

Die Polizeivollzugsbeamten A und B werden bei einem Streifengang in einer verrufenen Gegend der Stadt auf einen dem Drogenmilieu zuzurechnenden Mann aufmerksam, der vorbeikommende Passanten anpöbelt und aggressiv anbettelt. Als die Beamten auf den Mann zugehen, um ihn von seinem Handeln abzubringen, zieht er unvermittelt ein Messer und greift A mit den Worten: „Ich schlitze dir den Arm auf!“ an. Nachdem er den Arm des Beamten mit dem Messer nur äußerst knapp verfehlt hat und A erneut angreifen will, schlägt B dem Mann wortlos mit dem Schlagstock auf dessen Arm, sodass dieser den Angriff aufgibt und - das Messer noch in der Hand - die Flucht ergreift. Nach kurzer Besinnungszeit nehmen A und B die Verfolgung des Mannes auf. B merkt aber bald, dass sie keine Chance haben, den Mann noch einzuholen. Er ruft deshalb dem Mann nach: „Stehen bleiben!“ und gibt aus seiner Dienstwaffe einen Warnschuss in die Luft ab. Der Mann kann dennoch entkommen.

Waren die Maßnahmen *Schlagstockeinsatz* und *Warnschuss* rechtmäßig?

Variante: Wie wäre bei der 1. Maßnahme (Schlagstockeinsatz) zu entscheiden, wenn B statt des Schlagstocks die Schusswaffe eingesetzt und den Angreifer in der Schulter getroffen hätte?

1. Maßnahme – Der Schlagstockeinsatz¹

Da es sich bei dem Schlagstockeinsatz um eine gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme in Form der Anwendung von Zwang handelt, kommen als Rechtsgrundlage die landesrechtlichen Vorschriften über den unmittelbaren Zwang in Betracht (vgl. z.B. § 11 BremVwVG² i.V.m. §§ 40 ff. BremPolG³).

I. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit zur Anwendung des Zwangsmittels

Für die Anwendung des Zwangs ist gemäß § 12 I VwVG (vgl. § 7 I BundesVwVG) die Behörde zuständig, die den zu vollstreckenden Verwaltungsakt (= Grundverwaltungsakt) erlassen hat. Allerdings ist dem Schlagstockeinsatz kein ausdrücklicher Verwaltungsakt vorausgegangen. Dies steht der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme jedoch nicht entgegen, weil nach allgemeiner Rechtsauffassung von einem hypothetischen Verwaltungsakt auszugehen ist, der dem Zwangsmittel Einsatz zugrunde liegt. Dieser Verwaltungsakt, der etwa den Inhalt gehabt hätte: „Unterlassen Sie den Angriff auf A!“, wäre von B erlassen worden, also von demselben Amtswalter, der auch das Zwangsmittel angewendet hat. Für den hypothetischen Verwaltungsakt war B aus §§ 79 II, 78 I, II, 71 I, 70 I Nr. 1, II, 65 II, 64 I BremPolG (bzw. den entsprechenden Bestimmungen der anderen Länder) sachlich, örtlich und instanzial zuständig, weil seine sog. Eilfallkompetenz gemäß §§ 1 I, 2 Nr. 1, 64 ff. BremPolG gegeben war. B war somit auch für den Schlagstockeinsatz zuständig.

II. Verfahrens- und Formvorschriften

Als allgemeine Verfahrensvorschrift fordert § 44 I S. 1 BremPolG die vorherige **Androhung des Zwangsmittels**. Eine solche Androhung ist vorliegend nicht erfolgt. Jedoch kann gem. § 44 I S. 2 Halbs. 2 BremPolG von einer Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände dies nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist.

B konnte keine Verzögerung durch die Androhung in Kauf nehmen, weil sonst erhebliche Verletzungen – oder sogar der Tod – des A die möglichen Folgen gewesen wären. Der Verzicht auf die Androhung war daher rechtmäßig. Weitere allgemeine Verfahrens- und Formvorschriften enthalten die §§ 28, 37 und 39 VwVfG analog. Auf eine **Anhörung** konnte jedoch wegen § 28 II Nr. 5 VwVfG verzichtet werden, gegen die Form und die Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes bzgl. des Zwangsmittels gem. § 37 VwVfG bestehen hier keine Bedenken und eine Begründung ist, da hier keine schriftliche Maßnahme erlassen wurde, gem. § 39 VwVfG nicht erforderlich.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Grundsätzliche Zulässigkeit des Zwangs

