

RiOLG Dr. Markus Löffelmann  
Oberlandesgericht München  
Nymphenburger Str. 16  
80335 München  
Markus.Loeffelmann@olg-m.bayern.de

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
17. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME**  
**17/1936**

Alle Abg

Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf  
der Landesregierung

**Siebttes Gesetz zur Änderung des Polizeigesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen**

**Landtag Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/7549 und 17/7624**

## **A. Vorbemerkung**

Der Gesetzentwurf dient neben zahlreichen redaktionellen Anpassungen in erster Linie der Übertragung von Befugnissen im Zusammenhang mit dem Vollzug des polizeilichen Gewahrsams auf Personen, die nicht Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte sind. Mit dem Änderungsantrag soll eine gesetzliche Grundlage für Fixierungen im polizeilichen Gewahrsam geschaffen werden.

Auf lediglich redaktionelle Änderungen wird im Folgenden nicht eingegangen.

## **B. Einzelne Kritikpunkte**

Die Nummerierung der Änderungsziffern bezieht sich im Folgenden der übersichtlicheren Zuordnung wegen auf Drucksache 17/7549 und nur unter V. auf Drucksache 17/7624.

### **I. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 7 PolG-E)**

Der Umsetzung des Zitiergebots mit Blick auf durch Identitätskontrollen an polizeilichen Kontrollstellen vermittelte Eingriffe in Art. 8 GG ist beizupflichten.

## II. Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 15c PolG-E)

### 1. Zu Buchstabe a (§ 15c Abs. 2 Satz 2 PolG-E)

Mit der Ausnahme von der grundsätzlich bestehenden Löschungspflicht auf Verlangen der betroffenen Person wird das Spannungsverhältnis von Datenschutz und effektivem Rechtsschutz durch den Gesetzgeber in sinnvoller Weise aufgelöst. Das BVerfG hatte bereits in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung auf diesen Zielkonflikt hingewiesen und mit Blick auf nicht kernbereichsrelevante Daten gefordert, die grundsätzlich gebotene Löschung dürfe die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nicht unterlaufen oder vereiteln.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund eignet dem in der beabsichtigten Änderung zum Ausdruck kommenden Gedanken freilich ein maßnahmeübergreifender Geltungsanspruch. Die Lösungsregelungen in § 14a Abs. 1 Satz 7, § 15 Abs. 1 Satz 3, § 15b Satz 3, § 15c Abs. 5 Satz 3, § 16 Abs. 4 Satz 1, § 17 Abs. 2 Satz 7 und Abs. 3 Satz 3, § 18 Abs. 2 Satz 9, Abs. 4 Satz 5 und Abs. 5 Satz 3, § 20a Abs. 2 Satz 2, § 20b Satz 4, § 20c Abs. 8 Satz 4, § 24 Abs. 1 Satz 3, § 31 Abs. 3 Satz 2, § 34c Abs. 3 Satz 5 und Abs. 4 PolG enthalten jedoch keine entsprechenden Ausnahmetatbestände. Es wird daher angeregt, in § 32 PolG eine entsprechende allgemeine Regelung aufzunehmen. Aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit und Anwendungsfreundlichkeit des Gesetzes könnten in dieser Norm zudem die zahlreichen maßnahmespezifischen Löschungspflichten zusammengeführt werden.

### 2. Zu Buchstabe b (§ 15c Abs. 9 PolG-E)

Die Entfristung der Befugnis zum Einsatz von Bodycams begegnet keinen Einwänden. Die Regelung in § 15c PolG ist im Vergleich zu Parallelnormen in den Polizeigesetzen anderer Länder deutlich defensiver ausgestaltet. Sie erlaubt nicht den Einsatz der sog. Prerecording-Funktion und damit keine anlasslose Speicherung personenbezogener Daten (vgl. anders Art. 33 Abs. 4 BayPAG). Der Einsatz in Wohnungen zum Zwecke des Eigenschutzes der eingesetzten Beamten steht im Einklang mit Art. 13 Abs. 5 GG.

Hinsichtlich des Einsatzes in Wohnungen zum Schutz *dritter Personen* spiegelt Absatz 2 die Schranken des Art. 13 Abs. 7 GG. Insofern ist zwar zweifelhaft, ob die Maßnahme auf diese qualifizierte Grundrechtsschranke gestützt werden kann, da ihr lediglich eine Auffangfunktion zukommt und der verfassungsgebende Gesetzgeber den Einsatz technischer Mittel in Art. 13 Abs. 3 bis 5 GG abschließend geregelt hat.<sup>2</sup> Allerdings dürfte sich eine verfassungsimmanente Schranke mit Blick auf die in § 15c Abs. 2 Satz 1 PolG genannten Schutzgüter Leib und Leben gut begründen lassen. Erwägenswert wäre in solchen Konstellationen [auf die die Entwurfsbegründung, welche betont, der Einsatz von Bodycams sei „ein wichtiges und zeitgemäßes Instrument der polizeilichen *Eigensicherung*“ (S. 27), nicht näher eingeht] mit Blick

---

<sup>1</sup> BVerfGE 109, 279, 380 f.; für Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gilt das nicht, BVerfGE 109, 279, 332 f.

