

## Musterklausur Eingriffsrecht:

# Polizeieinsatz bei einer „Rocker-Party“<sup>1</sup>



Prof. Dr. Frank Braun, HSPV NRW, Abteilung Gelsenkirchen/Hagen  
Lisa Wietbüscher, Kommissaranwärterin in Hagen

Am 30. August 2021 fand auf einem vom „Bandidos MC Hagen“ als Clubgelände genutzten Grundstück in Hagen- Altenhagen eine Feier zum 10-jährigen Bestehen des Chapters statt. Das betreffende Grundstück ist zur Straße hin mit einer stahldornbesetzten Mauer abgegrenzt; Zugang und Zufahrt erfolgen durch ein Stahlschiebetor. Das Gelände besteht aus einem ca. 20 x 30 Meter großen Platz und einem Gebäude, das als Clubhaus genutzt wird.

Die Veranstaltung war bereits im Mai desselben Jahres auf den öffentlich zugänglichen Internetseiten des „Bandidos MC Hagen“ und anderer befreundeter Clubs – jeweils ohne weitere Angaben, insbesondere zu Ort und Uhrzeit – unter dem Motto „10 Years Party“ angekündigt worden. Schriftliche Einladungen sowie eine öffentliche Plakat- oder sonstige Werbung erfolgten nicht.

Als die örtliche Kreispolizeibehörde auf die Veranstaltung aufmerksam wurde, begann diese unmittelbar einen größeren Polizeieinsatz vorzubereiten. Denn erst vor gut einem Jahr war es bei einer ähnlichen Veranstaltung in Berlin, der Feier des fünf-jährigen Bestehens des „Hells Angels MC Berlin Köpenick“, zu einer Schießerei mit rivalisierenden Anhängern der Rocker-Gruppierung der Bandidos gekommen, bei der auch Mitglieder aus Nordrhein-Westfalen beteiligt waren. Weil man Racheaktionen anlässlich der Feier der Hagener Bandidos befürchtete, wurde im Rahmen der „BAO Rocker“ ein Polizeieinsatz geplant und durchgeführt, bei dem eine ganze Hundertschaft von Polizeibeamten zum Einsatz kam.

Am Tag der Feier geschah folgendes: Zunächst beobachteten Polizeibeamte, wie Besuchern der Veranstaltung jeweils auf Klingeln am Hoftor geöffnet und das Tor anschließend wieder verschlossen wurde; dabei wurden augenscheinlich auch zwei potentielle Besucher abgewiesen. Als eine Gruppe von Beamten dann gegen 15.00 Uhr selbst unter Hinweis auf ihr Betretungsrecht nach § 41 Abs. 4 PolG NRW Einlass auf das Grundstück begehrte, wurde ihr der Zutritt verwehrt. Sodann überkletterten die Beamten die Grundstücksmauer und begingen das Gelände vor dem Clubhaus. Dort befanden sich die ersten Partygäste, ca. 15 Personen, die eindeutig dem Rocker-Milieu zuzuordnen waren. Auf dem Platz waren Bierbänke und Tische aufgestellt sowie ein provisorischer Ausschank aufgebaut; die Feier sollte offensichtlich „draußen“ stattfinden. Das Clubhaus selbst war verschlossen.

Bei der Begehung des Hofes nahm die Polizei auf den ersten Blick Hieb und Stichwaffen sowie sonstige gefährliche Gegenstände wahr: Auf einem der Bierische waren ein Springmesser, ein Dolch, ein Teleskop-Schlagstock sowie eine Dose Pfefferspray abgelegt. Diese Gegenstände wurden unverzüglich sichergestellt, die anwesenden Party-Besucher durchsucht und ihre Identität festgestellt.

