

Musterklausur Eingriffsrecht: Nächtlicher Familienstreit in Hagen



Prof. Dr. Frank Braun¹,
HSPV NRW, Hagen

KA'in Lucy Peperkorn²,
HSPV NRW, Hagen

Die Übungsklausur orientiert sich an den Anforderungen des Hauptstudiums 1 an der HSPV NRW und hat einen mittleren Schwierigkeitsgrad bei einer Bearbeitungszeit von 90 Minuten. Der Sachverhalt hat sich in seinen Grundzügen tatsächlich so zugetragen und war Gegenstand einer Entscheidung des VGH München (Urteil v. 20.3.2015 – 10 B 12.2280).

Sachverhalt

Am 11. Januar 2021 gegen 23.30 Uhr ergeht in Hagen ein Einsatzauftrag an die Polizei wegen eines lauten Familienstreits. Bei der Familie, einer fünfköpfigen Personengruppe, die im Umfeld eines rumänisch-stämmigen Clans verortet wird, hat es in der Vergangenheit bereits mehrere ähnliche Einsätze gegeben. Die Familienmitglieder sind der Polizei als äußerst aggressiv bekannt. Aufgrund der gesammelten Erfahrungswerte bei vorausgegangenen Einsätzen, bei denen unter anderem gefährliche Körperverletzungen und Drogendelikte festgestellt werden konnten, geht die Einsatzzentrale der Polizei von einem erhöhten Gefahrenpotential aus und schickt deshalb vier Streifenwagen zur Wohnung der Familie; insgesamt sind zehn Beamte am Einsatz beteiligt.

Vor der Wohnung vernehmen diese lautes, aggressives Schreien. Nach mehrfachem Klingeln und Klopfen öffnet ein ca. 50-jähriger Mann (M) die Wohnungstür, tritt vor den Hauseingang und gibt sich gesprächsbereit. Nach eigenen Angaben ist er das „Familienoberhaupt“. Währenddessen geht der lautstarke Streit in der Wohnung gut hörbar weiter. Die Frage der Beamten, ob es in der Wohnung Verletzte gäbe, verneint er – nach Ansicht des einsatzleitenden Beamten wenig glaubwürdig – und lässt die Beamten in den Flur der Wohnung. Aus der Küche vernehmen die Beamten hysterische Schreie, wohl von der Ehefrau (E): „Raus aus meiner Wohnung!“, „Verpisst euch, Bullenschweine!“ und so weiter. Auch der Unmut weiterer drei jugendlicher männlicher Personen, die in der Wohnung anwesend sind, scheint sich gegen die Polizisten zu richten. Die Stimmung gegenüber den Beamten wird augenscheinlich immer aggressiver.

Diese entschließen sich daraufhin zum Eingriff. Da Schreie aus verschiedenen Zimmern der Wohnung dringen, verteilen sich die Beamten entsprechend und öffnen dabei auch die Türen zu Schlaf- und Badezimmern. Im Wohnzimmer befinden sich die Ehefrau und ihr etwa 15-jähriger Sohn (S). Beide verhalten sich gegenüber den Beamten aggressiv, beleidigen diese wüst und bedrohen sie. Der Sohn stottert und lallt dabei. Er bewegt sich stark verlangsamt und macht einen „kindlichen“ Eindruck. Er versucht die Beamten mit Gegenständen zu bewerfen, die er erst tollpatschig sucht und ziellos und wirr um sich schleudert, teils dabei auch sich selbst trifft, weint und „Mämica, Mämica!“ ruft. Als S eine leere Bierflasche zu greifen bekommt, versucht E ihren Sohn zu beruhigen und gibt den Beamten zu verstehen, dass dieser geistig behindert sei. Schließlich geht die E auf die Beamten und S zu. Daraufhin packen von einer anderen Tür des Wohnzimmers hinzugekommene Beamte die E von hinten, werfen sie auf das Sofa und fesseln sie an den Händen. Im Anschluss fesseln sie auch S. Die Fesselung beider Personen wird etwa eine Stunde aufrechterhalten. Der Einsatz in der Wohnung ist am 12. Januar 2021 gegen 1.00 Uhr beendet, ohne dass

dort Körperverletzungsdelikte oder sonstige Straftaten (außer gegen die Polizeibeamten) feststellbar gewesen wären.