<sup>2</sup> *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL März 2019, Art. 13 Rn. 117.

auf den hohen Rang des Wohnungsgrundrechts und die in Art. 13 Abs. 3 und 4 GG für den Einsatz technischer Mittel zum Ausdruck kommende verfahrensrechtliche Wertung jedoch die Einbindung einer „unabhängigen und neutralen Instanz“, d. h. eine gerichtliche Entscheidung. Da im Bereich der Gefahrenabwehr das gebotene reaktionsschnelle Vorgehen hier einen präventiven gerichtlichen Grundrechtsschutz kaum erlaubt, könnte an eine nachträgliche gerichtliche Genehmigung gedacht werden. Hinsichtlich der Parallelnorm in Art. 33 Abs. 4 Satz 3 BayPAG hat die vom Staatsministerium des Innern eingesetzte Kommission zur Begleitung des neuen bayerischen Polizeiaufgabengesetzes, welche am 30.08.2019 ihren Abschlussbericht vorgelegt hat, daher empfohlen, Aufzeichnungen in einer Wohnung „unter den Vorbehalt einer unverzüglich einzuholenden richterlichen Entscheidung zu stellen.“<sup>3</sup> Auch ein solches nachträgliches gerichtliches Verfahren besitzt eine eingrenzende und damit steuernde Wirkung und sollte erwogen werden.

### III. Zu Artikel 1 Nr. 7 und 8 (§§ 31, 33 PolG-E)

Die Entscheidungen des BVerfG vom 18.12.2018 zur automatisierten Kennzeichenkontrolle geben Anlass zu der Überlegung, ob daraus die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Neubewertung der Rasterfahndung (und vergleichbarer Ermittlungsinstrumente unter Einsatz von Mitteln der elektronischen Datenverarbeitung) folgt. In den genannten Entscheidungen hat das BVerfG seine bislang vertretene Auffassung aufgegeben, dass in sog. Nichttrefferfällen schon gar kein Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen gegeben sei.<sup>4</sup> Die maßgebliche Formulierung, dass sich in solchen Fällen das behördliche Interesse an der Datenerhebung bereits „verdichtet“ habe, findet sich zwar bereits in der Entscheidung zur Rasterfahndung aus dem Jahre 2006.<sup>5</sup> Die Frage, ob in der automatisierten Verarbeitung und Aussonderung personenbezogener Daten bereits auf der Ebene der Rohdaten ein Eingriff zu sehen sei, wurde dort jedoch offengelassen. Nach dem mit den Entscheidungen vom 18.12.2019 vollzogenen Paradigmenwandel liegt nahe, dass sich bei der Rasterfahndung bereits auf der Ebene der Rohdatengewinnung und -verarbeitung das behördliche Interesse an den Daten „spezifisch verdichtet“ hat, da die Funktionalität der Maßnahme nicht gewähr-

---

<sup>3</sup> Abschlussbericht (abrufbar unter:

[http://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830\\_abschlussbericht\\_pag-kommission.pdf](http://www.pag.bayern.de/assets/stmi/direktzu/190830_abschlussbericht_pag-kommission.pdf)), S. 65

<sup>4</sup> BVerfG NJW 2019, 827, 829 f. (Rn. 48 ff.); BVerfG NJW 2019, 842, 844 (Rn. 54); dazu *Löffelmann*, GSZ 2019, 73. Die Auffassung, dass es sich in solchen Fällen hinsichtlich der ausgesonderten Daten um keinen Eingriff handele, vertrat das BVerfG bislang im Zusammenhang mit Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen bei der strategischen Fernmeldeaufklärung nach G 10 (BVerfGE 100, 313 [366]) und der Zielwahlsuche betreffend Telekommunikations-Verbindungsdaten nach § 100g StPO (§ 12 FAG a. F.; BVerfGE 107, 299 [327 f.]) – inkonsequenter Weise nicht hingegen beim Einsatz des IMSI-Catchers (BVerfG, NJW 2007, 351 [356]: geringe Eingriffsintensität) –, im Übrigen bei der präventiv-polizeilichen Rasterfahndung (BVerfGE 115, 320 [343 f.], teilweise offen gelassen), der automatisierten Abfrage von Kreditkartendaten (BVerfG, NJW 2009, 1405 [1406]) und der automatisierten Kennzeichenkontrolle nach hessischem und schleswig-holsteinischem Polizeirecht (BVerfGE 120, 378 [399]). Das BVerfG erstreckte diese Bewertung im Zusammenhang mit der automatisierten Kennzeichenerfassung sogar auf das manuelle Aussondern sog. „unechter“ Treffer (BVerfG, NVwZ 2015, 906 [908]).

<sup>5</sup> BVerfGE 115, 320, 343.

leistet wäre, wenn die Rohdaten nur lückenhaft übermittelt würden. Geht man davon aus, dass in jeder Übermittlung personenbezogener Daten von öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen an die Polizei ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt, dürfte konsequenter Weise auch in den Fällen, in denen sich an die Datenverarbeitung keine weiteren Maßnahmen anschließen, eine Benachrichtigung der betroffenen Personen geboten sein. Hinzu kommt, dass mit der Qualifizierung der Rohdatenverarbeitung als Eingriff die Eingriffsintensität der Maßnahme insgesamt zunimmt. Mit Blick auf die in § 31 Abs. 1 Satz 1 PolG vorgesehene hohe materielle Eingriffsschwelle dürften insofern Änderungen aber nicht veranlasst sein.

