

Fall 2

(Sachverhalt)

Nach heftigen politischen Diskussionen hat der niedersächsische Landtag die erst 2003 eingeführte Regelung in § 76 II 2 Nds.SOG wieder aufgehoben. Kurze Zeit später geschieht folgendes:

An einem Abend schallen ausländerfeindliche Parolen und Morddrohungen durch eine niedersächsische Stadt. Der Polizist P begibt sich zum Ort des Lärms. Als er sich ihm nähert, erkennt er eine Gruppe junger Leute, die schon mehrmals durch Gewalttätigkeiten aufgefallen ist. Sie mißhandelt gerade einen am Boden liegenden, blutüberströmten Mann. P ruft lautstark "Aufhören" und gibt einen Warnschuß aus seiner Pistole ab, doch wegen der Entfernung und des Lärms, den sie machen, können die jungen Leute den P nicht wahrnehmen. Wenige Sekunden später treten die meisten von ihnen beiseite, während zwei Männer und eine Frau mit schweren Eisenstangen zu einem kräftigen Schlag auf den Verletzten ausholen und "Jetzt machen wir die Sau fertig!" rufen.

P erkennt, daß er nicht schnell genug zu den Angreifern gelangen kann, um die drohenden Schläge mit den Eisenstangen zu verhindern. Er befürchtet, daß die Angreifer ihr Opfer töten könnten. Deswegen schießt er dreimal gezielt aus seiner Pistole. P weiß, daß er gut genug schießen kann, um das Opfer und die zur Seite getretenen Personen nicht zu gefährden. Er weiß allerdings auch, daß er aus der gegebenen Entfernung die Personen mit den Eisenstangen nicht gezielt angriffsunfähig machen kann. Seine Schüsse werden mit großer Wahrscheinlichkeit tödlich sein.

Die Schüsse verletzen Angreifer A tödlich und Angreifer B sowie Angreiferin C lebensgefährlich. Später stellt sich heraus, daß die Angreifer ihr Opfer zwar mißhandeln aber nicht töten wollten. Der Mann war nicht schwer verletzt; sein blutüberströmtes Aussehen war durch Nasenbluten hervorgerufen worden. Die Schläge sollten ihn nur an den Beinen treffen - so wie bei einem anderen Ausländer, der eine halbe Stunde später in einem anderen Stadtteil entdeckt und mit gebrochenen Beinen ins Krankenhaus eingeliefert wurde.

Drei Wochen später erhebt C Klage beim Verwaltungsgericht. Sie beantragt, festzustellen, daß der gegen sie gerichtete Schuß rechtswidrig gewesen sei. Sie erhofft sich davon eine Korrektur ihres schlechten Rufes in der Öffentlichkeit. C ist der Ansicht, P habe keinesfalls auf sie schießen dürfen, ohne vorher zu ihr zu gehen, sie anzusprechen und ihr den Schußwaffengebrauch anzudrohen. Ferner sei der Schuß nicht gerechtfertigt gewesen, weil das Leben des Opfers nicht wirklich in Gefahr gewesen sei. Und selbst dann hätte P ihrer Ansicht nach - wenn überhaupt - zunächst auf die Männer schießen müssen. Denn er hätte damit rechnen müssen, daß sie allein als Frau das Opfer gar nicht so schnell töten könnte, daß er nicht in der Zwischenzeit näherkommen und aus der Nähe einen gut gezielten, weniger gefährlichen Schuß auf ihre Arme oder Beine abgeben könnte. Im übrigen seien der Polizei in Niedersachsen Schüsse mit tödlichem Risiko nicht gestattet, denn der niedersächsische Gesetzgeber habe mit der Aufhebung des § 76 II 2 Nds.SOG den Todesschuß abgeschafft.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Zusatzfrage 1: Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden, wenn der niedersächsische Gesetzgeber § 76 II 2 Nds.SOG *nicht* aufgehoben hat?

Zusatzfrage 2: Der Verletzte (V) ist über die Klage der C empört. Er ist der Ansicht, P habe nicht nur schießen dürfen sondern auch müssen. Denn der Staat habe seine staatliche Schutzpflicht für das Leben des Opfers erfüllen müssen. Dies gelte auch gegenüber den ausländischen Mitbürgern. P habe daher nur insoweit Rücksicht auf das Leben der Angreifer nehmen dürfen, als dies in der gegebenen Situation mit einem effektiven Schutze des Lebens des Opfers vereinbar erschien. Hat V Recht?

Fall 2 (Besprechung)

THEMA: Fortsetzungsfeststellungsklage; Zwangsmittel im Polizei- und Ordnungsrecht (sofortiger Vollzug, Androhung, unmittelbarer Zwang, Schußwaffengebrauch), finaler Rettungsschuß (grundsätzliche Zulässigkeit, Ermächtigungsgrundlage, Verhältnismäßigkeit); Unterscheidung von Ermächtigungsgrundlagen und besonderen gesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen; Ermessensreduzierung.

