

**Professor Dr. Edzard Schmidt-Jortzig**



Juristisches Seminar der Universität Kiel · D-24098 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
- Innen- und Rechtsausschuss -  
Landeshaus  
Düsternbrooker Weg 70

24105 Kiel

**Hausanschrift:**

Leibnizstraße 6 · D-24118 Kiel



(0431) 880-3545

Telefax: (0431) 803471

e-mail: [esjot@web.de](mailto:esjot@web.de)



[www.uni-kiel.de/oefrecht/schmidt-jortzig](http://www.uni-kiel.de/oefrecht/schmidt-jortzig)

**Kiel, den 03.08.2020**

**per Mail**

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 19/4337

**Schriftliche Anhörung**

zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und ordnungsrechtlicher Vorschriften im  
Landesverwaltungsgesetz (LVwGPORÄndG)  
– Drucks. 19/2118 –

Die umfang- und detailreiche LVwG-Novelle enthält eine breite Palette neuer Regelungen. Schon aus Quantitätsgründen muss sich deshalb eine fachbezogene Stellungnahme auf bestimmte einzelne Regelungsbereiche beschränken. Außerdem ist die Zulassung bisher nicht vorgesehener Polizeimaßnahmen (ebenso wie die Nichtberücksichtigung viel diskutierter anderer) ja zunächst einmal eine politische Entscheidung, die der juristische Experte ohnehin nicht kommentieren sollte; nur wenn und soweit sie dann ins Gesetz aufgenommen werden, hat er darauf zu achten, dass dies verfassungskonform geschieht. Und schließlich wird ein Sachverständiger auch kaum zu allen Punkten die gleiche fachliche Expertise einbringen bzw. eigene Befassungsambitionen entwickeln.

Als Gesamtprojekt zeigt sich die Novelle jedenfalls gut durchgearbeitet, systematisch stimmig und auf der Höhe der Zeit.

I. Die Gewährleistung des **Datenschutzes** (auch) beim sicherheits- und ordnungsrechtlichen Handeln des Staates und deren Justierung auf dem Niveau, das sich dafür in übergreifender Gesetzgebung, in Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelt hat, ist nicht nur quantitativ ein Hauptanliegen des Gesetzentwurfs (Art. 1 Nrn. 6 bis 38). Auch qualitativ, d. h. materiell wurde hier viel Mühe investiert

a) Verfassungsrechtlicher Ansatz für die normative Bemessung ist hier bekanntlich das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, das sich aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG herleitet (für Schleswig-Holstein über Art. 2a LV SH). Freilich erweist es sich nur insoweit als geschützt, wie es „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“. Diese Schranken stehen dem Datenschutz indessen nicht absolut entgegen, sondern nur in ihrer jeweils ebenbürtigen Schwere und Bedeutung. Zur Bestimmung der konkreten Datenschutzvorgaben ist deshalb stets eine genaue Verhältnismäßigkeitsabwägung mit dem verfolgten Regelungszweck – hier also der Wahrung öffentlicher Sicherheit – und den dafür vorgesehenen einzelnen Mitteln vonnöten, wobei die öffentliche Sicherheit (bzw. ihre Gewährleistung durch den Staat) generell einen durchaus gleich hohen Verfassungsrang wie der grundrechtliche Datenschutz beanspruchen kann.

Sollen Daten einer Person mittels Überwachung ihres Post- und Telekommunikationsverkehrs gewonnen werden, muss das (außerdem) mit der Freiheit des „Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses“ vereinbar sein. Allerdings steht dieses Grundrecht nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG unter Gesetzesvorbehalt, und danach vorgesehene Eingriffe müssen immer eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchlaufen. Ähnliches gilt dann auch bei allen weiteren Grundrechten, die im Zusammenhang mit sicherheitsrechtlichen Maßnahmen eine Beeinträchtigung erfahren können, sei es dass sie ohnehin wieder unter (meist qualifiziertem) Gesetzesvorbehalt stehen, sei es dass sie auf einen „anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswert“ treffen (hier also wieder die vom Staat zu garantierende öffentliche Sicherheit) und sich mit ihm nun in praktischer Konkordanz vereinbaren müssen. Immer ist für Einschränkungen eine – u. zw. sorgfältige – Verhältnismäßigkeitsprüfung nötig.

