auf die Ausführungen zu Nr. 3 verwiesen⁶⁶.
- 31 Die Ingewahrsamnahme muss **unerlässlich** sein, um eine Wohnungsverweisung oder ein Rückkehrverbot nach § 34a durchzusetzen⁶⁷.

5. Gewahrsam zum Schutz privater Rechte (Nr. 5)

- 32 Eine polizeiliche Ingewahrsamnahme kann nach **Nr. 5** erfolgen, wenn das unerlässlich ist, um private Rechte zu schützen, und wenn eine Festnahme und Vorführung der Person nach den §§ 229, 230 Abs. 3 BGB zulässig ist. Die Tatbestandsvariante ist von nur geringer praktischer Bedeutung⁶⁸. Sie soll es der Behörde ermöglichen, „private“ Freiheitsentziehungen auf der Grundlage zivilrechtlicher Selbsthilferechte weitestgehend zu vermeiden⁶⁹. Es erfolgt daher eine polizeiliche Ingewahrsamnahme als Substitut für ein Tätigwerden eines Privaten.
- 33 Erforderlich ist zunächst, dass **private Rechte** geschützt werden sollen. Der Inhaber des gefährdeten Rechts muss glaubhaft machen, dass ihm gegen die in Gewahrsam zu nehmende Person eine Geldforderung oder ein Anspruch zusteht und dass er einen Arrestantrag gestellt hat oder eine solche Antragstellung unmittelbar bevorsteht⁷⁰. Die Ingewahrsamnahme muss **unerlässlich** sein, um diese Rechte zu schützen; sie kommt also nur als ultima ratio in Betracht⁷¹.
- 34 Darüber hinaus muss eine **Festnahme und Vorführung der Person nach den §§ 229, 230 Abs. 3 BGB zulässig** sein. Nach § 229 BGB handelt u. a. derjenige, der zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt, nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Gemäß § 230 Abs. 3 BGB ist

65 Zur Durchsetzung familiengerichtlicher Anordnungen nach § 1 GewSchG vgl. Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 56: keine Durchsetzung nach Nr. 4, aber ggf. nach Nr. 2 (Zuwiderhandlung gegen vollstreckbare Anordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 3 GewSchG ist nach § 4 GewSchG eine Straftat).

66 → § 35 PolG Rn. 25.

67 → § 35 PolG Rn. 26.

68 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 59; Möller/Warg, Rn. 367; Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 11.

69 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 11.

70 Eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 61; Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 178.

71 Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 13; → § 35 PolG Rn. 26.

im Fall der Festnahme des Verpflichteten, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgericht zu beantragen, in dessen Bezirk die Festnahme erfolgt ist; der Verpflichtete ist unverzüglich dem Gericht vorzuführen. Diese Voraussetzungen müssen vorliegen bzw. jedenfalls glaubhaft gemacht werden⁷²; dies gilt insbesondere für die Unerreichbarkeit rechtzeitiger obrigkeitlicher Hilfe⁷³. Nach Nr. 35.12 Satz 1 VVPolG ist – sofern eine gerichtliche Entscheidung nach § 36 herbeigeführt wird – die berechtigte Person unverzüglich zu unterrichten und darauf hinzuweisen, dass sie die Möglichkeit hat, gem. § 918 ZPO einen über die Ingewahrsamnahme hinausgehenden Sicherheitsarrest beim Arrestgericht (§ 919 ZPO) zu beantragen; die verpflichtete Person ist im Falle eines Sicherheitsarrestantrages der berechtigten Person durch die Polizei dem Arrestgericht vorzuführen.