LÖSUNGSSKIZZE:

A. Hauptfrage

Das Verwaltungsgericht wird in seinem Urteil feststellen, daß der Schuß auf die C rechtswidrig war, wenn die Klage der C zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1) Verwaltungsrechtsweg: (+)

- nach der Generalklausel des § 40 I VwGO

2) Statthafte Klageart

Fraglich ist, mit welcher Klageart C ihr Begehren verfolgen kann. Dieses zielt auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Einsatzes polizeilicher Zwangsmittel.

a) Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO: (-)

- C begehrt nicht die Aufhebung einer polizeilichen Maßnahme sondern die Feststellung deren Rechtswidrigkeit; im übrigen ist die Maßnahme zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erledigt.
- Ob der Ruf "Aufhören" und der Warnschuß des P einen Verwaltungsakt darstellen, ist an dieser Stelle unerheblich, denn die Klage richtet sich nicht gegen diese Maßnahmen sondern den gezielten *Schuß* auf die C.

b) Feststellungsklage nach § 43 VwGO: (-)^I

- C begehrt nicht die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses sondern die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme des P

c) Fortsetzungsfeststellungsklage analog (!) § 113 I S. 4 VwGO: (+)

- Problem: Einordnung der Vollstreckungsmaßnahme: Vollstreckung einer in dem Ausruf "Aufhören" und dem Warnschuß liegenden Polizeiverfügung oder Maßnahme des sofortigen Vollzugs?
 - Der Ausruf könnte als polizeiliches Verbot weiterer Gewaltanwendung zu verstehen sein, der Warnschuß als konkludente Androhung des Einsatzes von Zwangsmitteln
 - Ein solcher Verwaltungsakt (= VA) wäre hier jedoch nicht gemäß § 41 I VwVfG (in Verbindung mit § 11 Nds.VwVfG) bekanntgegeben und damit nach § 43 I 1 VwVfG nicht wirksam geworden. Die mündliche Bekanntgabe eines VA als einer empfangsbedürftigen Willenserklärung² setzt voraus, daß er vom Adressaten tatsächlich wahr-

^I Anderer Ansicht (= a.A.) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2002, § 20 Rdnr. (= Rdnr.) 26.

² Maurer, a.a.O. (= a.a.O.), § 9 Rdnr. 69.

genommen wird. Dies war hier aber nicht der Fall. Es kann sich daher bei dem gezielten Schuß nur um eine Maßnahme des sofortigen Vollzugs³ ohne vorausgehenden VA im Sinne des § 64 II Nds.SOG handeln.

- **Problem: Ist bei Maßnahmen des sofortigen Vollzuges** (also "ohne vorausgehenden VA", vergleiche § 64 II Nds.SOG) überhaupt ein Verwaltungsakt vorhanden, der sich erledigen kann?
 - an der Erledigung selbst beständen angesichts der abgeschlossenen erfolgreichen Vollzugshandlung keine Zweifel.
 - FRÜHER HM⁴: (+), der VA liegt in der Ausführungshandlung selbst (→ diese Auffassung ist ein gutes Beispiel für den Hang der deutschen Juristen zur *wirklichkeitsfremden Konstruktion*)
 - A.A.⁵: (-), aber Antrag analog § 113 I 4 VwGO auch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zwangsmiteinsatzes (doppelte Analogie!)
 - Ergebnis: Fortsetzungsfeststellungsklage nach beiden Auffassungen statthafte Klageart, um Rechtswidrigkeit des Schusses verwaltungsgerichtlich feststellen zu lassen. Je nach vertretener Ansicht in einfacher oder doppelter Analogie zu § 113 I 4 VwGO zulässig.

3) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage

a) Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO: (+)

- C kann geltend machen in ihrem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) verletzt zu sein.

b) Ein Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO (analog) ist nach GANZ HM vor einer Fortsetzungsfeststellungsklage nicht erforderlich.

c) Ein möglicher Widerspruch dürfte aber nicht durch Verstreichenlassen der Widerspruchsfrist versäumt worden sein. Dies ist hier auch nicht der Fall.

d) Fortsetzungsfeststellungsinteresse: (+)

- Hier: das Rehabilitationsinteresse der C. Dieses ist auch dann gegeben, wenn der "gute Ruf" in der Öffentlichkeit zwar nicht wiederhergestellt, der Betroffene aber von dem Verdacht einer besonders verwerflichen Tat (hier: eines Mordversuches) befreit werden kann

4) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen: (+)

- Von der Wahrung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage ist mangels anderslautender Angaben im Sachverhalt auszugehen.

