FHöV NRW, Am Stadtholz 24, 33609 Bielefeld

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/2020

Alle Abg

Fachhochschule
für öffentliche Verwaltung
NRW

Münster

Studienort Bielefeld
Am Stadtholz 24
33609 Bielefeld

Prof. Dr. Martin Klein

martin.klein@fhoev.nrw.de

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf 7. Änderungsgesetz des PolG NRW (LT-Drs. 17/7549) und zum Änderungsantrag (LT-Drs. 17/7624)

09.11.2019

1. Allgemeines

Mit dem Gesetzentwurf zum 7. Änderungsgesetz des PolG NRW sollen mit der Ergänzung des § 7 PolG NRW (dazu Nr. 2) und mit dem Änderungsantrag mit der Einfügung einer Ermächtigung zur Fixierung von Personen im Polizeigewahrsam (dazu Nr. 3) bedeutsame Änderungen vorgenommen werden.
Zudem erfolgen Änderungen wie bei §§ 15c, 37 Abs. 4 PolG NRW, die deutliche Rechtsfolgen bewirken (dazu Nr. 4 und 5), teils lediglich redaktionelle Anpassungen (dazu Nr. 6).

2. Aufnahme Art. 8 GG in § 7 PolG NRW

In § 7 PolG NRW soll die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) in die Aufzählung der durch das PolG NRW einschränkbaren Grundrechte aufgenommen werden.

Diese Ergänzung ist nach den Urteilen des BVerfG vom 18.12.2018 zur automatisierten Kennzeichenerfassung in Bayern, Baden-Württemberg und Hessen,[1] die sich unter anderem mit dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG befassen, folgerichtig. Um weiterhin Kontrollstellen vor Versammlungen durchführen zu können, ist die Aufnahme des Art. 8 GG in § 7 PolG NRW zwingend. Anderenfalls steht zu erwarten, dass die Vorschrift des § 12 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW wegen Verstoßes gegen das Zitiergebot für ungültig erklärt wird.

Nach dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG muss ein Gesetz, das ein Grundrecht einschränkt, dieses Grundrecht unter Angabe des betroffenen Grundgesetzartikels nennen. Damit sollen insbesondere versteckte Grundrechtseingriffe verhindert[2] und dem Gesetzgeber die Grundrechtsrelevanz beabsichtigter Regelungen verdeutlicht werden.[3]

In seiner Entscheidung zur Rechtslage in Baden-Württemberg und Hessen[4] wendet das BVerfG die Anforderungen des Zitiergebotes auf Identitätsfeststellungen an polizeilichen Kontrollstellen im Vorfeld von Versammlungen an. Der Schutzbereich des Grundrechts der Versammlungsfreiheit erfasst nach herrschender Ansicht nicht nur die Versammlung selbst, sondern auch die vorgelagerte Phase des Anreisens und Sich-Versammelns.[5] Wird der Zugang zu Versammlungen kontrolliert, erfolgt mithin auch ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit. Kontrollstellen im Vorfeld von Versammlungen sind dementsprechend als Eingriffe in Art. 8 GG einzustufen und unterfallen damit dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Die durch das BVerfG geprüfte landesrechtliche Regelung verstieß daher wegen Nichtberücksichtigung des Art. 8 GG in den einschränkbaren Grundrechten gegen das Grundgesetz.[6]

Diese Situation lässt sich auf die nordrhein-westfälische Rechtslage übertragen. Art. 8 GG ist bislang nicht in die Aufzählung des § 7 PolG NRW der durch das PolG NRW einschränkbaren Grundrechte aufgenommen. Vor dem Hintergrund des Zitiergebotes sind Grundrechtseingriffe in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG mithin ausgeschlossen. Dennoch ermöglicht § 12 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW die Einrichtung von Kontrollstellen, um u.a. Straftaten nach § 27

---

[1] BVerfG NJW 2019, 827 und BVerfG NJW 2019, 842.
[2] BVerfGE 35, 185, 188f.
[3] Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 12.
[4] BVerfG NJW 2019, 842.
[5] BVerfGE 90, 241, 250; BVerfG NJW 2019, 842, 845; a.A. Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 8 Rn. 18.
[6] BVerfG NJW 2019, 842, 845.

