

Fachbereich Polizei

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/4759



Hessische Hochschule
für Polizei und Verwaltung
University of Applied Sciences



Hessische Hochschule für Polizei und Verwaltung
Frankfurter Str. 365 • 34134 Kassel

Innen- und Rechtsausschuss
des Schleswig-Holsteinischen Landtages
Frau Vorsitzende
Barbara Ostmeier
Düsternbrooker Weg 70

24105 Kiel

Per Mail: innenausschuss@landtag.ltsh.de

Prof. Dr. jur. Mattias G. Fischer

Professur für Polizei- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Dienstrecht und Eingriffsrecht

Frankfurter Straße 365
34134 Kassel

Tel.: +49 561 4806-523
Fax: +49 561 4806-509

mattias.fischer@hfpv-hessen.de
www.hfpv.de

Kassel, 31.10.2020

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung polizei- und ordnungsrechtlicher Vorschriften im Landesverwaltungsgesetz (LVWG-PORÄndG) – Drucksache 19/2118

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

haben Sie vielen Dank für die Gelegenheit zu einer Stellungnahme. Angesichts des Umfangs des Gesetzentwurfs kann nur auf ausgewählte Neuregelungen eingegangen werden. Thematisiert werden insbesondere rechtspolitisch umstrittene Neuerungen.

I. Vorbemerkung/Kurzbewertung

Zusammenfassend kann man den vorliegenden Gesetzentwurf (im Folgenden: GE) als moderat und ausgewogen bezeichnen. Jenseits der ohnehin zwingenden Anpassungen an neue Gesetzeslagen – insbesondere im Datenschutzrecht – oder an jüngste Urteile des Bundesverfassungsgerichts ist das erkennbare Bemühen hervorzuheben, sicherheitspolitischen Forderungen nicht einfach durch den reflexhaften Ausbau polizei- und ordnungsbehördlicher Befugnisse nachzukommen. Dies wird insbesondere auch daran deutlich, dass es bei zahlreichen Neuregelungen um ein Mehr an Handlungssicherheit für die Sicherheitsbehörden und damit zugleich um ein Mehr an Rechtssicherheit für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger

gehen soll. Beispielhaft seien insoweit die geplanten Bestimmungen zur Notrufaufzeichnung (§ 179 Abs. 5 GE), zu den Zuverlässigkeitsüberprüfungen (§ 181a GE), zur Meldeaufgabe (§ 201 Abs. 6 GE) oder zum so genannten finalen Rettungsschuss (§ 258 Abs. 1 Satz 2 GE) genannt. Bei diesen Bestimmungen geht es gerade nicht darum, völlig neue Eingriffsbefugnisse zu schaffen, sondern bereits bestehende Befugnisse noch rechtssicherer auszugestalten. Wo tatsächlich neue Eingriffsmöglichkeiten geschaffen werden – beispielhaft sei die Befugnis zum Einsatz von verdeckten Ermittlern genannt (§ 185 Abs. 1 Nr. 4 GE), sind die identifizierten Schutzlücken und die daraus resultierenden Anpassungsbedarfe regelmäßig gut nachvollziehbar.

II. Bewertungsperspektive und Bewertungsmaßstäbe

Die Stellungnahme erfolgt primär aus der verfassungsrechtlichen Perspektive. Im Staat des Grundgesetzes (GG) müssen sich alle staatlichen Handlungsbefugnisse an der Verfassung, insbesondere den Grundrechten messen lassen. Polizeirechtliche Maßnahmen gelten geradezu als Inbegriff von Grundrechtseingriffen und damit von Freiheitsbeschränkungen. Allerdings wäre es ein großes Missverständnis, insoweit per se von einem „Angriff auf die Freiheit“ zu sprechen. Sicherheitsbehördlichem Handeln kommt – ganz im Gegenteil – im Staat des Grundgesetzes vielmehr die Aufgabe zu, Freiheit zu schützen. Das scheinbar paradoxe Verständnis einer *Freiheitsbeschränkung* als *Freiheitssicherung* lässt sich anhand des „Basisfreiheitsrechts“ des GG, dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, verdeutlichen: Nach allgemeinem Verständnis gibt Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. Ausnahmslos *jedes* menschliche Verhalten ist damit grundrechtstatbestandlich geschützt¹. Wer tun und lassen darf, was er will, derjenige dürfte in der Konsequenz auch töten, stehlen oder hehlen².

Unbegrenzte Freiheit führt zur Freiheit (nur) der Stärkeren und impliziert damit letztlich Unfreiheit. Deshalb sind Freiheitsbeschränkungen zur Freiheitssicherung notwendig³, deshalb erfordert die Sicherung der Freiheit eine öffentliche Gewalt. Angesichts der „in der Individualfreiheit gelegenen Bedrohung für die Freiheit anderer“ kann „die grundrechtlich bewirkte Ausgrenzung des Staates (...) keine absolute sein“⁴. Der Staat muss „vielmehr auch im Grundrechtsbereich mit seinen Machtmitteln tätig werden dürfen, wenn es zum Zweck des Freiheitsschutzes erforderlich“ ist⁵.

¹ Ständige Rspr. seit BVerfGE 6, 32/36 f.

² „So ist selbst der Mord durch Art. 2 Abs. 1 GG tatbestandlich erfasste Freiheitsbetätigung“ (Michael Sachs, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 2003, S. 182, Rn. 14).

³ Dazu aus sozialphilosophischer Sicht instruktiv Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, Bern 1957, S. 156 ff.

⁴ Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hg.), Staatsaufgaben, Frankfurt/Main 1996, S. 613/619.

⁵ Ebd.

Staatliche Freiheitssicherung kann also als notwendiger Reflex auf eine prima facie unbegrenzte Individualfreiheit verstanden werden. Verfassungstextlich spiegeln zunächst die so genannten Grundrechtsschranken diesen Befund wider – sie ermöglichen staatliches, also auch polizeiliches Intervenieren zur Freiheitssicherung. So findet etwa das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG seine ausdrücklichen Schranken in den Rechten anderer und in der verfassungsmäßigen Ordnung. Damit wird zugleich deutlich, dass Grundrechtseingriffe keinesfalls mit Grundrechtsverletzungen gleichgesetzt werden dürfen.

In ständiger Rechtsprechung betont das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus, dass der Sicherheitsgesetzgeber polizeiliche Eingriffsbefugnisse nicht nur schaffen *darf*, sondern freiheitsschützend handeln *muss*. Gefahrenabwehr ist als solche nicht etwa grundrechtsfeindlich, sondern nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch ein grundrechtliches Gebot. Der Staat, so führt das Gericht etwa in seinem Urteil zum BKA-Gesetz aus, sei grundrechtlich insbesondere dazu verpflichtet, „das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die Freiheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“⁶. Diese an den Staat und damit auch an den (Landes-)Gesetzgeber adressierte Schutzpflicht⁷ ziele letztlich darauf ab, „die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen“ – so heißt es in einer anderen Entscheidung⁸.

Entgegen einer im politischen Raum verbreiteten Auffassung ist die Schaffung wirksamer und effektiver polizeirechtlicher Befugnisnormen also keine bloße Frage gesetzgeberischer Opportunität, sondern Verfassungsauftrag. Die vielen sicherheitspolitischen Debatten zugrundeliegende Annahme, ein Mehr an polizeilichen Befugnissen impliziere von vornherein ein Weniger an (Grund-)Rechtsschutz, ist also unzutreffend.