#### **IV. Zu Artikel 1 Nr. 11 (§ 37 PolG-E)**

##### **1. Zu Absatz 4 Satz 1**

Die Übertragung von Aufgaben des Gewahrsamsvollzugs auf Bedienstete der Polizei, die keine Vollzugsbeamtinnen und -beamten sind, ist zwar unter fiskalischen Gesichtspunkten nachvollziehbar, begegnet aber mit Blick auf Art. 33 Abs. 4 GG nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

##### **a) Hoheitliche Aufgabe**

Der in Art. 33 Abs. 4 GG verankerte Funktionsvorbehalt ist integraler Bestandteil der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums. Seine hervorgehobene Bedeutung besteht darin, dass die Verfassung „in der besonderen Sachkunde, Pflichtbindung und Leistungsfähigkeit des in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehenden Beamten eine rechtsstaatliche und verwaltungsstaatliche Garantie für die gesetzmäßige, effektive und unparteiische Wahrnehmung der ‚hoheitsrechtlichen Befugnisse‘ der vollziehenden Gewalt“ erblickt.<sup>6</sup> Zum Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG gehören insbesondere jene Aufgaben, deren Wahrnehmung die besonderen Verlässlichkeits-, Stetigkeits- und Rechtsstaatlichkeitsgarantien des Beamtentums erfordert.<sup>7</sup>

Hier geht es um Anforderungen an den Vollzug einer freiheitsentziehenden Maßnahme. Da Eingriffen in das Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG stets ein großes Gewicht zukommt – zumal, wenn sie, wie hier, nicht dem Schuldausgleich dienen<sup>8</sup> – besitzen auch die aus der Garantie des Berufsbeamtentums folgenden Maßgaben in diesem Bereich eine besondere Bedeutung. Unzweifelhaft dürfte es sich bei dem Vollzug polizeilichen Gewahrsams – soweit nicht bloße Hilfstätigkeiten wie z. B. die Verpflegung der in Gewahrsam genommenen Personen betroffen sind – nach den in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten

---

<sup>6</sup> Badura in: Maunz/Dürig, GG, 87. EL März 2019, Art. 33 Rn. 55.

<sup>7</sup> BVerfGE 119, 247, 260 f.; 130, 76, 109.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145, 172; 109, 133, 157; 128, 326, 372 f.; BVerfG NJW 2018, 2619, 2622 (Rn. 73).

Maßstäben um die Wahrnehmung „hoheitsrechtlicher Befugnisse“ i. S. d. Art. 33 Abs. 4 GG handeln. Bei dem Vollzug des polizeilichen Gewahrsams dürfte es sich zudem um eine sog. notwendige Staatsaufgabe handeln<sup>9</sup>, da sie den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie elementarer Rechtspositionen der Bürger (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 5 PolG) und damit den Bereich der inneren Sicherheit betrifft. Notwendige Staatsaufgaben sind nach älterem Verständnis gar nicht, nach jüngerer verfassungsrechtlicher Auffassung nur unter hohen Anforderungen delegierbar.

#### b) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Durch die Begrenzung des Funktionsvorbehalts auf „ständige Aufgaben“, welche „in der Regel“ Beamtinnen und Beamten zu übertragen sei, eröffnet Art. 33 Abs. 4 GG zugleich die grundsätzliche Möglichkeit der Übertragung auf Private. In seiner jüngeren Rechtsprechung hierzu hat das BVerfG neben dem quantitativen Aspekt, dass der vorgesehene Regelfall der Befugniswahrnehmung durch Beamtinnen und Beamte nicht zum faktischen Ausnahmefall werden dürfe, auf die Qualität des in Rede stehenden hoheitlichen Handelns abgestellt:

*„Die ‚Regel‘-Vorgabe erschöpft sich (...) nicht in ihrer quantitativen Bedeutung. Vielmehr beinhaltet sie (...) darüber hinaus eine qualitative Anforderung an die zugelassenen Ausnahmen. (...) 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. (...) Als rechtfertigender Grund kommt nur ein spezifischer, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechender – auf Erfahrungen mit gewachsenen Strukturen oder im Hinblick auf funktionelle Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit Bezug nehmender – Ausnahmegrund in Betracht.“<sup>10</sup>*

Nach den vom BVerfG entwickelten Maßstäben sind außerdem Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung umso weniger hinnehmbar, je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt.<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG die Beleihung privater Träger mit Maßnahmen des Behandlungsvollzugs im Vollzug des Maßregelrechts bei Unterbringungen nach § 63 StGB nicht beanstandet. Neben der gebotenen aufsichtlichen institutionellen Absicherung des Funktionsvorbehalts

---

<sup>9</sup> Näher zu diesem Begriff *Wiegand*, DVBl 2012, 1134 f.

<sup>10</sup> BVerfGE 130, 76, 114 f.

