

Fall 1

(Sachverhalt)

Ein beschaulicher Sonntagnachmittag in einer niedersächsischen Gemeinde. Plötzlich hallen laute Beschimpfungen, ausländerfeindliche Parolen und Morddrohungen durch die Innenstadt. Polizeivollzugsbeamter P begibt sich zur Quelle des Lärms, einem nach unten durch eine Mauer abgesetzten, höhergelegenen Platz. Als er sich ihm von unten her nähert, erkennt er eine Gruppe junger Leute, die schon mehrmals durch Gewalttätigkeiten aufgefallen ist und jetzt einen am Boden liegenden, blutüberströmten Mann mißhandelt. P ruft lautstark "Aufhören" und gibt einen Warnschuß aus seiner Dienstpistole ab, doch aus der Entfernung und inmitten des von ihnen erzeugten Lärms können die jungen Leute ihn nicht wahrnehmen. Wenige Sekunden später treten einige 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 auf den Platz gelangen kann, um die drohenden Schläge mit den Eisenstangen zu unterbinden. In der Befürchtung, daß die Angreifer ihr Opfer töten könnten, gibt er drei gezielte Schüsse aus seiner Dienstpistole ab. Er weiß, daß er exakt genug schießen kann, um das Opfer und die zur Seite getretenen Beteiligten nicht zu gefährden. Er weiß allerdings auch, daß er aus der gegebenen Entfernung die zum Schlage ausholenden Personen nicht gezielt angriffsunfähig machen kann, daß seine Schüsse vielmehr mit großer Wahrscheinlichkeit tödlich sein werden.

Die Schüsse verletzen Angreifer A tödlich und Angreifer B sowie Angreiferin C lebensgefährlich. Später stellt sich heraus, daß die Angreifer dem ausländischen Mitbürger "eine Lehre erteilen", ihn aber nicht töten wollten. Das Opfer war erheblich aber nicht schwer verletzt; sein blutüberströmter Eindruck war durch starkes Nasenbluten hervorgerufen worden. Die Schläge sollten ihn nur an den Beinen treffen - so wie bei einem anderen Opfer, das eine halbe Stunde später in einem anderen Stadtteil entdeckt und mit gebrochenen Beinen ins Krankenhaus eingeliefert wird.

C erhebt drei Wochen später Klage beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, festzustellen, daß der auf sie gerichtete Schuß rechtswidrig gewesen sei. Sie will damit ihre Chancen in einem geplanten Amtshaftungsprozeß verbessern. Außerdem erhofft sie sich eine Korrektur ihres schlechten Rufes in der Öffentlichkeit. Sie ist der Ansicht, P habe keinesfalls auf sie schießen dürfen, ohne sich vorher zu ihr zu begeben, sie anzusprechen und ihr außerdem 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 - wenn überhaupt - zunächst nur auf die Männer schießen dürfen, denn er hätte damit rechnen müssen, daß sie allein als Frau das Opfer gar nicht so schnell töten

könnte, daß er sich nicht in der Zwischenzeit nähern und ggf. aus der Nähe einen weniger gefährlichen, gezielten Schuß auf ihre Arme oder Beine abgeben könnte. Im übrigen seien der Polizei in Niedersachsen Schüsse mit tödlichem Risiko von vornherein versagt, denn der niedersächsische Gesetzgeber habe bei der Reform des Polizeirechts in den neunziger Jahren den zuvor gesetzlich geregelten Todesschuß abgeschafft.

Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?

Zusatzfrage:

Der Verletzte (V) ist über die Klage der C empört. Er ist der Auffassung, P habe zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht, die schließlich auch gegenüber den ausländischen Mitbürgern bestände, nicht nur schießen dürfen sondern auch müssen. P habe nur insoweit Rücksicht auf das Leben der Angreifer nehmen dürfen, als dies in der gegebenen Situation mit einem effektiven Schutze des Lebens des V vereinbar erschien. Hat V Recht?