Die Grundrechtsschranken und die grundrechtliche Schutzpflicht bedeuten allerdings nicht, dass Grundrechtseingriffe beliebig zulässig sind – auch nicht zum Schutz der Bürgerinnen und Bürger, der anderenfalls kein *Freiheitsschutz* mehr wäre. Polizeistaatlichkeit im Sinne eines Hobbes'schen „Der (Sicherheits-)Zweck heiligt die Mittel“⁹ steht im fundamentalen Widerspruch zum Grundgesetz. Wiederum mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Das Grundgesetz unterwirft auch die Verfolgung des Zieles, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu denen insbesondere das

⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 100. Diese Schutzpflicht verortet das Gericht verfassungstextlich „sowohl in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 als auch in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG“ (BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 220).

⁷ Grundlegend: BVerfGE 39, 1/42; 46, 160/164 f.; 88, 203/251 ff.

⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

⁹ „Das Recht auf den Zweck (...) gibt auch das Recht auf die Mittel, und wenn einem einzelnen Menschen oder einer Gesellschaft die höchste Gewalt übertragen ist, so hat man ihm oder ihr zugleich die freie Beurteilung der Mittel zum Frieden und Schutz überlassen“ (Thomas Hobbes, Leviathan, 18. Kapitel, zitiert nach der Übersetzung von Jacob Peter Mayer, Stuttgart 1995, S. 160).

Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zählt.“¹⁰ An anderer Stelle spricht das Bundesverfassungsgericht treffend von der „rechtsstaatlichen Asymmetrie, nach der Bürgerinnen und Bürger prinzipiell frei sind, der Staat ihnen gegenüber bei Eingriffen in ihre Freiheit jedoch gebunden und damit rechenschaftspflichtig ist“¹¹.

Die verfassungsrechtliche Einhegung der staatlichen Schutzverpflichtung hat zunächst zur Folge, dass für jeden Grundrechtseingriff eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (Parlamentsvorbehalt). Das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 in Verb. mit Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) verpflichten den parlamentarischen (Landes-)Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen und nicht etwa der Exekutive zu überlassen.¹² Aber auch der (Landes-)Gesetzgeber ist in seiner Regelungsmacht begrenzt. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG uneingeschränkt an die Grundrechte gebunden, ist es ihm verwehrt, grundrechtlich garantierte Freiheiten nach Belieben zu verkürzen. Polizeiliche Befugnisnormen müssen als grundrechtseinschränkende Gesetze in jeder Hinsicht formell und materiell verfassungsgemäß sein.

Für den Gesetzgeber bedeutet dies: Zunächst sind die zwischen Bund und Ländern aufgeteilten Gesetzgebungskompetenzen zu beachten. Sodann ist das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten folgende und in einer engen Beziehung zum Parlamentsvorbehalt stehende Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit von herausragender Bedeutung. Dessen nähere Konturen das Bundesverfassungsgericht insbesondere anhand von Befugnisnormen zur Datenerhebung und -verarbeitung herausgearbeitet: Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.¹³ Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Befugnisnorm richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs;¹⁴ je intensiver sich ein Grundrechtseingriff darstellt, desto detailliertere gesetzliche Regelungen sind grundsätzlich erforderlich. Schließlich ist der ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abgeleitete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von besonderer Bedeutung.¹⁵ Aus der Perspektive des Verfassungsrechts stehen die staatlichen

¹⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 128.

¹¹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, Rn. 37.

¹² Vgl. etwa BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 67 m.w.N.

¹³ Vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 93 f.

¹⁴ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 95.

¹⁵ Die Bindung auch des Gesetzgebers an das Verhältnismäßigkeitsprinzip betont das Bundesverfassungsgericht erstmals im „Apothekenurteil“ (BVerfGE 7, 377/409 ff.); aus der neueren Rechtsprechung des Gerichts vgl. nur das Urteil zum BKA-Gesetz (Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 90 ff.).

Gewalten und zuvörderst der Gesetzgeber letztlich vor der anspruchsvollen Aufgabe, größtmögliche Sicherheit in größtmöglicher Freiheit zu gewährleisten.

Damit sind die zentralen verfassungsrechtlichen Maßstäbe skizziert, an denen der vorliegende Gesetzentwurf zu messen ist.

III. Stellungnahme zu ausgewählten Einzelfragen

1. Überarbeitung der Aufgabennormen (§§ 162, 163 LVwG)

Alle Polizeigesetze unterscheiden kategorial zwischen Aufgabennormen und Befugnisnormen – so auch das Landesverwaltungsgesetz (LVwG), indem es in seinem polizeirechtlichen Teil (Abschnitt III) zwischen „Aufgaben und Zuständigkeit“ (Unterabschnitt 1, §§ 162 ff.) und „Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit“ (Unterabschnitt 2, §§ 173 ff.) differenziert.

Die Aufgabennormen beschreiben dabei den äußeren Rahmen des zulässigen polizeilichen bzw. ordnungsbehördlichen Handelns: Ausnahmslos jede behördliche Tätigkeit – ob grundrechtsrelevant oder nicht – muss von einer Aufgabennorm gedeckt sein.¹⁶ Kann die Polizei oder Ordnungsbehörde ihr Handeln auf eine Aufgabennorm stützen, so ist darüber hinaus zudem eine einschlägige Befugnisnorm erforderlich, sobald ein Grundrechtseingriff vorliegt. Festzuhalten bleibt allerdings: Ist keine Aufgabennorm einschlägig, so ist das behördliche Handeln von vornherein rechtswidrig; auf die Frage des Grundrechtseingriffs kommt es in diesem Fall nicht an.¹⁷

Für den Gesetzgeber bedeutet dies insbesondere, dass er bei der Einführung neuer Befugnisnormen stets zu beachten hat, ob die neuen Befugnisse von den bestehenden Aufgabennormen noch gedeckt sind. Ist das nicht der Fall und unterbleibt ein entsprechender Abgleich, entstehen problematische innergesetzliche Widersprüche. Das LVwG weist derartige Widersprüche bereits heute auf. Insbesondere mit der Polizeirechtsnovelle vom 13.04.2007 (GVOBl. Schl.-H. S. 234) wurden zahlreiche neue Befugnisse eingeführt, während die in diesem Zusammenhang notwendigen Anpassungen der Aufgabennormen unterblieben.

Das LVwG sieht gem. §§ 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 als einzige ausdrücklich genannte Aufgabe der Polizei und der Ordnungsbehörden die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit vor

¹⁶ Vgl. nur Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 2 Rn. 51 (einschlägige Aufgabennorm ist „stets erforderlich“); Mühl/Fischer, in: Möstl/Bäuerle (Hg.), Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, 2020, § 1 Rn. 1.

¹⁷ Mühl/Fischer, in: Möstl/Bäuerle (Hg.), Polizei- und Ordnungsrecht Hessen, 2020, § 1 Rn. 2.

(„Gefahrenabwehr“). Unter einer Gefahr im polizeirechtlichen Sinn wird die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts verstanden (vgl. nur die Legaldefinition in § 2 Nr. 1 Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz [NPOG]). Einzelne *Befugnisnormen* des LVwG sehen sicherheitsbehördliches Handeln aber ausdrücklich bereits *im Vorfeld* von Gefahren vor – also zu einem Zeitpunkt, in dem ein Schadenseintritt gerade (noch) nicht hinreichend wahrscheinlich ist. Beispielhaft sei insoweit auf § 180 Abs. 3 LVwG (polizeiliche Anhalte- und Sichtkontrollen); § 181 Abs. 1 Satz 2 LVwG (Identitätsfeststellung an besonderen Orten), § 201 Abs. 2 Satz 1 LVwG (Aufenthaltsverbot), § 184 Abs. 3 Satz 1 LVwG (Ton- und Bildaufzeichnungen zur Eigensicherung von Polizeivollzugsbeamtinnen und-beamten) oder § 183 Abs. 1 Satz 3 LVwG (Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen) verwiesen.