Die Klage der C ist als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist (gemäß § 113 I 1 VwGO) begründet, wenn der gegen C gerichtete Zwangsmiteinsatz (der Schuß des P) rechtswidrig war und sie in ihren Rechten verletzt hat (hier: in ihrem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II 1 GG). Der Schuß war als Maßnahme des sofortigen Vollzugs (§ 64 II Nds.SOG) nur dann rechtmäßig, wenn zu seinem Zeitpunkt drei Voraussetzungen erfüllt waren:

- (1.) Die allgemeinen Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten mußten gegeben sein (vergleiche § 64 II, 2. Halbsatz Nds.SOG: "und die ... Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt").
- (2.) Die besonderen Voraussetzungen für den sofortigen Vollzug (§ 64 II, 1. Halbsatz Nds.SOG) mußten vorliegen.
- (3.) Die Anwendung des Zwangsmittels durfte nicht selbst gegen die dabei zu berücksichtigenden Vorschriften verstoßen.

³ Nicht: der unmittelbaren Ausführung, wie sie im Polizei- und Ordnungsrecht anderer Länder vorgesehen ist. Dabei handelt es sich um ein anderes, zu unterscheidendes Rechtsinstitut, vergleiche näher *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage 2001, § 16 Rdnr. 416 ff.

⁴ Vergleiche z.B. *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Auflage 1986, S. 439, 530.

⁵ Vergleiche z.B. *Erichsen*, in: *Erichsen/Ehlers* (Herausgeber), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage 2002, § 21 Rdnr. 18.

- 1) Grundsätzliche Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens zur Unterbindung weiterer Angriffe gegen den V: (+)
 - eine (fiktive!) an C gerichtete polizeiliche Verfügung mit dem Verbot weiterer Gewalttätigkeiten gegenüber dem V hätte rechtmäßig sein müssen
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit einer (fiktiven) Verbotsverfügung: (+)
 - insbes. Zuständigkeit des P nach § 1 II 1 Nds.SOG
 - von einer Anhörung hätte hier nach § 28 II Nr. 1 VwVfG abgesehen werden können
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit einer (fiktiven) Verbotsverfügung: (+)
 - aa) Ermächtigungsgrundlage
 - α) § 11 Nds.SOG: (+)
 - Eine Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1.a Nds.SOG lag vor, da bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit eingetreten war. Hier waren subjektive Rechte des V (nämlich sein Recht auf körperliche Unversehrtheit) verletzt und die objektive Rechtsordnung (durch die strafbaren Handlungen der C) verletzt worden. Da das Opfer bereits verletzt war, handelte es sich insofern *nicht* etwa um eine *Anscheinsgefahr* sondern eine gewöhnliche Gefahr (ein besonderer Anschein besteht nur hinsichtlich der Schwere der Gefahr)!
 - Beachte: die *Generalermächtigung des § 11 Nds.SOG* ist die *Ermächtigungsgrundlage für alle denkbaren* und nicht in Spezialermächtigungen (wie den §§ 12 ff. Nds.SOG) geregelten *Gefahrenabwehrmaßnahmen*, und damit auch für Maßnahmen zur Unterbindung tätlicher Angriffe. Sie *kann* damit - jedenfalls *in Zusammenwirken mit § 64 I, II*, der den Weg zur Anwendung von Zwangsmitteln eröffnet - *auch zu Maßnahmen führen, deren Durchführung den Tod eines Menschen verursacht*.
 - β) § 32 Strafgesetzbuch (Nothilfe): (-)
 - Der Rückgriff auf das Strafrecht ist ausgeschlossen, weil das Polizei- und Ordnungsrecht als die speziellere Materie die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse abschließend regelt (GANZ HM⁶). P könnte sich in einem Strafverfahren gegen ihn auf § 32 StGB berufen. Die Polizeibehörde kann diese Norm aber nicht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht als Ermächtigungsgrundlage geltend machen.⁷
 - γ) Strafverfahrensrechtliche Ermächtigungsgrundlagen: (-)
 - scheiden schon deswegen aus, weil es sich nicht um eine repressive sondern präventive Maßnahme handelt
 - bb) Richtiger Adressat: (+)
 - C war Handlungsstörerin im Sinne des § 6 I Nds.SOG
 - cc) Sonstige materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (Verhältnismäßigkeit, richtige Ausübung des Ermessens etc.): (+)
 - Beachte: An dieser Stelle geht es nur um die Rechtmäßigkeit des - fiktiven - Gebotes, gewaltsame Handlungen gegenüber dem V zu unterlassen, nicht um die Durchsetzung dieses Gebotes mit der Schußwaffe! Deren materielle Rechtmäßigkeit ist später gesondert zu prüfen!
- 2) Zulässigkeit des sofortigen Vollzugs gemäß § 64 II Nds.SOG: (+) (→ Nr. 1)
 - a) Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr im Sinne des § 2 Nr. 1 lit. b Nds.SOG: (+)
 - b) Erforderlichkeit der sofortigen Anwendung von Zwangsmitteln zur Abwehr der Gefahr: (+)
 - Der rechtzeitige vorherige Erlaß einer Untersagungsverfügung war unmöglich, weil sie aus der Entfernung und wegen des von der Gruppe erzeugten Lärmes nicht rechtzeitig bekanntgegeben, das heißt der C als Adressatin zu Gehör gebracht werden konnte.

