

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften

Univ.-Prof. Dr. Christoph Brüning

- Vizepräsident des Schleswig-Holsteinischen Landesverfassungsgerichts -



Prof. Dr. Christoph Brüning · Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel · Olshausenstraße 75 · 24118 Kiel

An die Vorsitzende
des Innenausschusses
Frau MdL Barbara Ostmeier
Schleswig-Holsteinischer Landtag
- per E-Mail -

Adresse: Olshausenstr. 75, 24118 Kiel
Telefon: 0431 880-4540
Telefax: 0431 880-4582
Durchwahl: 0431 880-1505
E-Mail: lsbruening@law.uni-kiel.de
Homepage: www.brueuning.jura.uni-kiel.de

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/4490

Datum: 4. September 2020

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und ordnungsrechtlicher Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz (LVwGPORÄndG)

Gesetzentwurf der Landesregierung – Drucksache 19/2118

Sehr geehrte Damen und Herren,

anliegend erhalten Sie meine, unter Mitarbeit von wiss. Mit. Christof Rambow verfasste Stellungnahme zu dem o. g. Gesetzentwurf. Für die Gelegenheit zur Äußerung im Rahmen der parlamentarischen Beratung danke ich Ihnen. Ich würde mich freuen, wenn die aufgezeigten Argumente Eingang in Ihre Diskussion fänden.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Prof. Dr. Christoph Brüning

I. Zum Gesetzesentwurf im Allgemeinen

Schon *Lorenz von Stein* hat den bevormundenden Zwang zum individuellen Wohlsein im Sinne des alten Polizeistaats abgelehnt: „Die höhere Idee des Rechtsstaats und der ihr zum Grunde liegende Begriff der selbstbestimmten freien Persönlichkeit will vor allen Dingen den Zwang nicht, selbst wo er zum Wohlsein führt.“¹ Unverändert kommt dem Staat die maßgebliche Verantwortung dafür zu, bei der Anpassung der Staatszwecke und in deren Gefolge der Verwaltungsaufgaben das rechte Maß zu finden. Die Abgrenzung der Verantwortungssphären zwischen Staat und Bürger ist das Gebot der Stunde. Ein besonderer Anwendungsfall lässt sich derzeit im Spannungsverhältnis von Sicherheit vor terroristischen Anschlägen und bürgerlicher Freiheit vor staatlicher Auspähung beobachten.²

Diesen Konflikt zu entschärfen und weitgehend aufzulösen, ist Sache der Parlamente, in Bezug auf das Polizei- und Ordnungsrecht Aufgabe des Landtages. „In der Ordnung des Grundgesetzes trifft die grundlegenden Entscheidungen das vom Volk gewählte Parlament. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht daher aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“.³ „Anhand der Wesentlichkeit wird dabei nicht nur beurteilt, ob ein parlamentarisches Gesetz erforderlich ist, sondern zugleich die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes bestimmt. Mit zunehmender Wesentlichkeit der Entscheidung nimmt auch die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes zu. Damit erhält der Gesetzesvorbehalt nicht nur eine Zuordnung zum parlamentarischen Gesetzgeber, sondern zugleich ein Delegationsverbot.“⁴

II. Der Gesetzesvorbehalt im Polizei- und Ordnungsrecht

Der verfassungsrechtlich vorgesehene allgemeine Vorbehalt des Gesetzes verlangt, dass jeder polizeiliche Grundrechtseingriff auf eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage gestützt werden muss. Soweit keine vorrangigen speziellen Vorbehalte einschlägig sind, gilt insoweit, dass je intensiver der Grundrechtseingriff ist, desto detaillierter muss die parlamentsgesetzliche Regelung inhaltlich ausgestaltet sein.⁵ Der Gesetzgeber muss das Wesentliche selber im Gesetz regeln und kann es nicht

¹ *Lorenz von Stein*, Die Verwaltungslehre, Bd. II, 1. Aufl. 1866, S. 71.

² Dazu: *Wolfgang Hetzer*, Terrorabwehr im Rechtsstaat, ZRP 2005, 132 ff.

³ BVerfGE 49, 89 (126); 77, 170 (230 f.); 98, 218 (251); 136, 69 (114 Rn. 102).

⁴ Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, Loseblatt-Kommentar, Art. 20 VI. Rn. 106.

⁵ Vgl. bereits BVerfGE 8, 274 (325).

durch eine pauschale gesetzliche Ermächtigungsregelung auf die Exekutive delegieren.⁶ Dass dies im Polizei- und Ordnungsrecht sowohl für die handelnden Beamten als auch die betroffenen Bürger von enormer Bedeutung ist, dürfte auf der Hand liegen.

Bei der Normierung von Eingriffstatbeständen im Polizei- und Ordnungsrecht nimmt insofern der Begriff der Gefahr bzw. Störung des Schutzguts in Gestalt der öffentlichen Sicherheit eine Schlüsselfunktion ein. Dadurch wird für Polizei und Ordnungsbehörden die Eingriffsschwelle für ihr Handeln festgelegt und ihnen zugleich eine präventive Funktion zugeschrieben. Es handelt sich beim Gefahrenbegriff um eine gerichtlich voll überprüfbare Prognoseentscheidung. Dabei gilt es zu bedenken, dass ein umgekehrt proportionales Verhältnis zwischen der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und der Wertigkeit des gefährdeten Rechtsguts bzw. des drohenden Schadens angenommen wird. Insofern erlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits auf Tatbestandsebene eine erhebliche Bedeutung.