Diese Befugnisse, die der Gefahrenprävention, insbesondere der Verhütung von Straftaten dienen, können *nicht* ohne weiteres der Aufgabe der Gefahrenabwehr gem. § 162 Abs. 1 LVwG zugerechnet werden, wenn der Gefahrenbegriff nicht völlig konturenlos werden soll.¹⁸ Deshalb weisen die anderen Landespolizeigesetze im Unterschied zum LVwG neben der Gefahrenabwehr auch die Gefahrenprävention als eine (weitere) Aufgabe der Sicherheitsbehörden aus – wenn auch teilweise unter der nicht ganz unproblematischen, aber gut vertretbaren Begrifflichkeit der „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ (vgl. nur § 1 Abs. 4 Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung [HSOG]); ähnlich § 1 Abs. 1 Satz 2 u. 3 NPOG). Darüber hinaus wird teilweise auch die Kriminalprävention als eine weitere Aufgabe erwähnt (so zB. § 1 Abs. 9 Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz).

Angesichts der beschriebenen fehlenden Kongruenz zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen im schleswig-holsteinischen Polizeirecht war es nur zu begrüßen, dass der GE in seiner dem Landtag zur Unterrichtung vorgelegten Fassung vom 5. November 2019 (Unterrichtung 19/189 der Landesregierung) überzeugende Ergänzungen der Aufgabennormen (§§ 162 f. LVwG) vorsah. Umso weniger ist es nachvollziehbar, dass diese Ergänzungen in der aktuellen Fassung des GE nicht mehr enthalten sind.

Zur Auflösung der innergesetzlichen Widersprüche wird daher empfohlen, die ursprünglich vorgesehenen Ergänzungen der Aufgabennormen wieder in den GE aufzunehmen.

¹⁸ Zur begrifflichen Problematik des Gefahrenbegriffs bereits Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, in: ders./Klaus Lüderssen, *Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat*, 1978, S. 102 (104 ff.).

2. Zuverlässigkeitsüberprüfungen zum Schutz von Veranstaltungen und staatlichen Einrichtungen (§ 181a GE)

Die folgenden Ausführungen beziehen sich angesichts der Bedeutung des Themas ausschließlich auf die geplante Zuverlässigkeitsüberprüfung von Personen, die Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, insbesondere als Bedienstete in der Landespolizei, der Justiz sowie der Landesregierung oder des Landtags anstreben (§ 181a Abs. 2 Nr. 1 GE).

Das Bedürfnis, Bewerberinnen und Bewerber, die insbesondere eine Tätigkeit bei der Polizei und in der Justiz anstreben, einer Zuverlässigkeitsüberprüfung zu unterziehen, ist ohne weiteres nachvollziehbar. Der unlängst veröffentlichte Verfassungsschutzbericht des Bundes zeigt es deutlich: Immer mehr Extremisten leben unter uns. Die Gefahr droht von rechts, von links und geht nach wie vor auch vom Islamismus aus. Mit über 32.000 Personen hat die Zahl der Rechtsextremisten einen neuen Höchststand erreicht; Zuwächse gibt es aber auch bei Linksextremisten (über 33.000) und Islamisten (über 28.000). Allein aufgrund dieser Entwicklung steigt die Wahrscheinlichkeit, dass sich Extremisten auch für eine Tätigkeit im Öffentlichen Dienst bewerben. Insbesondere die gegenwärtig so deutliche Zunahme von Rechtsextremisten erhöht diese Gefahr. Bedeutsam ist insoweit auch die besondere Affinität von Rechtsextremisten zum Staat und seinen Einrichtungen. Tatsächlich konnte in der jüngsten Vergangenheit in einigen Bundesländern eine signifikante Anzahl von Polizeianwärterinnen und -anwärtern mit rechtsextremistischen Verhaltensweisen identifiziert werden. In Bayern wurde im Jahr 2016 – zunächst unerkannt – ein Neonazi als Richter eingestellt.

Jeder einzelne dieser Fälle untergräbt das so wichtige Vertrauen in einen Öffentlichen Dienst, der uneingeschränkt und ausnahmslos auf dem Boden des Grundgesetzes stehen muss. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, bereits die Einstellung von extremistischen Bewerberinnen und Bewerbern zu verhindern. Nur so kann von Anfang an jede Infiltrierung wirksam verhindert werden. Hinzu kommt: Je länger ein Beschäftigungsverhältnis dauert, desto schwieriger wird – aus guten Gründen – die Entfernung aus dem Dienst.

Auch bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung, wie sie der GE vorsieht, soll es nicht zuletzt um die Sicherstellung eines jederzeitigen Eintretens für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes gehen, wie insbesondere § 181a Abs. 3 Satz 5 GE zeigt. Eine solche Überprüfung ist allerdings – für Beamtinnen und Beamte – unter dem tradierten Begriff der „Verfassungstreuepflicht“ bereits grundgesetzlich und beamtenrechtlich durch bundesrechtliche Normen vorgegeben:

Die Pflicht zur Verfassungstreue wird zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG gezählt.¹⁹ Demnach sind *alle* Beamtinnen und Beamte schon von Verfassungs wegen dazu verpflichtet, sich mit der „freiheitlichen demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Ordnung“ des Grundgesetzes zu identifizieren.²⁰ Insbesondere soll es dabei um die „innere Bereitschaft“ der Beamtinnen und Beamten gehen, die „dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten“.²¹ Von den Beamtinnen und Beamten wird nicht nur ein Bekenntnis zu dieser Ordnung, sondern auch ein aktives Eintreten für diese verlangt.²² Die Verfassungstreue stellt eine Voraussetzung dar, die bereits bei der Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllt sein muss: „Es ist eine von der Verfassung (Art. 33 Abs. 5 GG) geforderte (...) *rechtliche Voraussetzung für den Eintritt in das Beamtenverhältnis*, dass der Bewerber die Gewähr bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Ordnung einzutreten.“²³ Dabei kann die Verfassungstreue dem Zugangskriterium der „Eignung“ im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG zugeordnet werden.²⁴

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben finden im Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) – in diesem Bundesgesetz werden, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG, die beamtenrechtlichen Grundstrukturen für alle Landesbeamten einheitlich geregelt – ihre einfachgesetzliche Konkretisierung: So zählt es nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG zu den Grundpflichten der Beamtinnen und Beamten, dass diese „sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten“.²⁵ Und § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG bestimmt, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer „die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten“.²⁶

Daraus, dass die Verfassungstreue verfassungs- und beamtenrechtlich als Einstellungsvoraussetzung anzusehen ist, folgt zwingend, dass die entsprechende Eignung der Bewerberinnen und Bewerber bereits heute im Verlauf des Auswahlverfahrens überprüft werden muss.²⁷

Problematisch, umstritten und – im bundesweiten Vergleich – uneinheitlich waren in der Vergangenheit allerdings das *Überprüfungsverfahren* und die *Überprüfungspraxis*, wie

¹⁹ BVerfGE 39, 334/346.

²⁰ BVerfGE 39, 334/347 f.

²¹ BVerfGE 92, 140/151.

²² BVerfGE 39, 334/348.

²³ BVerfGE 39, 334, Leitsatz 4. – Hervorhebung nur hier.

²⁴ BVerfGE 39, 334/351 f.; 92, 140/151.

²⁵ Gem. § 71 Deutsches Richtergesetz (DRiG) gilt diese Bestimmung auch für die Richter im Landesdienst.

²⁶ Diese Einstellungsvoraussetzung ist in Bezug auf den Richterdienst nahezu gleichlautend auch in § 9 Nr. 2 DRiG normiert.