Aufgaben:

1. Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit des Eindringens der Beamten in die Wohnung
2. Prüfen Sie die Rechtmäßigkeit der Zwangsanwendung gegen die E

Hinweis: Es ist auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen – ggf. in einem Hilfsgutachten – einzugehen.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Eindringen der Beamten in die Wohnung

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es bei einem Grundrechtseingriff einer verfassungskonformen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Durch das Eindringen der Beamten in die Wohnung und das dortige Verweilen könnte in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG, eingegriffen werden. Die Wohnungsinhaber werden durch den Aufenthalt der Beamten in ihrer Wohnung grundsätzlich in ihrer räumlichen Privatsphäre beeinträchtigt. Ein Grundrechtseingriff wäre aber zu verneinen, wenn vorliegend eine wirksame Einwilligung vorläge; also, wenn die Grundrechtsinhaber mit dem Betreten und Verweilen in der Wohnung einverstanden gewesen wären. Ein solches Einverständnis könnte aus dem Verhalten des M abgeleitet werden, der laut Sachverhalt die Beamten in die Wohnung lässt. Bei mehreren Berechtigten, wie bei einer Wohnung eines Ehepaars der Fall, ist indes die Zustimmung aller für eine wirksame Einwilligung erforderlich³, die hier nicht vorlag. Unabhängig davon, ob vorliegend eine Berechtigung zum Betreten der Wohnung angenommen wird oder nicht, ist jedenfalls das Verweilen der Beamten in der Wohnung ab dem Zeitpunkt grundrechtsrelevant, in dem die E die Beamten in eindeutiger Art und Weise auffordert die Wohnung zu verlassen („Raus aus meiner Wohnung!“)⁴. Denn hält sich jemand ursprünglich mit dem Willen des Berechtigten in den Wohnräumen auf und verlässt er diese nach entsprechender Aufforderung nicht, ist Art. 13 Abs. 1 GG gleichfalls betroffen⁵. Ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG liegt demnach vor.

Die polizeiliche Maßnahme verfolgt eine präventive Zielrichtung. Es soll vorrangig festgestellt werden, ob sich verletzte Personen in den Räumlichkeiten befinden, um diese aus einer Gefahrensituation zu befreien. Zudem sollen Streitigkeiten geschlichtet und so die Nachtruhe wiederhergestellt⁶ werden.

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier § 41 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW in Betracht.

Gegebenenfalls hätte auch auf § 41 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW abgestellt werden können, wenn man die Wiederherstellung der Nachtruhe als *Hauptzweck* des Polizeieinsatzes erkannt hätte. Allerdings wäre dann mit Punktabzügen zu rechnen gewesen. Denn nach den Angaben im Sachverhalt war dies augenscheinlich nicht der Fall.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 PolG NRW hat die Polizei die Aufgabe, Straftaten zu verhüten. Vorrangig wird die Wohnung betreten, um dort befindlichen, durch körperliche Angriffe gefährdeten Personen Hilfe zu leisten und damit auch um weitere Straftaten (Körperverletzungsdelikte) zum Nachteil dieser Personen zu verhindern. Insoweit ist die Polizei originär zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich vorliegend aus § 7 Abs. 1 PolG NRW. Es ist davon auszugehen, dass die eingesetzten Beamten innerhalb ihres Polizeibezirks tätig werden.

2. Allgemeine Verfahrensvorschriften

Das Eindringen in die Wohnung stellt aufgrund fehlender Regelungswirkung einen Realakt dar. Begleitverfügungen sind aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Die lediglich für Verwaltungsakte geltenden Verfahrensvorschriften des VwVfG NRW (u.a. §§ 28, 37, 39, 41 VwVfG NRW) kommen somit nicht zur Anwendung.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsvoraussetzungen der

Ermächtigungsgrundlage

§ 41 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW setzt voraus, dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person vorliegt. Eine solche ist eine Sachlage, bei der die Einwirkung des schädigenden Ereignisses bereits begonnen hat oder bei der diese unmittelbar oder in allernächster Zeit mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bevorsteht⁷.

Problematisch ist hier, ob eine solche Gefahr vorlag. Denn tatsächlich befanden sich keine verletzten oder sonst gefährdeten Personen in der Wohnung. Bei rückschauender Betrachtung (ex post) lagen also die Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW nicht vor. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilichen Handelns ist aber aus Gründen einer effektiven Gefahrenabwehr stets die ex ante-Perspektive nutzbar zu machen. Es ist danach zu fragen, wie ein verständiger, durchschnittlich ausgebildeter und besonnener Polizeibeamter die Rechtslage in dem konkreten Fall eingeschätzt hätte. Mussten aus seiner Sicht die Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 Nr. 4 einschlägig sein, so ist der Tatbestand als erfüllt anzusehen (sog. Anscheinsgefahr). Es ist also zu fragen, ob hier ein durchschnittlicher, verständiger Polizeibeamter von einer gegenwärtigen Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer in der Wohnung befindlichen Person ausgehen musste⁸.

