



LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME  
17/2019**

Alle Abg

Forschungsinstitut für  
öffentliche und private  
Sicherheit (FÖPS Berlin)

Prof. Dr. Clemens Arzt  
Direktor

Alt-Friedrichsfelde 60  
10315 Berlin

[www.foeps-berlin.org](http://www.foeps-berlin.org)  
[foeps@hwr-berlin.de](mailto:foeps@hwr-berlin.de)

## **Siebttes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes NRW**

### **Gesetzentwurf der Landesregierung**

**Drs. 17/7549  
vom 1. Oktober 2019  
und  
Änderungsantrag und 17/7624**

Stellungnahme zur Anhörung im Innenausschuss  
des Landtages NRW am 12. November 2019

Prof. Dr. Clemens Arzt  
Fachbereich Polizei und Sicherheitsmanagement der HWR Berlin  
Direktor Forschungsinstitut für Öffentliche und Private Sicherheit (FÖPS Berlin)

Berlin, 10. November 2019



## I. Einleitung

Ein knappes Jahr nach den umfassenden Änderungen des PolG im Dezember 2018<sup>1</sup> soll eine erneute Änderung des PolG NRW umgesetzt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>2</sup> soll diese folgende Ziele erreichen:

- a) Ermächtigung des Innenministers zum Erlass einer Rechtsverordnung zur Regelung des Vollzugs des Polizeigewahrsams anstelle interner Dienstvorschriften.
- b) Einsatz von Bediensteten, die nicht Polizeivollzugsbeamt\*innen sind, im Polizeigewahrsam.
- c) Entfristung der Zulässigkeit des polizeilichen Bodycam-Einsatzes.
- d) Erstmalige Zitierung des Art. 8 GG im Polizeigesetz und damit Abschaffung des Grundsatzes der „Polizeirechtsfestigkeit“ der Versammlung.
- e) Weitere redaktionelle und klarstellende Änderungen.

Alternativen hierzu werden ohne weitere Stellungnahme ausgeschlossen, wiewohl vorhanden.

## II. § 7 (Zitierklausel)

Begründet wird die Ergänzung um die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen in die durch Art. 8 GG geschützte Versammlungsfreiheit unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerfG zur Kennzeichenkontrolle vom 18.12.2018 (1 BvR 2795/09 und 3187/10).

Dass **Identitätsfeststellungen** im Zugang zu von Art. 8 GG geschützten **Versammlungen** einen **Eingriff in die Versammlungsfreiheit** darstellen, weil so die Teilnehmer\*innen namhaft gemacht und einer Speicherung unterworfen werden können, ist indes nicht erst seit dem Dezember 2018, sondern seit der „Brokdorf-„Entscheidung des BVerfG (vgl. nur BVerfGE 69, 315, 349 unter Verweis auf BVerfGE 65, 1, 43; s.a. BVerfGE 84, 203, 209) und aus vielen Stimmen hierzu in der Literatur (vgl. nur die Nachweise in BVerfG 1 BvR 142/15 Rn. 36) bekannt, dennoch aber vom Gesetzgeber in NRW bisher ohne Beachtung geblieben. Nicht ohne Grund hat bspw. Berlin Kontrollstellen zur Verhütung von Straftaten nach § 27 schon seit langem aus den Befugnisnor-

---

<sup>1</sup> Gesetz vom 13. Dezember 2018 (GV. NRW. S. 684, ber. 2019 S. 23), in Kraft getreten am 20. Dezember 2018 und Gesetz vom 18. Dezember 2018 (GV. NRW. S. 741, ber. 2019 S. 23), in Kraft getreten am 29. Dezember 2018.

<sup>2</sup> Drs. 17/7549 vom 1.10.2019.



men des Polizeirechts gestrichen. Andere Länder und auch NRW haben hingegen Identitätsfeststellungen im Zugang zu Versammlungen unter Verstoß gegen das Zitiergebot bisher zugelassen (vgl. nur *Enders* in: Dürig/Friedel, Versammlungsrecht § 2 Rn. 36).

Nicht erkennbar ist nach der hier vertretenen Auffassung, wie eine Identitätsfeststellung nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 dazu dienen könnte, Straftaten nach § 27 des Versammlungsgesetzes zu verhüten. Bei **Vorfeldkontrollen** im Umfeld von Versammlungen geht es insbesondere um das Auffinden von **verbotenen Vermummungsgegenständen** (wobei polizeilich meist übersehen wird, dass ein gleichsam absolutes Vermummungsverbot bei Versammlungen als solches nicht besteht, sondern nur ein Verbot, nach anderen Normen zulässige Identitätsfeststellungen zu verhindern; vgl. nur *Ullrich*, Demonstrationsrecht, 2015, S. 370), von verbotenen **Schutzgegenständen** und von **Waffen**.