Adressat der Ingewahrsamnahme ist bei Nr. 5 diejenige Person, der gegenüber die Selbsthilferechte geltend gemacht werden können⁷⁴. 35

6. Durchsetzungsgewahrsam nach Aufenthaltsanordnung, Kontaktverbot oder Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung (Nr. 6)

Nach **Nr. 6** kann die Polizei eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um eine Aufenthaltsanordnung oder ein Kontaktverbot nach § 34b oder die Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung nach § 34c durchzusetzen. Mit der Aufnahme dieser Befugnisse durch das Gesetz zur Stärkung der Sicherheit in Nordrhein-Westfalen – Sechstes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13. Dezember 2018⁷⁵ wurde zugleich mit Nr. 6 eine korrespondierende Ermächtigung zu einem Durchsetzungsgewahrsam geschaffen. Hinsichtlich der Frage, ob diese „Grundverfügungen“ rechtmäßig sein müssen, um im Wege einer Ingewahrsamnahme durchgesetzt werden zu können, wird auf die Ausführungen zu Nr. 3 verwiesen⁷⁶. 36

Anzumerken ist, dass der Durchsetzungsgewahrsam nach Nr. 6 zumindest bei der Aufenthaltsanordnung und der Anordnung einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung anders als z. B. bei einem Platzverweis oder einem Aufenthaltsverbot **zur Durchsetzung nicht unmittelbar beiträgt**⁷⁷. Im Sinne der Ermöglichung eines „Erzwingungsgewahrsams“ darf die Vorschrift aber nicht fehlgedeutet werden; auch darf er nicht als Sanktion für die Nichtbefolgung eingesetzt werden⁷⁸. Der Gewahrsam dient vielmehr dazu, anstelle der nicht befolgten Anordnungen die diesen zugrunde liegende Gefahrenlage zu beheben. 37

72 Vgl. Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 3.5.

73 Thiel, POR, § 10 Rn. 152.

74 Thiel, POR, § 10 Rn. 153.

75 GV. NRW. S. 684 ff.

76 → § 35 PolG Rn. 25.

77 Vgl. auch Dietlein, in: Dietlein/Hellermann, § 3 Rn. 178a.

78 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 58; siehe kritisch auch Thiel, POR, § 10 Rn. 154.

- 38 Die Ingewahrsamnahme muss auch bei Nr. 6 zur Durchsetzung **unerlässlich** sein⁷⁹. Dies ist bei der Aufenthaltsanordnung und bei der Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung so auszulegen, dass die Ingewahrsamnahme unerlässlich zur Abwehr der diesen Maßnahmen zugrunde liegenden Gefahrenlage sein muss⁸⁰.
- 39 **Adressat** hinsichtlich der Ingewahrsamnahme nach Nr. 6 ist der Adressat der jeweils „durchzusetzenden“ Grundverfügung, also der Aufenthaltsanordnung, des Kontaktverbots bzw. der Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung⁸¹.

III. Ingewahrsamnahme von Minderjährigen (Abs. 2)

- 40 Gemäß Abs. 2 kann die Polizei **Minderjährige**, die sich der Obhut der Sorgeberechtigten entzogen haben, in Gewahrsam nehmen, um sie den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen („Zuführungsgewahrsam“⁸²). Die Regelung ist bezüglich der Ingewahrsamnahme von Minderjährigen, also Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl. § 2 BGB zum Eintritt der Volljährigkeit), nicht abschließend; auch die in Abs. 1 Nr. 1 bis 6 normierten Tatbestandsvarianten können in Bezug auf Minderjährige anwendbar sein. Absatz 2 ist vor allem dann einschlägig, wenn es gerade das Ziel der polizeilichen Ingewahrsamnahme ist, den Minderjährigen in die Obhut der Sorgeberechtigten bzw. des Jugendamts zurückzubringen. In diesen Fällen fehlt es oftmals an den Voraussetzungen der anderen Gewahrsamstatbestände, insbesondere in § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 (keine Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit⁸³, keine Gefahr für Leib oder Leben bzw. kein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand und keine hilflose Lage)⁸⁴. Gefährdet ist indes in den Fällen des Abs. 2 das elterliche Erziehungsrecht (vgl. Art. 6 Abs. 1 GG)⁸⁵.
- 41 Zu beachten sind spezialgesetzliche Regelungen, etwa **§ 8 JuSchG**⁸⁶: Hält sich ein Kind oder eine jugendliche Person an einem Ort auf, an dem ihm oder ihr eine unmittelbare Gefahr für das körperliche, geistige oder seelische Wohl droht, so hat die zuständige Behörde oder Stelle die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen (Satz 1). Nach Satz 2 hat sie, wenn nötig, das Kind oder die jugendliche Person zum Verlassen des Ortes anzuhalten bzw. der erziehungsberechtigten Person i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGV VIII zuzuführen oder, wenn keine erziehungsberechtigte Person erreichbar ist, in die Obhut des Jugendamtes zu bringen.
- 42 Nach § 35 Abs. 2 ist erforderlich, dass sich der Minderjährige der **Obhut der Sorgeberechtigten entzogen** hat. Der Obhut entziehen kann er sich etwa durch ein Entfernen aus der unmittelbaren Aufsicht, durch ein „Weglaufen“ oder „Untertauchen“.