III. Blick auf einzelne Neuerungen

Erfreulicherweise verzichtet der vorliegende Gesetzentwurf auf Modifikationen des Begriffes der Gefahr, indem insbesondere keine Einführung der einigermaßen unscharfen „drohenden“ Gefahr erfolgt. Da deshalb „nur“ konkrete Eingriffsbefugnisse eingeführt, erweitert oder verändert werden sollen, werden ausgewählte Neuerungen im Folgenden aus dem Blickwinkel des Parlamentsvorbehalts genauer untersucht.

1. Zum Schusswaffengebrauch

In der Öffentlichkeit besonders diskutiert wird, ob es vertretbar ist, den Schusswaffengebrauch gegenüber Kindern zuzulassen. Gemäß § 257 Abs. 3 S. 2 LVwGE soll dies zulässig sein, wenn er „das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr“ ist. Die letztlich vom Parlament zu entscheidende Frage ist, ob die Gesellschaft einen solchen Schusswaffeneinsatz überhaupt legitimieren und ggf. den konkret handelnden Beamten einen gesetzlichen Rahmen verschaffen will. Dieselbe Problematik stellt sich im Hinblick auf den in § 258 Abs. 1 S. 2 bis 4 LVwGE normierten sog. finalen Rettungsschuss. Angesichts einer heute durchaus vorstellbaren derartigen Gefahrenlage ist es zu begrüßen, diese Maßnahmen auch rechtsstaatlich verfassen zu wollen.

Dogmatisch fügt sich § 257 Abs. 3 S. 2 LVwGE in die Regelungssystematik des vorhandenen Polizei- und Ordnungsrechts ein und dürfte dem Gesetzesvorbehalt genügen. Die Norm ist für sich klar und in zweierlei Hinsicht begrenzt: Entsprechend der

⁶ BVerfGE 49, 89 (126 f.); 57, 295 (327); 83, 130 (142); 101, 1 (34).

sehr hohen Eingriffsintensität vor allem im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Betroffenen muss es das einzige noch verbliebende Mittel sein. Zudem wird eine unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene Lebensgefahr vorausgesetzt. Zu klären ist insofern das Verständnis im Vergleich zu anderen Normen wie eben § 258 Abs. 1 S. 2 LVwGE oder auch § 259 Abs. 3 S. 2 LVwGE, wo von einer „gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben“ die Rede ist. Danach muss § 257 Abs. 3 S. 2 LVwGE dahin ausgelegt werden, dass nur die gegenwärtige Lebensgefahr den Tatbestand erfüllt. Eine Klarstellung wäre insoweit wünschenswert. Im Übrigen liegt in der Konsequenz der Neuregelung, dass ein finaler Rettungsschuss im Sinne des § 258 Abs. 1 S. 2 LVwGE auch gegenüber Kindern grundsätzlich zulässig ist und im Einzelfall verhältnismäßig sein kann.

2. Zum Taser-Einsatz

Öffentlich diskutiert wird ferner, ob es notwendig ist, den Beamten eine weitere Waffe, nämlich Distanz-Elektroimpulsgeräte, zur Verfügung zu stellen. Auch dies ist im Wesentlichen eine politische Entscheidung. Aus der hier eingenommenen Perspektive gibt es an der Regelung des § 251 Abs. 4 LVwGE dogmatisch nichts zu kritisieren. Zu bedenken ist allerdings, dass die verhältnismäßige Auswahl der einzusetzenden Waffe für die handelnden Beamten im konkreten Einzelfall schwieriger werden kann. So dürfte der Einsatz der Dienstpistole verstärkt der Frage ausgesetzt sein, ob nicht der Einsatz des Tasers ebenso erfolgsversprechend, damit das mildere Mittel und somit allein rechtmäßig gewesen wäre. Etwas unverständlich ist, warum diese Waffen den Beamten und Bediensteten der Justizverwaltung mit Sicherungs- und Vollzugsaufgaben vorenthalten werden (vgl. § 256 Abs. 2 LVwGE).

3. Zum Sprengmittelgebrauch

Der neue § 256a LVwGE enthält insbesondere Regeln dazu, unter welchen Voraussetzungen Sprengmittel trotz etwaiger Gefährdung von Personen angewendet werden dürfen. Die Norm fügt sich aufgrund der hohen Anforderungen in die übrigen Regelungen ein und dürfte dem Gesetzesvorbehalt daher gerecht werden. Eine unbeantwortet scheinende Frage ist, ob die Vorschrift den Sprengmittelgebrauch auch zulässt, wenn dadurch Minderjährige bzw. Kinder gefährdet werden können. Insbesondere im Hinblick auf § 257 Abs. 3 S. 2 LVwGE bietet sich hier eine klarstellende Regelung an.