§ 12 Abs. 1 Nr. 4 verlangt mithin, dass die Kontrollstelle eingerichtet worden sein muss, um die in der Norm genannten Straftaten zu verhüten. Hiervon kann indes nicht mehr gesprochen werden, wenn die **Kontrollstelle zur Verhütung der betreffenden Straftaten offensichtlich ungeeignet** ist (BeckOK PolR NRW/*Ogorek*, 12. Ed., PolG NRW § 12 Rn. 31; kritisch auch BeckOK/*Bäuerle*, Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, 15. Ed. § 18 HSOG Rn. 84). Dies ist regelmäßig der Fall, weil vorgenannte Gegenstände mittels einer Identitätsfeststellung nicht aufgefunden werden können. Hierzu kann allein die Durchsuchung führen, wohingegen der Identitätsfeststellung vorwiegend einschüchternde Wirkung zukommt und anlasslos im Sinne einer Ortshaftung alle potentiellen Teilnehmer\*innen einer Versammlung unabhängig von ihrem Verhalten treffen kann. Eine Begrenzung des weiten Tatbestandes findet allein im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Stütze.

Problematisch ist zudem, dass § 12 Abs. 1 Nr. 4 für die **Identitätsfeststellung keine hinreichenden tatbestandlichen Eingrenzungen** enthält (vgl. BVerfG 1 BvR 142/15 Rn. 136.) Bei fehlenden hinreichend klaren und begrenzenden Maßgaben der Vorschrift für die Einrichtung der Kontrollstellen setzt der Befugnistatbestand zur Gefahrenabwehr indes nach Auffassung des BVerfG bei verfassungskonformer Auslegung eine im Einzelfall bestehende (dh konkrete) Gefahr voraus, dass Straftaten, wie sie mit der Kontrollstelle verhindert werden sollen, tatsächlich bevorstehen ((BeckOK PolR Bayern/*Senftl*, 10. Ed., PAG Art. 13 Rn. 13)). Dies sollte in der Novelle berücksichtigt werden.

Hielte man die Regelung in § 12 Abs. 1 Nr. 4 hingegen für hinreichend bestimmt und auch geeignet, ist eine Zitierung des Art. 8 GG im Polizeigesetz unabdingbar, was – wie ausgeführt – der Gesetzgeber in NRW offenkundig nicht beachtet hat. Aus dieser Sicht



wäre also eine Aufnahme des Art. 8 GG in § 7 zu begrüßen. **Vorzugswürdig** ist indes, **alle Eingriffe in die Versammlungsfreiheit in einem Versammlungsgesetz** als *lex specialis* zu regeln, weil sonst die **Polizei im Versammlungsgeschehen auf Eingriffsbefugnisse** aus dem **Versammlungsrecht** und aus dem **Polizeirecht** nebeneinander zurückgreifen darf.

Durch die jetzt vorgeschlagene Aufnahme des Art. 8 GG in das PolG wird jedoch der Grundgedanke einer **Polizei(rechts-)festigkeit der Versammlung** (hierzu bspw. *Kniesel* in Versammlungsgesetze, 17. Aufl., I 392 ff.; *Dürig-Friedl* in: ebd. Versammlungsrecht, Einl. Rn 45 und § 15 Rn. 6; *Brenneisen/Wilksen/Staack/Martins*, VersFG SH § 13 Rn. 8 und passim) verlassen, der einerseits zu einer Transparenz und hinreichenden Bestimmtheit von Eingriffsbefugnissen beiträgt, andererseits vermeidet, dass die Polizei zu Einschränkung der Versammlungsfreiheit nicht alleine im Versammlungsrecht befugt wird und hiermit uU **suggeriert wird, auch andere Eingriffe in die Versammlungsfreiheit seien nach dem Polizeirecht zulässig**. Eine klare Zuordnung gefahrenabwehrrechtlicher Befugnisse gegen die Versammlung wird damit erschwert und der **Gedanke der Polizei(rechts-)festigkeit der Versammlung nunmehr explizit aufgehoben**. Dies mag verfassungsrechtlich zulässig sein, aus Sicht des Eingriffsrechts und mit Blick auf den Schutz der Versammlungsfreiheit bei polizeilichen Maßnahmen ist dies abzulehnen.