Fall 1 (Besprechung)

THEMA: Fall zum Polizei- und Ordnungsrecht mit Schwierigkeitsgrad einer *Examensklausur*: Fortsetzungsfeststellungsklage (Statthaftigkeit, Fortsetzungsfeststellungswiderspruch, Fortsetzungsfeststellungsinteresse); Zwangsmittel im Polizei- und Ordnungsrecht (sofortiger Vollzug, Androhung, unmittelbarer Zwang, Schußwaffengebrauch), finaler Rettungsschuß (grds. 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 darauf gerichtete Klage der C zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1) Verwaltungsrechtsweg: (+)

- nach § 40 I VwGO (→ Polizeirecht als typische öffentl.-rechtl. Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art)

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: (-)

- C begehrt nicht die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses sondern die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme des P
- *Korrekturhinweis:* MAURER, Allg. VR, § 20 Rdnr. 26 hält in vergleichbaren Fällen mit problematischer Begründung auch Feststellungsklagen für zulässig. In einem früheren HEMMER-Skript (VR BT Nds., S. 127) wird dieser Weg sogar fälschlicherweise als der heute hM entsprechend ausgewiesen.¹ Diese Lösung, welche die Probleme der FFKl. umgeht, ist aber nur bei eingehender Begründung vertretbar (→ wo ist das Rechtsverhältnis?); später muß dann anstelle des Fortsetzungsfeststellungsinteresses gründlich das Feststellungsinteresse geprüft werden.

¹ Bei Starck, Fälle zum Verwaltungsrecht II (Besonderer Teil), WS 2000/01, Fall 6 wird er hingegen aus guten Gründen nicht einmal erwähnt.

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 VA wäre hier jedoch nicht gemäß § 41 I VwVfG i.v.m. § 1 I NdsVwVfG 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 wahrgenommen 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 i.S.d. § 64 II NGefAG handeln. [**Nachtrag 11.12.2003: Das Gesetz wurde durch ein am 10.12. beschlossenes Änderungsgesetz wieder in "Nds.SOG" umbenannt**].
- **Problem:** Ist bei Maßnahmen des sofortigen Vollzuges (also "ohne vorausgehenden VA", vgl. § 64 II NGefAG) 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
 - A.A.⁵: (-), aber Antrag analog § 113 I 4 VwGO auch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zwangsmittleinsatzes (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 gem. § 42 II VwGO: (+) (→ Art. 2 II 1 GG)

b) Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO (analog): nicht erforderlich

- **Problem:** Erforderlichkeit eines Fortsetzungsfeststellungswiderspruchs bei VA-Erledigung innerhalb der Widerspruchsfrist (hier: durch sofortigen Vollzug)?
 - hL UND RSPR.: Nein⁶, da sinnlos. Aufhebung eines VA wäre nicht mehr möglich, und es ist nicht Aufgabe der Verwaltung, verbindlich die RW eines erledigten VA festzustellen. Außerdem so effektiverer Schutz des Bürgers (u.a. wg. Rechtskraftwirkung d. Urteils).
 - TEIL D. LIT.: Ja⁷, da so Entlastung der Gerichte u. mehr Selbstkontrolle der Verwaltung.

c) Aber: kein Ablauf der Widerspruchsfrist: (+) (→ drei Wochen)

d) Fortsetzungsfeststellungsinteresse

- aa) **Problem:** beabsichtigte Verwertung des Urteils des VG in einem Amtshaftungsprozeß als Fortsetzungsfeststellungsinteresse?
 - heute GANZ HM, NEUERE RSPR.⁸: nicht bei Erledigung des VA vor Klageerhebung (also der FFKI nach § 113 I 4 VwGO *analog*), weil Betroffener sich unmittelbar an ordentl. Gericht wenden kann und muß (vgl. Art. 34 S. 3 GG)

² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 9 Rdnr. 69.

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, vgl. näher Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, § 16 Rdnr. 416 ff.

⁴ Vgl. z.B. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 439, 530.

⁵ Vgl. z.B. Erichsen, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 21 Rdnr. 18.

⁶ BVerwGE 26, 161, 166 f.; BVerwG DVBl. 1981, 502 f.; OVG Bremen NVwZ 1990, 1188; OVG Koblenz NJW 1982; Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2000, § 113 Rdnr. 35 m.w.N.; Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl. 2003, § 18 Rdnr. 84; Gersdorf, Verwaltungsprozeßrecht, 2. Aufl. 2003 (Vorauslage unter www.uni-rostock.de/fakult/jurfak/Gersdorf/Buecher_und_Skripten/VerwProzR.pdf), Rdnr. 114.