Zunächst müsste der Verwaltungszwang generell – also unabhängig von dem konkreten Zwangsmittel – zulässig gewesen sein. Da vorliegend dem Zwangsmittel kein Verwaltungsakt vorausgegangen ist, kommt nur eine Maßnahme des **Sofortvollzugs** in Betracht.

a. Voraussetzungen des Sofortvollzugs

Nach § 11 II BremVwVG (§ 6 II BundesVwVG) ist für den Verwaltungszwang ohne vorausgehenden VA zunächst Voraussetzung, dass dies zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat oder zur Abwendung einer drohenden Gefahr geboten erscheint (insbesondere weil Maßnahmen gegen den Adressaten nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen) und die Behörde innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt.

Hätte der Angreifer noch einmal das Messer eingesetzt, wäre es höchst wahrscheinlich zu einer Verwirklichung der §§ 223 ff. StGB, möglicherweise sogar der §§ 211, 212 StGB gekommen. Daher bestand eine drohende Gefahr, deren Abwehr dringend geboten erschien.

¹ Da die Gefahrenabwehrgesetze der Länder zwar prinzipiell gleich sind, sich jedoch im Detail voneinander unterscheiden, musste die Falllösung an die Regelungen eines Bundeslandes angelehnt werden. Selbstverständlich ist die Falllösung auf die anderen Länder übertragbar.

² Entspricht § 6 BundesVwVG.

³ §§ 40 ff. BremPolG sind deshalb anwendbar, weil gem. § 40 II BremPolG für die Art und Weise der Anwendung des unmittelbaren Zwangs durch den Polizeivollzugsdienst die §§ 40-47 BremPolG gelten. Gleichzeitig wird durch diese Formulierung deutlich, dass die besonderen Verfahrensvorschriften des VwVG bei der Anwendung von unmittelbarem Zwang durch den Polizeivollzugsdienst nicht anwendbar sind.

B müsste beim Schlagstockeinsatz auch „innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse“ gehandelt haben. Darunter ist zu verstehen, dass der handelnde Beamte aufgrund eines – wenn auch nur fiktiven und nicht ausgesprochenen – Verwaltungsakts gehandelt haben muss. Dieser Verwaltungsakt müsste, wenn er erlassen worden wäre, die Voraussetzungen erfüllen, die an eine tatsächlich erlassene Grundverfügung zu stellen sind. Der fiktive Verwaltungsakt müsste also rechtmäßig sein.

Vorliegend wäre der dem Zwang zugrunde liegende Verwaltungsakt etwa des Inhalts: „Unterlassen Sie den Angriff!“ ein präventiver Verwaltungsakt, gestützt auf die Rechtsgrundlage der Befugnisgeneralklausel des § 10 I BremPolG.

Dieser Verwaltungsakt wäre rechtmäßig, wenn gegen ihn aus formeller und materieller Sicht keine Bedenken bestünden.

aa. Formelle Rechtmäßigkeit der Unterlassungsverfügung

B wäre gem. §§ 79 II, 78 I, II, 71 I, 70 I Nr. 1, II, 65 II, 64 I BremPolG sachlich, örtlich und instanziell zuständig, weil seine sog. Eilfallkompetenz gemäß §§ 1 I, 2 Nr. 1, 64 ff. BremPolG gegeben wäre. Eine Gefahr - Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts - für die öffentliche Sicherheit - hier eine Verletzung der Individualgüter des A (Art. 2 II GG) und der objektiven Rechtsordnung (Straftaten nach §§ 223 ff. StGB) - lägen vor. Hinsichtlich des Vorliegens der übrigen formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen bestünden keine Bedenken.

bb. Materielle Rechtmäßigkeit der Unterlassungsverfügung

Da es sich bei dem fiktiven Verwaltungsakt um eine belastende Maßnahme gehandelt hätte, wäre eine Rechtsgrundlage erforderlich gewesen. Diese wäre in § 10 I BremPolG zu erblicken gewesen. Die Voraussetzungen der Befugnisgeneralklausel wären gegeben gewesen, da eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben gewesen wäre.

Der Mann wäre auch richtiger Adressat der Unterlassungsverfügung gewesen, da er Handlungstörer gem. § 5 BremPolG war.