Versammlungsspezifische Gefahren können und sollen gerade nicht mit Mitteln des Polizeirechts bekämpft werden. Hier geht es indes nach dem Willen des Gesetzgebers durch den Verweis auf § 27 VersG erkennbar allein um solche Gefahren. Das **Polizeirecht** ist jedoch gerade **nicht für die Bekämpfung versammlungsrechtlicher Gefahren vorgesehen**. Zwar enthält das VersG des Bundes, das in NRW trotz einer seit 2006 kompetenziell zulässigen Regelung des Versammlungsgeschehens durch die Länder noch immer angewandt wird, keine vergleichbaren Befugnisse und damit ein Regelungsdefizit. Dies kann indes nicht durch Abstinenz des Landesgesetzgebers in der Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren durch einschlägiges Landesrecht einerseits und eine **Ausweitung des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts auf die Versammlung** andererseits kompensiert werden (so zutreffend *Schoch* in: Besonderes Verwaltungsrecht, Kap. 1 Rn. 217 mwN), wie dies nur aber angestrebt wird. Damit **verlässt NRW die Abgrenzung von allgemeiner und besonderer Gefahrenabwehr** und öffnet dem Missverständnis auf Seiten der Gesetzesanwender die Tür, Polizeirecht sei nun auch im Bereich der Versammlungsfreiheit anwendbar.

Der verfassungsrechtlich „saubere“ und **für die Polizeipraxis bessere Weg**, einen Ausweg aus möglichen Defiziten des VersG des Bundes (so zB auch für den individuellen Teilnehmerrauschluss) zu finden, ist allein die **Statuierung eines Landesver-**



**sammlungsgesetzes**, wozu NRW seit 13 Jahren die Gesetzgebungskompetenz besitzt.

### III. § 15b (Datenerhebung zur Eigensicherung)

Der bisherige Verweis wurde anlässlich der Änderungen 2018 nicht angepasst. Gegen die Korrektur dieses Fehlers bestehen keine Bedenken, gegen die in Bezug genommen Normen, insbesondere Absatz 2, hingegen durchaus (vgl. BeckOK/Arzt, PolG NRW, 13. Ed., § 24 Rn. 21 ff. (im Erscheinen)).

### IV. § 15c (Bodycams)

#### 1. Änderung Absatz 4

Geändert werden soll Absatz 4 Satz 2 durch Hinzufügung einer neuen Ziffer 3, wonach auf Verlangen der betroffenen Person eine Löschung zu unterbleiben hat, für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der aufgezeichneten polizeilichen Maßnahme. Dieser nunmehr endlich auch gesetzlich abgesicherte Anspruch des Betroffenen ist grundsätzlich zu begrüßen und wurde vom Unterzeichner schon anlässlich der Einführung der Bodycam als von Art. 19 Abs. 4 GG geboten angesehen (vgl. Stellungnahme 16/2458 zur Drucksache 16/5923 zur Anhörung Innenausschuss 13.1.2015, S. 12 ff.).

Dennoch ist hier anzumerken, dass die **Löschfrist** als solche in der derzeitigen Regelung deutlich **zu lang** und auch **inkonsistent mit Blick auf vergleichbare Regelungen im PolG NRW** ist. Bereits aus dem seinerzeitigen Gesetzentwurf (Drucksache 16/5923) ergab sich nicht, weshalb die zulässige Speicherdauer so lang bemessen wurde und deutlich von der vergleichbaren Maßnahme nach **§ 15b S. 3** abweicht, der eine Löschung „am Tage nach dem Anfertigen“ vorschreibt. Unklar ist auch, weshalb hier eine andere Regelung als in § 15a Abs. 2 gewählt wurde, der ohne erkennbaren Grund wiederum eine andere Frist als § 15 vorsieht, obgleich es sich hierbei durchaus um vergleichbare Maßnahmen handelt. Es ist dem Gesetzgeber damit bisher offenkundig nicht gelungen, ein inhaltlich aufeinander abgestimmtes Konzept von Löschfristen bei den verschiedenen Maßnahmen der Videoüberwachung (im weiteren Sinne) gesetzlich zu verankern.

Wenn § 15a bei der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Orte in Abs. 2 eine Löschfrist von 14 Tagen (unklar ist dabei der sprachliche Unterschied zu § 15c) vorsieht, ist zu bedenken, dass bei einer gleichsam „ziellosen“ Videoüberwachung hinreichend Zeit für deren Auswertung benötigt wird. Folglich sieht der mit § 15c als Maßnahme der Eigensicherung vergleichbare § 15b S. 3 vor, dass eine Löschung „am Tage nach dem Anfertigen“ zu erfolgen hat. Dies ist ausreichend und aus grundrechtlicher



Sicht angemessen, weil hier – anders als bei § 15a – die Polizeidienstkräfte unmittelbar selbst vor Ort sind und noch dort, sonst aber binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Einsatzes beurteilen können, ob eine Zweckänderung zu Zwecken der Strafverfolgung notwendig ist oder nicht.