Die Einsatzleitung beschloss daraufhin das Clubhaus zu durchsuchen, „um eine erneute Bewaffnung der anwesenden Personen sowie eine Gefährdung der anwesenden Gäste und der eingesetzten Beamten zu verhindern“. Als der Einsatzleiter dem Präsidenten des Clubs, B, eröffnete, dass man das Clubhaus durchsuchen werde, verhielt sich dieser kooperativ und sperrte den Beamten das Gebäude auf. Als die Beamten das Haus betreten wollten, stellte sich ihnen indes der offensichtlich bereits stark angetrunkene Partygast C in den Weg und bedrohte die Polizisten. Nachdem C entgegen einer eindringlichen Aufforderung der Polizei nicht aus dem Weg gehen wollte und auch erfolglos körperliche Gewalt als Zwangsmittel angedroht wurde, drängten zwei Beamte den C, der alsbald wild um sich schlug, von der Eingangstür ab, fixierten ihn auf dem Boden und legten ihm Handfesseln an.

Bei der anschließenden Durchsuchung des Clubhauses wurden in geringen Mengen illegale Betäubungsmittel, sowie mehrere Messer, Macheten, Baseballschläger und Handschuhe mit Quarzsandfüllung gefunden.

Nachdem der Polizeieinsatz beendet war unterhielt sich PK D, der erst vor kurzem sein Studium beendet hatte, mit dem erfahrenen Kollegen PHK E. Er wollte von dem „alten Hasen“ wissen, warum man das Anwesen der Rocker nach § 41 Abs. 4 PolG NRW betreten durfte, nachdem doch alle Zugänge verschlossen waren und das Grundstück eine hohe Mauer umgibt. Zudem sei ihm nicht klar, warum man bei der Durchsuchung des Clubhauses auf die Einholung eines Durchsuchungsbeschlusses verzichten konnte. PHK E antwortete dem D, dass die Feier der Öffentlichkeit zugänglich gewesen sei, weil für sie im Internet ohne jede Beschränkung geworben wurde. Damit konnte jeder Besucher der Internetseiten an der Feier teilnehmen und sei eingeladen gewesen. Bei der Durchsuchung des Clubhauses schließlich sei „Gefahr im Verzug“ vorgelegen. Denn bei der Besichtigung des Geländes hatte sich ja ergeben, dass sich dort Waffen bzw. waffenähnliche Gegenstände befanden und deshalb eine entsprechende Gefahrenlage bestand.

### Aufgaben:

Prüfen Sie gutachterlich folgende im Sachverhalt getroffene Maßnahmen:

1. Das Betreten des Grundstückes des „Bandidos MC Hagen“
2. Die Durchsuchung des Clubhauses des „Bandidos MC Hagen“
3. Die Zwangsanwendung gegen den C

Hinweis: Die Formelle Rechtmäßigkeit ist **nicht** zu prüfen.

### Lösungsvorschlag

#### Frage 1: Prüfen Sie gutachterlich das Betreten des Grundstückes des „Bandidos MC Hagen“

##### I. Befugnisnorm

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetztes bedarf jedes polizeiliche Handeln einer gesetzlichen Befugnis, wenn es in die Grundrechte des Betroffenen eingreift.

##### 1. Grundrechtseingriff

Das Betreten des Grundstückes des „Bandidos MC Hagen“ könnte einen Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, Art 13 Abs. 1 GG, darstellen. Das Grundrecht schützt

die räumliche Privatsphäre. Jeder hat das Recht, an einem von der Öffentlichkeit abgeschirmten individuell geprägten Lebensraum „in Ruhe gelassen zu werden“.<sup>2</sup> Schutzgegenstand des Grundrechts ist die „Wohnung“. Unter einer Wohnung sind alle Räume zu verstehen, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine räumliche Abschottung entzogen sind und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht wurden<sup>3</sup>. Diese Definition ist weit auszulegen; auch befriedetes Besitztum sowie Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sind geschützt<sup>4</sup>. Dabei kann selbst in Zeiten, an denen diese Räume für die Öffentlichkeit zugänglich sind (z.B. während der Öffnungszeiten) Schutz bestehen<sup>5</sup>; nämlich dann, wenn der Hausrechtsinhaber im Einzelfall nicht mit dem Eintritt und dem Aufenthalt bestimmter Personen einverstanden ist. Denn das Wohnungsgrundrecht gewährleistet auch Schutz gegen Eingriffe in die Entscheidung des Hausrechtsinhabers über das Zutrittsrecht im Einzelfall und über die jeweilige Zweckbestimmung des Aufenthalts<sup>6</sup>.