79 → § 35 PolG Rn. 26.

80 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 58.

81 Thiel, POR, § 10 Rn. 155.

82 Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 553.

83 Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 15.

84 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 62.

85 Gusy, Rn. 298.

86 Thiel, POR, § 10 Rn. 156; eingehend Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 6.1.

Der Minderjährige muss sich selbst zumindest für eine gewisse Dauer ohne Wissen des Sorgeberechtigten entfernt haben, und diesem muss der Aufenthaltsort des Minderjährigen unbekannt sein⁸⁷. Wird er durch eine Person der Obhut des Sorgeberechtigten entzogen, ist § 35 Abs. 2 nur bei einem freiwilligen Verbleib des Minderjährigen einschlägig; wird er gegen seinen Willen festgehalten, kommt vor allem eine Ingewahrsamnahme nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 in Betracht⁸⁸. Nicht erforderlich ist für § 35 Abs. 2, dass von dem Minderjährigen eine konkrete Gefahr ausgeht oder ihm eine solche droht (vgl. Nr. 35.2 VVPoIG).

Wer **Sorgeberechtigter** ist, ergibt sich aus den familienrechtlichen Bestimmungen in §§ 1629 ff. BGB. Entscheidend ist die Personensorge, die nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB grundsätzlich den Eltern zugewiesen ist. Nach § 1631 Abs. 1 BGB umfasst die Personensorge insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Sonderregelungen trifft § 1626a BGB bei nicht miteinander verheirateten Eltern. Sorgeberechtigt kann ferner der Vormund (§§ 1773 ff. BGB) oder der Pfleger (§§ 1909 ff. BGB) sein⁸⁹. 43

Die Ingewahrsamnahme durch die Polizei muss den **Zweck** verfolgen, den **Minderjährigen den Sorgeberechtigten oder dem Jugendamt zuzuführen** („um [...] zuzuführen“). Sobald die Möglichkeit der „Übergabe“ besteht, ist der Gewahrsam nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 zu beenden; eine richterliche Entscheidung ist häufig nach § 36 Abs. 1 Satz 2 entbehrlich, weil anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme, also der Zuführung zum Sorgeberechtigten bzw. zum Jugendamt, ergehen würde. 44

Adressat der Maßnahme ist der Minderjährige, der sich der Obhut des Sorgeberechtigten entzogen hat. 45

Ob der Minderjährige nach Abs. 2 in Gewahrsam genommen wird, liegt im **Ermessen** der Polizei. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägungen sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere das Alter und die Reife des Minderjährigen (die Einfluss auf die Reichweite seines Selbstbestimmungsrechts hinsichtlich seines Aufenthaltsortes haben⁹⁰), die Glaubhaftigkeit seiner Versicherungen und die Frage, ob die Zuführung zu den Sorgeberechtigten für diese oder den Minderjährigen weitere Gefahren verursachen kann (z. B. bei jugendlichen Intensivtätern, häuslicher Gewalt etc.)⁹¹. 46

87 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 63; Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 15; ähnlich Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 6.2, aber auch bei Wahl eines dem Sorgeberechtigten bekannten Aufenthaltsortes gegen dessen Willen.

88 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 63, verweist u. a. auch auf § 35 Abs. 1 Nr. 2 und § 235 StGB (Kindesentziehung); auf Grundlage dieser Vorschriften kommt aber nicht die Ingewahrsamnahme des Minderjährigen in Betracht.