Verfassungsrechtlich geboten mit Blick auf den **deutlichen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** durch die Speicherung für 2 Wochen und mit Blick auf vergleichbare Regelungen in § 15b Satz 3 sinnvoll wäre es daher auch hier, eine **Nutzung** der gespeicherten Daten für die polizeiliche Aufgabenerfüllung **auf einen Tag zu beschränken**, soweit keine gesetzlich geregelte und zulässige Zweckänderung folgt.

**An Stelle einer Löschung** nach kurzer Frist wäre aber hier (wie auch in § 15b) eine **gesetzliche Sperrung** für einen im Gesetz zu regelnden Zeitraum innerhalb sehr kurzer Frist vorzusehen (so auch *Lachenmann* NVwZ 2017, 1428 f.). Ein erheblicher Mangel der derzeitigen Regelung wie auch der vorgeschlagenen Neureglung ist nämlich die **einseitige Verfügbarkeit der Daten für die Polizei**. Sollen im Einsatz bei konfliktgeladenen Situationen Bodycams genutzt werden, ist nicht plausibel, dass die Entscheidung über eine Fertigung von Bild- und Tonaufnahmen und die Dauer ihrer Speicherung der Polizei zugänglich ist. Es mangelt in diesem Kontext auch an einer klaren Regelung zur Dokumentation der Nutzung der Bodycam. Es muss unzweifelhaft nachvollziehbar sein, ob und wann die Kamera eingeschaltet und wieder ausgeschaltet wurde; dies darf nicht dem „Löschrecht“ der Polizeidienstkräfte überlassen werden (vgl. *Feltes*, Stellungnahme Innenausschuss, 16/4218, 7 ff.).

Im Sinne einer grundrechtsfreundlichen Regelung, die den Anforderungen aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie auch dem Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 19 Abs. 4 gerecht wird, wäre daher eine **Regelung vorzugswürdig**, die sich an den Maßgaben des § 13a Abs. 3 **Sicherheitspolizeigesetz Österreich orientiert**. Dieser legt fest:

*„Zum Zweck der Dokumentation von Amtshandlungen, bei denen die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes Befehls- und Zwangsgewalt ausüben, ist der offene Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abs. zulässig. (...). Die auf diese Weise ermittelten personenbezogenen Daten dürfen nur zur Verfolgung von strafbaren Handlungen, die sich während der Amtshandlung ereignet haben, sowie zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Amtshandlung ausgewertet werden. Bis zu ihrer Auswertung und Löschung sind die Aufzeichnungen gemäß den Bestimmungen des § 14 DSGVO vor unberechtigter Verwendung, insbesondere durch Protokollierung jedes Zugriffs und Ver-*



*schlüsselung der Daten, zu sichern. Sie sind nach sechs Monaten zu löschen; kommt es innerhalb dieser Frist wegen der Amtshandlung zu einem Rechtschutzverfahren, so sind die Aufzeichnungen erst nach Abschluss dieses Verfahrens zu löschen. (...)."*

Anders als § 15c garantiert diese Norm **eine Balance gegenläufiger Interessen**, die von einer strukturellen Ungleichheit mit Blick auf die polizeilichen Befugnisse bis hin zum Zwang geprägt sind. Nicht zulässig ist daher die einseitige Befugnis der Polizei zur Löschung ihr eventuell „missliebiger“ Aufzeichnungen. Vielmehr regelt das österreichische Recht einerseits die Unterbindung des Zugriffs seitens der Polizei, soweit dieser nicht ausnahmsweise zulässig ist, gewährt aber andererseits auch dem Betroffenen ein bereichsspezifisch geregeltes Zugriffsrecht auf die zu seiner Person gespeicherten Bild- und Tonaufzeichnungen.