VersG zu begegnen.[7] Die zu verhütenden Straftaten können nur in Zusammenhang mit Versammlungen begangen werden, so dass diesbezügliche Kontrollstellen regelmäßig als Eingriffe in die Versammlungsfreiheit zu qualifizieren sind.

Mit der Aufnahme des Art. 8 GG in § 7 PolG NRW wird den Anforderungen des Zitiergebotes genügt und somit verdeutlicht, dass Eingriffe in die Versammlungsfreiheit auf Grundlage des PolG NRW möglich sein sollen.

3. Ermächtigung zur Fixierung

Die Aufnahme einer Ermächtigungsgrundlage für 5-Punkt- und 7-Punkt-Fixierungen von Personen im Polizeigewahrsam ist zu begrüßen. Es ergeben sich jedoch verfassungsrechtliche Risiken.

Unproblematisch erscheinen die nachfolgenden Aspekte:

a) Eigenständiger Grundrechtseingriff
Eine Fixierung geht über den Grundrechtseingriff der Ingewahrsamnahme als solcher hinaus und ist daher als eigenständige Freiheitsentziehung von erheblicher Bedeutung zu qualifizieren.[8]

Zu beachten ist dabei, dass eine Freiheitsentziehung eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraussetzt. Durch das BVerfG wurde festgelegt, dass erst nach absehbarem Ablauf einer halben Stunde keine kurzfristige Fixierung mehr angenommen werden kann.[9] Kürzere Fixierungen sind demgegenüber nicht als eigenständige – über die Ingewahrsamnahme hinausgehende – Grundrechtseingriffe zu verstehen. Entscheidend wird damit die Prognose über die voraussichtliche Dauer der Fixierung. Überschreitet die Dauer einer zunächst als kurzfristig eingeschätzten Fixierung die Grenze der halben Stunde, handelt es sich ungeachtet der zugrunde liegenden Prognose um eine Freiheitsentziehung, die einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage bedarf.

b) Voraussetzungen für Fixierung
Der Gesetzentwurf greift mit dem Verweis auf § 69 Abs. 7 und § 70 Abs. 4 StrafVollzG NRW wesentliche Forderungen des BVerfG auf: Eine Anordnung der Fixierung darf nur bei gewichtigem Grund erfolgen.[10] Die in § 69 Abs. 7 StrafVollzG NRW enthaltene gegenwärtige

[7] Die Anwendbarkeit des PolG NRW ist insoweit nicht durch das VersG gesperrt, vgl. hierzu etwa nur Kniesel/Braun/Keller, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, Rn. 331.
[8] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2621.
[9] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2621.
[10] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2621.

erhebliche Gefährdung ist als gewichtiger Grund zu verstehen: Eine einfache bzw. leichte Gefährdung reicht nicht aus, der erforderliche Grad der Gefährdung entspricht der für die Inanspruchnahme von nicht verantwortlichen Personen nach § 6 PolG NRW; zudem muss der Schadenseintritt unmittelbar bevorstehen oder bereits begonnen haben.

Der Entwurf zu § 37a PolG NRW enthält auch eine Ermächtigung für Grundrechtseingriffe zum Schutz einer Person vor sich selbst. Eine solche Möglichkeit wurde durch das BVerfG ausdrücklich anerkannt und mit der Schutzpflicht des Staates für das Leben des Betroffenen begründet.[11]

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist über Art. 20 Abs. 3 GG und § 2 PolG NRW hinausgehend ausdrücklich in § 69 Abs. 7 StfaVollzG NRW normiert. Eine Fixierung darf nach der Rechtsprechung des BVerfG nur als letztes Mittel vorgesehen werden.[12] Dem wird der Entwurf u.a. mit der Formulierung gerecht, dass eine Fixierung „unerlässlich" sein muss.

d) Richtervorbehalt
Für eine Fixierung als eigenständige Freiheitsentziehung ist der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG zu beachten. Das BVerfG betont die besondere Bedeutung des Richtervorbehalts[13] und fordert, dass nur ausnahmsweise eine nichtrichterliche Anordnung erfolgen dürfe.[14]