Hinsichtlich der Einhaltung des Ermessens und der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der Unterlassungsverfügung bestehen keine Bedenken, vgl. § 3 PolG. Sie wäre geeignet gewesen, weil sie die Gefahrenabwehr zumindest gefördert hätte. Sie wäre auch erforderlich gewesen, weil mildere, gleich geeignete Mittel nicht ersichtlich sind. Sie wäre schließlich angemessen gewesen, weil die von ihr ausgehende Beeinträchtigung des Mannes - Eingriff in Art. 2 II S. 1 Var. 2 GG - nicht erkennbar außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg - Schutz der körperlichen Unversehrtheit des A - stand.

Die Unterlassungsverfügung wäre demzufolge rechtmäßig gewesen, B handelte folglich im Rahmen der gesetzlichen Befugnisse.

b. Ergebnis

Die Voraussetzungen für die grundsätzliche Zulässigkeit des Zwangs nach § 11 II BremVwVG sind somit erfüllt.

2. Voraussetzungen für den unmittelbaren Zwang

Es müssten aber auch die Voraussetzungen, die für Anwendung des unmittelbaren Zwangs gelten, erfüllt sein. Die Befugnisnorm des unmittelbaren Zwangs (§ 11 II VwVG i.V.m. §§ 40 ff. BremPolG⁴) ist einschlägig, weil es sich bei dem Schlagstockeinsatz um unmittelbaren Zwang in Form einer Einwirkung auf Personen durch Waffen gem. § 41 I, IV BremPolG handelt. Voraussetzung für die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist gem. § 41 V BremPolG, dass andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen, keinen Erfolg versprechen oder unzumutbar sind. Eine Ersatzvornahme kommt nicht in Betracht, weil die Unterlassungsverfügung nur von dem Angreifer beachtet werden kann, es sich also um ein unvertretbares Verhalten handelt. Ein Zwangsgeld verspräche keinen Erfolg und wäre zudem unzumutbar, da es schriftlich festgesetzt werden müsste, wofür vorliegend keine Zeit zur Verfügung stand. Die Voraussetzungen des § 41 V BremPolG sind somit erfüllt. Möglicherweise wäre aber ein anderes Zwangsmittel innerhalb der Kategorie *unmittelbarer Zwang* weniger einschneidend gewesen. Da zur Grundausstattung jedes Polizeivollzugsbeamten nicht nur ein Schlagstock, sondern auch Pfefferspray gehört, ist fraglich, ob B nicht vorrangig eines dieser Mittel hätte einsetzen müssen. Da jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass Pfefferspray bei jedem Menschen den gleichen Effekt bewirkt und es sich bei dem Angreifer möglicherweise um einen Drogenabhängigen handelte, dessen sinnliche Wahrnehmungsfähigkeit abgeschwächt gewesen sein könnte, muss die Frage offen bleiben, ob B anstelle des Schlagstocks das Pfefferspray hätte einsetzen müssen.

Der Angreifer ist auch richtiger Adressat des Zwangsmittels, da er identisch mit der Person ist, an die die Unterlassungsverfügung gerichtet worden wäre.

Ermessensfehler sind nicht ersichtlich. Auch an der Verhältnismäßigkeit des Schlagstockeinsatzes bestehen keine Zweifel. Er war – wie der Erfolg zeigt – geeignet, den Angriff und damit die Gefahr abzuwehren. Er war auch – wie geprüft – das mildeste Mittel, weil gleich geeignete, mildere Formen des Zwangs nicht mit Sicherheit den Erfolg verhindert hätten. Er war auch angemessen, weil die Beeinträchtigung des Mannes – Eingriff in die körperliche Unversehrtheit – von Art und Ausmaß nicht erkennbar außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg – Schutz der körperlichen Unversehrtheit oder sogar Verhinderung des Todes des A – stand.

IV. Ergebnis

Der Schlagstockeinsatz war daher insgesamt rechtmäßig.

⁴ Zur Wiederholung sei nochmals darauf hingewiesen, dass für die Art und Weise der Anwendung des unmittelbaren Zwangs durch den Polizeivollzugsdienst nicht die Vorschriften des VwVG, sondern die des PolG gelten.

Anmerkung: Wie die Falllösung gezeigt hat, war es erforderlich, im Rahmen einer Schachtelprüfung den fiktiven (hypothetischen) Verwaltungsakt zu prüfen. Das ist bei einer Zwangsmaßnahme des Sofortvollzugs unvermeidbar, auch wenn einige – vermeintliche – Redundanzen bestehen.