89 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 63; Tegtmeyer/Vahle, § 35 Rn. 15.

90 Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 553.

91 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 64; eingehend Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 6.2.

IV. Ingewahrsamnahme von entwichenen Personen (Abs. 3)

- 47 Gemäß **Abs. 3** kann die Polizei eine **Person**, die aus dem Vollzug von Untersuchungshaft, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung **entwichen ist oder sich sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält**, in Gewahrsam nehmen und in die Anstalt zurückbringen („Rückführungsgewahrsam“⁹²).
- 48 Der Vollzug der **Untersuchungshaft** ist die auf einem Haftbefehl (nicht: auf einem Unterbringungsbefehl nach § 126a StPO) beruhende Freiheitsentziehung wegen dringenden Tatverdachts und Vorliegens eines Haftgrundes (§§ 112 ff. StPO)⁹³. **Freiheitsstrafe** ist die Strafhaft nach der Verurteilung i. S. v. § 38 f. StGB einschließlich der Ersatzfreiheitsstrafe nach § 43 StGB⁹⁴. Zu den freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung sind zu zählen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB), in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) sowie in der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB).
- 49 **Entwichen** ist, wer sich ohne Erlaubnis aus dem Vollzug entfernt hat. Es kann auch eine Person in Gewahrsam genommen werden, die sich **sonst ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält**; dies ist etwa dann der Fall, wenn sie zwar nicht unerlaubt entwichen ist, sondern z. B. bei einem erlaubten Ausgang nicht oder nicht rechtzeitig in die Justizvollzugsanstalt zurückkehrt⁹⁵. In Bezug auf andere Einrichtungen ist Abs. 3 nicht anwendbar, auch nicht entsprechend⁹⁶.
- 50 Ungeschriebene, „negative“ tatbestandliche Voraussetzung ist, dass **kein Ersuchen der Strafvollzugsbehörde bzw. Anstalt zur Amts- bzw. Vollzugshilfe** vorliegt (so auch Nr. 35.3 Satz 1 VVPoIG)⁹⁷. In diesen Fällen würde die Polizei nicht originär tätig, sondern lediglich im Rahmen der Vorschriften über die Amts- oder Vollzugshilfe (vgl. §§ 47–49) in Verbindung mit den Ermächtigungsgrundlagen für die ersuchende Behörde, z. B. § 87 Abs. 1 StVollzG, § 457 Abs. 2 und 3 StPO⁹⁸. In der Praxis verbleibt für Abs. 3 daher nur ein vergleichsweise geringer Anwendungsbereich⁹⁹. Dass die Vorschrift trotz der bundesrechtlichen Regelungen fortbesteht, beruht darauf, dass es sich um eine präventivpolizeiliche Maßnahme handelt¹⁰⁰.
- 51 Mit der „**Übergabe**“ der Person an die Anstalt endet der polizeiliche Gewahrsam i. S. v. § 38 Abs. 1 Nr. 1. Für die Zurückbeförderung der betroffenen Person sind nach Nr. 35.3 Satz 3 VVPoIG möglichst die Sammeltransporteinrichtungen der Justizbehörden in Anspruch zu nehmen.

92 Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 554.

93 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 66.

94 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 66: nicht die Jugendstrafe.

95 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 66; Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 17.

96 Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 66.

97 Vgl. auch Tegtmeier/Vahle, § 35 Rn. 17; Tetsch/Baldarelli, § 35 Anm. 7; siehe auch Gusy, Rn. 298.

98 Thiel, POR, § 10 Rn. 157; eingehend Basteck, in: BeckOK-PolR NRW, § 35 PolG Rn. 66.1.

99 Vgl. auch Graulich, in: Lisken/Denninger, Kap. E, Rn. 554.

100 Schenke, Rn. 158.

Adressat der Maßnahme ist die entwichene Person bzw. diejenige, die sich ohne Erlaubnis außerhalb der Justizvollzugsanstalt aufhält. 52