Demnach muss bzgl. der Frage des Grundrechtseingriffs nicht entschieden werden, ob das vom weiten Wohnungsbegriff erfasste Vereinsheim des „Bandidos MC Hagen“ zum Zeitpunkt der Party für die Öffentlichkeit frei zugänglich war. Denn vorliegend hat der Hausrechtsinhaber den Polizeibeamten den Zutritt zum Club-Gelände ausdrücklich untersagt. Indem die Beamten im Anschluss daran über den Zaun des Geländes geklettert sind, haben sie den Willen des Hausrechtsinhabers missachtet. Ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG liegt damit vor.

## 2. Zielrichtung

Das Betreten des Clubgeländes verfolgt eine präventive Zielrichtung. Die Polizeibeamten vermuten aufgrund einer ähnlichen Veranstaltung im Vorjahr mögliche Auseinandersetzungen und Racheaktionen zwischen rivalisierenden Rocker-Gruppierungen. Mögliche Verletzungen von Teilnehmern der Veranstaltung oder Unbeteiligten sollten verhindert werden.

## 3. Einschlägige Befugnisnorm

Als taugliche Befugnisnorm kommt hier nur § 41 Abs. 4 PolG NRW in Betracht.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Nach Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Als **Tatbestandsvoraussetzung** fordert § 41 Abs. 4 PolG NRW, dass ein Arbeits-, Betriebs-, oder Geschäftsraum oder ein sonstiger Raum oder Grundstück betreten werden soll, welcher der Öffentlichkeit zugänglich ist. Zu prüfen ist demnach, ob es sich bei dem Clubgelände des „Bandidos MC Hagen“ um ein Grundstück handelt, welches zum Zeitpunkt des Betretens durch die Polizei **für die Öffentlichkeit zugänglich** ist. Dies ist der Fall, wenn der Raum für jedermann oder einem nach allgemeinen, grundsätzlich von jedermann erfüllbaren Kriterien (Alter, Kleidung etc.) begrenzten Kreis nach dem Willen des Wohnungsinhabers und für eine grundsätzlich unüberschaubare Zahl an Personen zugänglich ist<sup>7</sup>.

Für die öffentliche Zugänglichkeit des Vereinsgrundstücks zum Zeitpunkt der Party spricht im Fall, dass die Feier in allgemein zugänglichen Quellen – nämlich auf der Homepage des „Bandidos MC Hagen“ sowie befreundeter Rockervereinigungen – für die gesamte Öffentlichkeit einsehbar angekündigt wurde. Dennoch ist nicht von einer öffentlichen Zugänglichkeit des Grundstücks auszugehen. Denn, dass nicht jedermann willkommen ist, ergibt sich bereits daraus, dass in besagten Ankündigungen die wesentlichen Informationen für eine Teilnahme an der Feier verschwiegen wurden. Die Ankündigungen im Internet enthielten keine Angaben zu Ort und Uhrzeit der Veranstaltung. Das bloße Ankündigen der Veranstaltung war damit nicht identisch mit der Entscheidung darüber, ob jemand als Gast willkommen ist oder nicht.<sup>8</sup> Zudem wurden erkennbar Vor-

kehrungen getroffen, um Unbefugte am Betreten des Grundstücks zu hindern<sup>9</sup>. Besucher müssen Klingeln und Zutritt begehren. Ohne vorherige Einwilligung des Wohnungsinhabers ist eine Teilnahme an der Veranstaltung und ein Zutritt zum Gelände offensichtlich nicht möglich, wie die Polizei beobachten konnte, als zwei potentielle Besucher am Eingangsbereich abgewiesen wurden.

Das Clubgelände ist somit nicht für die Öffentlichkeit zugänglich. Die Tatbestandsvoraussetzungen des des § 41 Abs. 4. PolG NRW sind nicht erfüllt.

## IV. Ergebnis

Das Betreten des Grundstücks des „Bandidos MC Hagen“ ist rechtswidrig.

## Frage 2: Prüfen Sie gutachterlich die Durchsuchung des Clubhauses des „Bandidos MC Hagen“

### I. Befugnisnorm

#### 1. Grundrechtseingriff

Durch das Durchsuchen des Clubhauses wird in das Wohnungsgrundrecht, Art. 13 Abs. 1 GG, eingegriffen.