⁷ Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2003, § 113 Rdnr. 127 m.w.N.; Dreier, NVwZ 1987, 474, (476 f.); so zu verstehen wohl auch Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 31 Rdnr. 29.

- a.A. aber immer noch ebenso vertretbar (→ höhere Sachkompetenz des VG, Bindung der ordentl. Gerichte durch Rechtskraft des VG-Urteils nach § 121 VwGO⁸)
 - bb) Rehabilitationsinteresse: (+)
 - auch dann, 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 (→ argumentieren!)
 - 4) Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen: (+)
 - Klage richtet sich unmittelbar gegen die Polizeibehörde, bei der P in Diensten ist (vgl. §§ 78 I Nr. 2 VwGO [analog], 8 II NdsVwGG); diese ist auch beteiligtenfähig (vgl. §§ 61 Nr. 3 VwGO, 8 I NdsVwGG)
- Die Klage der C ist als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, wenn der gegen C gerichtete Zwangsmittel Einsatz (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 - was im Falle der RW zweifellos gegeben ist). Der Schuß war als Maßnahme des sofortigen Vollzugs (§ 64 II NGefAG [**Nachtrag 11.12.: jetzt wieder "Nds.SOG"**], s.o.) nur dann rechtmäßig, wenn zu seinem Zeitpunkt (1.) die allgemeinen Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten gegeben waren (vgl. § 64 II, 2. HS NGefAG: "und die ... Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt") und (2.) die besonderen Voraussetzungen für den sofortigen Vollzug (§ 64 II, 1. HS NGefAG) vorlagen, sowie schließlich (3.) die Anwendung des Zwangsmittels selbst nicht gegen die dabei zu berücksichtigenden Vorschriften verstieß.¹⁰

- 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 NGefAG
 - von einer Anhörung hätte hier nach § 28 II Nr. 1 VwVfG abgesehen werden können
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit einer (fiktiven) Verbotsverfügung: (+)
 - aa) Ermächtigungsgrundlage
 - α) § 11 NGefAG: (+)
 - Eine Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1.a NGefAG lag vor, da bereits eine Störung der öffentlichen Sicherheit (hier: subjektiver Rechte des Einzelnen [aus Art. 2 II 1 GG] sowie der Unverletzlichkeit der obj. Rechtsordnung [des Strafrechts]) eingetreten war. Da das Opfer bereits verletzt war, handelte es sich insofern *nicht* um eine *Anscheinsgefahr* (ein besonderer Anschein besteht nur hinsichtlich der Schwere der Gefahr)!
 - Beachte: die *Generalermächtigung* des § 11 NGefAG ist die Ermächtigungsgrundlage für alle denkbaren und nicht in Spezialermächtigungen (wie den §§ 12 ff. NGefAG) geregelten Gefahrenabwehrmaßnahmen, und damit auch für Maßnahmen zur Unterbindung tätlicher Angriffe. Sie *kann* damit - jedenfalls *in Zusammenwirken mit § 64 I, II*, der die Anwendung von Zwangsmitteln eröffnet - *auch zu Maßnahmen führen, deren Durchführung den Tod eines Menschen verursacht*.
 - β) § 32 StGB (Nothilfe): (-)
 - hier schon deswegen nicht einschlägig, da mit § 11 NGefAG bereits eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist und damit für den - ohnehin allenfalls subsidiären - Rückgriff auf strafrechtliche Rechtfertigungsnormen kein Anlaß besteht; im übrigen fragwürdig, die hier auf tätliches Handeln gerichtete Notwehrvorschrift ausgerechnet als Ermächtigungsgrundlage für eine bloße Verfügung heranziehen zu wollen

⁸ Vgl. statt vieler *Hufen*, a.a.O., § 18 Rdnr. 77 f. m.w.N. (auch zur Rechtsprechung).

⁹ Vgl. BVerwGE 9, 196 (198).

¹⁰ Siehe zum Aufbau der Rechtmäßigkeitsprüfung von Maßnahmen im sofortigen Vollzug *Starck*, a.a.O., Fall 6, S. 3 f.