Dies ist vorliegend zu bejahen. Aufgrund der Erfahrungen aus vorangegangenen Einsätzen bei der betreffenden Familie, den andauernden Schreien aus der Wohnung und dem aggressiven Verhalten einzelner Personen konnten die Beamten davon ausgehen, dass sich mit hoher Wahrscheinlichkeit hilfsbedürftige Personen in der Wohnung befinden, deren Gesundheit („Leib“⁹) ernsthaft gefährdet ist.

Das Betreten der Wohnung muss zudem zur Abwehr dieser gegenwärtigen (Anscheins-)Gefahr erforderlich sein. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn sie das mildeste, gleich geeignete Mittel darstellt.¹⁰ Das Betreten der Wohnung war geeignet,

gegebenenfalls dort befindlichen verletzten Personen Hilfe zu leisten und die lautstarke Auseinandersetzung beizulegen.¹¹ Die Beamten haben vorgängig auch eine mildere Maßnahme getroffen, indem sie zunächst ein Gespräch mit dem M vor dem Hauseingang gesucht haben, das allerdings nicht wesentlich zur Sachverhaltsaufklärung beitragen konnte. Andere weniger beeinträchtigende Maßnahmen als ein Betreten der Wohnung waren dagegen tatsächlich nicht möglich oder von vornherein nicht geeignet¹², weshalb die Maßnahme auch erforderlich war.

2. Adressat

Taugliche Adressaten sind die betroffenen Wohnungsinhaber (M und E) und die Personen, die dort berechtigt wohnen (S).

3. Zugelassene Rechtsfolge

§ 41 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW gestattet das Betreten und Durchsuchen einer Wohnung ohne die Einwilligung des Inhabers. Dass keine wirksame Einwilligung vorliegt, wurde bereits im Rahmen des Grundrechtseingriffs angesprochen.

Fraglich ist hier, ob die Beamten die Wohnung nur „betreten“ haben oder ob auch eine Durchsuchung der Wohnung durchgeführt wurde.

Die Differenzierung Betreten oder Durchsuchen¹³ ist notwendig, weil bei einer Durchsuchung eine richterliche Anordnung gem. § 42 Abs. 1 PolG NRW erforderlich ist.

Unter dem Betreten von Wohnungen versteht man zum einen das Recht, sich Zugang zu dieser zu verschaffen und in Folge dessen anwesende Personen, Zustände und Sachen wahrzunehmen.¹⁴ Zum anderen umfasst das Betreten auch das Verweilen der Polizei in der betroffenen Wohnung sowie die Durchführung einer sog. „Nachschau“.¹⁵ Vorliegend haben die Beamten die Wohnung betreten und sich darin für eine Dauer von ungefähr einer Stunde aufgehalten. Fraglich ist indes, ob die „Suche“ nach verletzten Personen und die damit verbundene Öffnung von Türen als bloße Nachschau zu bewerten ist oder ob diese bereits eine Durchsuchung im Rechtssinne darstellt. Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften; mithin das Ausforschen eines für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereichs¹⁶.

Nach einer Ansicht soll jedes polizeiliche Betreten einer Wohnung, welches weitere aktive Datenerhebungsmaßnahmen ermöglichen soll, als Durchsuchung zu bewerten sein.¹⁷ Daran anknüpfend könnte man das „Öffnen der Türen zu Schlaf- und Badezimmer“, um dort ggf. verletzte Personen aufzufinden zu machen, als aktive Datenerhebung¹⁸ und damit als Durchsuchung bewerten. Dagegen spricht allerdings die Intention der Beamten. Es soll gerade nicht der Lebensbereich der Wohnungsinhaber aktiv ausgeforscht werden (was erst der Fall wäre, wenn nicht nur Zimmertüren geöffnet würden, sondern weiter aktiv nach Personen „gesucht“ würde, etwa „im Schrank oder unter dem Bett“). Vielmehr sollen bloß anwesende Personen und deren Gesundheitszustand zur Kenntnis genommen werden. Im Rahmen einer bloßen Nachschau in den einzelnen Räumen der Wohnung will sich die Polizei vergewissern, dass alle sich dort befindlichen Personen wohlauf sind.¹⁹ Ihre Intention ist nicht das planmäßige Suchen nach und die Ergreifung von bestimmten Personen. Somit liegt vorliegend Rechtsfolgebezogen ein bloßes „Betreten“ der Wohnung vor.