b) Die ersten beiden Stufen der Prüfungstrias für Verhältnismäßigkeit, nämlich die „*Geeignetheit*“ und die „*Erforderlichkeit*“ der für die Sicherheitsgewährung zur Verfügung gestellten (neuen) Instrumente, bereiten kein Problem. Erst auf der dritten Stufe, der „*Angemessenheit*“ (oder ‚Proportionalität‘) der Grundrechtsbeschränkung, wird es schwieriger, zumal hier eben die umfangreiche Verfassungsrechtsprechung verlangt, dass alle Phasen der Dateninanspruchnahme – von der Erhebung über die Speicherung, Veränderung, Nutzung, Übermittlung und Abgleichung bis zur Löschung – einzeln, detailliert und nach Eingriffsschwere aufgefächert abgewogen werden.

Soweit sich erkennen lässt, fällt diese Austarierung in dem Gesetzentwurf – vorbehaltlich genauerer Einzelprüfung – durchweg verfassungsgemäß aus (u. zw. auch etwa bei der jetzt selektiv [wieder] ermöglichten sog. „Schleierfahndung“ nach § 181 Abs. 5 LVwG-E). Freilich kann man über spezielle Justierungen immer streiten. Sie beruhen ja auf Wertungen, aber solche sind nun einmal subjektiv, und im Ernstfall nimmt dann ohnehin oft erst ein Verfassungsgericht die verbindliche Beurteilung vor. Über die Hälfte der im Gesetzentwurf vorgesehenen Veränderungen und Ergänzungen wird jedenfalls auf diese Abwägung verwendet.

c) Damit könnte eine diesbezügliche Beurteilung eigentlich ihr Bewenden haben. Gleichwohl aber sei noch eine Hoffnung angeschlossen. Denn die maßgeblichen prozeduralen Einzelheiten in dem schon bisher hoch dimensionierten Unterabschnitt 2 II im Zweiten Teil, Abschn. III des LVwG („Personenbezogene Daten“) nehmen nun eben noch weiter zu und verlangen also für den vorschriftengerechten Vollzug noch mehr Aufmerksamkeit. Dieser Umstand muss künftig als Abwägungsfaktor in der Verhältnismäßigkeitsprüfung einfach stärkere Beachtung finden. Denn natürlich erschwert der zunehmende Befassungs- und Bürokratieaufwand unweigerlich die praktische Polizeiarbeit. Die Handlungseffektivität der Sicherheitskräfte wird dadurch beeinträchtigt, und die reale Erfüllung des staatlichen Sicherheitsauftrags gerät in Gefahr. Das müsste am Ende selbst praxisfernen Verfassungsrichtern eigentlich einleuchten.

**II.** Einen unbestreitbaren, aber auch notwendigen Fortschritt bringt die LVwG-Novelle dadurch, dass bei den „**besonderen Mitteln der Datenerhebung**“ neben dem (kleinen und großen) Lauschangriff jetzt auch so sensible und kontrovers diskutierte Möglichkeiten

aufgeführt und geregelt werden wie die sog. 'Vertrauensperson' oder der Verdeckte Ermittler: § 185 LVwG-E. Und Gleiches gilt für das erst seit kurzem einsatzfähige Instrument der „körpernah getragenen Aufnahmegeräte“ ('Bodycams'): § 184 a LVwG-E.