- Der Rückgriff auf das Strafrecht ist aber auch deswegen ausgeschlossen, weil das Polizei- und Ordnungsrecht als die speziellere Materie die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse abschließend regelt (GANZ HM¹¹); etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 71 II NGefAG, denn dieser befaßt sich ausschließlich mit den zivil- und strafrechtlichen Wirkungen der Vorschriften über die Notwehr. P kann sich ggf. in einem Strafverfahren zur Abwendung strafrechtlicher Sanktionen gegen ihn auf § 32 StGB berufen. Die Polizeibehörde kann diese Norm aber nicht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht als Ermächtigungsgrundlage geltend machen.¹²
 - *Korrekturhinweis*: muß bei sofortigem Rückgriff auf § 11 NGefAG nicht notwendigerweise angesprochen werden; Rückgriff auf § 32 StGB vertretbar, wenn sich Verfasser in seiner Begründung mit den dogmatischen Bedenken auseinandersetzt
- γ) Strafverfahrensrechtliche Ermächtigungsgrundlagen: (-)
- scheiden schon deswegen aus, weil es sich nicht um repressive sondern präventive Maßnahme handelt
- bb) Richtiger Adressat: (+) (→ als Handlungsstörerin, § 6 I NGefAG)
- 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 NGefAG: (+) (→ Nr. 1)
- a) Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr i.S.d. § 2 Nr. 1 lit. b NGefAG: (+)
- keine Anscheinsgefahr (s.o.)!
- 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, d.h. der C als Adressatin zu Gehör gebracht werden konnte.
 - 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 (→ VA) und ihr dann den Schußwaffengebrauch anzudrohen, war nicht realisierbar, ohne den Zweck einer erfolgreichen Gefahrenabwehr aufzugeben.
 - *Korrekturhinweis*: Hier ist hart am Sachverhalt zu argumentieren; bloße Wiedergabe von Begründungsfloskeln aus Skripten, Fallsammlungen etc. reicht nicht aus!
- 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 i.V.m. 1 II 1 NGefAG
- 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 NGefAG
- hier entgegen der Ansicht der C entbehrlich, vgl. §§ 70 I 3, 2. HS, 74 I 2, 2. HS NGefAG; auch nach § 74 II entbehrlich, da der sofortige Schußwaffengebrauch wegen der unmittelbar bevorstehenden Schläge mit den Eisenstangen zumindest zur Abwehr

¹¹ Vgl. statt vieler nur Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 176 ff. m.w.N.; Götz, a.a.O., Rdnr. 414; die A.A. wurde vor allem in der älteren Literatur vertreten (vgl. Nachweise bei Gusy, a.a.O, Rdnr. 176).

¹² Eingehend zur Problematik Götz, a.a.O., Rdnr. 414 a.E.

einer gegenwärtigen Gefahr für den Leib (die körperliche Unversehrtheit) des V erforderlich war

- keine absolute Erforderlichkeit der Androhung nach § 74 III 2 NGefAG, da die Gruppe der jungen Leute, die sich auch noch durch das Beisetreten einiger von ihnen faktisch in zwei Gruppen aufgeteilt hat, *keine Menschenmenge* bildet; dafür wäre jedenfalls eine *größere* Gruppe erforderlich, für die der Sachverhalt keine Anhaltspunkte liefert
- Der Warnschuß des P ist nicht als Androhung i.S.d. § 74 I 3 NGefAG zu qualifizieren, da er von den Adressaten nicht wahrgenommen wurde und im übrigen - zu seinem Zeitpunkt - noch nicht als Androhung gezielter Schüsse gemeint war (a.A. bei eingehender Begründung vertretbar)

b) Materielle Rechtmäßigkeit

- *Korrekturhinweis*: Hier liegt der Schwerpunkt des Falles. Wichtig ist, daß die verschiedenen materiell-rechtlichen Anforderungen (aa - ee) sauber herausgearbeitet und getrennt geprüft werden.

aa) Grundsätzliche Zulässigkeit der Ausübung unmittelbaren Zwangs (des gewählten Zwangsmittels) nach § 69 VI NGefAG [**Nachtrag 11.12.: jetzt wieder "Nds.SOG"**]: (+)