**Vorzugswürdig** gegenüber der vorgeschlagenen Neuregelung in Satz 2 wäre daher eine **vollständige Novellierung des Absatz 4**. Dort sollte geregelt werden, dass Bild- und Tonaufzeichnungen zum Beispiel ab dem Tag nach ihrer Aufzeichnung für einen in der Norm geregelten Zeitraum zunächst entsprechend § 32 Abs. 3 gesperrt und erst nach Ablauf einer angemessen langen und gesetzlich bestimmten Frist gelöscht werden, soweit diese nicht sonst weiter gespeichert werden dürfen. Zu regeln ist ebenfalls, dass seitens der Polizei auf gesperrte Daten nur unter den Voraussetzungen des § 15c Abs. 4 S. 2 zugegriffen werden darf und diese nach Ablauf der Sperrfrist oder Wegfall des Grundes der Sperrung (zum Beispiel nach rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung) zu löschen sind. Ergänzt werden sollte dies durch ein **bereichsspezifisch geregeltes Einsichtsrecht** des Betroffenen für einen zu bestimmenden Zeitraum, der nicht unter einem Monat liegen sollte, einer allgemein bekannten Frist analog § 70 Abs. 1 VwGO (sa *Krischok* Polizei Info Report 4/2017, 6).

Ist nämlich einerseits die jetzige Speicherfrist von 2 Wochen zu lang, so ist andererseits dieser Zeitraum für den Betroffenen unter Umständen zu kurz für eine wirksame Geltendmachung seiner Rechte aus Art. 19 IV GG vor den Verwaltungsgerichten. Dies kann mit Blick auf den Schutz aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht etwa durch eine Verlängerung der Speicherfrist, sondern allein durch eine **kurzfristige Überführung in den Bestand der für die Aufgabenerfüllung gesperrte Speicherung** erreicht werden.

## **2. Aufhebung Absatz 9**

Für die **Aufhebung des Absatz 9** werden inhaltliche Argumente allein mit Blick auf die polizeiliche Kriminalstatistik und vergleichbare Quellen genannt, die selbstreferentiell qua Anzeigeverhalten steuerbar sind. Rekuriert zur Begründung wird auf Zahlen zu



Gewalttaten gegen Polizisten, wobei der Evaluationsbericht aufzeigt, dass Polizeibeamt\*innen bei Nutzung der Bodycam uU sogar einem höheren Risiko von Übergriffen bei Konfliktsituationen ausgesetzt sind, also ohne.

Ausweislich des **Evaluationsberichts der Landesregierung** ergab sich zur Akzeptanz der Bodycam seitens der Polizeibeamt\*innen zudem ein differenziertes Bild. Zu jeweils gleichen Anteilen bewerteten diese die Bodycam positiv, neutral bzw. negativ. Im zeitlichen Verlauf wurde sogar ein Rückgang des Anteils derjenigen Polizeibeamt\*innen beobachtet, der die Bodycam positiv beurteilte. Eine eindeutig deeskalierende Wirkung konnte nicht nachgewiesen werden. Ob eine zum Teil feststellbare Zunahme von Übergriffen auf ein „unangemessen zurückhaltendes Einschreitenverhalten“ (S. 120) beruhte oder gerade auf der Beachtung tatbestandlicher Anforderungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (ebd. S. 120 f.) wäre zu hinterfragen, wobei dort offenbar das „Amtsdeutsch“ anstelle einer „angemessenen Kommunikation“ (?) als Problem angesehen wird.

Ein eindeutiges Votum für eine Abschaffung der gesetzlichen Befristung der Maßnahme lässt sich diesem Bericht nur schwerlich entnehmen.

## **V. § 19 (Einsatz von V-Personen)**

Die Streichung ist notwendig, weil der Verweis seit der Novelle 2018 ins Leere geht. § 16a Abs. 2 und 3 wurden bereits seinerzeit aufgehoben, was dem Gesetzgeber offenbar entgangen war. In der Gesetzesbegründung (Drs. 17/7549, S. 28) zur Streichung dieser Regelungen wird zur Begründung darauf verwiesen, der Regelungsgehalt der vorgenannten Norm sei in § 22b überführt worden, wohingegen in der Gesetzesbegründung vom 9.5.2018 (Drs. 17/2576, S. 65) zur Streichung in § 16a auf eine Neuregelung in § 23a verwiesen wird, den der Gesetzentwurf indes selbst nicht beinhaltete.

Der Gesetzgeber geht also zutreffend davon aus, dass die bisherige Verweisungskette obsolet ist und die seinerzeit in Bezug genommenen Regelungen nunmehr sich in § 22b befinde, ohne diese dabei näher zu bezeichnen. Gemeint sind damit wohl die Regelungen in § 22b Abs. 1 und 3, die durchaus kritisch zu bewerten sind (vgl. BeckOK/Arzt, PolG NRW, 13. Ed., § 22b Rn. 7 ff. (im Erscheinen)).