Für die Anordnung von Fixierungen verweist die Begründung zutreffend darauf, dass bei Gefahr im Verzug regelmäßig eine vorherige richterliche Anordnung nicht möglich sein wird.[15] Der Entwurf bleibt damit im Rahmen der Vorgaben des BVerfG: „Eine nachträgliche richterliche Entscheidung ist nur dann zulässig, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte (…) Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Maßnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste."[16]

Folge ist jedoch, dass eine richterliche Überprüfung unverzüglich nachzuholen ist, Art. 104 Abs. 2 S. 2

---

[11] Vgl. BVerfG, NJW 2018, 2619, 2621.
[12] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2623.
[13] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2625; siehe auch den Beschluss zum Richtervorbehalt bei nächtlichen Durchsuchungen BVerfG, NJW 2019, 1428.
[14] Der Beschluss des BVerfG führt letztlich zu verschiedenen Anwendungsproblemen, vgl. Klein, Nachtzeit, Einrichtung von richterlichen Bereitschaftsdiensten, Gefahr in Verzug, Kriminalistik 2019, 526.
[15] LT-Drs. 17/7624, S. 5f.; LT-Vorlage 17/2448, S. 18.
[16] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2625.

GG, d.h. „ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt".[17] Diesem Erfordernis trägt der Gesetzentwurf Rechnung.

e) Effektiver Rechtsschutz
Auch den verfassungsrechtlichen Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes wird der Gesetzentwurf gerecht. Die vorgesehene Belehrung mit dem Hinweis auf gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit nebst Dokumentationspflicht entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.[18]

Verfassungsrechtliche Risiken ergeben sich dagegen aus den nachfolgenden Aspekten:

a) Überwachung
Hinsichtlich der Überwachungskompetenz ergeben sich verfassungsrechtliche Risiken.

Bei einer Fixierung als zusätzlichem Freiheitseingriff ergeben sich weitergehende Schutzpflichten des Staates. Das BVerfG hat darauf hingewiesen, dass bei einer Fixierung in einer geschlossenen psychiatrischen Einrichtung eine ärztliche Anordnung und Überwachung erforderlich ist.[19] Weiterhin ist eine Eins-zu-eins-Betreuung während der Durchführung der Fixierung durch therapeutisches oder pflegerisches Personal zu gewährleisten.[20]

Problematisch erscheint daher, dass die Überwachung lediglich durch das Gewahrsamspersonal durchgeführt werden soll. Sie kann nicht sicherstellen, dass etwaige gesundheitliche oder psychische Risiken sowie Notsituationen aufgrund oder während der Fixierung hinreichend sicher erkannt und behandelt werden können.

Dem im Änderungsantrag vorgesehenen Erfordernis einer ärztlichen Stellungnahme begegnen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Damit wird sichergestellt, dass die Anordnung der Fixierung auf ausreichender fachlicher Bewertung erfolgt.

Eine ärztliche Feststellung der bloßen Gewahrsamstauglichkeit dürfte verfassungsrechtlichen Anforderungen für eine Fixierung hingegen nicht genügen. Diese Feststellung erfolgt zu einem Zeitpunkt, in dem

[17] a.a.O.
[18] vgl. BVerfG, NJW 2018, 2619, 2623.
[19] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2623.
[20] a.a.O.

regelmäßig eine Fixierung weder erforderlich noch abzusehen ist.

b) Bestimmtheitsgebot
Der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Grundsatz der Bestimmtheit von Gesetzen verpflichtet den Gesetzgeber, „Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist."[21] Entscheidend ist neben der Bindung der Verwaltung und Ermöglichung gerichtlicher Kontrolle, dass Betroffene die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Anforderungen an Klarheit und Bestimmtheit sind dabei umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands sowie den Umständen ab, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben.[22]

Insoweit erscheint problematisch, dass die vorgesehene Regelung des § 37a PolG NRW selbst keine Tatbestandsvoraussetzungen für eine Fixierung enthält. Vielmehr wird auf §§ 69 Abs. 7, 70 Abs. 4 StrafVollzG NRW verwiesen, die zudem nur „entsprechend" anzuwenden sind.