⁶ Vergleiche statt vieler nur *Gusy*, Polizeirecht, 5. Auflage 2003, Rdnr. 176 ff. mit weiteren Nachweisen; *Götz*, a.a.O., Rdnr. 414; die ANDERE ANSICHT wurde vor allem in der älteren Literatur vertreten (vergleiche Nachweise bei *Gusy*, a.a.O., Rdnr. 176).

⁷ Eingehend zur Problematik *Götz*, a.a.O., Rdnr. 414.

- Der sofortige Einsatz von Zwangsmitteln war zur Durchsetzung (der fiktiven Verfügung) geboten, um die unmittelbar bevorstehenden schweren körperlichen Verletzungen des V abzuwenden.
- Die von C angesprochene Alternative, sich zunächst zu ihr zu begeben, sie anzusprechen (→ Erlaß eines Verwaltungsaktes) und ihr dann den Schußwaffengebrauch anzudrohen, war nicht realisierbar, ohne den Zweck einer erfolgreichen Gefahrenabwehr (das heißt insbes. des Schutzes des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit des Opfers V) aufzugeben.

3) Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelanwendung selbst (der Durchführung des sofortigen Vollzugs)

a) Formelle Rechtmäßigkeit

aa) Zuständigkeit des P für den Einsatz von Zwangsmitteln: (+)

- §§ 64 III 1 in Verbindung mit § 1 II 1 Nds.SOG

bb) Generelle Ermächtigung des P zur Ausübung unmittelbaren Zwanges (§ 69 VIII 1): (+)

- Schußwaffengebrauch ist unmittelbarer Zwang durch Einsatz von Waffen (§ 69 I, IV)
- P ist als Polizeivollzugsbeamter eine zum Schußwaffengebrauch ermächtigte mit polizeilichen Befugnissen betraute Person

cc) Androhung, §§ 70, 74 Nds.SOG

- war hier entgegen der Ansicht der C entbehrlich, siehe §§ 70 I 3, 74 I 2 Nds.SOG
- war hier auch nach § 74 II entbehrlich, da der sofortige Schußwaffengebrauch wegen der unmittelbar bevorstehenden Schläge mit den Eisenstangen zumindest zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für den Leib (die körperliche Unversehrtheit) des V erforderlich war
- Die Androhung war auch nicht nach § 74 III 2 Nds.SOG absolut erforderlich, denn die Gruppe der jungen Leute bildete *keine Menschenmenge*. Dafür wäre eine größere Anzahl von Personen erforderlich. Außerdem hatte sich die Gruppe durch das Beiseitretreten einiger Personen bereits in zwei Gruppen (die Angreifer und die Zuschauer) geteilt.
- Der *Warnschuß* des P ist hier *keine Androhung* im Sinne des § 74 I 3 Nds.SOG, denn er wurde von den Adressaten nicht wahrgenommen und war zu seinem Zeitpunkt auch noch nicht als Androhung gezielter Schüsse gemeint (a.A. bei guter Begründung vertretbar).

b) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Ausübung unmittelbaren Zwanges (des gewählten Zwangsmittels) nach § 69 VI Nds.SOG: (+)

- Schußwaffengebrauch ist Einwirkung auf Personen durch Waffen und damit unmittelbarer Zwang (vergleiche § 69 I, IV Nds.SOG)
- Die anderen Zwangsmittel (Ersatzvornahme und Zwangsgeld) sind zur Unterbindung unmittelbar bevorstehender Gewalttätigkeiten nicht erfolgversprechend...
- Beachte den dogmatischen Hintergrund: § 69 VI Nds.SOG ist wie die anderen Regelungen in §§ 65 ff. Nds.SOG *keine spezielle Ermächtigungsgrundlage* für den Einsatz eines Zwangsmittels, *sondern eine einschränkende Zusatzregelung*, welche *zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen* aufstellt. Dies ergibt sich aus dem Regelungszweck (Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei der Vollstreckung), aus der Regelungssystematik (Regelung getrennt von den Befugnissen der Polizei nach §§ 11 ff.) und aus dem Wortlaut einiger Vorschriften (→ "nur" bedeutet nicht Ermächtigung sondern Einschränkung). Würden die §§ 65 ff. ersatzlos gestrichen, hätte die Polizei also nicht weniger, sondern mehr Eingriffsmöglichkeiten, weil sie nicht mehr jenen Einschränkungen unterworfen wäre.