Hinweis: Es ist hier gut vertretbar, der gegenteiligen Ansicht zu folgen. Dann muss aber § 42 PolG NRW im Rahmen der Anordnungscompetenz geprüft werden.

4. Besondere Verfahrensvorschriften

Die Nachtzeitschranke, § 41 Abs. 2 PolG NRW findet für Fälle des § 41 Abs. 1 Nr. 4 PolG NRW keine Anwendung. Somit ist auch das Eindringen in die Wohnung nach 21.00 Uhr legitimiert.

5. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Es sind keine Ermessensfehler ersichtlich.

Legitimer Zweck der Maßnahme ist die Vergewisserung, dass sich in der Wohnung keine hilfebedürftigen Personen aufhalten sowie die Wiederherstellung der Nachtruhe. Auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Maßnahme wurde bereits im Rahmen der Rechtsfolge eingegangen.

Eine Disproportionalität der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter ist nicht auszumachen. Die Grundrechtsbelastung der Bewohner der Räume ist zwar erheblich, wozu auch die große Anzahl beteiligter Polizeibeamter (vier Streifenwagen) und die nicht unerhebliche Dauer des Einsatzes von knapp einer Stunde verschärfend beiträgt. Auf der anderen Seite bestand aber auch ein rechtfertigender Einsatzgrund, nämlich eine gegenwärtige (Anscheins-)Gefahr für bedeutende Rechtsgüter sowie eine offensichtlich ganz erhebliche Störung der Nachtruhe. Soweit der Einsatz vorrangig dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit gefährdeter in der Wohnung anwesender Personen dient, ist auch auf eine diesbezügliche staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hinzuweisen²⁰.

IV. Ergebnis

Das Eindringen der Beamten in die Wohnung und anschließende dortige Verweilen erfolgte rechtmäßig.

Frage 2: Zwanganwendung gegen die E

I. Ermächtigungsgrundlage

Durch die Fesselung an den Händen wird in das Grundrecht der E auf körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen, da die Durchführung der Maßnahme unweigerlich mit erheblichem körperlichem Unwohlsein verbunden ist. Die körperliche Unversehrtheit umfasst den Schutz der körperlichen Integrität, d.h. der körperlichen Gesundheit im physiologisch-biologischen Sinne.²¹

Zudem liegt ein Eingriff in die Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG vor, da die E sich für die Dauer der Fesselung – hier eine Stunde – nicht wegbewegen kann.²² Fraglich ist allerdings, ob es sich bei der Fesselung um eine freiheitsbeschränkende oder eine freiheitsentziehende Maßnahme handelt.²³ Eine Freiheitsentziehung liegt dann vor, wenn die Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird²⁴. Sie setzt eine besondere Eingriffsintensität und eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraus.²⁵ Vorliegend wurde die E „nur“ für eine Dauer von einer Stunde „lediglich“ an den Händen gefesselt. Nach Zeitdauer und Eingriffsintensität der Maßnahme liegt insoweit lediglich eine Freiheitsbeschränkung vor²⁶.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist gut vertretbar. Bei einer weitgehenden Fixierung wäre jedenfalls eine Freiheitsentziehung zu bejahen. So hat das BVerfG entschieden, dass im Falle einer „5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung“, bei der sämtliche Gliedmaßen des Betroffenen festgebunden werden, stellt eine Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 104 Abs. 2 GG vorliegt, wenn diese absehbar die Dauer von einer halben Stunde unterschreitet²⁷.

Die Maßnahme verfolgt eine präventive Zielrichtung. Mit der Zwanganwendung gegen die E sollen Angriffe des S auf die Beamten unterbunden und dessen Ingewahrsamnahme ermöglicht werden²⁸.

Als Ermächtigungsgrundlage für die Zwanganwendung kommt § 50 Abs. 2 i.V.m. §§ 55 Abs. 1, 62 PolG NRW in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die Beamten sind hier originär gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 POG NRW zuständig. Die Zwangsmaßnahme dient primär der Eigensicherung und damit der Verhinderung körperverletzender Straftaten zum Nachteil der Polizei. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 7 Abs. 1 POG NRW.

3. Allgemeine Verfahrensvorschriften

Mangels Regelungswirkung stellen Maßnahmen unmittelbaren Zwanges gegen die E keinen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW dar, sondern einen Realakt. Die Regelungen des VwVfG NRW sind deshalb nicht anwendbar.