²⁷ Dazu im Einzelnen bereits BVerfGE 39, 334/352 ff.

insbesondere die Diskussion über die als „Extremistenbeschluss“ oder „Radikalenerlass“ bezeichnete Gemeinsame Erklärung des Bundeskanzlers (Willy Brandt) und der Ministerpräsidenten der Länder zum Erfordernis der Verfassungstreue vom 28. Januar 1972²⁸ und die dieser Vereinbarung folgende Entwicklung zeigen. Diese Schwierigkeiten hingen – und hängen nach wie vor – mit zwei Problemen zusammen: (1) welche Anforderungen sind an die Verfassungstreue konkret zu stellen bzw. welche Erkenntnisse müssen vorliegen, um die Verfassungstreue einer Person bejahen oder verneinen zu können? und (2) welche Maßnahmen dürfen ergriffen werden, um die entsprechenden Erkenntnisse zu gewinnen?

Tatsächlich schreiben die erwähnten verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen bundesrechtlichen Vorgaben bisher lediglich die Notwendigkeit einer Überprüfung der Verfassungstreue bei angehenden Beamtinnen und Beamten vor. Hinsichtlich der Einzelheiten des damit verlangten Überprüfungsverfahrens fehlen auch auf Landesebene jegliche gesetzliche Grundlagen. Angesichts der mit der Prüfung einhergehenden Eingriffe in grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrechte – insbesondere in das Recht der informationellen Selbstbestimmung – und den vom Bundesverfassungsgericht bereits seit dem „Volkszählungsurteil“ (1983) entwickelten Anforderungen an eine verfassungskonforme Ausgestaltung von Eingriffsbefugnissen, die zur Datenerhebung und -verarbeitung berechtigen, ist dieser Rechtszustand verfassungsrechtlich durchaus fragwürdig. Dies umso mehr, als Zuverlässigkeits – oder Sicherheitsüberprüfungen in anderen Bereichen (vgl. dazu etwa – auf Landesebene – das Landessicherheitsüberprüfungsgesetz oder – auf Bundesebene – das Waffengesetz oder das Luftsicherheitsgesetz) aus guten Gründen längst näher geregelt sind. Auch die Bindung der Zuverlässigkeitsüberprüfung an eine vorherige Einwilligung der betreffenden Person (§ 181a Abs. 2 Satz 1 GE) ändert an dem grundrechtseingreifenden Charakter der Maßnahme insofern nichts, als die Verweigerung einer Einwilligung von vornherein zu einer Nichtberücksichtigung der Bewerbung führen wird.

Schon aus Gründen des Vorbehalts des Gesetzes, aber auch im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit ist es deshalb sehr zu begrüßen, dass der GE beabsichtigt, das Überprüfungsverfahren auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Meines Erachtens ist die Regelung in ihrer Ausgestaltung aber teilweise problematisch bzw. verfassungsrechtlich bedenklich.

²⁸ Diese oft als Rechtsakt missverstandene Erklärung ist beispielsweise abgedruckt in: Hanspeter Knirsch u.a. (Hg.), „Radikale“ im öffentlichen Dienst – Eine Dokumentation, 1977, S. 12.

a) Das Problem der Beschränkung der Zuverlässigkeitsprüfung auf Bewerberinnen und Bewerber für Tätigkeiten bei der Landespolizei, in der Justiz, sowie in der Ministerial- und Landtagsverwaltung

Problematisch und letztlich mit den verfassungs- und beamtenstatusrechtlichen Vorgaben unvereinbar ist es, die Zuverlässigkeitsüberprüfung ausdrücklich auf Bewerberinnen und Bewerber für Tätigkeiten bei der Landespolizei, in der Justiz, sowie in der Ministerial- und Landtagsverwaltung zu beschränken, wie es § 181a Abs. 2 Nr. 1 GE vorsieht. Denn diese – einschränkende – Regelung bedeutet im Umkehrschluss: Hinsichtlich aller anderen Tätigkeitsbereiche, also etwa bei Bewerberinnen und Bewerbern für die Kommunalverwaltung oder für die nachgeordneten Landesverwaltung, dürfte eine solche Prüfung zukünftig nicht (mehr) erfolgen.

Eine solche Regelung wäre schon mit Art. 33 Abs. 5 GG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG nicht vereinbar, wonach – wie bereits dargelegt – in ein Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Das setzt zwingend eine entsprechende Eignungsprüfung (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) voraus. Zwar enthalten die bundesrechtlichen Regelungen keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Überprüfung, doch zeigen diese Normen doch deutlich, dass die Überprüfung jedenfalls nicht völlig entfallen darf.

Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine Zuverlässigkeitsüberprüfung gesetzlich zu normieren, die – jedenfalls auch – das Entstehen der Bewerberinnen und Bewerber für die freiheitliche demokratische Grundordnung mit umfasst (vgl. § 181a Abs. 3 Satz 5 GE) und begrenzt er diese Überprüfung auf bestimmte Berufsgruppen bzw. Tätigkeitsfelder, so ist hinsichtlich der ausgegrenzten Gruppen bzw. Tätigkeitsbereiche ein Rückgriff auf das tradierte *ungeregelte* Überprüfungsverfahren nicht mehr ohne weiteres möglich. So könnte die vorgesehene Neuregelung dazu führen, dass selbst dann, wenn hinsichtlich eines Bewerbers Hinweise auf extremistische Verhaltensweisen vorliegen, gleichwohl *kein* Datenabgleich mit dem Verfassungsschutz gem. § 181a Abs. 3 Satz 5 GE erfolgen dürfte, wenn es sich bei der zu besetzenden Stelle um eine solche etwa in der Kommunalverwaltung oder in der nachgeordneten Landesverwaltung handelte. Denn für einen derartigen Abgleich fehlte zukünftig die erforderliche Rechtsgrundlage.

Unter Zugrundelegung der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁹ wäre im Übrigen auch eine nach unterschiedlichen Tätigkeitsfeldern bzw. Funktionen differenzierende Zuverlässigkeitsprüfung fragwürdig, weist das Gericht in der zitierten

²⁹ BVerfGE 39, 334/352.

Entscheidung doch auch ausdrücklich darauf hin, dass die Verfassungstreue und die diesbezügliche Überprüfungspflicht bereits von Verfassungen wegen gleichermaßen „für jedes Beamtenverhältnis [gelten, also] für das Beamtenverhältnis auf Zeit, für das Beamtenverhältnis auf Probe und für das Beamtenverhältnis auf Widerruf ebenso wie für das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit. Sie ist auch einer Differenzierung je nach der Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten nicht zugänglich. Denn in diesem Zusammenhang ist von erheblicher Bedeutung, dass jeder Beamte, der sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes betätigt oder an Bestrebungen teilnimmt, die darauf abzielen, den Bestand oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu beeinträchtigen, nicht nur als eine Gefahr im Hinblick auf die Art der Erledigung der ihm obliegenden Dienstaufgaben anzusehen ist, sondern auch als eine Gefahr im Hinblick auf die naheliegende Möglichkeit der Beeinflussung seiner Umgebung, seiner Mitarbeiter, seiner Dienststelle, seiner Behörde im Sinne seiner verfassungsfeindlichen politischen Überzeugung“.³⁰

Damit hat das Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung also sogar dem in der rechtswissenschaftlichen Literatur diskutierten Ansatz einer differenzierenden, je nach Tätigkeitsfeld unterschiedlichen „Prüfungstiefe“ hinsichtlich der Anforderungen an die Verfassungstreue von Beamtinnen und Beamten ausdrücklich eine Absage erteilt. Indem § 181a Abs. 2 Nr. 1 GE die Zuverlässigkeitsüberprüfung von vornherein sogar gänzlich auf bestimmte Tätigkeitsfelder beschränkt, droht also eine Unvereinbarkeit mit den bundesrechtlichen Vorgaben.