2. Maßnahme – Der Warnschuss in die Luft

I. Anwendbares Rechtsgebiet

Bei dem Warnschuss handelt es sich wegen der in ihm enthaltenen konkludenten Aufforderung, stehen zu bleiben, um einen Grundrechtseingriff (Art. 2 I GG). Er bedarf daher einer **Rechtsgrundlage**. Fraglich ist, welchem Rechtsgebiet diese zu entnehmen ist. Handelte B zum Zweck der Gefahrenabwehr, ist das Landespolizeigesetz anwendbar; handelte er zum Zweck der Strafverfolgung, ist die StPO einschlägig.

Abzustellen ist auf das **Schweregewicht des polizeilichen Handelns**. Bei der Ermittlung des Schweregewichts ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass ein *dringender Tatverdacht* besteht und die Polizei weitere Sachverhaltsaufklärungen durchführt bzw. Maßnahmen ergreift, um den staatlichen Strafanspruch sicherzustellen, ist von einer repressivpolizeilichen Tätigkeit auszugehen. Geht es dagegen primär um Schadensabwendung, ist die polizeiliche Maßnahme im Zweifel dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen.

- Für eine Maßnahme der Gefahrenabwehr spricht, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Mann, der immerhin äußerst aggressiv und mit einem Messer in der Hand durch die Innenstadt läuft, auch andere Menschen angreift und verletzt.
- Ist man demgegenüber der Auffassung, dass der Angriff auf A beendet sei und dass Anhaltspunkte dafür, dass der Mann mit dem Messer – jedenfalls in überschaubarer Zukunft – weitere Personen angreifen werde, nicht ersichtlich seien, ist es ebenso vertretbar festzustellen, dass es B in erster Linie um eine Strafverfolgung des Angreifers wegen dessen (beendeten) Angriffs auf A ankam.

Im Ergebnis sind beide Möglichkeiten gleichermaßen vertretbar. Stellt man auf den **repressiven** Charakter ab, könnte Rechtsgrundlage für den Warnschuss § 127 II StPO i.V.m. § 112 StPO i.V.m. §§ 223 ff. StGB sein. Da es sich jedoch lediglich um die Androhung eines Schusswaffengebrauchs handelt, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Androhung rechtmäßig ist. Grundsätzlich gilt, dass Androhungen hoheitlicher Maßnahmen nur dann rechtmäßig sind, wenn die Durchführung der Maßnahme selbst keinen rechtlichen Bedenken begegnet, weil ein Hoheitsträger belastende Maßnahmen gegenüber dem Bürger nur dann androhen darf, wenn er sie in letzter Konsequenz auch anwenden darf. Die Androhung des Schusswaffengebrauchs ist demzufolge nur dann rechtmäßig, wenn der Einsatz der Schusswaffe selbst formell und materiell rechtmäßig gewesen wäre.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit zur Anwendung des Zwangsmittels

Für die Anwendung repressiver Maßnahmen ist gem. §§ 1 IV, 64 I S. 2 Halbs. 2 BremPolG i.V.m. § 163 I StPO die Polizei sachlich zuständig. Auch hinsichtlich der örtlichen und instanzialen Zuständigkeit bestehen keine Bedenken.

2. Verfahrens- und Formvorschriften

Als allgemeine Verfahrensvorschrift ist unmittelbarer Zwang gem. § 44 I S. 1 BremPolG vor seiner Anwendung **anzudrohen**. Gem. § 44 I S. 2 BremPolG gilt als Androhung des Schusswaffengebrauchs auch die Abgabe eines Warnschusses. Dies ist vorliegend geschehen.

Weitere Verfahrens- und Formvorschriften des BremPolG sind bei repressiven Maßnahmen nicht zu prüfen. Der Einsatz der Schusswaffe war demnach formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Erste Voraussetzung der materiellen Rechtmäßigkeit des Zwangs ist dessen **grundsätzliche Zulässigkeit**. Anders als im PolG enthält die StPO hierüber keine ausdrücklichen Bestimmungen. Vielmehr ist hier davon auszugehen, dass jede Rechtsgrundlage der StPO zugleich stillschweigend die Befugnis enthält, die dort vorgesehenen Maßnahmen auch zwangsweise durchzusetzen.