Die Verwaltungsaktqualität der Maßnahme hätte hier auch bejaht werden können. Wollte man in der Fesselung eine konkludente Duldungsverfügung („Dulde das Anlegen der Handfesseln“ usw.) erkennen²⁹, hätte die Maßnahme die erforderliche Regelungswirkung und es läge ein Verwaltungsakt vor. Dann wäre grundsätzlich eine Anhörung des Betroffenen nach § 28 Abs. 1 VwVfG NRW erforderlich, die vorliegend allerdings nach § 28 Abs. 2 Nrn. 1 und 5 VwVfG entbehrlich gewesen wäre.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Zulässigkeit des Zwangs

Vorliegend geht dem Verwaltungszwang keine Grundverfügung voraus. Demnach liegt ein Fall des Sofortvollzugs, § 50 Abs. 2 PolG NRW,³⁰ vor. Ein Vorgehen im Sofortvollzug nach § 50 Abs. 2 PolG NRW setzt voraus, dass dieses zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist und die Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt.

a) Notwendigkeit des Sofortvollzugs zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr

Die Zwanganwendung muss zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr³¹ notwendig sein. Von E selbst geht keine unmittelbare Gefahr zum Nachteil der Beamten aus, allerdings von ihrem Sohn S, der die Beamten mit Gegenständen bewirft und dabei auch sich selbst gefährdet. Dadurch, dass E sich auf den S und die Beamten zubewegt, verhindert sie eine Beseitigung der Störung durch die Beamten und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der aufgebrachte S die Beamten, sich selbst oder gar die E mit der Bierflasche, die er in der Hand hält, verletzt. Auch besteht die – allerdings wenig wahrscheinliche Möglichkeit – dass die E, die vorgängig durch ein aggressives Verhalten gegenüber den Beamten auffällig geworden war, den S in seinen Widerstandshandlungen unterstützt. Insoweit kann eine gegenwärtige Gefahr angenommen werden.

Fraglich ist indes, ob zur Abwehr dieser Gefahr der Sofortvollzug „notwendig“ (§ 50 Abs. 2 PolG NRW) war, oder ob es nicht möglich gewesen wäre vorher eine gefahrenabwehrende Grundverfügung gegen die E auszusprechen. Hier spricht vieles dafür, dass eine vorherige Grundverfügung hätte erlassen werden können und müssen. Eine solche hätte etwa den Inhalt haben können: „Bleiben Sie stehen! Sagen Sie ihrem Sohn, dass er die Flasche weglegen soll!“ Die Tatsache, dass sich E auf ihren Sohn und die Beamten zubewegt ist vor dem Hintergrund, dass sie ihn schon verbal zu beruhigen versuchte, so zu interpretieren, dass E zur Gefahrenbeseitigung beitragen möchte. Auch ist anzunehmen, dass sich S, der lautstark und weinerlich nach seiner Mutter ruft, sich von ihr beruhigen lässt. Die sofortige Anwendung von Zwang gegen seine Mutter würde dagegen die verzweifelte Wut des S indes wohl eher noch steigern und damit die bestehende Gefahrenlage vertiefen.

Hinweis: Wenn man die Notwendigkeit des Sofortvollzugs, wie hier, verneint (eine gegenteilige Bewertung ist gut ver-

tretbar), ist nach dem Bearbeitervermerk die Prüfung fortzusetzen.

b) Handeln der Polizei innerhalb ihrer Befugnisse

Die Polizei handelt innerhalb ihrer Befugnisse, wenn ein Grundverwaltungsakt, hier etwa „Bleiben Sie stehen! Sagen Sie Ihrem Sohn, dass er die Flasche weglegen soll!“, rechtmäßig hätte ergehen können („fiktive Grundverfügung“).

aa) Ermächtigungsgrundlage

Ein solcher Befehl würde in die allgemeine Handlungsfreiheit der E (Art. 2 Abs. 1 GG) eingreifen. Diese Maßnahme wäre präventiver Natur und könnte – mangels Spezialermächtigung – nur auf die Generalklausel, § 8 Abs. 1 PolG NRW, gestützt werden.

Hinweis: Da die Grundverfügung nicht ausgesprochen wurde, ist bei der Darstellung weitestgehend der Konjunktiv zu verwenden.

bb) Materielle Rechtmäßigkeit³²

(1) Tatbestandsvoraussetzungen

§ 8 Abs. 1 PolG NRW setzt eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus. Eine solche Gefahrenlage ist zu bejahen. Es liegt, wie bereits geprüft, sogar eine „gegenwärtige Gefahr“ vor (s. Punkt III. 1. a)).