Die im Entwurf zu § 37a PolG NRW enthaltenen Verweise auf das StrafVollzG NRW sind insgesamt komplex und bewirken, dass aus dem PolG NRW selbst die wesentlichen Voraussetzungen und Bestimmungen entweder nicht oder nur bedingt gefolgert werden können. Vor dem Hintergrund des erheblichen eigenständigen Freiheitseingriffes und den hieraus folgenden erhöhten Anforderungen an die Bestimmtheit ergeben sich mithin verfassungsrechtliche Risiken, die durch eine ausdrückliche Regelung der tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Fixierung sowie der qualifizierten Überwachung in § 37a PolG NRW ausgeräumt werden sollten.

4. Einsatz von Regierungsbeschäftigten im Gewahrsam

Durch die Änderung des § 37 Abs. 4 PolG NRW soll zukünftig auch der Einsatz von Tarifbeschäftigten im Gewahrsam ermöglicht werden, um Polizeivollzugsbeamte im Gewahrsamsdienst zu entlasten und in anderen Bereichen einsetzen zu können. Eine derartige Regelung ist nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich ausgeschlossen. Sicherzustellen ist aber der Grundsatz des Art. 33 Abs. 4 GG, wonach hoheitliche Befugnisse grundsätzlich nur durch Beamte ausgeübt

[21] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2622.
[22] BVerfG, NJW 2018, 2619, 2622.

werden dürfen. Dies bezieht sich insbesondere auf Zwangs- und Eingriffsbefugnisse durch die Polizei.[23]

Für Tarifbeschäftigte ergeben sich im Gewahrsam verschiedene Tätigkeitbereiche, die nicht unbedingt mit der Wahrnehmung hoheitlicher Zwangs- oder Eingriffsbefugnisse verbunden sind. So könnte bspw. die Überwachung von fixierten Personen auf Tarifbeschäftigte übertragen werden, sofern diese als therapeutisches oder pflegerisches Personal hinreichend qualifiziert sind.

Weiterhin könnte die Überwachung und Kontrolle der Gewahrsamsbedingungen oder die Entgegennahme und Aushändigung von Verpflegung, Gegenständen und Schriftverkehr oder die Übernahme von Dokumentationspflichten übertragen werden.

5. Bodycam

Hinsichtlich der Regelung der Datenerhebung durch den Einsatz sog. Bodycams in § 15c PolG NRW ist auf mehrere Aspekte einzugehen:

a) Die Streichung der Befristung des § 15c PolG NRW als Ermächtigungsgrundlage zur Datenerhebung durch den Einsatz körpernah getragener Aufnahmegeräte (sog. Bodycam) des § 15c PolG NRW erscheint vor dem Hintergrund des vorgelegten Evaluierungsberichtes[24] folgerichtig. Die deeskalierende Wirkung wurde grundsätzlich bestätigt,[25] auch wenn die Nutzung der Bodycam in der Erprobungsphase teilweise zu erhöhten Anzahlen von Angriffen auf Polizeivollzugsbeamte geführt hat.[26] Dieser Befund lässt sich jedoch mit einem veränderten (Einschreit-)Verhalten der die Bodycam nutzenden Polizeivollzugsbeamten erklären.[27]

b) Zugleich wird die Regelung zur Löschung der aufgezeichneten Daten überarbeitet. Die verpflichtende Löschung nach zwei Wochen bleibt bestehen, jedoch werden die Ausnahmen und der Löschvorgang selbst angepasst. Die Ausnahmen von der grundsätzlichen Löschpflicht werden durch die neu vorgesehene Nummerierung verdeutlicht, was auch aus Gründen der Bestimmtheit der Norm zu begrüßen ist.

---

[23] Pieper, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 109.

[24] LT-Drs. 17/2315; Kersting/Naplava/Reutemann/Heil/Scheer-Vesper, Die deeskalierende Wirkung von Bodycams im Wachdienst der Polizei Nordrhein-Westfalen: Abschlussberich, 2019.

[25] Kersting/Naplava/Reutemann/Heil/Scheer-Vesper, Die deeskalierende Wirkung von Bodycams im Wachdienst der Polizei Nordrhein-Westfalen: Abschlussberich, 2019, S. 119.

[26] Kersting/Naplava/Reutemann/Heil/Scheer-Vesper, Die deeskalierende Wirkung von Bodycams im Wachdienst der Polizei Nordrhein-Westfalen: Abschlussberich, 2019, S. 57ff., 119.