- Schußwaffengebrauch ist Einwirkung auf Personen durch Waffen und damit unmittelbarer Zwang (vgl. § 69 I, IV NGefAG)
- Die anderen Zwangsmittel (Ersatzvornahme und Zwangsgeld, vgl. § 65 I) sind zur Unterbindung unmittelbar bevorstehender Gewalttätigkeiten nicht erfolversprechend...
- Beachte den dogmatischen Hintergrund: § 69 VI NGefAG ist wie die anderen Regelungen in §§ 65 ff. NGefAG *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 (bei einigen Vorschriften) auch eindeutig aus dem Wortlaut (→ "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 einer der Normen aus dem Dritten Teil des NGefAG (hier: der Generalermächtigung, § 11), und zwar je nach dogmatischem Grundverständnis allein oder in Verbindung mit der generellen Regelung der Zulässigkeit der Vollstreckung in § 64 I, II NGefAG). Damit ist dem Vorbehalt des Gesetzes genüge getan. Zusätzliche Ermächtigungsgrundlagen speziell für die Vollstreckungshandlungen fordert dieser grds. nicht (zum Spezialproblem des finalen Rettungsschusses s.u., dd.γ).

bb) Grundsätzliche Zulässigkeit speziell des Schußwaffengebrauchs: (+)

α) Unzulässigkeit nach § 76 I NGefAG: (-)

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

β) Unzulässigkeit nach § 76 IV NGefAG: (-), 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 NGefAG: (-)

- 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 NGefAG: (-)

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

γ) Unzulässigkeit nach § 78 NGefAG: (-)

- keine Menschenmenge (s.o.); i.ü. wären Vorauss. erfüllt (*Korrekturhinweis*: kann aber muß nicht angesprochen werden)

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

- *Korrekturhinweis*: 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, wobei letztere sich erübrigt, wenn sich der Bearbeiter für die grundsätzliche Unzulässigkeit des tödlichen Schußwaffengebrauches in Niedersachsen entscheidet. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit unterteilt sich wiederum in *drei verschiedene dogmatische Problemstellungen* ($\alpha - \gamma$), die nicht miteinander vermischt werden dürfen! Dieser Fall ist gerade deswegen examensgeeignet, weil der Bearbeiter hier nachweisen kann, daß er zu einer *differenzierten Prüfung unter präziser Allokation der dogmatischen Problemstellungen* fähig ist. Beim Lernen aus Repetitor-skripten und Fallsammlungen ist insofern Vorsicht geboten.

α) Problem: Absolute Unzulässigkeit voraussichtlich tödlicher Maßnahmen?

- Gesichtspunkte: Leben als höchstes Rechtsgut (aber auch auf Seiten des Opfers!); unantastbarer Wesensgehalt (vgl. Art. 19 II GG) des Grundrechts auf Leben (das Leben selbst?); Erforderlichkeit der Handlungsfähigkeit des Staates zur Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten gegenüber dem Opfer (und damit seiner Sicherheitsaufgabe als Vorauss. der bürgerlichen Friedenspflicht), Aufhebung der früheren ausdrücklichen Regelung in § 54 II 2 als "Abschaffung" des Rettungsschusses?
- argumentieren!
- EIGENE STELLUNGNAHME (mit GANZ HM¹³): (-), 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

β) Problem: Unzulässigkeit nach § 76 II NGefAG: (-)

- "angriffsunfähig" i.S.d. § 76 II NGefAG auch bei Todesfolge?
- TEIL DER LIT.¹⁴: (+): "tot" ist nicht gleich "angriffsunfähig"; Unvereinbarkeit mit rechtsstaatl. Grundsatz der "Gesetzeswahrheit"
- HM¹⁵: (-), "angriffsunfähig" entsprechend seinem Wortlaut als weiterer Begriff; Tod darf allerdings auch nach § 76 II NGefAG 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.

¹³ Vgl. statt vieler *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Rdnr. F 874 ff.; ferner die Nachweise bei *Götz* (Fußn. 17); *Schenke*, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1999, Rdnr. II 300 ff.; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, a.a.O., S. 549.

¹⁴ Vgl. z.B. *Schenke*, a.a.O., Rdnr. II 301 m.w.N.

¹⁵ Vgl. z.B. *Gusy*, a.a.O., Rdnr. 360 ff. m.w.N.; *Götz*, a.a.O., Rdnr. 412 m.w.N.; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 549.

γ) Problem: Unzulässigkeit wegen fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung?