Als Rechtsgrundlage für die dem Schusswaffengebrauch zugrunde liegende Maßnahme und damit auch für den Schusswaffengebrauch selbst kommt demzufolge § 127 II i.V.m. § 112 StPO in Betracht, deren Voraussetzungen erfüllt sind, vgl. auch §§ 223 ff. StGB.

Als allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen jedes vollzugspolizeilichen unmittelbaren Zwangs gelten die §§ 41-47 BremPolG, sodass hier insbesondere die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen für den Schusswaffengebrauch, §§ 46, 47 BremPolG, zu beachten sind.

Die Voraussetzungen des § 46 I S. 1 BremPolG sind allesamt erfüllt: Danach dürfen Schusswaffen u.a. dann gebraucht werden, wenn andere Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs offensichtlich keinen Erfolg versprechen. Da vorliegend der Flüchtige von A und B ausweislich des Sachverhalts nicht mehr einzuholen war, kam zur Durchsetzung der Festnahme nur ein Schusswaffengebrauch in Betracht. Auch § 46 I S. 2 BremPolG war gegeben: Die Schusswaffe hätte auch gegen eine Person eingesetzt werden dürfen, weil der Schusswaffengebrauch gegen Sachen keinen Erfolg versprochen hätte und den Täter fluchtunfähig gemacht hätte. Gleiches gilt für § 46 II S. 1 BremPolG. Ziel der Beamten konnte nur sein, den Mann fluchtunfähig zu machen.

§ 46 III BremPolG ist im vorliegenden Fall ausweislich des Sachverhalts offensichtlich nicht einschlägig.

Es muss zusätzlich eine der Alternativen des § 47 I BremPolG gegeben sein. Dies ist allerdings nicht der Fall. In Betracht kommen allein § 47 Nr. 1 und Nr. 3 b. BremPolG. Nach § 47 I Nr. 1 BremPolG wäre Voraussetzung für einen Schusswaffengebrauch, dass eine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben abzuwehren wäre. Daran mangelt es jedoch wenn man auf den repressiven Charakter des Warnschusses abstellt. Denn nach dieser Ansicht sind dem Geschehen keinerlei Hinweise dafür zu entnehmen, dass der Flüchtige wahrscheinlich und in allernächster Zukunft Gesundheit oder Leben anderer beeinträchtigen wird. Die Voraussetzungen des § 47 I Nr. 3 b BremPolG wären ebenfalls nicht erfüllt. Zwar ist der Mann eines Vergehens (§ 224 StGB) dringend verdächtig, doch würden keine Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt.

IV. Ergebnis auf Grundlage der strafprozessualen Lösung

Da die Voraussetzungen des § 47 BremPolG nicht erfüllt wären, würde ein Schusswaffengebrauch gegen den Flüchtigen materiell rechtswidrig sein. Die Androhung des Schusswaffengebrauchs ist damit ebenfalls rechtswidrig erfolgt.

V. Ergebnis nach Gefahrenabwehrrecht

Hätte man einen gefahrenabwehrrechtlichen Charakter des Warnschusses angenommen, wäre von vornherein ausschließlich auf das PolG abzustellen gewesen. Die Voraussetzungen des § 46 BremPolG hätten vorgelegen. Anders als bei der strafprozessualen Lösung hätten auch die Voraussetzungen des § 47 I Nr. 1 BremPolG vorgelegen. An der Einhaltung des Ermessens und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestehen keine Bedenken.

Nach der gefahrenabwehrrechtlichen Lösung wäre der Warnschuss somit rechtmäßig gewesen.

Variante zur 1. Maßnahme

B hat in der Variante von der Schusswaffe Gebrauch gemacht, um einen weiteren Angriff auf A zu verhindern. Da er den Angreifer in die Schulter getroffen und damit verletzt hat, ist der Frage nachzugehen, ob der Schusswaffengebrauch unverhältnismäßig war. Als anderes, weniger einschneidendes Zwangsmittel kommt der Schlagstockeinsatz in Betracht. Doch damit hätte sich B seinerseits der Gefahr ausgesetzt, sich wegen der erforderlichen räumlichen Nähe zum Angreifer selbst einen Messerstich zuzuziehen. Daher ist es gut vertretbar, den Schusswaffeneinsatz als einziges effektives Mittel zur Gefahrenabwehr anzusehen. Ist man anderer Meinung, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Schusswaffeneinsatz rechtswidrig gewesen ist.