#### 2. Zielrichtung

Die Durchsuchung verfolgt eine präventive Zielrichtung. Die Polizeibeamten wollen eine erneute Bewaffnung der anwesenden Personen und so eine Gefährdung der anwesenden Gäste und der eingesetzten Beamten verhindern.

#### 3. Einschlägige Befugnisnorm

Als taugliche Befugnisnorm für die Durchsuchung des Clubhauses kommt hier § 41 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW in Betracht.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Nach Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob die erforderliche **Anordnungskompetenz** zum Durchsuchen der Räumlichkeiten vorliegt. Gem. § 42 Abs. 1 PolG NRW können Durchsuchungen außer bei Gefahr im Verzug nur durch einen Richter angeordnet werden. Nachdem vorliegend kein richterlicher Durchsuchungsbeschluss eingeholt wurde, müsste Gefahr im Verzug bestehen. Gefahr im Verzug liegt vor, wenn bei vorheriger Einholung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses der Maßnahmeerfolg vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.<sup>10</sup>

Nachdem auf dem Gelände vor dem Clubhaus und bei dort anwesenden Personen Hieb- und Stichwaffen sowie sonstige gefährliche Gegenstände aufgefunden und von der Polizei sichergestellt werden konnten, ist davon auszugehen, dass sich solche Gegenstände auch im Vereinsheim befinden. Die Durchsuchung des Clubhauses ist damit unter anderem erforderlich, um eine erneute Bewaffnung der anwesenden Personen zu verhindern. Die Einholung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses ist zu diesem Zeitpunkt aber nicht mehr möglich, ohne dass der polizeiliche Maßnahmeerfolg gefährdet würde. Schließlich hätten sich in dem Vereinsheim auch bewaffnete Personen befinden können.

Somit liegt im Grunde Gefahr im Verzug vor. Vorliegend könnte aber **Gefahr im Verzug von der Polizei rechtswidrig selbst herbeigeführt** worden sein. Damit der von der Verfassung vorgeschriebene Richtervorbehalt (vgl. Art. 13 Abs. 2 GG) nicht unterlaufen wird, ist es der Polizei untersagt mit einem Eingreifen so lange zu warten, bis Gefahr im Verzug vorliegt oder Gefahr im Verzug durch ein vorschnelles Handeln absehbar herbeizuführen<sup>11</sup>.

Dieser Grundsatz wird vorliegend nicht beachtet. Bei dem Polizeieinsatz anlässlich der „Bandidos-Feier“ handelt es sich

um einen lange geplanten Einsatz (mehr als ein Vierteljahr), bei dem im Vorfeld zu rechnen war, dass es zu einer Durchsichtung des Vereinsgeländes kommen werde. Schon bei der Vorbereitung und Planung des Einsatzes im Rahmen der „BAO Rocker“ hätte versucht werden können, eine richterliche Durchsuchungsanordnung zu erwirken. Dies ist nicht geschehen. Die grundrechtliche Sicherung, dass ein Richter die Notwendigkeit einer Durchsichtung überprüft, darf nicht dadurch umgangen werden, dass zunächst ein privates Gelände – hier überdies rechtswidrig – in der Erwartung betreten wird, man werde sicherzustellende Gegenstände finden und weitere würden sich durch eine Durchsichtung ergeben, für die dann aber eine richterliche Entscheidung nicht mehr abgewartet werden kann<sup>12</sup>.

Damit wird im Sachverhalt Gefahr im Verzug von der Polizei rechtswidrig selbst herbeigeführt. Die erforderliche Anordnungscompetenz für die Durchsichtung des Vereinsheims ist nicht gegeben.

#### IV. Ergebnis

Das Durchsuchen des Clubhauses des „Bandidos MC Hagen“ ist rechtswidrig.

### Frage 3: Prüfen Sie gutachterlich die Zwangsanwendung gegen den C

#### I. Befugnisnorm

##### 1. Grundrechtseingriff

Die Zwangsanwendung gegen C könnte ein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, Art 2 Abs. 2 S. 2 GG, darstellen. Die körperliche Unversehrtheit schützt die physische Integrität, die biologisch-physiologische Gesundheit und das geistig-seelische Wohlbefinden.<sup>13</sup> C wird von zwei Polizeibeamten von der Eingangstür abgedrängt, auf dem Boden fixiert und gefesselt. Die besagten Handlungen sind sicherlich mit leichten Schmerzen verbunden, sodass ein Eingriff in Art 2 Abs. 2 S. 2 GG vorliegt.