b) Das Problem der Maßstäbe der Zuverlässigkeitsüberprüfung

Hinsichtlich der Maßstäbe für die Bewertung, ob die geforderte Zuverlässigkeit gegeben ist oder nicht, verzichtet der GE auf einen – auch nur beispielhaften – Kriterienkatalog. Nach § 181a Abs. 3 Satz 7 GE sollen allerdings „Zuverlässigkeitsbedenken bestehen, wenn aufgrund der erteilten Auskünfte zu befürchten steht, dass von der Person eine Gefahr (...) für den Staat und seine Einrichtungen im Sinne des Absatzes 2 ausgeht.“ In § 181a Abs. 2 Satz 1 GE heißt es, dass eine Zuverlässigkeitsüberprüfung „zur Abwehr einer Gefahr für den Staat und seine Einrichtungen“ durchgeführt werden kann. Einziges Prüfungskriterium ist damit das Bestehen einer Gefahr oder – präziser formuliert – das Bestehen der Gefahr einer Gefahr für den Staat und seine Einrichtungen, wie der Wortlaut von § 181a Abs. 3 Satz 7 GE zeigt, der von der Befürchtung einer Gefahr spricht. Indem in der Gesetzesbegründung sogar betont wird, dass „keine Gewissheit über die zu befürchtende Gefährdung bestehen“ müsse, es vielmehr genüge, „dass Anhaltspunkte auf eine Gefährdung hindeuten“ (S. 74 GE), wird der Wahrscheinlichkeitsgrad

³⁰ BVerfGE 39, 334/355 – Hervorhebung im Original.

einer – inhaltlich ohnehin nicht näher präzisierten – Gefahr für den Staat und seine Einrichtungen noch weiter abgesenkt.

Ein solcher Prüfungsmaßstab ist zu vage und genügt damit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit nicht, nach dem der Gesetzgeber Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen hat.³¹ Empfohlen wird, stattdessen etwa an den Begriff der Zuverlässigkeit selbst anzuknüpfen und anhand von Regelbeispielen bereits in der Norm näher aufzuzeigen, in welchen Fällen es an der geforderten Zuverlässigkeit fehlen soll. Ein Beispiel für eine solche Regelungstechnik findet sich in § 7 Abs. 1a Luftsicherheitsgesetz, in dem die Zuverlässigkeitsüberprüfung für den Bereich des zivilen Luftverkehrs normiert ist.

c) Das Problem der im GE vorgesehenen Voraussetzungen einer Abfrage beim Verfassungsschutz

Da es bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung nicht zuletzt auch um die Gewährleistung eines Eintretens der Bewerberinnen und Bewerber für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes gehen soll (vgl. § 181a Abs. 3 Satz 5 GE), kommt der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Rückgriff auf die vorhandenen Erkenntnisse und Datenbestände des Verfassungsschutzes erfolgen kann, eine besondere Bedeutung zu.

Der GE sieht einen Abgleich mit den Daten des Verfassungsschutzes nur unter der Voraussetzung vor, dass bei der zu überprüfenden Person „tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht“ im Zusammenhang mit verfassungsfeindlichen Bestrebungen oder Tätigkeiten vorliegen (§ 181a Abs. 3 Satz 5 GE). Ein routinemäßiger Datenabgleich mit dem Verfassungsschutz soll damit von vornherein ausgeschlossen werden.

Eine solche Regelung führt zu problematischen Schutzlücken, die das Regelungsziel der Zuverlässigkeitsüberprüfung letztlich konterkarieren können. Zunächst: Liegen bei einer Bewerberin oder einem Bewerber tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht extremistischer Bestrebungen oder Tätigkeiten vor, so werden bereits diese Erkenntnisse regelmäßig die geforderten Zuverlässigkeitsbedenken im Sinne des § 181a Abs. 3 Satz 7 GE begründen können. Eine Anfrage bei den Verfassungsschutzbehörden wäre dann gar nicht mehr erforderlich. Vor allem aber: Die Polizei, der die Durchführung der Zuverlässigkeitsüberprüfung obliegen soll (§ 181a Abs. 3 Satz 1 GE), hat über extremistische Tätigkeiten regelmäßig keine Kenntnis, insofern mit diesen Tätigkeiten keine Rechtsverstöße einhergehen. Insofern liegt es nicht fern, dass hinsichtlich dieses Personenkreises die geforderten tatsächlichen Anhaltspunkte

³¹ Vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 93 f.

gerade fehlen (müssen). So wäre es aufgrund der vorgeschlagenen Regelung beispielsweise ohne weiteres möglich, dass hinsichtlich eines lokalen Funktionärs einer neonazistischen Partei, der polizeilich bisher noch nicht in Erscheinung getreten ist, keinerlei Zuverlässigkeitsbedenken entstehen.

Fraglich ist, ob eine solche kupierte Zuverlässigkeitsüberprüfung der besonderen Bedeutung gerecht wird, die der Verfassungstreue der Beamtinnen und Beamten zukommt. Denn wie bereits dargelegt wurde, folgt schon aus Art. 33 Abs. 5 GG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Nr. 2 BeamStG, dass in das Beamtenverhältnis nur berufen werden darf, wer die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes einzutreten. Das setzt zwingend eine sorgfältige Eignungs-Prüfung (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) voraus.³² In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Gerade weil die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit aus dem Dienst wegen Verletzung seiner Treuepflicht nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nur im Wege eines förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist, muss der Dienstherr darauf sehen, dass niemand Beamter wird, der nicht die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten. Der Dienstherr hat – auch dem Bewerber gegenüber – die Pflicht, die verfassungsrechtlich möglichen Vorkehrungen zu treffen, damit er nicht genötigt wird, Beamte wegen Verletzung ihrer politischen Treuepflicht in ein Disziplinarverfahren zu ziehen. Das verfassungsrechtlich legitime Mittel dazu ist die Prüfung und Entscheidung, ob die Persönlichkeit des Bewerbers die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten wird.“³³

Daher wird vorgeschlagen, dass hinsichtlich von Bewerberinnen und Bewerbern, die Tätigkeiten als Bedienstete in der Landespolizei, der Justiz sowie der Landesregierung oder des Landtags anstreben (§ 181a Abs. 2 Nr. 1 GE), ein routinemäßiger Abgleich mit den Daten des Verfassungsschutzes erfolgt, wie dies etwa eine vergleichbare Regelung der Zuverlässigkeitsüberprüfung im Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz bereits vorsieht (§ 67 Abs. 3 Satz 3).

³² BVerfGE 39, 334/355.

³³ BVerfGE 39, 334/352. Deutlich – und insoweit nicht abweichend – auch das Sondervotum des Richters W. R. Wand zu dieser Entscheidung: „Wenn es – und dies ist auch die Ansicht der Mehrheit – zutrifft, dass die Behörden *von Verfassung wegen verpflichtet* sind, die freiheitlich demokratische Grundordnung und die Funktionstüchtigkeit der Beamtenschaft dadurch zu schützen, dass sie nur solchen Bewerbern den Zugang zum Beamtenverhältnis ermöglichen, die die erforderliche Gewähr für Verfassungstreue bieten, so *müssen* sie die Eignung des Bewerbers (...) schon vor seiner Einstellung, und zwar nicht nur ‚vorläufig‘, sondern eingehend prüfen; anderenfalls verletzen sie selbst die Verfassung“ (BVerfGE 39, 334/390 – Hervorhebungen im Original).

3. Befugnisnorm zum Einsatz körpernah getragener Aufnahmegeräte (§ 184a GE) – „Bodycams“

Zahlreiche Bundesländer haben ihre Polizeibeamtinnen und -beamte in den letzten Jahren mit körpernah getragenen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten – so genannten Bodycams – ausgestattet. Der Einsatz dieser Geräte führt zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG in seinen besonderen Ausprägungen als Recht der informationellen Selbstbestimmung und als Recht am eigenen Bild. Deshalb ist für die „Bodycams“ eine – eigenständige – Befugnisnorm erforderlich.