<sup>11</sup> BVerfGE 130, 76, 116 f.

erachtete es dabei Vorzüge für die Qualitätssicherung des Maßregelvollzugs durch eine Privatisierung als maßgeblich.<sup>12</sup>

Ob und mit welcher Reichweite der Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen im Übrigen auf in einem privatrechtlichen Verhältnis zum Staat stehende Personen übertragen werden darf, ist bislang verfassungsgerichtlich ungeklärt. Hinsichtlich des Vollzugs von Straftat wurde dazu vor rund 20 Jahren bereits eine lebendige und kontroverse rechtswissenschaftliche Debatte geführt.<sup>13</sup> Weitgehende Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass Aufgaben, welche mit unmittelbaren Grundrechtseingriffen verbunden sind, nicht übertragen werden können. Dies betrifft namentlich Aufgaben mit Bezug zur Anwendung unmittelbaren Zwangs, etwa wenn ein Eingreifen bei Auseinandersetzungen zwischen Gefangenen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt erforderlich ist oder Fluchtversuche verhindert werden müssen. Soweit überhaupt eine Übertragbarkeit von Aufgaben des Strafvollzugs bejaht werden kann, gilt dies folglich nur für ausgewählte Bereiche.<sup>14</sup>

Entsprechend ist auch für den Bereich des Vollzugs des präventiv-polizeilichen Gewahrsams eine bereichsspezifische Betrachtung der Aufgaben angezeigt, die den Besonderheiten der dortigen Anforderungen Rechnung trägt. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass es sich beim präventiv-polizeilichen Gewahrsam – anders als beim Vollzug von Straftat – nicht um einen langzeitigen und eher gleichförmigen Vorgang handelt, sondern um ein kurzzeitiges und oft hoch dynamisches Geschehen, das die Vollzugsbeamten vor besondere Herausforderungen stellt. Das lassen bereits die gesetzlichen Eingangsvoraussetzungen für die Anordnung des Gewahrsams in § 35 PolG erkennen. So knüpft in Absatz 1 die Nr. 1 an den Schutz einer Person gegen eine Gefahr für Leib oder Leben an, insbesondere weil die Person sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand oder sonst in hilfloser Lage befindet, Nr. 2 setzt die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit voraus, also eine Situation unmittelbarer Gefahr, Nr. 3, 4 und 6 die Weigerung, polizeilichen Anordnungen Folge zu leisten, und Absatz 3, dass eine Person aus einer freiheitsentziehenden Maßnahme entwichen ist. All diese Situationen sind durch ein hohes Eskalations- und Konfliktpotenzial gekennzeichnet, das sich erfahrungsgemäß auch nach dem Erstzugriff in die Zeit des Gewahrsamsvollzugs hinein fortsetzen kann. Die besondere Sachkunde, Pflichtbindung und Leistungsfähigkeit von Beamtinnen und Beamten dient unter solchen Umständen in ausgeprägter Weise der Wahrung der Rechte betroffener Personen als auch dem Eigenschutz des eingesetzten Vollzugspersonals, dem alle polizeilichen Mittel zur Verfügung stehen, um reaktionsschnell auf unvorhergesehene Entwicklungen reagieren zu können. Soweit die Gewahrsamnahme von Minderjährigen nach Absatz 2 zulässig ist, sind unter dem Gesichtspunkt der besonderen Schutzbedürftigkeit solcher Personen zu-

---

<sup>12</sup> BVerfGE 130, 76, 119 ff.; dazu zust. *Hippeli*, DVBl 2014, 1281; *Schladebach/Schönrock*, NVwZ 2012, 1011; krit. *Wiegand*, DVBl 2012, 1134.

<sup>13</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 427 f.; *Di Fabio*, JZ 1999, 585; *Bonk*, JZ 2000, 435; *Kruis*, ZRP 2000, 1; *Wagner*, ZRP 2000, 169; *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46; *Stober* (Hrsg.), *Privatisierung im Strafvollzug*, 2001.

<sup>14</sup> Vgl. etwa *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46, 52 f.: denkbar beim Objektschutz, der Überwachung von Monitoren und anderen Sicherungsanlagen, Fahrdiensten sowie der Materialverwaltung und Maschinenkontrolle; *Wagner*, ZRP 2000, 169, 172, nennt u. a. das Haus-, Versorgungs- und Betreuungsmanagement.

dem besondere Kompetenzen im Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen erforderlich.<sup>15</sup> Der Umstand, dass Beamte zu einer „aktiven ‚Treue zur Verfassung‘ verpflichtet“ sind<sup>16</sup> und bei Verletzung ihrer Pflichten dienstrechtlich diszipliniert werden können, wirkt sich insbesondere bei intensiven Eingriffen in Freiheitsrechte und hoher Schutzbedürftigkeit betroffener Grundrechtsträger – wie hier – grundrechtsschonend aus. Die Übertragung ausgewählter Befugnisse auf Bedienstete, die nicht Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte sind, vermag die sachgerechte Wahrnehmung dieser anspruchsvollen Aufgaben kaum im selben Maß zu gewährleisten.

Hinzu kommt, dass besondere Fachkenntnisse der Beliehenen hier – anders als beim Maßregelvollzug – nicht als Legitimationsquelle für eine Übertragung in Betracht kommen. Die Entwurfsbegründung geht im Gegenteil davon aus, dass spezifische Fachkenntnisse für den Vollzug des polizeilichen Gewahrsams gerade nicht erforderlich sind und *deshalb* diese Aufgabe zur Schonung der spezialisierten polizeilichen Personalressourcen zu übertragen sei. Das stellt den vom BVerfG entwickelten qualitativen Aspekt auf den Kopf.