- beachte: eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt in Niedersachsen wie in vielen anderen Ländern zur Zeit (Sommer/Herbst 2003), ist jedoch (wieder) geplant; der Gesetzentwurf wurde bereits eingebracht (s.u., Anmerkung). [**Nachtrag 11.12.03: Das Änderungsgesetz wurde am 10.12. beschlossen, s.u.**]
- erfordert der finale Rettungsschuß wegen seiner besonderen Eingriffsschwere anders als andere Grundrechtseingriffe zwingend eine eindeutige gesetzliche Regelung?
- TEIL DER LIT.¹⁶: (+), nach Gesetzesvorbehalts- und Bestimmtheitsgrundsatz
- ÜBERWM¹⁷: (-), Sonderanforderungen verfassungsrechtlich nicht zu 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 NGefAG 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 schwersten Körperverletzungen, Vorauss. nach Art. 2 II EMRK etc.). Solche Regelungen würden den potentiellen Betroffenen aber - wie schon der abgeschaffte ehemalige § 54 II 2 - in der Sache kaum einen über die jetzige Regelungslage hinausgehenden Schutz gewähren. 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 ist 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 keine Lebensgefahr bestand, weil die Angreifer den V nicht wirklich töten wollten. Diese Erforderlichkeit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß P sich zum Schutze des Lebens des V - möglicherweise - vorerst mit gezielten Schüssen auf A und B hätte begnügen können, denn die bevorstehenden Schläge der C hätte er so jedenfalls nicht verhindern können. Die Einwände der C beziehen sich vielmehr auf die spezielle Erforderlichkeit als - wichtigere - lebensrettende Maßnahme, und damit auf die Gewichtung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung.
- *Korrekturhinweis*: Eine Prüfung mit dieser Trennschärfe wird von einem studentischen Bearbeiter wohl auch im Examen nicht zwingend erwartet werden können. Für die Korrektur erscheint hier eine irgendwie konsistente Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit noch ausreichend.

γ) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.)

- Problem: Sind die Tatsachen gemäß der objektiven Sachlage (nur Gefahr für körperliche Unversehrtheit) oder nach dem objektiven Anschein (Gefahr für das Leben des V) zugrunde zu legen? Davon abhängig ergeben sich verschiedene bei der Abwägung zu berücksichtigende Güter mit unterschiedlichem Gewicht
- Beide Wege sind vertretbar (→ argumentieren!); im folgenden wird HIER in *Parallele zur Rechtsfigur der Anscheinsgefahr* in Übereinstimmung mit der HM zu die-

¹⁶ Vgl. 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 (hrsg. v. Alpmann und Schmidt), 9. Aufl. 1999, S. 54.

¹⁷ Vgl. statt vieler *Götz*, a.a.O., Rdnr. 412; ders., NVwZ 1994, 652 (653) m.w.N.

ser 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 allerdings auch (muß aber nicht) im Hinblick auf die drohenden schweren Verletzungen des V bejaht werden.¹⁸ (→ eigene Wertung - argumentieren!)
- Der Rettungsschuß wird nicht dadurch unverhältnismäßig, daß eine Tötung des V - möglicherweise - auch durch isolierte Schüsse auf A und B hätte verhindert werden können (→ Einschätzungsspielraum der Exekutive hinsichtlich der Erforderlichkeit [auch der relativen Erforderlichkeit in Bezug auf den Schutz des besonders wichtigen Rechtsgutes], keine Ermessensreduzierung auf vorrangige Tötung eines anderen Angreifers bei grds. gleichem Gefährdungsbeitrag etc. - argumentieren!)

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

Die Zwangsmittelanwendung selbst verstieß gegen keine - gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen - Vorschriften.

Die Maßnahme des P war nicht rechtswidrig.