(2) Adressat

Es greifen die allgemeinen Adressatenregelungen aus den §§ 4–6 PolG NRW. Vorliegend wäre die E Handlungsstörerin nach § 4 Abs. 2 PolG NRW. Sie ist offensichtlich zur Aufsicht über ihren geistig behinderten Sohn verpflichtet.

(3) Rechtsfolge

Zudem wäre die fiktive Grundverfügung als „notwendige Maßnahme“ i.S.d. § 8 Abs. 1 PolG NRW zu qualifizieren. Gleich geeignete und mildere polizeiliche Maßnahmen könnten nicht getroffen werden.

(4) Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Die Maßnahme könnte ohne Ermessensfehler getroffen werden. Auch wäre ein polizeilicher Befehl, stehen zu bleiben und dem S aufzugeben die Flasche wegzulegen, angemessen. Die E würde durch die Gefahrenabwehrmaßnahme nur geringfügig in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit beschränkt, die hier gegenüber dem Gefahrenabwehrinteresse des Staates zurücktreten müsste.

(5) Ergebnis

Eine Grundverfügung hätte rechtmäßig ergehen können. Die Polizei handelte innerhalb ihrer Befugnisse nach § 50 Abs. 2 PolG NRW.

2. Zulässigkeit des eingesetzten Zwangsmittels

Bei der Fixierung und Fesselung der E handelt es sich um unmittelbaren Zwang gegenüber Personen gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW i.V.m. § 58 Abs. 1 PolG NRW und speziell beim Anlegen der Handfesseln um den Einsatz von Hilfsmitteln körperlicher Gewalt, § 58 Abs. 3 PolG NRW.

Die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 PolG NRW, wonach die Anwendung von unmittelbarem Zwang stets „ultima ratio“ sein muss, liegen vor. Eine Ersatzvornahme, § 52 PolG NRW, kommt mangels vertretbarer Handlung nicht in Betracht. Ein Zwangsgeld, § 53 PolG NRW, ist vorliegend nicht zweckmäßig.

3. Art und Weise der Zwangs-anwendung

a) Androhung, § 61 Abs. 1 S. 1 PolG NRW

Gem. § 61 Abs. 1 S. 1 PolG NRW ist unmittelbarer Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen.³³ Dies ist vorliegend nicht geschehen. Eine Androhung ist gem. § 61 Abs. 1 S. 2 PolG NRW aber entbehrlich, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist.

Dies ist wie bereits oben unter III. 1. a) dargestellt, nicht der Fall. Wie eine Grundverfügung auch, wäre es vorliegend der Polizei möglich und zumutbar gewesen, die Zwangs-anwendung anzudrohen³⁴. Auch wenn man von einer aufgeheizten Stimmung ausgehen mag, hätte die Androhung einer Fesselung womöglich dazu geführt, dass die E die Polizei zu ihrem Sohn vordringen lässt oder diesen sogar selbst festhält, damit er nicht mehr mit Gegenständen werfen kann. Der geistig behinderte Sohn der E ist bei seinen Aktionen auch nicht sonderlich schnell und wenig geschickt. Eine Androhung der Fesselung wäre daher noch vor dem nächsten Wurf durchaus möglich gewesen.

b) Besondere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Fesselung, § 62 PolG NRW

§ 62 Satz 1 PolG NRW gestattet bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen die Fesselung von Personen. Danach muss eine Person rechtmäßig festgehalten werden und die Annahme durch Tatsachen gerechtfertigt sein, dass sie Polizeivollzugsbeamte angreifen oder Widerstand leisten wird.

aa) Person wird nach diesem Gesetz festgehalten

E müsste festgehalten werden. Jedenfalls muss eine Beeinträchtigung der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 104 GG bereits gegeben, nicht etwa erst beabsichtigt sein, was hier der Fall ist. Ob dagegen eine Freiheitsbeschränkung ausreicht oder ein Festhalten eine Freiheitsentziehung voraussetzt, ist umstritten³⁵. Nach hier vertretener Ansicht reicht eine Freiheitsbeschränkung aus³⁶.

In der Norm steht „festgehalten wird“, nicht „festgehalten werden soll“ oder „festgehalten werden darf“, sodass es auf die Rechtmäßigkeit des Festhaltens für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit der Fesselung nicht ankommt³⁷. Insoweit muss hier keine inzidente Prüfung der Rechtmäßigkeit der der Fesselung zu Grunde liegenden Freiheitsbeschränkung erfolgen.

bb) Tatsachen rechtfertigen die Annahme, dass...