Dass die Wahrnehmung der Aufsicht nach der Entwurfsbegründung (S. 30) weiterhin von Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten ausgeübt werden soll, beseitigt im Übrigen nicht das Problem, dass der Vollzug des Gewahrsams nach der Konzeption des Entwurfs in der Regel – und nicht nur ausnahmsweise, etwa in ungeplanten Situationen akuter Personalnot – Beliehenen übertragen wird. Andernfalls wäre die beabsichtigte personelle Umstrukturierung auch kaum zu erreichen. Selbst unter einem quantitativen Blickwinkel erscheint die Übertragung daher nicht unbedenklich.

### c) Fiskalische Erwägungen

Soweit hinter der beabsichtigten Kompetenzübertragung fiskalische Überlegungen stehen, ist darauf hinzuweisen, dass nach den vom BVerfG entwickelten Maßstäben rein fiskalische Gesichtspunkte zur Legitimierung eines Ausnahmefalls nicht hinreichen.<sup>17</sup> Dass solche Gesichtspunkte hier einen tragenden Grund für die beabsichtigte Übertragung darstellen, erschließt sich daraus, dass mit der im Gesetzentwurf dargestellten Begründung, „der Einsatz von Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamten (müsse) auch in Nordrhein-Westfalen auf Aufgaben, deren Wahrnehmung die in der polizeilichen Ausbildung erworbenen spezifischen Fähigkeiten und Kenntnisse erfordert, fokussiert werden“ (S. 30), eine Vielzahl anderer polizeilicher Tätigkeiten, welche nur eingeschränkt Spezialkenntnisse erfordern (etwa Überwachung des Straßenverkehrs, Streifenfahrten, Objektbewachung, Identitätsfeststellung, Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen, Durchsuchung von Sachen, Personen und Wohnungen, etc.), ebenso für eine Übertragung in Betracht gezogen werden könnten und es sich demnach nicht um die Regelung eines durch bereichsspezifische Gründe gebote-

---

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 116, 69, 84 ff. zum Jugendstrafvollzug.

<sup>16</sup> Badura, a. a. O., Rn. 60.

<sup>17</sup> BVerfGE 130, 76, 116 f.

nen besonderen Ausnahmefalls handelt. „Gründe, die sich in gleicher Weise wie für die ins Auge gefasste Ausnahme auch für beliebige andere hoheitsrechtliche Tätigkeiten anführen ließen, der Sache nach also nicht nur Ausnahmen betreffen, scheiden (...) als mögliche Rechtfertigungsgründe für den Einsatz von Nichtbeamten in grundsätzlich von Art. 33 Abs. 4 GG erfassten Funktionen von vornherein aus.“<sup>18</sup> Letzten Endes sollen hier vor dem Hintergrund des bestehenden Personaldefizits mit der Übertragung von Aufgaben des Gewahrsamsvollzugs personelle Ressourcen bei der Polizei geschont werden. Das ist eine rein fiskalische Überlegung, mit der sich die Übertragung nicht legitimieren lässt.

## 2. Zu Absatz 4 Satz 2

Sieht man die Übertragung von Aufgaben im Bereich des Gewahrsamsvollzugs in Teilbereichen, in denen in der Regel keine intensiven Grundrechtseingriffe erfolgen, als grundsätzlich legitimierungsfähig an, so müssen diese Bereiche durch den Gesetzgeber gegen die von den Beamtinnen und Beamten wahrzunehmenden Befugnisse klar abgegrenzt werden. Die Übertragung ist dann wegen der Abweichung vom Regelbild der Verfassungsordnung und wegen der Wesentlichkeit einzelner Modalitäten der Beileihung für den Grundrechtsschutz und den Funktionsvorbehalt nur durch Gesetz möglich. Die konkrete Ausgestaltung muss in ausreichender Weise eine gesetzesgebundene, demokratisch legitimierte Aufgabenerledigung sicherstellen.<sup>19</sup> Nach diesem Maßstab dürfte die nähere Bestimmung der zu übertragenden Befugnisse durch Rechtsverordnung des Innenressorts nicht genügen.

Im Grundsatz gilt das auch für die Ermächtigung zum Erlass weiterer Regelungen für den Vollzug der Freiheitsentziehung. Soweit mit dem Vollzug Eingriffe in Grundrechte verbunden sind, muss die Entscheidung über Grund und Reichweite der Befugnisse grundsätzlich beim parlamentarischen Gesetzgeber verbleiben. § 37 Abs. 3 PolG enthält hierzu bislang nur rudimentäre Regelungen. Dass durch den Vollzug „die für die Bestimmung der ‚Wesentlichkeit‘ relevante Grundrechtsbetroffenheit (nicht) intensiviert“ werde (S. 30), trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Anders als Befugnisse, die lediglich eine „Verschärfung“ der Freiheitsentziehung bewirken (etwa disziplinarischer Arrest, Einschluss in einem besonderen Teil der Vollzugsanstalt<sup>20</sup>) können bestimmte Befugnisse zur Ausgestaltung des Vollzugs einer Freiheitsentziehung (etwa Einschränkung von Besuchsrechten, Durchsuchung des Haftraums, Verweigerung der Teilnahme an Gemeinschaftsaktivitäten, etc.) durchaus eine eigene Eingriffsqualität besitzen und daher von Betroffenen selbstständig mit Rechtsbehelfen angegriffen werden.<sup>21</sup> Dass der Vollzug des Polizeigewahrsams bislang nur auf der Ebene des Verwal-

---

<sup>18</sup> BVerfGE 130, 76, 116.