## **VI. §§ 20c, 23**

Die Änderungen sind zu begrüßen.



## VII. § 31 (Rasterfahndung)

Die Gesetzesbegründung (S. 28) führt in der Begründung zu a) aus, die Verweisung auf § 16 sei obsolet, weil die dortige Regelung in § 22b überführt worden sei. Gemeint ist hier wohl § 16a Abs. 2 Satz 2 und 3. Zur Kritik an den Neuregelungen in § 22b siehe oben unter V. (am Ende). Die Aufhebung des Absatz 5 wird durch die Neuregelung in § 33 Abs. 1 Nr. 9 kompensiert.

## VIII. §§ 33 und 33b

Die Änderungen sind zu begrüßen.

## IX. § 37 Abs. 4 (Wahrnehmung von Aufgaben im Gewahrsam durch andere als Vollzugsbeamt\*innen)

### 1. Übertragung von Aufgaben auf Angestellte

Die vorgeschlagene Neuregelung in Absatz 4 Satz 1 steht in einem **Spannungsverhältnis** mit Art. 33 Abs. 4 GG (**Funktionsvorbehalt**) und der **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts** (vgl. BVerfGE 9, 268 hierzu, auf welche die Gesetzesbegründung auch verweist; s.a. BVerfGE 130, 76, 114 ff.; 119, 247). Die **verfassungsrechtlichen Bedenken** werden indes **nicht inhaltlich ausgeräumt**, sondern zur Begründung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auf vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern verwiesen. Begründet wird die gesetzliche Neuregelung mit einem Mangel an Polizeivollzugsbeamt\*innen, die vorrangig für andere Aufgaben eingesetzt werden sollen (S. 30). Hintergrund der Regelung dürfte aber zumindest auch die deutliche Ausweitung des zeitlichen Rahmens des Polizeigewahrsams durch die Novelle 2018 sein.

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die *„Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.“*

Der verfassungsrechtliche **Funktionsvorbehalt** bindet die Organisationsgewalt des Gesetzgebers und der Exekutive bei der Ordnung und Festlegung der Ämter und Dienstposten sowie die Dienstbehörde bei der Übertragung der Amtsbefugnisse im Einzelfall. Ein gewisser organisatorischer Gestaltungsspielraum und ein personalwirtschaftliches Ermessen ist dadurch eingeräumt, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „als ständige Aufgabe“ „in der Regel“ Beamten** zu übertragen ist. Die Erledigung von nicht auf Dauer angelegten öffentlichen Aufgaben und die vorübergehende Erledigung von auf Dauer bestehenden öffentlichen Aufgaben mit ho-



heitsrechtlichen Befugnissen kann danach auch auf Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst übertragen werden. Die Einschränkung „in der Regel“ besagt, dass auch ständige Aufgaben mit der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst übertragen werden dürfen, wenn das als **Ausnahme von der Regel** erfolgt und sich **vor dem Grundgedanken des Funktionsvorbehalts rechtfertigen** lässt. Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen der Rechtfertigung durch einen spezifischen, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechenden Ausnahmegrund. Ausnahmen vom Funktionsvorbehalt können nicht allein mit dem fiskalischen Gesichtspunkt begründet werden, dass eine Aufgabenwahrnehmung durch Nichtbeamte den öffentlichen Haushalt entlasten würde (Maunz/Dürig/Badura, 87. EL März 2019, GG Art. 33 Rn. 55).

Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG soll gewährleisten, dass die **Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe** regelmäßig den von Art. 33 Abs. 5 GG für das **Berufsbeamtentum** institutionell garantierten **besonderen Sicherungen**, qualifizierter, loyaler und gesetzestreuer Aufgabenerfüllung unterliegt (BVerfG 130, 76, 111 f.). Um die Ausübung **hoheitsrechtlicher Befugnisse** handelt es sich jedenfalls dann, wenn Befugnisse zum Grundrechtseingriff im engeren Sinne ausgeübt werden, die **öffentliche Gewalt also durch Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten** einwirkt (ebd. S. 113).