Nach § 62 Satz 1 Nr. 1 PolG NRW (die anderen Nummern kommen hier offensichtlich nicht in Betracht) müssten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die E Widerstand leisten oder die Beamten oder Dritte angreifen wird. Das heißt, dass konkrete Anhaltspunkte für ein solches Verhalten vorliegen müssen; bloße Vermutungen reichen nicht aus.³⁸

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte, die darauf hinweisen, dass von E konkrete Widerstandshandlungen ausgehen oder ausgehen werden. Sie will offensichtlich lediglich ihren Sohn beruhigen, ihn schützen und allgemein die Situation entschärfen.³⁹ Anhaltspunkte dafür, dass E die Polizei selbst angreifen oder ihren Sohn bei entsprechenden Handlungen unterstützen will, sind hier – auch wenn die Gesamtsituation von einer aufgeregten Grundstimmung geprägt ist – konkret nicht ersichtlich.

4. Verhältnismäßigkeit der Zwangs-anwendung

a) Geeignet

Grundsätzlich ist die Fesselung zur Gefahrenabwehr geeignet, da die E, wenn auch nicht sehr wahrscheinlich, von einer Widerstandshandlung oder einem Angriff auf die Beamten abgehalten werden kann und vor allem eine Ingewahrsamnahme des S ermöglicht wird.

b) Erforderlichkeit

Zu untersuchen ist, ob den Polizeibeamten mildere, gleich wirksame Mittel zur Gefahrenabwehr als eine Fesselung der E zur Verfügung standen. Denkbar wäre vor allem ein Festhalten der E ohne diese gleich zu fesseln oder ein kurzzeitiges Zurückweichen der Polizei aus dem Wohnzimmer und damit aus dem Wurf-bereich des S, um abzuwarten mit welcher Intention sich die E ihrem Sohn nähert. Dabei wäre zu erwarten gewesen, dass diese beruhigend auf S einwirkt, was zu einer wesentlichen Ent-

spannung des Geschehens hätte führen können. Auch wäre, wie bereits an anderer Stelle geprüft, es möglich gewesen eine vorgängige gefahrenabwehrende Grundverfügung zu erlassen.

Insoweit war ein unmittelbares Ergreifen und Fesseln der E nicht erforderlich. Es bestanden keine Anhaltspunkte dafür, dass dieses Eingreifen der Polizeibeamten einen Flaschenwurf des S besser hätte verhindern können. Eher ist das Gegenteil anzunehmen. Die Maßnahme war damit nicht erforderlich.

5. Angemessenheit

Angemessen wäre die Fesselung nur, wenn kein Missverhältnis zwischen der Schwere des Grundrechtseingriffs und dem Ziel der polizeilichen Maßnahme bestünde.

E wird durch die Fesselung in ihrem Recht auf Freiheit der Person gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erheblich beeinträchtigt. Durch die – nicht erforderliche – Aufrechterhaltung der Fesselung für einen Zeitraum von etwa einer Stunde, gewinnt der Eingriff weiter an Intensität. Auch wurde die E ohne jegliche Vorwarnung

ergriffen.⁴⁰ Zu berücksichtigen ist zudem, dass die vorliegende Gefahr nicht unmittelbar von der E, sondern von dem S ausgeht. Auch stellen sich die Angriffe des S als nicht hochgradig gefährlich dar.⁴¹ S schleudert die Gegenstände ziellos um sich und trifft teilweise auch sich selbst. Bereits zu diesem Zeitpunkt, doch spätestens ab dem Zeitpunkt der Bekanntgabe der geistigen Behinderung des S, ist von einem relativ niedrigen Gefahrenpotenzial auszugehen, das allgemein zurückhaltendere polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahmen bedingt.

Aus diesen Gründen ist die Fesselung der E auch als unangemessen zu beurteilen.

IV. Ergebnis

Die Fesselung der E war rechtswidrig. Der Sofortvollzug war nicht „notwendig“ und die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Fesselung nach § 62 PolG NRW lagen nicht vor. Zudem war die Fesselung unverhältnismäßig, da weder erforderlich noch angemessen.