Neben dem Datenschutzgrundrecht sind hier nun auf Betroffenenseite eben noch weitere Grundrechte in die Abwägung einzubeziehen, nämlich – wieder in Verbindung mit Art. 2a LV SH – Art. 13 GG (Freiraum der Wohnung), 2 Abs. 2 Satz 1 GG (körperliche Unversehrtheit) und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (Sicherheitsvertrauen, freies Entschließungsvermögen). Auch insoweit trägt der Gesetzentwurf aber den Verhältnismäßigkeitsanforderungen vollauf Rechnung. Insbesondere wurden bis hin zum Richtervorbehalt (§ 186 LVwG-E) penibel all die ausdifferenzierten Vorgaben aus der Verfassungsrechtsprechung eingearbeitet.

**III.** Zufriedenstellen kann m. E. auch, dass einige rechts- bzw. sicherheitspolitisch umstrittene Polizeimaßnahmen nun ausdrücklich aufgeführt werden und eine spezielle Ermächtigungsgrundlage erhalten. Dazu gehören die „**elektronische Fußfessel**“ (Elektronische Aufenthaltsüberwachung [EAÜ]: § 201b LVwG-E) sowie der 'Taser' („Distanz-Elektroimpulsgerät“: § 251 Abs. 4 und § 256 Abs. 2 LVwG-E). Sie müssten sonst eben auf Grundlage der polizeirechtlichen Generalklausel u. U. angewendet werden.

Dabei ist für die „elektronische Fußfessel“ vor allem die Anpassung an das parallele Fachrecht zu begrüßen, nämlich einerseits das Straf- und Strafprozessrecht (§ 68b StGB, § 463a StPO), andererseits das Bundespolizeirecht (§ 56 BKAG). Der neue § 201b LVwG-E übernimmt insoweit passgenau die dortigen Zulässigkeitsvoraussetzungen in das Landespolizeirecht, sucht zugleich aber auch die Schwächen zu vermeiden, die sich bei der kriminalrechtlichen Anwendung elektronischer Personenfixierung ergeben haben.

Und für die Autorisierung der 'Taser' sorgt einfach die Einordnung als Waffe und damit das Erfordernis der dafür geltenden besonderen Verhältnismäßigkeitsregeln für Rechtsklarheit. Allerdings stellt sich die Frage, ob diese Spezifizierungen nicht doch im Gesetz selber statt nur in den durch § 260 LVwG ermächtigten Verwaltungsvorschriften vorgenommen werden müssten. Immerhin gilt für grundrechtsrelevante Regelungen gängigerweise ein Gesetzesvorbehalt („Wesentlichkeitstheorie“).

IV. Für den Unterabschnitt 5 „Ausübung unmittelbaren Zwangs“ (Zweiter Teil, Abschnitt IV des LVwG) sind die politisch mitunter heftig diskutierten Instrumente – Präzisierung eines zulässigen Sprengmitteleinsatzes (§ 256a LVwG-E) oder Ausdifferenzierung der Fesselungsbedingungen (§ 255 LVwG-E) – juristisch eigentlich eher unproblematisch. Schwerwiegende Verfassungsfragen ergeben sich hingegen bei der Regelung des sog. **„finalen Rettungsschusses“** (‘gezielter Todesschuss’): § 257 Abs. 3 Satz 2, § 258 Abs. 1 LVwG-E.

Als rechtlicher Ausgangsbefund ist hier zwingend, dass eine Exekutivhandlung, welche zu (gravierenden) Grundrechtseingriffen führt, eine spezielle, genaue Ermächtigungsgrundlage benötigt. Der Verweis in § 250 Abs. 2 LVwG auf die strafrechtlichen Notwehr- und Notstandsrechte (§§ 32, 34 StGB) genügt dafür jedenfalls nicht. Die dortigen Rechtfertigungsmöglichkeiten betreffen nur die persönliche Handlungsverantwortung des Beamten, nicht das Vorgehen der Verwaltung. (Dies will jetzt der neue Satz 3 in § 258 Abs. 1 LVwG begrüßenswerterweise auch „klar stellen“. Die mitgegebene Begründung weist allerdings in die falsche Richtung, und die eben rein strafrechtliche Aussage wäre eigentlich – selbst wenn nur „deklaratorisch“ – mangels Landes-Gesetzgebungskompetenz nichtig).