Der GE sieht in § 184a eine entsprechende Rechtsgrundlage vor, um die Körperkameras zukünftig auch in Schleswig-Holstein einsetzen zu können. Die vorgeschlagene Regelung unterliegt insoweit keinerlei verfassungsrechtlichen Bedenken, als der – offene – Einsatz der Kameras – ausschließlich – „zum Schutz von Polizeibeamtinnen oder -beamten oder Dritten vor einer Gefahr für die körperliche Unversehrtheit“ zulässig sein soll, wie § 184a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GE zeigen.³⁴ Die vorgeschlagene Regelung dient damit der Gefahrenprävention und fällt insoweit ohne weiteres in die Landesgesetzgebungskompetenz.³⁵

Die einsatzpraktischen Erfahrungen insbesondere auch in anderen Bundesländern haben zudem gezeigt, dass von „Bodycams“ tatsächlich eine deeskalierende Wirkung ausgehen kann. Auch wenn die Intensität dieser Wirkung unterschiedlich beurteilt wird – in Bezug auf Auseinandersetzungen mit stark alkoholisierten Personen wird eine deeskalierende Wirkung teilweise in Frage gestellt –, so muss doch beachtet werden, dass es dabei um die Verhinderung gewaltsamer Übergriffe und damit um den Schutz herausragender Rechtsgüter geht. Selbst bei einer nur begrenzten präventiven Wirkung der „Bodycams“ bestehen deshalb an ihrer Geeignetheit aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine Zweifel.

Die Zielsetzung der Gewaltprävention erfährt vor dem Hintergrund zunehmender Gewalt gegenüber Polizeibeamtinnen und -beamten³⁶ noch einmal eine besondere Bedeutung. Polizeibeamtinnen und -beamte sind ebenfalls Grundrechtsträger. Zudem unterliegt der Staat ihnen gegenüber einer besonderen, verfassungsrechtlich in Art. 33 Abs. 5 GG zu verortenden³⁷ beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht. Die Bereitstellung eines umfassenden Maßnahmenpakets

³⁴ In § 184a Abs. 3 Satz 1 GE ist aber abweichend von „Polizeivollzugsbeamtinnen oder Polizeivollzugsbeamten“ die Rede; insoweit sollte eine einheitliche Formulierung gewählt werden.

³⁵ So etwa auch Starnecker, Videoüberwachung zur Risikovorsorge, 2017, S. 82 ff. (insbes. S. 107) u. S. 398.

³⁶ Siehe dazu die jährlichen Bundeslagebilder „Gewalt gegen Polizeivollzugsbeamtinnen/-beamte“, veröffentlicht vom Bundeskriminalamt (BKA).

³⁷ Vgl. BVerfGE 43, 154/165.

zur Eigensicherung steht deshalb nicht im Belieben des Dienstherrn. Körperkameras können insoweit ein sinnvoller Baustein sein.

Dass der Einsatz der „Bodycams“ nicht nur an öffentlichen Orten, sondern auch „in Geschäftsräumen sowie auf befriedetem Besitztum“ möglich sein soll (§ 184a Abs. 1 Satz 1 GE), ist angesichts der Zielsetzung – gewaltsame Übergriffe auf die Beamtinnen und Beamten oder Dritte sollen verhindert werden – ohne weiteres nachvollziehbar und überaus sinnvoll. Denn Polizeibeamtinnen und -beamte sehen sich insbesondere an privaten Einsatzorten, vor allem im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen im sozialen bzw. familiären Nahbereich, oft der Gefahr gewaltsamer Übergriffe ausgesetzt. Insoweit ist es allerdings inkonsequent, nicht auch Wohnungen als zulässige Einsatzorte zuzulassen.

Dies umso mehr, als nach der weiten Auslegung des Wohnungsbegriffs in Art. 13 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht die in § 184a Abs. 1 Satz 1 GE ausdrücklich genannten Geschäftsräume bereits in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG fallen,³⁸ so dass schon insoweit die besonderen Schrankenregelungen des Wohnungsgrundrechts zu beachten sind. Deshalb wird empfohlen, diese Räumlichkeiten sowie die Wohnung insgesamt in einem gesonderten Absatz der neuen Befugnisnorm zu erfassen, um die an dieser Stelle bestehenden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung zu vermeiden. In dem eigenständigen Absatz wären die Einsatzvoraussetzungen von „Bodycams“ in Wohnungen so zu formulieren, dass sie den besonderen Vorgaben des Art. 13 Abs. 7 GG entsprechen. Eine solche Regelung findet sich beispielweise im Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 15c Abs. 2).

Um über den Umfang der deeskalierenden Wirkung von „Bodycams“ und über die praktischen Bedingungen ihrer Handhabung in der Öffentlichkeit und ggf. auch in Wohnungen weitere Erkenntnisse erlangen zu können, wird angeregt, den Einsatz dieser Technik nach Ablauf von drei Jahren zu evaluieren; dazu könnte eine entsprechende Klausel – etwa analog zu der geplanten Evaluierungsklausel zu den Distanz-Elektroimpulsgeräten (Artikel 3 Abs. 2 GE) – aufgenommen werden.

4. Erweiterung der Befugnis zum Schusswaffengebrauch gegen Personen, die dem äußeren Eindruck nach noch nicht 14 Jahre alt sind (§ 257 Abs. 3 Satz 2 GE)

In den letzten Jahren hat sich in Deutschland das Risiko islamistischer Anschläge manifestiert. Dabei zeigen Radikalisierungsprozesse im salafistischen Milieu, dass auch mit Kindern und Jugendlichen als Attentäterinnen und Attentäter gerechnet werden muss. Hervorzuheben ist

³⁸ Vgl. nur BVerfGE 76, 83/88; 44, 353/371.

insoweit der Messeranschlag eines 15jährigen Mädchens auf einen Bundespolizisten im Hauptbahnhof von Hannover am 26.02.2016. Diese Tat gilt als der erste Anschlag, den die Terrormiliz „Islamischer Staat“ (IS) in Deutschland in Auftrag gegeben hat. Die mittlerweile verurteilte Täterin hatte den Polizisten niedergestochen und schwer verletzt. Gewarnt wird insbesondere auch vor hochgradig radikalisierten, aus Deutschland stammenden IS-Kämpferinnen und -kämpfern, die mit ihren Kindern aus Syrien nach Deutschland zurückkehren³⁹ und auch ihre Kinder zu Attentäterinnen und Attentätern bestimmen könnten.

Im Unterschied zur weit überwiegenden Zahl der anderen Landespolizeigesetze und auch abweichend vom Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder vom 25. November 1977 (MEPolG) untersagt das schleswig-holsteinische Recht den Schusswaffengebrauch gegen Personen, die ihrem äußeren Eindruck nach noch nicht 14 Jahre alt sind, unter allen Umständen (§ 257 Abs. 3 LVwG). Selbst wenn Personen dieses Alters zu einem tödlichen Terroranschlag ansetzen, darf zur Abwehr dieser Gefahr also nicht auf sie geschossen werden – auch nicht mit dem Ziel, sie keineswegs zu töten, sondern nur ihre Angriffsunfähigkeit herbeizuführen.