##### 2. Zielrichtung

Die Zwangsanwendung verfolgt eine präventive Zielrichtung. C bedroht die Polizeibeamten und schlägt wild um sich. Eine Verletzung der Beteiligten soll verhindert werden.

##### 3. Einschlägige Befugnisnorm

Als taugliche Befugnisnorm kommt hier § 50 Abs. 1 i. V. m. §§ 55, 58 i. V. m. § 62 PolG NRW in Betracht.

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Nach Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

##### 1. Zulässigkeit des Zwangs

Die Zulässigkeit des Zwangs ergibt sich aus § 50 Abs. 1 PolG NRW. Danach kann ein Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder wenn Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung haben.

###### a) Befehlender Verwaltungsakt

Die Polizei forderte den C auf, aus dem Weg zu gehen. Dieser Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG NRW enthält einen Befehl auf Handeln und war auch wirksam, da er ordnungsgemäß bekannt gegeben wurde (§ 41 VwVfG NRW) und nicht nichtig ist (§ 44 VwVfG NRW).

###### b) Vollziehbarkeit

Des Weiteren müsste dieser befehlende Verwaltungsakt vollziehbar gewesen sein. Ein Verwaltungsakt ist gem. § 50 Abs. 1 PolG NRW vollziehbar, wenn er unanfechtbar ist oder Rechts-

mittel gegen den Verwaltungsakt keine aufschiebende Wirkung hätten.

*Unanfechtbar* ist ein Verwaltungsakt wenn er bestandskräftig oder rechtskräftig ist. Bestandskräftig kann der Verwaltungsakt frühestens vier Wochen nach seiner Bekanntgabe sein. Da die Verfügung „Gehen Sie aus dem Weg!“ gerade erst erlassen wurde, als sie vollstreckt wird, war sie noch nicht unanfechtbar.<sup>14</sup>

Zu untersuchen ist damit, *ob Rechtsmittel gegen den Verwaltungsakt aufschiebende Wirkung hätten*. Gem. § 80 Abs. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Eine Ausnahme liegt nach § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO jedoch dann vor, wenn es sich um „unaufschiebbare Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten“ handelt. Laut Sachverhalt wird ein Polizeivollzugsbeamter tätig. Eine unaufschiebbare Maßnahme liegt vor, wenn sie erforderlich ist, um eine effektive Gefahrenabwehr zu gewährleisten; d.h. sie eine eilbedürftige Gefahrenabwehrmaßnahme darstellt.<sup>15</sup> Dies ist hier der Fall. C verhindert eine eilbedürftige polizeiliche Maßnahme, nämlich die Durchsichtung des Clubhauses. Die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO liegen damit vor; die Anordnung aus dem Weg zu gehen war vollziehbar.

##### c) Konnexitätsgrundsatz

Die vollstreckte Grundverfügung „Gehen Sie aus dem Weg!“ ist als eine Begleitverfügung zur Durchsichtung des Clubheims zu bewerten. Die Durchsichtung ist aber, wie oben geprüft, mangels Anordnungscompetenz rechtswidrig. Somit stellt sich die Frage, ob auch rechtswidrige Verwaltungsakte von der Polizei mit Zwang durchgesetzt werden dürfen.