a) Das somit angelegte Dilemma ist jedoch unausweichlich. Denn „ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird“, ja, im Extremfall auch tödlich wirken *soll*, bedeutet einen Eingriff in das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs.2 Satz 1 GG. Dieses steht zwar gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter Einschränkungsvorbehalt und deshalb zitiert es ja Art. 2 des Gesetzentwurfs auch ausdrücklich (gleichermaßen schon § 261 LVwG). Zugleich aber legt eben Art. 19 Abs. 2 GG fest, dass ein Grundrecht bei entsprechenden Eingriffen „in keinem Fall in seinem Wesensgehalt angetastet werden“ darf. Und dies lässt sich nun beim Grundrecht auf Leben einfach nicht zusammenbringen. Denn „Wesensgehalt“ oder Kernsubstrat des Lebensgrundrechts ist schlicht das Leben. Eingeschränkt werden kann es nur ganz oder gar nicht; nur ‘ein bisschen Leben’ nehmen, ohne dass es erlischt, geht nicht. Jeder Eingriff in das Lebensgrundrecht zerstört also seinen „Wesensgehalt“. Das Dilemma ist letztlich unauflöslich. Eine echte Aporie.

Hinzu kommt noch ein eher staats-theoretisches, verfassungssystematisches Problem: Darf denn ein Staat, für den die Menschenwürde das unauflösbare, oberste Schutzgut ist und für

welche eben das Leben die unverzichtbare 'physische Grundlage' darstellt, überhaupt dazu ermächtigen, einen Menschen zu töten? Konsequenterweise verbietet deshalb ja auch Art. 102 GG die Todesstrafe. Und kann zur Rettung des einen Menschenlebens (das des Opfers, der Geisel, des Unbeteiligten) erlaubt werden, ein anderes (das des Täters oder Gefährders) zu vernichten, wo doch wegen der Unantastbarkeit menschlicher Würde ein Abwägen von Menschenleben gegen Menschenleben verwehrt ist?

b) Angesichts dieses Befundes ist eine (wie es sich der Gesetzentwurf vornimmt) „ausdrückliche und klarstellende Normierung der gezielten tödlichen Schussabgabe“ juristisch zufriedenstellend einfach nicht möglich. Sollte man es deshalb also letztlich doch bei einer Ermächtigung aus der polizeilichen Generalklausel belassen und für den dann trotz unscharfer Rechtslage getroffenen konkreten Handlungsentschluss auf den moralischen Antrieb des einzelnen Beamten setzen ('ethischer Ausweg')? So war es ja früher, bevor man für Grundrechtseingriffe bereichsspezifische Ermächtigungen verlangte, und auch das Bundesverfassungsgericht (Urteil zum Luftsicherheitsgesetz: BVerfGE 115, 118 [157]) deutet eben diesen Weg an.

Aber für die Unbezweifelbarkeit allemal rechtmäßigen Polizeihandelns wäre das gewiss unbefriedigend. Und auch der einzelne Beamte muss auf eine eindeutige Rechtsgrundlage der von ihm verlangten Handlung vertrauen können. Unklarheiten sind hier – bei einem so heiklen Einsatz – kaum zumutbar, selbst wenn dem Akteur dann die rechtfertigenden Notwehr- und Notstandsrechte des Strafrechts zur Seite stehen und der Dienstherr ihm volle forensische und persönliche Rückendeckung zusichert.

c) In dieser Situation kann deshalb ein pragmatischer (aber auch sicher nicht zufriedenstellender) Rat nur dahingehen, tatsächlich zwar den Versuch einer bereichsspezifischen Ermächtigung des finalen Rettungsschusses zu unternehmen, sich hierbei dann aber – so wie geschehen – auch genau an den länderübergreifenden Musterentwurf bzw. Standard zu halten und die verfassungsrechtliche Problematik damit also auf die Schultern der juristischen Gesamt-Community zu verlagern.

gez. Schmidt-Jortzig