Für die Frage, ob die Ausübung einer Befugnis als "ständige Aufgabe" übertragen ist, kommt es danach, dem Wortsinn entsprechend, auf die **Dauerhaftigkeit der Aufgabenübertragung, nicht auf die Frequenz** der Befugnisausübung an. Ob die Ausübung der übertragenen hoheitsrechtlichen Befugnis in der Praxis häufig oder selten vorkommt und ob sie das Gesamtbild der Tätigkeit des Ausübungsbefugten prägt oder nicht, kann demgegenüber für die Frage eine Rolle spielen, ob die in Art. 33 Abs. 4 GG offengelassene Möglichkeit einer Ausnahme von der Regel des Funktionsvorbehalts eingreift (ebd. S. 113 f.). Die **Möglichkeit von Ausnahmen** ist demnach nicht zu einem innerhalb gewisser quantitativer Grenzen beliebigen Gebrauch eingeräumt worden, sondern für **Fälle, in denen der Sicherungszweck des Funktionsvorbehalts die Wahrnehmung der betreffenden hoheitlichen Aufgaben durch Berufsbeamte ausweislich bewährter Erfahrung nicht erfordert oder** im Hinblick auf funktionelle Besonderheiten **nicht in gleicher Weise wie im Regelfall angezeigt erscheinen lässt** (ebd. S. 115). Je **intensiver** eine bestimmte Tätigkeit **Grundrechte berührt**, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar (ebd. S. 117).

Diese Kriterien berücksichtigend, spricht hier vieles für einen **Verstoß** der geplanten vollständigen Neuregelung **gegen Art. 33 Abs. 4 GG**, weil **auf Dauer intensive ho-**



**heitliche Eingriffe in das Grundrecht auf Freiheit** auf Polizeibedienstete im Anstellungsverhältnis übertragen werden sollen, die gerade den Anforderungen an Polizeivollzugsbeamte nicht unterliegen. Im Übrigen sei hier aus Gründen der mangelnden Vorbereitungszeit auf die Ausführungen von *Löffelmann* und der *GdP* in dieser Anhörung verwiesen werden.

## ***2. Übertragung von Eingriffsbefugnissen durch Rechtsverordnung***

Mit Blick auf vorstehende Ausführungen zu **Art. 33 Abs. 4 GG** wie auch unter Berücksichtigung der **Wesentlichkeitstheorie**, kann zudem eine Übertragung von Befugnissen im Detail anders als in Absatz 4 Satz 2 vorgeschlagen auch **nicht** durch untergesetzliche Regelungen **im Rahmen einer Rechtsverordnung** geregelt werden, sondern wäre – bei Zulässigkeit an sich – allein durch den Gesetzgeber selbst zu regeln. Die vorgeschlagene Regelung begegnet daher **erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken**.

## **X. § 37a (Fixierung)**

Eine gesetzliche Regelung der Voraussetzungen der Fixierung ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG vom 24.7.2018 (2 BvR 309/15 und 2 BvR 502/16 Rn 64 ff) verfassungsrechtlich unabdingbar. Der Regelungsvorschlag überzeugt indes nicht.

### ***1. Fesselung sämtlicher Gliedmaßen (Satz 1)***

Satz 1 setzt die **Schwelle** für die Rechtsfolgen mit einer Fixierung sämtlicher Gliedmaßen **deutlich zu hoch**. Verfassungsrechtlich relevant ist nicht die Anzahl der gefesselten Gliedmaßen, sondern der **Eingriff in die Freiheit der Person**. Dieser liegt zunächst in der polizeilichen Gewahrsamnahme selbst. Um einen weiteren Eingriff „ergänzt“ wird dieser Eingriff nach der Rechtsprechung des BVerfG ab einer bestimmten zeitlichen Länge sodann durch die Fesselung als weiteren Eingriff in das genannte Grundrecht.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese an einem, zwei, drei oder vier Gliedmaßen erfolgt. Der Regelungsvorschlag, der tatbestandlich ausnahmslos auf eine **Fesselung aller Gliedmaßen** abstellt, könnte zudem durch eine Fesselung an „nur“ drei Gliedmaßen umgangen werden, die aber faktisch ebenfalls zu einer **völligen Aufhebung der Bewegungsfreiheit** führt (anders offenbar der Änderungsvorschlag Drs 17/7624, S. 5 oben, was gerade die Notwendigkeit einer anderen Formulierung belegt).



**Relevant** ist alleine, ob durch die **Fixierung die Bewegungsfreiheit vollständig aufgehoben wird** (vgl. nur § 171a StVollzG). Die Fortbewegungsfreiheit des Betroffenen wird hierbei nach jeder Richtung hin vollständig aufgehoben und damit über das bereits mit der Gewahrsamnahme verbundene Maß hinaus, beschnitten (vgl. BVerfG 24.7.2018 Rn. 70).