<sup>19</sup> Badura, a. a. O., Rn. 15.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2621 (Rn. 69); vgl. auch BVerfGE 130, 76, 110 f.

<sup>21</sup> Ausf. zur verfassungsrechtlichen Relevanz von Entscheidungen im Strafvollzug *Güntge*, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. 2017, S. 485 ff. m. w. N. Die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG (vgl. insbes. BVerfGE 33, 1; 40, 276; 116, 69) hat in der Folge zur Schaffung des StVollzG und nach der Föderalismusreform im Jahr 2006 zur Schaffung von Strafvollzugs- und



tungsinnenrechts geregelt ist, dürfte sich daraus erklären, dass Polizeigewahrsam bislang als sehr kurzzeitige Maßnahme ausgeformt war. Mit der deutlichen Ausweitung der möglichen Gewahrsamsdauer durch das Sechste Änderungsgesetz zum Polizeigesetz hat sich die Intensität des Vollzugs und damit die Grundrechtsrelevanz der diesen ausgestaltenden Befugnisse jedoch in wesentlicher Weise geändert. Sowohl die Qualität der Freiheitsentziehung als auch etwaige zusätzliche Grundrechtseingriffe sind daher „in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln“.<sup>22</sup>

### 3. Zu Absatz 5

Gegen die Regelung, die ein im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angelegtes „Abstandsgebot“ zwischen präventivem und repressivem Freiheitsentzug spiegelt, bestehen keine Einwände.

### V. Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 37a PolG-E)

Die Schaffung einer eigenständigen Rechtsgrundlage für Fixierungen im Polizeigewahrsam dient der Umsetzung von Vorgaben des BVerfG in seiner Entscheidung vom 24.07.2018 und ist grundsätzlich zu begrüßen. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung von § 37a PolG-E besteht jedoch Verbesserungspotenzial.

Wenig überzeugend erscheint bereits die Legaldefinition der Fixierung als „Fesselung sämtlicher Gliedmaßen an die in polizeilichen Gewahrsamseinrichtungen dafür vorgesehenen Fixierungsstellen“. Das BVerfG umschreibt die in seinem Judikat gegenständlichen 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierungen treffend als „vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit“.<sup>23</sup> Eine solche vollständige Aufhebung der Bewegungsfreiheit ist nicht nur bei einer Fesselung „sämtlicher“ (welcher?) Gliedmaßen und nicht nur bei Nutzung der in den polizeilichen Gewahrsamseinrichtungen vorgesehenen Fixierungsstellen denkbar, sondern beispielsweise auch bei entsprechender Fesselung in einem Polizeifahrzeug, in dem die betroffene Person über einen nicht nur kurzfristigen Zeitraum hinweg auf ihre Verbringung zur Polizeidienststelle wartet. Generell erscheint die – beabsichtigte (Änderungsantrag S. 4) – gewahrsamspezifische Präzisierung der Vorschrift recht starr. Da die Vorschrift – wie der Änderungsantrag zurecht betont – eine polizeiliche Befugnisse einschränkende Zielrichtung hat, wirkt sich die enge Fassung der Norm tendenziell einschränkungsbegrenzend und damit grundrechtsbelastend aus. Vorzugswürdiger wäre es, sich hier an den auf Bundesebene gefundenen Lö-

---

Jugendstrafvollzugsgesetzen in den Ländern geführt. Der verfassungsrechtliche Grundgedanke dieser Regelungen lässt sich zwanglos auf den polizeilichen Gewahrsam übertragen.

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2622 (Rn. 79).

<sup>23</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2621 (Rn. 68, 70); im Gegensatz dazu handelt es sich bei einer Freiheitsentziehung (in Abgrenzung zu einer bloßen Freiheitsbeschränkung) um die Aufhebung der Bewegungsfreiheit „nach jeder Richtung hin“, was zweifellos bei der Unterbringung in einem Haftraum gegeben ist. Die Fixierung ist also eine in ihrer Eingriffsqualität stark gesteigerte Freiheitsentziehung.

sungen zu orientieren. Der mit Gesetz vom 19.6.2019<sup>24</sup> neu geschaffene § 171a StVollzG definiert Fixierungen in Anlehnung an die Formulierung des BVerfG als „Fesselung, durch die die Bewegungsfreiheit des Gefangenen vollständig aufgehoben wird“.<sup>25</sup>