Nach einer Ansicht ist dies unzulässig: Es gelte der sog. Konnexitätsgrundsatz, der besagt, dass nur rechtmäßige Verwaltungsakte vollstreckt werden dürfen, da begangenes Unrecht (die rechtswidrige Grundverfügung) durch die Zwangsanwendung nicht vertieft werden dürfe.<sup>16</sup> Die Gegenansicht lehnt dies ab und verweist auf den Gesetzeswortlaut des § 50 Abs. 1 PolG NRW<sup>17</sup>: Dort wird nur gefordert, dass der zu vollstreckende Verwaltungsakt „unanfechtbar geworden“ ist oder „die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs entfällt“. Von dessen Rechtmäßigkeit ist nicht die Rede. Im Gegenteil: Wenn § 50 Abs. 1 PolG NRW im Fall des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO die Zwangsanwendung zulässt, obwohl die Grundverfügung noch angreifbar ist, wälzt es im Hinblick auf eine effiziente Gefahrenabwehr bewusst das Risiko einer polizeilichen Fehleinschätzung auf den Bürger ab. Im Übrigen ist auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wirksam und damit vom Bürger zu beachten (§ 43 Abs. 2, 3 VwVfG NRW), woraus geschlossen werden kann, dass er auch zwangsweise durchsetzbar ist.

Damit findet nach hier vertretener Auffassung die Konnexitätsgrundsatz keine Anwendung. Die Rechtswidrigkeit der Durchsichtung wirkt sich auf die Rechtmäßigkeit der Zwangsanwendung nicht aus<sup>18</sup>.

##### d) Grundverfügung nicht befolgt

Als letztes darf die Grundverfügung nicht befolgt worden sein. Laut Sachverhalt geht C nach der Aufforderung (und Androhung körperlicher Gewalt als Zwangsmittel) nicht aus dem Weg.

Somit sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Zwangs aus § 50 Abs. 1 PolG NRW erfüllt.

##### 2. Zulässigkeit des konkreten Zwangsmittels

Als Zwangsmittel kommen die Ersatzvornahme (§ 52 PolG NRW), das Zwangsgeld (§ 53 PolG NRW) und der unmittelbare Zwang (§ 55 PolG NRW) in Betracht, vgl. § 51 PolG NRW.

Hier wurde unmittelbarer Zwang in Form von einfacher körperlicher Gewalt (Abdrängen, auf dem Boden fixieren) und Hilfsmitteln (Fesselung) angewandt, vgl. § 58 Abs. 1, 2 und 3 PolG NRW.

Unmittelbarer Zwang darf indes gem. § 55 Abs. 1 S. 1 PolG NRW nur als „ultima ratio“ angewandt werden. D.h., „wenn an-

dere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind“.

Eine Ersatzvornahme, § 52 PolG NRW, meint die Vollstreckung vertretbarer Handlungen entweder durch die Polizei (Selbstvornahme) oder durch Dritte (Fremdvornahme). Fraglich ist, ob hier eine vertretbare Handlung vorliegt. Eine vertretbare Handlung ist gegeben, wenn die durch die Grundverfügung auferlegte Handlungspflicht auch von einem anderen als dem Polizeipflichtigen ausgeführt werden kann.<sup>19</sup> Nur C kann aus dem Weg gehen. Es handelt sich damit um eine höchstpersönliche Handlung, die vollstreckt werden soll. Eine Ersatzvornahme kommt damit mangels vertretbarer Handlungspflicht nicht in Betracht.

Ein gem. § 53 PolG NRW mögliches Zwangsgeld ist vorliegend unzweckmäßig. Denn dieses Zwangsmittel hat nur eine Beuge- und keine Realisierungsfunktion<sup>20</sup>, was einer effektiven Gefahrenabwehr entgegensteht, da hier schnell gehandelt werden muss.

Damit war gem. § 55 Abs. 1 S. 1 PolG NRW unmittelbarer Zwang zulässig.

### 3. Art und Weise der Zwanganwendung

#### a) Androhung

Unmittelbarer Zwang ist vor seiner Anwendung anzudrohen (§ 61 Abs. 1, § 56 PolG NRW). Laut Sachverhalt haben die Polizeibeamten dem C körperliche Gewalt als Zwangsmittel angedroht, falls er nicht aus dem Weg geht.

Die Fesselung wurde dem C indes nicht angedroht. Von der Androhung kann nach § 61 Abs. 1 S. 2 PolG NRW nur abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere, wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben notwendig ist.

Eine gegenwärtige Gefahr 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 grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht<sup>21</sup>. C schlägt als Reaktion auf das Abdrängen durch die Polizeibeamten wild um sich und greift die Beamten an. Zu diesem Zeitpunkt liegt eine gegenwärtige Gefahr für die Beamten vor, die sofort abgewehrt werden muss; nämlich durch die Fixierung des C und dessen Fesselung. Eine Androhung dieser weiteren Zwanganwendung ist insoweit gem. § 61 Abs. 1 S. 2 PolG NRW entbehrlich.