- 1 Der Autor ist hauptamtlicher Dozent an der HSPV NRW, Studienort Hagen in den Fächern Staatsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht.
- 2 Die Autorin ist Studentin an der HSPV NRW, Studienort Hagen.
- 3 *Braun*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 41 Rn. 8; *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, S. 181, Rn. 10.
- 4 Vgl. hierzu VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 5 *Braun*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 41 Rn. 9.
- 6 Die Nachbarn werden nachhaltig gesundheitsbeeinträchtigend gestört, da sie aufgrund der Störung der Nachtruhe keinen Schlaf finden und dies zudem häufiger vorkommt. Hierzu VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 7 *Denninger*, in: Lisken/Denninger, HdBPoLR, 6. Aufl. 2018, Kap. D Rn. 54; *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, S. 10, Rn. 7; vgl. auch die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 2 NPOG.
- 8 Vgl. *Schütte*, in: Schütte/Braun/Keller, PolG NRW, 2012, § 1 Rn. 15.
- 9 „Leib“ ist in etwa mit „Gesundheit“ gleichzusetzen. Es bedarf eines Gesundheitsschadens, der nicht nur leicht ist, Schoch, JuS 1994, 667 ff. Im Übrigen wären vorliegend auch die anhaltenden Emissionen (Lautstärke) dazu geeignet, „die Gesundheit der umwohnenden Nachbarn nachhaltig zu beeinträchtigen“, so VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 10 *Michael*, JuS 2001, 654 (656).
- 11 Weiter hierzu VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 12 So die Formulierung des VGH München, Urteil v. 20.03.2015 – 10 B 12.2280.
- 13 Die Durchsuchung umfasst zusätzlich zu dem Betreten der Wohnung als zweites Element die Vornahme von Durchsuchungshandlungen in den Räumen, BVerfG, Urt. vom 25.8.2004 – 6 C 26.03; BVerfG, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 14 Hierzu: *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, Rn. 218.
- 15 Hierzu: *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, Rn. 218.
- 16 BVerwG NJW 1975, 130 (131); BVerfG NJW 1979, 1539.
- 17 So zuletzt *Roggenkamp*, PSP 1/2021, 7, m.w.N. Diese Ansicht stützt sich weitestgehend auf in diese Richtung gehende Äußerungen des BVerwG, Urt. vom 25.8.2004 – 6 C 26/03 – NJW 2005, 454 (455) – „Teestube“.
- 18 Es würden unweigerlich Erkenntnisse bezüglich der anwesenden Personen, deren Gesundheitszustand sowie der betretenden Räume erlangt werden.

- 19 VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 20 Ähnlich VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 21 Davon umfasst sind nicht nur physische Schmerzen und Verletzungen, sondern auch psychische Beeinträchtigungen, sobald ihre Wirkung vergleichbar derer physischer Schmerzen ist. Hierzu *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, 144, m.w.N.
- 22 Die Freiheit der Person umfasst die körperliche Bewegungsfreiheit, hierbei allerdings nur die Wegbewegungsfreiheit. Das bedeutet das Recht, sich jederzeit von einem beliebigen Ort wegbewegen zu können. Hierzu *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, 86 f., m.w.N.
- 23 Zur Abgrenzung von Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentziehung vertieft *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, 87 ff., m.w.N.
- 24 BVerfGE 94, 166 (198); 105, 239 (248).
- 25 BVerfGE 105, 239 (250).
- 26 So VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 27 BVerfG, Urt. vom 24.7.2018 – 2 BvR 309/15, Rn. 68.
- 28 VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280 „Sicherung der polizeilichen Maßnahmen“ gegenüber S.
- 29 So etwa noch BVerwGE 26, 161 (164); dagegen das mittlerweile weit überwiegende Schrifttum, vgl. *Möstl*, Jura 2011, 840 (848 m.w.N.); *Würtneberger/Heckmann/Tanneberger*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017, § 5 Rn. 132 f.
- 30 Hierzu *Muckel*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 50 Rn. 15.
- 31 Zum Begriff der gegenwärtigen Gefahr siehe: Frage 1. III. 1.
- 32 Die formelle Rechtmäßigkeit der fiktiven Grundverfügung ist nie zu prüfen, vgl. *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, Rn. 393.
- 33 Zur Androhung von Zwang *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, Rn. 396; *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, S. 223 ff.
- 34 VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 35 Siehe etwa *Thiel*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 62 Rn. 21 (Freiheitsbeschränkung), dagegen *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, S. 228, Rn. 85.
- 36 *Thiel*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 62 Rn. 21.
- 37 *Thiel*, in: Möstl/Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 2020, § 62 Rn. 22.
- 38 *Thiel*, in: BeckOK Polizei- und Ordnungsrecht, 2020, § 62 Rn. 8 ff; *Tegtmeyer/Vahle*, PolG NRW, 12. Aufl. 2018, Rn. 3.
- 39 So auch VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 40 VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.
- 41 VGH München, Urt. vom 20.3.2015 – 10 B 12.2280.