4. Untersuchung Personen

Nach § 183b LVwGE dürfen zur Abwehr einer Gefahr für Leib und Leben Personen

körperlich untersucht werden. Blutproben und andere körperliche Eingriffe dürfen dazu auch ohne Einwilligung des Betroffenen von Ärzten vorgenommen werden, sofern kein gesundheitlicher Nachteil zu befürchten ist. Der Eingriff bedarf grundsätzlich der richterlichen Anordnung. An dieser Stelle bestehen mehrere Fragen an die Formulierung des Tatbestandes: Zum einen ist offen, für wen eine Gefahr für Leib oder Leben bestehen muss. Eher unproblematisch dürfte es sein, wenn die handelnden Beamten oder Dritte gefährdet werden. Angesichts der Formulierung kann aber auch der von der Maßnahme Betroffene selbst gemeint sein; hiervon geht auch die Gesetzesbegründung aus. Unter Umständen kann sich dann die Untersuchungsbefugnis in Richtung einer Zwangsbehandlung bewegen. Zum anderen fällt auf, dass trotz der hohen Eingriffsintensität jede Gefahr für Leib oder Leben ausreicht. Gedacht werden könnte daran, insoweit eine gesteigerte Gefahr im Sinne von „gegenwärtig“ oder „dringend“ zu verlangen.

5. Aufenthaltsgebot

Nach § 201 Abs. 3 LVwGE darf unter den Voraussetzungen des Absatz 2 ein Aufenthaltsgebot angeordnet werden. Bedenklich hieran ist, dass dadurch eine die Bewegungsfreiheit weitaus stärker beeinträchtigende Maßnahme an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wird wie ein Aufenthaltsverbot. Möglicherweise lässt sich das in der Praxis dadurch auffangen, dass an die erforderlichen Tatsachen bzw. die sich darauf gründende Annahme höhere Anforderungen zu stellen sind. Rechtlich abgemildert wird das Problem zwar durch den Richtervorbehalt für Aufenthaltsgebote; dieser greift aber erst ein, wenn deren Dauer 14 Tage überschreitet (vgl. § 201 Abs. 8 LVwGE). Man könnte deshalb überlegen, sowohl Aufenthaltsverbot als auch -gebot wie z.B. in Nordrhein-Westfalen, wo beide Maßnahmen zusammen als Aufenthaltsvorgabe gemeinsam geregelt sind (§ 34b Abs. 1 S. 1 PolG NRW), ab dem ersten Tag unter einen Richtervorbehalt zu stellen (vgl. § 34b Abs. 2 PolG NRW). Insbesondere im Hinblick auf die weitergehende Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch Aufenthaltsgebote erscheinen jedenfalls 14 Tage ohne richterliche Entscheidung sehr lang.

6. Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Neu eingeführt wird die Möglichkeit zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung insbesondere zur Verhütung terroristischer Straftaten (§ 201b LVwGE). Die Tatbestandsvoraussetzungen sind klar formuliert und die Eingriffsschwelle liegt im Hinblick auf die eingeschränkten Grundrechte entsprechend hoch. Zudem unterliegt die Maßnahme

dem Richtervorbehalt (vgl. § 201b Abs. 7 ff. LVwGE). Weiterhin wird weitgehend sichergestellt, dass innerhalb der Wohnung keine über den Umstand der Anwesenheit hinausgehende Aufenthaltsdaten erhoben werden bzw. unverzüglich zu löschen sind (§ 201b Abs. 3 LVwGE). Es erscheint sinnvoll, dies ausdrücklich auf eine etwaige Datenerhebung im Kernbereich privater Lebensführung zu erstrecken (vgl. z.B. § 34c Abs. 3 S. 4 PolG NRW). Die Weiterverarbeitung der erhobenen Daten ist nur für die in § 201b Abs. 5 LVwGE ausdrücklich benannten Zwecke zulässig.

Begrüßenswert ist, dass an dieser Stelle auf einen irgendwie gearteten Auffangtatbestand verzichtet wurde (vgl. etwa § 34c Abs. 3 S. 7 Nr. 1 PolG NRW: „Verhütung und Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung“), da dies im Hinblick auf den starken Eingriffscharakter der Maßnahme insgesamt Probleme hinsichtlich der Bestimmtheit aufwerfen kann. Überlegenswert erscheint, den Straftatenkatalog auf Tatbestandsebene auf weitere schwere Straftaten etwa aus dem Bereich der Sexualdelikte zu erweitern (so z.B. § 34c Abs. 2 PolG NRW).

Folgerichtig wird § 204 Abs. 1 LVwG um einen Gewahrsamsgrund ergänzt. Nach § 204 Abs. 1 Nr. 6 LVwGE kann eine Person künftig in Gewahrsam genommen werden, wenn sie sich der gerichtlichen Anordnung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung widersetzt. Die Regelung fügt sich ohne Weiteres in den bestehenden Katalog und damit die Regelungstechnik ein. Insbesondere im Hinblick auf die zu verhütenden schweren Straftaten bestehen vor dem Gesetzesvorbehalt keine Bedenken.