[27] Kersting/Naplava/Reutemann/Heil/Scheer-Vesper, Die deeskalierende Wirkung von Bodycams im Wachdienst der Polizei Nordrhein-Westfalen: Abschlussberich, 2019, S. 57ff., 119ff.

c) Neu eingefügt wird eine opferschützende Ausnahme von der Löschpflicht. Nach der neu einzufügenden § 15c Abs. 4 Nr. 3 PolG NRW darf eine Löschung der aufgezeichneten Daten nicht erfolgen, wenn eine betroffene Person die Daten für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahmen benötigt und die Aussetzung der Löschung verlangt. Damit wird eine Sicherung der Rechte der betroffenen Personen bewirkt und diese erstmals in die Lage versetzt, aufgezeichnete Daten zur rechtlichen Bewertung und für etwaige Klageverfahren nutzen zu können. Damit werden zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Maßnahmen Opferschutzaspekte aufgegriffen.[28]

   Dieser Opferschutz dürfte der Kritik[29] an einer etwaig zu lang bemessenen Speicherdauer die Grundlage entziehen: Der Entschluss zur rechtlichen Überprüfung polizeilicher Maßnahmen und die Einleitung rechtlicher Schritte bedarf einiger Zeit. Ob zwei Wochen hierfür ausreichend bemessen sind, dürfte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterliegen.

   Zugleich wird durch die Möglichkeit einer Nutzung der aufgezeichneten Daten zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Maßnahmen die strukturelle Ungleichheit[30] der Rechte der Beteiligten aufgebrochen.

d) Gestrichen wird die bisherige Vorgabe, dass eine Löschung aufgezeichneter Daten nur durch den aufzeichnenden Beamten/die aufzeichnende Beamtin mit Zustimmung eines/einer Vorgesetzten erfolgen darf.

   Diese Voraussetzungen dürften in Verbindung mit der zwingenden Löschfrist von (genau) zwei Wochen in der polizeilichen Praxis zu Problemen geführt haben. So werden Verstöße gegen die Löschfrist kaum zu verhindern gewesen sein: Es ist nicht gesichert, dass im Schichtdienst der/die aufzeichnende Polizeivollzugsbeamte nach zwei Wochen tatsächlich Dienst hat. Zudem könnten betreffende Beamte aufgrund Urlaubs, Krankheit oder Fortbildung nach zwei Wochen nicht zur Entscheidung über die Löschung verfügbar sein, so dass die Frist nicht eingehalten werden kann.[31] Mit der neu gestalteten Regelung ist eine Beteiligung des/der

---

[28] Siehe etwa die Kritik an der fehlenden Kontrollmöglichkeit bei Arzt, in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 01.11.2018, § 15c Rn. 62.

[29] vgl. etwa nur Arzt, in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 01.11.2018, § 15c Rn. 55ff.

[30] Arzt, in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 01.11.2018, § 15c Rn. 67.

[31] vgl. auch Arzt, in: Möstl/Kugelmann, BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, Stand: 01.11.2018, § 15c Rn. 61.

aufzeichnenden Beamten/Beamtin nicht mehr zwingend vorgesehen; entsprechende Verstöße kommen nicht mehr in Betracht.

Vielmehr könnte nunmehr auch eine automatisierte Löschung der aufgezeichneten Daten nach zwei Wochen erfolgen, so dass eine Harmonisierung mit der Löschregelung der Aufzeichnungen der in den Fahrzeugen der Polizei verbauten Kameras (§ 15b PolG NRW) erzielt wird.

Eine derartige Automatisierung könnte die vorgesetzten Polizeivollzugsbeamten zugleich von der Verpflichtung entlasten, die aufgezeichneten Daten zu sichten, um sich nicht dem Vorwurf der Vernichtung von Beweismitteln aussetzen zu müssen.

6. Redaktionelle Änderungen

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der übrigen vorgesehenen redaktionellen Änderungen, insbesondere der Klarstellung der Verweisungen innerhalb des PolG NRW, bestehen nicht.

Bielefeld, 09.11.2019 (Prof. Dr. Martin Klein)