Zu weit erscheint andererseits die Fassung der materiellen Voraussetzungen für eine Fixierung durch Verweis auf § 69 Abs. 7 StVollzG und die dort genannten „bedeutenden Rechtsgüter anderer“. Fraglich ist dabei schon unter Bestimmtheitsaspekten, welche Rechtsgüter „bedeutend“ sind (gibt es auch unbedeutende Rechtsgüter?).<sup>26</sup> In seinem zugrunde liegenden Judikat hat das BVerfG zwar die Regelung des § 25 PsychKHG BW, welche ebenfalls diese Formulierung enthält, nicht explizit beanstandet und für Bayern die Anordnung von Fixierungen sogar trotz Fehlens einer gesetzlichen Grundlage als zulässig erachtet, „soweit sie unerlässlich sind, um eine gegenwärtige erhebliche Selbstgefährdung oder eine erhebliche Gefährdung bedeutender Rechtsgüter anderer abzuwenden.“<sup>27</sup> Andererseits hat der Senat aber an mehreren Stellen ausgeführt, die Fixierung eines Untergebrachten könne „zur Abwendung einer drohenden gewichtigen Gesundheitsschädigung sowohl des Betroffenen selbst als auch anderer Personen wie des Pflegepersonals oder der Ärzte gerechtfertigt sein“.<sup>28</sup> Damit wird der Anwendungsbereich der Fixierung – zurecht – auf Fälle der unmittelbar drohenden schwerwiegenden Verletzung der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit begrenzt. Darüber geht § 37a Satz 1 PolG mit dem Verweis auf § 69 Abs. 7 StVollzG deutlich hinaus. Schon dass eine *gewichtige* Gesundheitsschädigung, also ein intensiver Eingriff in das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit drohen muss, geht aus der Bezugnahme auf „bedeutende Rechtsgüter“ und deren „erhebliche Gefährdung“ nicht hervor. Außerdem lässt die Norm zwanglos die Fixierung z. B. zum Schutz von Eigentum zu, ohne eine weitere Eingrenzung erkennen zu lassen. Hinzu kommt, dass § 69 Abs. 7 StVollzG das für die Eingrenzung der Maßnahme wichtige Merkmal der Gegenwartigkeit<sup>29</sup> lediglich auf den Tatbestand der Selbstgefährdung bezieht. Für den Bereich des Strafvollzugs hat der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit der Fixierung neben den Fällen der Selbsttötung und Selbstverletzung ausdrücklich auf die „gegenwärtige erhebliche Gefahr von Gewalttätigkeiten gegen

---

<sup>24</sup> BGBl I S. 840.

<sup>25</sup> Vgl. dazu BR-Drs. 219/19; BT-Drs. 19/8939, 19/9767, 19/10243; Fechner, BT-Plenarprotokoll, 101. Sitzung, S. 12332 C, D.

<sup>26</sup> Vgl. dazu bereits die Kontroverse zu Art. 11 Abs. 3 Satz 2 BayPAG. Die PAG-Kommission hat in ihrem Abschlussbericht (Fn. 3) darauf hingewiesen, es hätten sich „keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, dass es eine sachliche, etwa aus bestehenden Gefahrenlagen resultierende Notwendigkeit dafür gäbe, anstelle der Formulierung ‚überragend wichtige Rechtsgüter‘ die Formulierung ‚bedeutende Rechtsgüter‘ zu verwenden“ (S. 30).

<sup>27</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2626, 2628 (Tenor Ziff. 4. b; Rn. 108, 129). Nur am Rande ist anzumerken, dass die Herleitung einer Befugnis zur Fixierung ohne gesetzliche Ermächtigung unmittelbar aus der Verfassung – und damit unter Umgehung des Parlamentsvorbehalts – weitreichende und sehr kritisch zu sehende Implikationen für das Verständnis des Untermaßverbots beinhaltet. Der vom BVerfG in diesem Zusammenhang sonst regelmäßig betonte gesetzgeberische Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum wird dadurch auf eine bestimmte verfassungsrechtlich gebotene Handlungspflicht verengt.

<sup>28</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2622 (Rn. 75); ähnlich Rn. 92: „unmittelbare Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit des Betroffenen selbst oder Dritter“; Rn. 120: „Die Fixierung dient regelmäßig dem Zweck, in Ausnahmesituationen gegenwärtigen erheblichen Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen und Dritter zu begegnen. Zu diesem Zweck kann sie zulässig sein, wenn der Betroffene sich selbst oder andere in einer Weise gefährdet, die nicht anders beherrschbar ist.“

<sup>29</sup> Vgl. BVerfG NJW 2018, 2619, 2626 f. (Rn. 109).

Personen“ (§ 171a Abs. 1 StVollzG) begrenzt. Dieser Eingrenzung ist unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zuzustimmen. In Bayern ist der Gesetzgeber mit Art. 74 Abs. 7 BaySvVollzG, Art. 98 Abs. 2 Satz 1 BayStVollzG, Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BayPsychKHG und Art. 25 Abs. 3 Satz 1 BayMRVG denselben Weg gegangen.

Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass sich die zulässigen Voraussetzungen für eine Fixierung im Polizeigewahrsam durchaus anders – und enger – darstellen dürften als im Maßregelvollzug und auch Strafvollzug. Der Maßregelvollzug findet seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gerade in der auf Resozialisierung und Heilung angelegten besonderen medizinischen, psychiatrischen und psychologischen Behandlung der untergebrachten Personen. Der Vollzug der Behandlung ist für den Maßregelvollzug unverzichtbar, weshalb eine unmittelbare Gefährdung der die Behandlung – notfalls gegen den Willen der untergebrachten Person<sup>30</sup> – durchführenden Ärzte und des Pflegepersonals zugleich die Legitimierbarkeit der Freiheitsentziehung in Frage stellt. Das BVerfG fordert daher, dass die Fixierung im Maßregelvollzug *„als besondere Sicherungsmaßnahme zur Abwehr einer sich aus der Grunderkrankung ergebenden Selbst- oder Fremdgefährdung (...) mit der in der Unterbringung stattfindenden psychiatrischen Behandlung der Grunderkrankung in engem Zusammenhang stehen“* müsse. Ihre Erforderlichkeit sei deshalb *„unter Berücksichtigung der psychiatrischen Behandlungsmaßnahmen – etwa der Erfolgsaussichten eines Gesprächs oder einer Medikation – zu beurteilen“*.<sup>31</sup> Etwas eingeschränkt gilt dies auch für den ebenfalls auf Resozialisierung angelegten Strafvollzug. Auf den Vollzug des polizeilichen Gewahrsams, bei dem es sich um eine ihrer Natur nach kurzfristige, eine unmittelbar drohende schwere Rechtsgutsverletzung abwehrende Maßnahme handelt, trifft diese Überlegung hingegen nicht zu. Der Schutz des Aufsichtspersonals oder anderer Personen kann dort im Regelfall ohne weiteres durch eine einfache Fesselung und die Verwendung anderer Hilfsmittel (z. B. Einsatz einer Spuckhaube oder eines Schutzschildes) oder die räumliche Isolierung der in Gewahrsam genommenen Person gewährleistet werden. Dass eine Isolierung nach den Feststellungen des BVerfG *„nicht in jedem Fall als milderer Mittel“* angesehen werden könne<sup>32</sup>, kann zwar im Einzelfall ein Absehen von dieser Maßnahme gebieten, aber nicht allgemein eine Ermächtigung zur Fixierung legitimieren.

Als eine Fixierung rechtfertigender Grund dürfte für den Bereich des polizeilichen Gewahrsams daher nur eine unmittelbar drohende gewichtige Selbstgefährdung der in Gewahrsam befindlichen Person in Betracht kommen. Auf diesen Fall sollte § 37a PolG-E ausdrücklich beschränkt werden.

Verfahrensrechtlich ist fraglich, ob die Regelung der Belehrungspflicht den verfassungsgerichtlichen Vorgaben entspricht. Mit dem Verweis auf § 70 Abs. 4 Satz 3 StVollzG ist der Betroffene lediglich *„nach der Beendigung einer Fixierung, die nicht richterlich angeordnet*

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu BVerfGE 128, 282, 300 ff.

<sup>31</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2623 (Rn. 83).

<sup>32</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2623 (Rn. 80). Welche Fälle das BVerfG damit im Blick hat, bleibt undeutlich. Denkbar wäre z. B., dass die betroffene Person unter Klaustrophobie leidet.

worden ist“, über sein Recht, die Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen, zu belehren. Das BVerfG erstreckt diese Pflicht, der es eine hohe Bedeutung beimisst, aber auf jede Art der Anordnung.<sup>33</sup> Im Übrigen bestehen gegen die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Norm keine Einwände.

### C. Schlussbemerkung

Der gegenständliche Gesetzentwurf ist in weiten Teilen nicht zu beanstanden. Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet die beabsichtigte Übertragung von Aufgaben des Gewahrsamsvollzugs auf Personen, die nicht Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte sind. Gerade die Wahrnehmung von Aufgaben im Zusammenhang mit der sehr eingriffsintensiven und konflikträchtigen präventiven Freiheitsentziehung lässt die vom Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG abgesicherte besondere Sachkunde, Pflichtbindung und Leistungsfähigkeit von Beamtinnen und Beamten als schwer verzichtbar erscheinen. Die Normierung einer Befugnis zur Fixierung festgehaltener Personen in § 37a PolG-E begegnet Bedenken unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten sowie hinsichtlich der Ausgestaltung der Belehrungspflicht.

Über den Rahmen der mit dem gegenständlichen Gesetz beabsichtigten Änderungen hinaus ist darauf hinzuweisen, dass das Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen unter anderen Aspekten noch Potenzial zur Verbesserung seiner Anwendungsfreundlichkeit aufweist. Dies betrifft neben den unter B.II.1. bereits angesprochenen datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten die unübersichtliche Regelung des gerichtlichen Verfahrens<sup>34</sup>, die in einem eigenen Abschnitt gebündelt werden könnte, sowie die stark verbesserungsfähige Ausgestaltung der Regelungen betreffend die zweckändernde Datenverwendung und den Schutz grundrechtensensibler Bereiche. In diesen Bereichen sollte das einfache Recht aus seinen verfassungsrechtlichen Bezügen heraus grundsätzlich neu praxisgerecht und dogmatisch schlüssig entwickelt werden.<sup>35</sup>

München, den 25. Oktober 2019

Dr. Markus Löffelmann

---

<sup>33</sup> BVerfG NJW 2018, 2619, 2623, 2626 f. (Rn. 85, 106, 111).

<sup>34</sup> Verweise auf das FamFG finden sich derzeit in § 14a Abs. 2, § 17 Abs. 2, § 20c Abs. 4, § 21 Abs. 3, § 31 Abs. 4, § 33 Abs. 4, § 34b Abs. 2, § 34c Abs. 6, § 36 Abs. 2 und § 42 Abs. 1 PolG.

<sup>35</sup> Vgl. zu Regelungsvorschlägen *Löffelmann* GSZ 2019, 16 ff. und *ders.*, GSZ 2019, 190 ff., sowie für den Bereich des Verfassungsschutzes die (nicht erfolgreichen) Änderungsanträge der SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag in den beiden jüngsten Gesetzgebungsverfahren zum BayVSG, Bayerischer Landtag, Drs. 17/11610, 2, 20 ff. und 17/21807.