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

B. Zusatzfrage

- Problem der Ermessensreduzierung auf Null bei der Gefahrenabwehr zur Erfüllung staatlicher Schutzpflichten¹⁹ (hier: aus Art. 1 I 2, 2. HS i.V.m. 2 II 1 GG)
- GANZ HM: Verengung des Ermessens zu einer Pflicht zu einem bestimmten Einschreiten nur in extremen Ausnahmefällen
- Hier: zwar insofern extremer Ausnahmefall, als von einer unmittelbaren Gefahr für das Leben des V auszugehen war, die einzig durch eine bestimmte Handlung des P abgewehrt werden konnte; in solchen Fällen grundsätzlich Pflicht zum Einschreiten. Aber: *keine Rechtspflicht zum Töten*. Das Grundrecht des Angreifers (auf Leben), das in der Ermessensentscheidung ebenfalls zu berücksichtigen ist, verhindert, daß sich die staatliche Schutzpflicht über die Rechtsfigur des Untermaßverbotes²⁰ (vgl. BVerfGE 88, 203²¹) zu einer auf diesen schärsten denkbaren Eingriff gerichteten *Rechtspflicht* verdichtet.
- *Korrekturhinweis*: a.A. bei Auseinandersetzung mit der Frage, wie das Grundrecht des Angreifers auf Leben in diesem Rahmen angemessen berücksichtigt werden soll, ohne weiteres vertretbar (Aussage "Angreifer nicht schutzwürdig" aber allein nicht ausreichend!). Bei einer Bearbeitung dieses Falles als Hausarbeit in der Vorgerücktenübung im SS 2001 wurde von vielen Bearbeitern eine Pflicht zum Einschreiten angenommen.

ANMERKUNG

Im Juni 2003 haben die Fraktionen der CDU und der FDP im Niedersächsischen Landtag den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes eingebracht (Drucks. 15/240)²². Danach soll § 76 II NGefAG um einen Satz 2 ergänzt werden, der die Frage des finalen Rettungsschusses wie folgt regelt: "Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zu Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist." [Nachtrag 11.12.03: Die Ergänzung wurde mit diesem Wortlaut am 10.12. verabschiedet.]

¹⁸ Vgl. etwa die Wertung der Fraktionen der CDU und FDP im Niedersächsischen Landtag, wie sie in ihrem Gesetzentwurf vom Juni 2003 zum Ausdruck kommt (siehe Anmerkung, S. 10).

¹⁹ Vgl. dazu etwa Hain/Schlette/Schmitz, AöR 122 (1997), 32 (51 ff.).

²⁰ Siehe dazu Hain, DVBl. 1993, 982; Dietlein, ZG 1995, 131; Hain, ZG 1996, 75; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 81 f., 88 f.; Isensee, in: HStR V, 1992, § 111 Rdnr. 165 f.

²¹ Das Bundesverfassungsgericht fordert dort einen - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessenen und als solchen wirksamen Schutz.

²² Abrufbar unter www.landtag-niedersachsen.de/drucksa/drucksachen_15_2500/0001-0500/15-0240.pdf.

VERTIEFUNGSHINWEIS:

Zur Fortsetzungsfeststellungsklage siehe *Hufen*, a.a.O., § 18 Rdnr. 53 ff.; *Gersdorf*, a.a.O., Rdnr. 104 ff.; *Ogorek*, JA 2002, 222; *Kunig*, Jura 1997, 326; *Hellerbrand*, JA 1995, 153; *Rozeck*, JuS 1995, 413, 598, 697. 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*, JA 1998, 721. Zur Ermessensreduzierung siehe *Hain/Schlette/Schmitz*, AöR 122 (1997), 32; *Di Fabio*, VerwArch 86 (1995), 215; *Dietlein*, DVBl. 1991, 685. Zum Untermaßverbot bei der Erfüllung staatl. Schutzpflichten *Hain*, DVBl. 1993, 982; *Dietlein*, ZG 1995, 131; *Hain*, ZG 1996, 75.

Weitere Informationen zur Veranstaltung finden Sie unter www.jura.uni-goettingen.de/schmitz. Für Fragen, Anregungen und Kritik bin ich außerhalb der Veranstaltungen im Verfügungsgebäude, Zimmer 208 (Tel. 39-46.37, E-mail tschmit1@gwdg.de) erreichbar.

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 NGefAG
- 2) Zulässigkeit des sofortigen Vollzugs gemäß § 64 II NGefAG
- 3) Rechtmäßigkeit der Zwangsmittelanwendung selbst
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - b) Materielle Rechtmäßigkeit
 - aa) Grds. Zulässigkeit der Ausübung *unmittelbaren Zwangs* (§ 69 VI NGefAG)
 - 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 ausdrücl. Regelung? "angriffsunfähig" i.S.v. § 76 II?
 - ee) Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall
 - Problem: objekt. Sachlage oder objekt. Anschein maßgeblich?

B. Zusatzfrage

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