Die *Ermächtigungsgrundlage liegt für den gesamten Vorgang* (Verfügung und Vollzug bzw. sofortiger Vollzug) in der Generalermächtigung des § 11 Nds.SOG, und zwar je nach dogmatischem Grundverständnis allein oder in Verbindung mit der generellen Regelung der Zulässigkeit der Vollstreckung in § 64 I, II Nds.SOG. Damit ist dem Vorbehalt des Gesetzes genüge getan. Zusätzliche Ermächtigungsgrundlagen speziell für die

Vollstreckungshandlungen fordert dieser grundsätzlich nicht (zum Spezialproblem des finalen Rettungsschusses siehe unten, dd.γ).

bb) Grundsätzliche Zulässigkeit speziell des Schußwaffengebrauchs: (+)

α) Unzulässigkeit nach § 76 I Nds.SOG: (-)

- Andere (mildere) Maßnahmen des unmittelbaren Zwanges wie zum Beispiel ein gewaltsames Dazwischentreten des P versprechen offensichtlich keinen Erfolg, da die Entfernung des P zum genauen Ort des Geschehens zu groß ist.

β) Unzulässigkeit nach § 76 IV Nds.SOG: (-), da die anderen Personen aus der Gruppe, die den Verletzten angegriffen hat, beiseitegetreten sind und daher nicht gefährdet werden.

cc) Grundsätzliche Zulässigkeit speziell des Schußwaffengebrauchs gegen Personen: (+)

α) Unzulässigkeit nach § 76 I 2 Nds.SOG: (-)

- Durch Schußwaffengebrauch gegen Sachen (als milderem Mittel) läßt sich Zweck der Maßnahme nicht erreichen (insbes. erscheint aus der gegebenen Entfernung ein gezieltes Aus-der-Hand-Schießen der Eisenstangen nicht möglich)

β) Unzulässigkeit nach § 77 Nds.SOG: (-)

- Schußwaffeneinsatz hier zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr nicht für das Leben, wohl aber für den Leib (§ 77 I Nr. 1)

γ) Unzulässigkeit nach § 78 Nds.SOG: (-)

- keine Menschenmenge (s.o.); im übrigen würden die Voraussetzungen des § 78 I erfüllt.

dd) Grundsätzliche Zulässigkeit des Schußwaffengebrauchs gegen Personen bei wahrscheinlich tödlichem Ausgang (finaler Rettungsschuß)?

- *Hinweis*: Die Zulässigkeit speziell des finalen Rettungsschusses bildet das Hauptproblem des Falles. Hier müssen die vielschichtigen einzelnen Fragestellungen sauber herausgearbeitet und getrennt voneinander bearbeitet werden. Zunächst gilt es, die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit (dd) von der Frage der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall (ee) zu trennen. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit unterteilt sich wiederum in *drei verschiedene dogmatische Problemstellungen* (α - γ), die nicht miteinander vermischt werden dürfen.

α) Problem: Absolute Unzulässigkeit voraussichtlich tödlicher Maßnahmen?

- Gesichtspunkte: Leben als höchstes Rechtsgut (aber auch auf Seiten des Opfers!). Was ist der *unantastbare Wesensgehalt* (vergleiche Art. 19 II GG) *beim Grundrecht auf Leben* (das Leben selbst?). Die Erforderlichkeit der Handlungsfähigkeit des Staates zur Erfüllung seiner *grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber dem Opfer*. Was bedeutet die Aufhebung der früheren ausdrücklichen Regelung zum polizeilichen Todesschuß? Wird der damit "abgeschafft" (verboten?)
- argumentieren!
- **EIGENE STELLUNGNAHME** (mit GANZ HM⁸): (-), kein absolutes Tötungsverbot
 - insbes. schützt Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG nur den Menschenwürdegehalt des Grundrechts auf Leben und garantiert damit nicht jedem Angreifer in jeder konkreten Fallsituation zwingend einen absoluten Schutz seines Lebens
 - insbes. ist *Aufhebung der früheren ausdrücklichen Regelung nicht als Abschied* des Gesetzgebers *vom Rettungsschuß* anzusehen, sondern als Abstandnahme von dem schwierigen (und vielleicht vermessenen) Unterfangen, die Verhältnismäßigkeit dieses schwersten denkbaren Eingriffs in abstrakten Regeln erfassen zu wollen
 - *Tod des Angreifers darf aber* immer nur als - an sich unerwünschte - Nebenfolge in Kauf genommen werden, *niemals der eigentliche Zweck der Maßnahme sein*

⁸ Vergleiche statt vieler *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Herausgeber), Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage 2001, Rdnr. F 874 ff.; ferner die Nachweise bei *Schenke*, in: Steiner (Herausgeber), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Auflage 1999, Rdnr. II 300 ff.; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, a.a.O., S. 549.