Angesichts veränderter Bedrohungslagen ist das Ziel des GE, den gefahrenabwehrenden Schusswaffengebrauch in diesen Situationen zu gestatten, rechtspolitisch nachvollziehbar. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht, zumal der GE vorsieht, den Schusswaffengebrauch gegen Personen, die ihrem äußeren Eindruck nach noch nicht 14 Jahre alt sind, zukünftig nur zur Abwehr einer gegenwärtigen „Lebensgefahr“ zuzulassen (§ 257 Abs. 3 Satz 2 GE). Demgegenüber gestatten die Landespolizeigesetze anderer Länder, die insoweit § 41 Abs. 3 Satz 2 MEPolG folgen, einen entsprechenden Schusswaffengebrauch zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr „für Leib oder Leben“, also bereits zur Abwehr einer – nicht nur leichten – Körperverletzung (so z.B. § 60 Abs. 3 Satz 2 HSOG). Der GE sieht damit für das schleswig-holsteinische Recht eine deutlich höhere Eingriffsschwelle vor. Das Schließen einer offensichtlichen Schutzlücke entspricht im Übrigen der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz seiner Bürgerinnen und Bürger vor terroristischen Anschlägen.

5. Normierung des „finalen Rettungsschusses“ (§ 258 Abs. 1 Sätze 2-4 GE)

Die Absicht, den „finalen Rettungsschuss“ – aus Sicht des Gefährders: gezielter Todesschuss – im LVwG ausdrücklich zu regeln, ist nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen zu begrüßen. Der im GE vorgeschlagene Wortlaut der neuen Befugnisnorm unterliegt aber verfassungsrechtlichen Bedenken.

³⁹ Zum Gefahrenpotenzial dieser Rückkehrer näher bereits Neumann, Die neuen Dschihadisten, 2015, S. 130 ff.

Dass ein gezielter tödlicher Schuss etwa auf einen Geiselnnehmer in einer absoluten Ausnahmelage möglich sein sollte, wenn sich diese Maßnahme tatsächlich als einziges Mittel zur Abwehr einer akuten Lebensgefahr der Geisel darstellt, ist praktisch weitgehend unbestritten. Insbesondere reale Fälle außergewöhnlicher Geiselnahmen haben den polizeipraktischen Bedarf klarer Rechtsgrundlagen mehrfach deutlich gemacht. Nicht zuletzt kann das Bedürfnis nach einer Befugnis zum „finalen Rettungsschuss“ auch mit der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz seiner Bürgerinnen und Bürger begründet werden. In Schleswig-Holstein fehlt bisher aber eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des „finalen Rettungsschusses“. Eine entsprechende polizeirechtliche Leerstelle finden sich im bundesweiten Vergleich nur noch im Landesrecht Berlins; alle übrigen Bundesländer haben den „finalen Rettungsschuss“ mittlerweile ausdrücklich normiert.

Fraglos stellen gezielte Todesschüsse neben gezielten Angriffen auf die Menschenwürde die denkbar schwersten polizeilichen Grundrechtseingriffe dar. In seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz hat das Bundesverfassungsgericht allerdings ausdrücklich festgestellt, dass eine Befugnisnorm, die den Abschuss eines Flugzeugs gestattet, das ausschließlich mit potenziellen Attentätern, also mit Personen besetzt ist, die das Flugzeug zu einem Anschlag einsetzen wollen, mit den Grundrechten vereinbar, insbesondere auch verhältnismäßig ist.⁴⁰ Das Gericht weist insoweit darauf hin, dass eine solche Regelung in Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 iVm. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dem Ziel dient, das Leben potenzieller Opfer zu retten. Dass diese Pflicht zur Gefahrenabwehr mit der Tötung der potenziellen Attentäter erfüllt werden darf, rechtfertigt das Gericht überzeugend mit dem Hinweis darauf, dass diese die Notwendigkeit des staatlichen Eingriffs selbst herbeigeführt haben und es zu ihrer Tötung nur kommen dürfe, wenn sicher erkennbar ist, dass ein lebensbedrohlicher Anschlag bevorsteht und die potenziellen Attentäter an ihrem Vorhaben festhalten, obwohl ihnen die damit für sie selbst verbundene Lebensgefahr bewusst ist.⁴¹ Damit hat das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit auch des „finalen Rettungsschusses“ implizit anerkannt.⁴² Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) lässt auch die Europäische Menschenrechtskonvention Befugnisse zu tödlich wirkenden Schusswaffeneinsätzen grundsätzlich zu.⁴³

⁴⁰ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 140 ff.

⁴¹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, Rn. 150.

⁴² So auch Starck, Anmerkung zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, in: JZ 2006, 417/418; Franz/Günther, Tötungshandlungen beim Bundeswehreinsetz im Innern, in: VBIBW 2006, 340/346.

⁴³ EGMR, NJW 2005, 3405/3407.

Offenbar aus der aus rechtsstaatlicher Perspektive äußerst befremdlichen Prämisse heraus, dass eine als notwendig angesehene Rechtsgrundlage allein aufgrund dieser Notwendigkeit tatsächlich existieren muss, wurde in der Vergangenheit eine Befugnis zum gezielten Todesschuss auch für die Polizeien derjenigen Bundesländer angenommen, deren Polizeigesetze eine entsprechende Norm gerade nicht enthalten haben. So wurden gelegentlich aus den strafrechtlichen Notrechten (§§ 32, 34 StGB) polizeiliche Befugnisse zur Tötung von Menschen herausgelesen. Doch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe begründen keine öffentlich-rechtlichen Eingriffsbefugnisse, sondern betreffen ausschließlich die strafrechtliche Bewertung individuellen Handelns.⁴⁴ Auch wurde versucht, aus der polizeirechtlichen Regelung, nach der ein Schusswaffengebrauch gegen Personen „nur zulässig [ist], um diese angriffs- oder fluchtunfähig zu machen“ (§ 258 Abs. 1 LVwG), die Befugnis zum gezielten Todesschuss herzuleiten. Sicherlich kann die Angriffsunfähigkeit auch mit der Tötung der Zielperson erreicht werden. Diese Erkenntnis ändert aber nichts daran, dass die zitierte Norm einen Schusswaffengebrauch mit Tötungsabsicht gerade untersagen will, wie insbesondere die Verwendung der Partikel „nur“ im Wortlaut der Bestimmung zeigt.⁴⁵ Bereits dieser Textbefund spricht zusammen mit der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, im Unterschied zu fast allen anderen Bundesländern den finalen Rettungsschuss *nicht* zu normieren, gegen eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage in der geltenden Fassung des LVwG.

Hinzu kommt: Eine gesetzliche Befugnisnorm, die sogar die Tötung einer Person gestatten soll, muss diese Rechtsfolge im Normtext explizit ansprechen; die Formulierung entsprechender Bestimmungen kann nicht etwa an die Ministerialverwaltung delegiert werden. So verpflichten das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip den parlamentarischen Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen und nicht der Exekutive zu überlassen (Parlamentarvorbehalt).⁴⁶ Eine ausdrückliche Gestattung des gezielten Todesschusses nur per Erlass ist also nicht verfassungskonform.⁴⁷

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer ausdrücklichen Regelung wird durch das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten – hier Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG – herzuleitende Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit noch unterstrichen: Demnach hat der Gesetzgeber Anlass, Zweck und Grenzen eines Grundrechtseingriffs

⁴⁴ Vgl. nur Pieroth, Polizei und Recht auf Leben, in: Kugelman (Hg.), Polizei und Menschenrechte, 2019, S. 263/273; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 11 Rn. 27; Ipsen, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 649.

⁴⁵ So etwa auch Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 561 und Ipsen, Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 648.

⁴⁶ Vgl. etwa BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, Rn. 67 m.w.N.