Die **besondere Intensität des Eingriffs** folgt daraus, dass ein gezielt vorgenommener Eingriff in die Bewegungsfreiheit als umso bedrohlicher erlebt wird, je mehr der Betroffene sich dem Geschehen **hilflos und ohnmächtig ausgeliefert** sieht. Dies ist bei der Fesselung evident der Fall, insbesondere wenn diese zu einer vollständigen Einschränkung der Bewegungsfreiheit führt. Zu beachten ist dabei auch, dass die hier von Betroffenen für die Befriedigung natürlicher Bedürfnisse völlig von der rechtzeitigen Hilfe durch die Beamt\*innen in der Gewahrsamseinrichtung abhängig sind. Im Verhältnis zu anderen Zwangsmaßnahmen muss die vollständige Fixierung daher regelmäßig als besonders belastend wahrgenommen werden (vgl. BVerfG 24.7.2018 Rn. 71).

## **2. Alleinige Anwendbarkeit auf Gewahrsamseinrichtungen**

Eine **Beschränkung auf Gewahrsamseinrichtungen ist zu eng**. Verfassungsrechtlich relevant ist nach der oben zitierten Rechtsprechung der nach der Gewahrsamnahme durchgeführte weitere Eingriff in die Freiheit der Person durch Fesselung. Die Fixierung stellt eine Freiheitsentziehung iSv Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG dar, wenn diese nicht nur von kurzfristiger Dauer ist. Das gilt auch dann, wenn dem Betroffenen im Rahmen der Unterbringung die Freiheit bereits entzogen worden ist (BVerfG 24.7.2018 Rn. 64). **Abzugrenzen ist** mithin eine **Fesselung nach § 62 PolG von einer Fixierung nach § 37a**.

Diese **Abgrenzung allein nach dem Ort** der Freiheitsentziehung zu ziehen, **überzeugt nicht**. Gerade bei polizeilichen Großlagen kann die Freiheitsentziehung sich über Stunden an anderen Orten als „polizeilichen Gewahrsamseinrichtungen“ hinziehen; weshalb hier bei einer Fesselung von Händen und Füßen und ggf. Fixierung an einem Fahrzeug keine vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit vorliegen sollte, ist nicht nachvollziehbar.

## **3. Tatbestandliche Voraussetzungen aus § 69 Abs. 7 StVollzG NRW**

Die **tatbestandlichen Voraussetzungen** aus dem § 69 Abs. 7 StVollzG NRW sind **deutlich zu weit** für den Fall der nicht nur kurzfristigen polizeilichen Fesselung, für die nach § 62 PolG deutlich niedrigere Eingriffsvoraussetzungen gelten. Hier kann es grundsätzlich mit Blick auf § 38 PolG um eine Fesselung für Stunden oder sogar Tage



gehen. Die Fixierung kann daher nach den insoweit übertragbaren Maßstäben des BVerfG (aaO Rn. 75) allein zur **Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung** sowohl des Betroffenen selbst als auch anderer Personen, hier der Polizeivollzugsbeamt\*innen wie auch Dritten, zulässig sein. Eine Ausweitung auf – im Gesetz nicht näher definierte – **bedeutende Rechtsgüter** (§ 69 Abs. 7 StVollzG NRW) ist **nicht erforderlich** und auch nicht **angemessen**; zudem bestehen erhebliche **Defizite in der Bestimmtheit**.

#### ***4. Anordnungsbefugnis***

Deutliche Beschränkungen sind auch deshalb verfassungsrechtlich erforderlich, weil faktisch die **Anordnung regelmäßig** gerade nicht durch das Gericht, sondern die **Polizei** selbst getroffen werden wird (so auch die Stellungnahme der GdP S. 5, wenn auch zur Frage der ärztlichen Stellungnahme; ebenso die Begründung im Änderungsantrag S. 5 unten).

#### ***5. Nachträgliche Belehrung***

Durch Verweis in Satz 1 gilt auch § 70 Abs. 4 Satz 2 StVollzG NRW, nach dem **nach der Beendigung einer Fixierung**, die nicht richterlich angeordnet worden ist, der Betroffene über die Möglichkeit zu **belehren**, die Rechtmäßigkeit der durchgeführten Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen.

Dies ist mit **§ 428 Abs. 2 FamFG und Art. 5 Abs. 4 EMRK** schwerlich vereinbar, die ein **jederzeitiges Recht des Betroffenen auf gerichtliche Entscheidung** beinhalten. Hierauf ist gerade nicht nach Beendigung der Maßnahme, sondern zu deren **Beginn durch Belehrung** hinzuweisen, um dieses Recht nicht in Leere laufen zu lassen.

*gez. Prof. Dr. Clemens Arzt*