β) Problem: Unzulässigkeit des finalen Rettungsschusses nach § 76 II 1 Nds.SOG: (-)

- Verbietet die Beschränkung auf das "angriffsunfähig"-Machen das Töten eines Menschen durch die Polizei? Beachte: die klarstellende neue Regelung in § 76 II 2 Nds.SOG gab es zur Zeit des Falles (im März 2003) noch nicht!
- TEIL DER LITERATUR⁹: (+): "tot" ist nicht gleich "angriffsunfähig"
- HM¹⁰: (-), "angriffsunfähig" ist entsprechend seinem Wortlaut als ein weiter Begriff zu verstehen; der Tod darf allerdings auch nach § 76 II Nds.SOG nur unerwünschte Nebenfolge sein
- EIGENE STELLUNGNAHME: HM folgen. Wenn der Gesetzgeber tödliche Schüsse hätte absolut ausschließen wollen, hätte er dies mit entsprechend absoluten Formulierungen regeln müssen. Dies insbes. deswegen, weil ein absolutes Verbot des tödlichen Rettungsschusses die gesetzliche Inkaufnahme des Todes lebensgefährlich bedrohter Opfer und damit eine erhebliche Relativierung der polizeilichen Aufgabe der Gefahrenabwehr bedeutet hätte.

γ) Problem: Unzulässigkeit wegen fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung?

- Beachte: Der Gesetzgeber hat die Regelung in § 76 II 2 Nds.SOG, die er erst 2003 eingeführt hatte, wieder aufgehoben. In den Gesetzen vieler Bundesländer gibt es eine solche Regelung bis heute nicht oder wurde sie wieder abgeschafft. Ein gesetzliches Verbot des Rettungsschusses bedeutet dies aber nicht (siehe oben).
- Doch es stellt sich eine andere Problemstellung: Erfordert der finale Rettungsschuß, weil er einen besonders schweren Grundrechtseingriff darstellt, zwingend eine eindeutige gesetzliche Regelung, die ihn zuläßt? Dann käme die Aufhebung des § 76 II Satz 2 Nds.SOG einem "Verzicht" des Gesetzgebers auf dieses Instrument der Polizei gleich.
- TEIL DER LITERATUR¹¹: (+), nach Gesetzesvorbehalts- und Bestimmtheitsgrundsatz
- ÜBERWIEGENDE MEINUNG¹²: (-), eine solche Sonderanforderung läßt sich verfassungsrechtlich nicht begründen; die besondere Schwere des Eingriffs kann und muß ohnehin bei der Abwägung im Einzelfall berücksichtigt werden
- STELLUNGNAHME: zweiter Ansicht folgen. Eine klare Entscheidung des Gesetzgebers für den finalen Rettungsschuß liegt auch schon darin, daß er einerseits eine in der Reichweite nicht begrenzte Ermächtigungsgrundlage wie die Generalermächtigung in § 11 Nds.SOG schafft, andererseits aber bewußt von einer begrenzenden Vorschrift im Hinblick auf möglicherweise erforderlich werdende tödliche Schußwaffeneinsätze absieht. Im übrigen liefe die Gegenansicht letztlich auf die Regelung bloßer Selbstverständlichkeiten hinaus (Rettungsschüsse nur bei gegenwärtigen Gefahren für das Leben oder von schweren Körperverletzungen, siehe die heutige Regelung in § 76 II 2 Nds.SOG). Solche Regelungen gewähren den Betroffenen (wie hier der C) aber in der Sache kaum einen größeren Schutz. Es ist unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts und der Bestimmtheit nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber in Wahrnehmung seines breiten gesetzgeberischen Ermessensspielraumes zu dem Ergebnis gelangt, daß sich die stark vom Einzelfall abhängigen Verhältnismäßigkeitsanforderungen eines derart schwerwiegenden, äußersten Eingriffs, nicht sinnvoll auf der abstrakten Ebene des Gesetzes normieren lassen.

ee) Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall

α) Geeignetheit: (+)

β) Erforderlichkeit: (+)

- Beachte: Zweck der Maßnahme war nicht allein der Schutz des Lebens des V sondern allgemein die *Unterbindung der bevorstehenden Gewalttätigkeiten der C* gegenüber dem V. Dafür war der Schuß des P erforderlich - auch wenn tatsächlich

⁹ Vergleiche z.B. *Schenke*, a.a.O., Rdnr. II 301 mit weiteren Nachweisen

¹⁰ Vergleiche z.B. *Gusy*, a.a.O., Rdnr. 360 ff. mit weiteren Nachweisen; *Götz*, a.a.O., Rdnr. 412 mit weiteren Nachweisen; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Auflage 1986, S. 549.