#### b) Rechtmäßigkeit der Fesselung, § 62 PolG NRW

Die Zulässigkeit der Fesselung als solche ergibt sich aus § 62 PolG NRW. Die zu fesselnde Person muss danach zunächst nach diesen oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten werden (S. 1) oder nach einer anderen Rechtsvorschriften vorgeführt oder zur Durchführung einer Maßnahme an einen anderen Ort verbracht werden sollen (S. 2). Vorliegend kommt nur § 62 S. 1 PolG NRW in Betracht. Eine Person wird in diesem Sinne „festgehalten“, wenn eine *rechtmäßige Freiheitsentziehung* vorliegt.

#### aa) Freiheitsentziehung

Die Fesselung des C erfolgt auf Grundlage einer Ingewahrsamnahme nach § 35 PolG NRW. Eine solche stellt eine Freiheitsentziehung dar, da der C mit seiner Ingewahrsamnahme gegen seinen Willen an einem eng umgrenzten Ort für nicht unerhebliche Zeit festgehalten werden soll.<sup>22</sup> Die dahinter stehenden polizeilichen Ziele sind es, die Durchsuchung des Vereinsheims zu ermöglichen und vor allem sich selbst und Dritte vor Angriffen des C zu schützen.

#### bb) Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung

##### (1) Befugnisnorm

Durch die Freiheitsentziehung wird in Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 104 GG eingegriffen. Als taugliche Befugnisnorm kommt hier nur § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW in Betracht (Unterbindungs-/Verhinderungsgewahrsam).

#### (2) Materielle Rechtmäßigkeit

*Tatbestandsvoraussetzungen:* Zur Erfüllung des Tatbestandes müsste eine unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung vorliegen.

C schlägt wild um sich und greift die Beamten an. Dadurch macht sich C wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 StGB strafbar; im Falle einer Verletzung der Beamten auch gem. § 223 StGB. Diese Straftaten müssten gem. § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW entweder schon stattfinden oder unmittelbar (im Sinne einer gegenwärtigen Gefahr) bevorstehen, was unproblematisch der Fall ist. Damit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 gegeben.

*Adressat:* Normadressat der Ingewahrsamnahme ist die Person, die die Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht oder begehen wird; hier also der C.

*Rechtsfolge:* Die gesetzliche Rechtsfolge des § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW ist die Ingewahrsamnahme also die präventive Freiheitsentziehung. Eine solche liegt vor (s.o.).

*Besondere Verfahrensvorschriften:* Besondere Verfahrensvorschriften, die erst nach erfolgter Fesselung zur Geltung kommen und damit erst im Nachgang zu beachten sind, ergeben sich aus §§ 36–38 PolG.

*Ermessen und Verhältnismäßigkeit:* Die Ingewahrsamnahme, die unausgesprochen zeitgleich mit der Fesselung erfolgte, war zur Verhinderung des Widerstandes geeignet, erforderlich (i. S. d. § 35 Abs. 1 Nr. 2 „unerlässlich“) und auch angemessen.

*Ergebnis:* Die Freiheitsentziehung des C durch dessen Ingewahrsamnahme ist rechtmäßig.

#### cc) Weitere Voraussetzungen des § 62 Satz 1 PolG NRW

Des Weiteren müssen gem. § 62 S. 1 Nr. 1 PolG PolG NRW „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person Polizeivollzugsbeamte oder Dritte angreifen, Widerstand leisten oder Sachen von nicht geringem Wert beschädigen wird“. Unter Tatsachen sind belegbare Informationen und keine bloßen Vermutungen zu verstehen.<sup>23</sup> C begann wild um sich zu schlagen. Es ist demnach davon auszugehen, dass er die Polizeibeamten verletzen will und nicht ohne weiteres gewillt ist, von diesem Vorhaben abzulassen.

Die Voraussetzungen für eine Fesselung nach § 62 PolG NRW liegen demnach vor.