⁴⁷ So im Ergebnis auch Pieroth, Polizei und Recht auf Leben, in: Kugelman (Hg.), Polizei und Menschenrechte, 2019, S. 263/272; Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 24 Rn. 20.

hinreichend präzise und normenklar festzulegen.⁴⁸ Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Befugnisnorm richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs;⁴⁹ je intensiver sich ein Grundrechtseingriff darstellt, desto detailliertere gesetzliche Regelungen sind grundsätzlich erforderlich. In diesem Zusammenhang verlangt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich, dass eine Befugnisnorm klar erkennen lassen muss, ob auch schwerwiegende Eingriffe zulässig sein sollen.⁵⁰ Über die herausragende grundrechtliche Bedeutung der Frage, ob eine Befugnisnorm sogar die Tötung eines Menschen zulässt oder nicht, ist angesichts der Schwere eines Eingriffs in das Recht auf Leben nicht zu diskutieren. Auch insoweit liegt die Notwendigkeit einer expliziten Regelung also auf der Hand.

So sehr also aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Absicht überzeugt, eine ausdrückliche Regelung des „finalen Rettungsschusses“ zu schaffen, so problematisch ist ebenfalls aus der verfassungsrechtlichen Perspektive der im GE vorgeschlagene Wortlaut der neuen Befugnisnorm. Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 125 GE) soll der in § 258 Abs. 1 Satz 2 GE gewählte Wortlaut der Regelung des „finalen Rettungsschusses“ in § 41 Abs. 2 Satz 2 MEPolG entsprechen.⁵¹ Diese Bestimmung lautet: *Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.* Die Regelung des Musterentwurfs wurde zur Normierung des „finalen Rettungsschusses“ nahezu wortgleich in die Landespolizeigesetze übernommen (vgl. z.B. § 60 Abs. 2 Satz 2 HSOG oder § 76 Abs. 2 Satz 2 NPOG).

Hervorzuheben ist, dass sich diese Regelung des Musterentwurfs entgegen der Gesetzesbegründung **gerade nicht** im GE wiederfindet. Denn dort wird als Wortlaut eines neuen § 258 Abs. 1 Satz 2 vorgeschlagen: *„Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen **Gefahr für Leib oder Leben** ist.“*⁵²

Ungeachtet dieser Unstimmigkeit ist die in § 258 Abs. 1 Satz 2 GE vorgeschlagene Formulierung aus zwei Gründen verfassungsrechtlich problematisch. Sie führt meines Erachtens sowohl zu einem Verstoß gegen das soeben beschriebene Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit als auch zu einem Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Zunächst: Die Formulierung „gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben“ ist als Tatbestandsvoraussetzung eines gezielten Todesschusses zu unbestimmt: Wann liegt

⁴⁸ Vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 93 f.

⁴⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 95.

⁵⁰ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 95.

⁵¹ In der Gesetzesbegründung wird insoweit offenbar fälschlich auf § 41 **Abs. 1** Satz 2 MEPolG verwiesen.

⁵² Hervorhebung nur hier.

tatsächlich eine „Leibesgefahr“ im Sinne der Norm vor? Welche Intensität muss der drohende Eingriff in die körperliche Unversehrtheit haben? Strafrechtlich ausgedrückt: Genügt eine bevorstehende „einfache“ Körperverletzung (§ 223 StGB)? Oder muss mindestens eine schwere Körperverletzung (§ 226 StGB) drohen? Der Wortlaut der Norm lässt lediglich den sicheren Schluss zu, dass eine „Leibesgefahr“ jedenfalls unterhalb der Schwelle einer Lebensgefahr liegt, denn letztere ist *neben* der Gefahr für den „Leib“ in § 258 Abs. 1 Satz 2 GE als eigenständige Voraussetzung eines gezielten Todesschusses normiert.

In der Gesetzesbegründung heißt es, die drohende Verletzung des Leibes müsse „schwerwiegend“ sein (S. 126 GE). Doch schon dieses auf einem unbestimmten Rechtsbegriff fußende und weitere schwierige Auslegungsfragen aufwerfende Verständnis ist nicht selbstverständlich. Im Gegenteil. Denn die im Polizeirecht verbreitete Definition der „Gefahr für Leib oder Leben“ weicht davon ab. Davon zeugen die in einige Landespolizeigesetze aufgenommenen Legaldefinitionen, die insoweit (nur) eine Gefahr verlangen, „bei der eine nicht nur leichte Körperverletzung oder der Tod einzutreten droht“ (so z.B. § 2 Nr. 5 NPOG). Eine „nicht nur leichte“ Körperverletzung weist keineswegs zwingend den gleichen Verletzungsgrad wie eine „schwerwiegende“ Körperverletzung auf. Die Unbestimmtheit der Tatbestandsvoraussetzung „Gefahr für Leib oder Leben“ und die daraus folgenden Unklarheiten sind evident. Berücksichtigt man noch, dass sich die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Befugnisnorm nach der Art und Schwere des Grundrechtseingriffs richten⁵³ und es hier um einen der denkbar schwersten Grundrechtseingriffe überhaupt geht, so sind die beschriebenen Unklarheiten verfassungsrechtlich äußerst problematisch. Dies umso mehr, als bereits § 41 Abs. 2 Satz 2 MEPOG zeigt, dass präzisere und normenklarere Formulierungen sehr wohl möglich sind.

Hinzu kommt: Versteht man mit der herrschenden Meinung unter einer Gefahr für Leib oder Leben eine Gefahr, „bei der eine nicht nur leichte Körperverletzung oder der Tod einzutreten droht“ (vgl. nur § 2 Nr. 5 NPOG), so führt dies zu ernsthaften Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit an einer Befugnisnorm, die damit die Schwelle zur Zulässigkeit eines gezielten Todesschusses markieren will. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt unter dem Aspekt der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne), dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigende Gründe stehen darf.⁵⁴ Es ist mehr als fragwürdig, bereits zur Abwehr einer „nicht nur leichten“ Körperverletzung die gezielte Tötung des Gefährders, also einen der denkbar schwersten Grundrechtseingriffe überhaupt, zuzulassen. Eine Tötung wäre dann bereits in Situationen zulässig, die noch nicht einmal die Gefahr einer schweren Körperverletzung gem. § 226 StGB

⁵³ Vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11.08.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07, Rn. 95.

⁵⁴ Vgl. nur BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 98 ff.

begründen; es genüge die drohende Zufügung größerer Wunden, Verstauchungen oder Brüche. Die Intensität des Grundrechtseingriffs stünde insoweit außer Verhältnis zur Bedeutung der abzuwehrenden Gefahr für das zu schützende Rechtsgut. Aus guten Gründen lässt kein anderes Landespolizeigesetz den gezielten Todesschuss bereits bei einer Gefahr „für den Leib“ zu.

Empfohlen wird daher, zumindest den Wortlaut der Regelung des „finalen Rettungsschusses“ in § 41 Abs. 2 Satz 2 MEPOIG zu übernehmen und insoweit zu den anderen Bundesländern aufzuschließen, auch wenn sich durchaus die Frage stellt, ob der bereits über 40 Jahre alte Normtext den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht mittlerweile an das Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit knüpft, noch genügt.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang allerdings noch auf einen drohenden Wertungswiderspruch: Während zukünftig der Schusswaffengebrauch gegen Personen, die dem äußeren Eindruck nach noch nicht 14 Jahre alt sind, ausschließlich „zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr“ (§ 257 Abs. 3 Satz 2 GE) gestattet sein soll, wobei ein solcher Schusswaffengebrauch gem. § 258 Abs. 1 (Satz 1) LVwG ausschließlich die Angriffs- oder Fluchtunfähigkeit zum Ziel haben darf, wäre sogar nach einer dem § 41 Abs. 2 Satz 2 MEPOIG entsprechenden Regelung zukünftig ein deutlich schwererer Grundrechtseingriff – nämlich die gezielte Tötung einer (freilich mindestens 14jährigen) Person – unter deutlich niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen – nämlich bereits bei einer „gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit“ – gestattet.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Mattias G. Fischer