¹¹ Vergleiche z.B. *Schenke*, a.a.O., Rdnr. II 301; *Rachor*, a.a.O., Rdnr. F 889; *Waechter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2000, Rdnr. 787; *Wüstenbecker*, Polizeirecht und Allgemeines Ordnungsrecht, 9. Auflage 1999, S. 54.

¹² Vergleiche statt vieler *Götz*, a.a.O., Rdnr. 412; derselbe, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (= NVwZ)* 1994, 652 (653) mit weiteren Nachweisen.

keine Lebensgefahr bestand, weil die Angreifer den V nicht wirklich töten wollten. Die Erforderlichkeit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß gezielte Schüsse auf A und B möglicherweise ausgereicht hätten, um das Leben des V zu schützen. Denn die bevorstehenden Schläge der C bedrohten zwar möglicherweise nicht das Leben des V, bedeuteten aber eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Sicherheit, die P abwehren mußte. Die Einwände der C beziehen sich dogmatisch nicht auf das allgemeine Verhältnismäßigkeitskriterium der Erforderlichkeit, sondern auf die -speziellere - Erforderlichkeit als lebensrettende (und damit besonders wichtige) Maßnahme. Sie zielen damit auf die Gewichtung bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung.

γ) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

- **Problem:** Sind die Tatsachen gemäß der objektiven Sachlage (nur Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des V) oder nach dem objektiven Anschein (Gefahr für das Leben des V) zugrunde zu legen? Je nachdem sind bei der *Abwägung* verschiedene Rechtsgüter mit unterschiedlichem Gewicht zu berücksichtigen!
- Beide Wege sind vertretbar (→ argumentieren!); im folgenden wird HIER in *Parallele zur Rechtsfigur der Anscheinsgefahr* in Übereinstimmung mit der HM zu dieser Problematik auf das Erscheinungsbild abgestellt, wie es sich einem sachkundigen Betrachter zum Zeitpunkt der Maßnahme objektiv darstellte, und damit das Leben des V als wichtigstes geschütztes Rechtsgut in die Abwägung eingestellt. An der Angemessenheit bestehen dann keine Zweifel.
- Die Angemessenheit kann auch im Hinblick auf die drohenden schweren Verletzungen des V bejaht werden. Diese Wertung - daß man einen Menschen töten darf, um zu verhindern, daß er einen anderen Menschen schwer verletzt - würde allerdings nicht von allen deutschen Juristen geteilt.
(→ *eigene Wertung!* - hier muß argumentiert werden!)
- Der Rettungsschuß wird nicht dadurch unverhältnismäßig, daß eine Tötung des V möglicherweise auch durch isolierte Schüsse auf A und B hätte verhindert werden können. Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Maßnahme (auch der relativen Erforderlichkeit in Bezug auf den Schutz des besonders wichtigen Rechtsgutes Leben) hat die Behörde einen *Einschätzungsspielraum*. Außerdem gibt es keinen rechtlichen Grundsatz, der besagt, daß die Polizei bei gleicher Gefährdungshandlung durch mehrere Angreifer gegebenenfalls einen von ihnen vorrangig töten muß. Keineswegs muß die Polizei zuerst gegen männliche Angreifer vorgehen, nur weil diese körperlich stärker sind... (→ argumentieren!)

Der zum Schutze des V abgegebene, potentiell tödliche Schuß des P war also auch verhältnismäßig.

Auch die Zwangsmittelanwendung selbst verstieß also gegen keine gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Vorschriften.

Die Maßnahme des P war demnach nicht rechtswidrig.

Die Klage der C ist zulässig aber unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg. Das Verwaltungsgericht wird sie zurückweisen.

B. Zusatzfrage 1:

- In diesem Fall ist die mit der Reform vom 11.12.2003 eingeführte Regelung zum finalen Rettungsschuß in § 76 II 2 Nds.SOG weiterhin zu beachten. Danach ist ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, nur zulässig, wenn er das *einzigste Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit* ist. Hier drohten dem Opfer schwerwiegende Verletzungen bis hin zu gebrochenen Beinen, wie sie die Angreifer bei einem anderen Opfer verursacht hatten. Die Voraussetzungen des § 76 II 2 Nds.SOG sind also erfüllt, der Schuß war nach dieser Regelung zulässig. Das Problem, daß der Schuß nur dem Anschein nach zur Abwehr einer Lebensgefahr für den V erforderlich war, stellt sich nicht. § 76 II 2 Nds.SOG ist im übrigen dogmatisch *keine Ermächtigungsgrundlage*, welche § 11 Nds.SOG verdrängt, sondern eine *verhältnismäßigkeitskonkretisierende Einschränkung*, welche den Schußwaffengebrauch auf das Äußerste beschränkt, was nach der Ansicht des Gesetzgebers mit dem Recht auf Leben vereinbar sein kann.