### 4. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Ermessensfehler sind vorliegend nicht ersichtlich.

Die Zwanganwendung gegen den C verfolgt legitime Zwecke; nämlich die Durchsuchung des Clubhauses zu ermöglichen und die Polizeibeamten und Dritte vor Angriffen des C zu schützen. Zur Erreichung dieses legitimen Zwecks muss die Zwanganwendung geeignet, erforderlich und angemessen sein. Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie zweckförderlich ist; dabei reicht ein Schritt in die richtige Richtung aus. Durch die Anwendung von körperlicher Gewalt kann der Eingang zum Clubhaus freigemacht und so die Durchsuchung ermöglicht werden. Insbesondere durch die Fesselung wird der Schutz der Polizeibeamten gewährleistet. Die Maßnahme ist geeignet. Zudem war sie erforderlich. Mildere gleich wirksame Mittel als die Anwendung der besagten Zwangsmittel sind nicht ersichtlich.

Des Weiteren müsste die Zwanganwendung angemessen sein. Das bedeutet, es darf kein Missverhältnis zwischen Maßnahmensehweck und Grundrechtseingriff bestehen. Das Fixieren und Fesseln ist für C sicherlich unangenehm und mit nicht unerheblichen Schmerzen verbunden. Zweck der Maßnahmen ist es jedoch insbesondere Gefahren für Leib und Leben der eingesetzten Beamten und unbeteiligten Dritten abzuwehren, was hier eindeutig überwiegt. Die Zwangsmaßnahmen sind damit verhältnismäßig.

### IV. Ergebnis

Die Zwanganwendung gegen den C war rechtmäßig.



- 1 Die in Teilen anspruchsvolle Übungsklausur nimmt einen Polizeieinsatz mit nahezu identischem Geschehensverlauf zum Anlass, der Gegenstand einer älteren Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg war (Urt. vom 10.9.2009 – 1 B 29/09). Eine Klausurlösung nach Berliner Recht findet sich auf der Klausurseite von *Clemens Arzt*, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin, [https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Prof-Seiten/Arzt/POR\\_Klausurenkurs\\_Feier\\_Bandidos.pdf](https://www.hwr-berlin.de/fileadmin/portal/Dokumente/Prof-Seiten/Arzt/POR_Klausurenkurs_Feier_Bandidos.pdf).
- 2 BVerfGE 32, 54 (72); 42, 212 (219); 51, 97 (110); vgl. auch *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, S. 104.
- 3 BVerfGE 32, 54.
- 4 Dazu *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, S. 105 m. w. N.
- 5 BVerfG NJW 2005, 454; BVerfG NJW 1998, 1627; *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, S. 105.
- 6 BVerfG NJW 2005, 454; BVerfG NJW 1998, 1627.
- 7 *Schwabenbauer*, in: Möstl/Schwabenbauer (Hrsg.), BeckOK Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, Art. 23 PAG Rn. 121 m. w. N.
- 8 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.9.2009 – 1 B 29/09.
- 9 Zu diesem Aspekt *Schmidbauer*, in: Schmidbauer/Steiner (Hrsg.), Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz, 5. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 56.
- 10 *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 126.
- 11 Dazu BVerfG NSTz 2001, 382; BVerfG NJW 2005, 1637; BGH NSTz 2012, 104.
- 12 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 10.9.2009 – 1 B 29/09.
- 13 *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, S. 144.
- 14 Dazu *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 212 f.
- 15 *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, 36. Kapitel, Rn. 17; *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 213 f.
- 16 So etwa noch *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Rn. 285.
- 17 BVerwG NVwZ 1999, 290 (292); vgl. auch *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 2017; *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, Rn. 36. Kapitel, Rn. 13 f.
- 18 Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Polizei zum Zeitpunkt der Zwangsanwendung positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung gehabt hätte. Dann wäre aus rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine zwangsweise Durchsetzung der Maßnahme unzulässig gewesen, so *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2005, Rn. 757 m. w. N.
- 19 *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 198 f.; *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, 36. Kapitel, Rn. 22.
- 20 *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 199 f.
- 21 *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, 6. Aufl. 2020, 3. Kapitel, Rn. 7.
- 22 *Braun*, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2019, S. 87 f.
- 23 *Schütte/Braun/Keller*, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 222.