C. Zusatzfrage 2:

- Problem der Ermessensreduzierung auf Null bei der Gefahrenabwehr zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten¹³ (hier: aus Art. 1 I 2, 2. Halbsatz in Verbindung mit Art. 2 II 1 GG)
- GANZ HM: Das Ermessen der Gefahrenabwehrbehörden verengt sich nur in extremen Ausnahmefällen zu einer *Pflicht zu einem bestimmten Einschreiten*.
- Hier lag zwar insofern ein extremer Ausnahmefall vor, als von einer unmittelbaren Gefahr für das Leben des V auszugehen war, die einzig durch einen Schuß des P abgewehrt werden konnte. In solchen Fällen besteht grundsätzlich eine Pflicht zum Einschreiten. Aber: Die deutsche Rechtsordnung kennt *keine Rechtspflicht zum Töten*. Das Grundrecht des Angreifers (auf Leben), das in der Ermessensentscheidung ebenfalls zu berücksichtigen ist, verhindert, daß sich die staatliche Schutzpflicht zu einer auf diesen schärfsten denkbaren Eingriff gerichteten *Rechtspflicht* verdichtet.¹⁴ (→ a.A. bei eingehender Argumentation vertretbar).

VERTIEFUNGSHINWEIS:

Zur Problematik des finalen Rettungsschusses siehe *Rachor*, a.a.O., Rdnr. 866 ff.; *Götz*, a.a.O., Rdnr. 412 ff.; *Schenke*, a.a.O., Rdnr. 300 ff.; *Beisel*, Juristische Arbeitsblätter 1998, 721; *Westenberger*, Die Öffentliche Verwaltung 2003, 627; *Kutscha*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2004, 801.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.jura.uni-goettingen.de/schmitz (unter "Lehre" / "Sonstige"). Für Nachfragen bin ich auch nach dem Ende der Veranstaltung per E-mail erreichbar (tschmit1@gwdg.de).

(Dr. Thomas Schmitz, Göttingen 10/2003)

¹³ Vergleiche dazu etwa *Hain/Schlette/Schmitz*, Archiv des öffentlichen Rechts (= AöR) 122 (1997), 32 (51 ff.).

¹⁴ Etwas andere ergibt sich auch nicht aus der Rechtsfigur des *Untermaßverbotes*, die das Bundesverfassungsgericht zu den grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelt hat (vergleiche BVerfGE 88, 203). Das Bundesverfassungsgericht fordert einen angemessenen und als solchen wirksamen Schutz. Die grundrechtlichen Schutzpflichten entbinden aber nicht von der Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter.

A. Hauptfrage

I. Zulässigkeit der Klage

- 1) Verwaltungsrechtsweg
- 2) Statthafte Klageart
 - a) Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO
 - b) Feststellungsklage nach § 43 VwGO
 - c) Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO
 - Problem: Vollstreckung einer Verfügung oder sofortiger Vollzug? VA?
- 3) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der FFKlage
 - a) Klagebefugnis (§ 42 II VwGO)
 - b) Problem: Fortsetzungswiderspruch analog §§ 68 ff. VwGO?
 - c) kein Ablauf der Widerspruchsfrist vor Klageerhebung
 - d) Fortsetzungsfeststellungsinteresse
- 4) Allgemeine (klageartunabhängige) Zulässigkeitsvoraussetzungen

II. Begründetheit der Klage

- 1) Grundsätzliche Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens gegen C
 - a/b) Formelle/materielle Rechtmäßigkeit einer (fiktiven) Verbotsverfügung
 - Ermächtigungsgrundlage: § 11 Nds.SOG
- 2) Zulässigkeit des sofortigen Vollzugs gemäß § 64 II Nds.SOG
- 3) Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelanwendung selbst
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Grds. Zulässigkeit der Ausübung *unmittelbaren Zwangs* (§ 69 VI Nds.SOG)
 - bb) Grds. Zulässigkeit speziell des *Schußwaffengebrauchs* (§ 76 I 1, IV)
 - cc) Grds. Zulässigkeit speziell des *Schußwaffengebrauchs gegen Personen* (§§ 76 I 2, 77, 78)
 - dd) Grds. Zulässigkeit des *Schußwaffengebrauchs gegen Personen bei wahrscheinlich tödlichem Ausgang (finaler Rettungsschuß)*
 - Problem: absolute Unzulässigkeit des Todesschusses?
 - Probleme: Erforderlichkeit ausdrückl. Regelung? "angriffsunfähig" i.S.v. § 76 II?
 - ee) Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall
 - Problem: objekt. Sachlage oder objekt. Anschein maßgeblich?

B. Zusatzfrage 1

- der neue § 76 II 2 Nds.SOG als verhältnismäßigkeitskonkretisierende Einschränkung

B. Zusatzfrage 2

- Problem: *Ermessensreduzierung auf Null* bei Gefahrenabwehr zur Erfüllung staatl. Schutzpflichten?