

Studienbriefe für die Fachhochschulbildung der Polizei
Schriftleitung: Horst Clages, Ltd. Kriminaldirektor a.D., Overath

Klausur mit Lösung im Fach Polizeirecht

– Der schwarz-weiße Bullterier –*

Hilfsmittel: Polizeigesetz des Landes NRW, VwVG u.a. – Textausgabe, UZwG – Bund

Oberregierungsrat Stefan Voßschmidt, FH des Bundes, BKA Wiesbaden

Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) setzt eine Güterabwägung voraus. Die Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil für den Betroffenen führen, der zu dem beabsichtigenden Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Dabei ist objektiv zugunsten des wertvolleren Rechtsgutes zu entscheiden.

Durch die Anwendung der einfachen körperlichen Gewalt wurde in die Grundrechte des M. aus Artikel 2 Abs. 1 Allgemeine Handlungsfreiheit und Artikel 14 Eigentum (wegen der Wegnahme des Schlüssels kann das Fahrzeug nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden) eingegriffen. Demgegenüber steht die Bedrohung hochwertiger Rechtsgüter Dritter nämlich Leib, Leben und Gesundheit sowie die gesetzlichen Vorschriften des StGB und der StVO. In die Rechte des M wird nur geringfügig und kurzzeitig eingegriffen. Den Eingriff hat M allein veranlasst. Bei wertender Betrachtungsweise muss M den Eingriff in seine Rechte dulden.

Die Anwendung des Zwangsmittels war angemessen und auch verhältnismäßig. Die Gewaltanwendung war rechtlich statthaft. Die Anwendung unmittelbaren Zwanges war rechtmäßig.

Aufgabe 3: Erschießen des Hundes

A. Vorüberlegung

Fraglich ist ob hier ein Grund VA vorliegt und somit § 6 Abs. 1 VwVG einschlägig ist. Einerseits wurde durch den Schuss letztlich der Verwaltungsakt des B auf Herausgabe der Schlüssels durchgesetzt, andererseits verändern die Drohung des M und das Knurren des Hundes die unmittelbaren Kausalzusammenhänge, so dass gute Argumente für einen Sofortvollzug nach § 6 Abs. 2 VwVG sprechen.

Auch im Fall der Abwehr eines Angriffes z.B. nach einer Identitätsfeststellung wird ein Sofortvollzug angenommen³⁵. Dies überzeugt aber letztlich nicht. Der Wortlaut des § 6 Abs. 1 stellt auf die Durchsetzung des VA ab. Das Verhalten des M ist als „Widerstand“ gegen die Durchsetzung dieses VA (=Herausgabe des Schlüssels) zu werten. Widerstandshandlungen beispielsweise gegen die zwangsweise Durchsetzung einer verfügten Platzverweisung nach der Auflösung einer Demonstration fallen unter das gestreckte Verfahren.³⁶ So ist hier vom gestreckten Verfahren auszugehen.³⁷

B. Rechtmäßigkeit

I. Da es sich um die zwangsweise Durchsetzung des Grund VA Herausgabe/Sicherstellung des Schlüssels handelt, kann bzgl. der formellen Rechtmäßigkeit, des Rechtscharakters der Maßnahme und der Ermächtigungsgrundlage auf obige Ausführungen (S. 349 ff) verwiesen werden. Dies gilt auch für die Befugnis zur

Zwangsanzuwendung und die Verhältnismäßigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwangs (vgl. oben D I, II, S. 350 ff).

II. Verfahren der Anwendung des unmittelbaren Zwangs

1. Zulässige Zwangsmittel gemäß § 2 UZwG sind körperliche Gewalt, Hilfsmittel der körperlichen Gewalt und Waffengebrauch. Da L den Hund erschoss, liegt Waffengebrauch vor. Er benutzte seine Dienstwaffe, eine der nach § 2 Abs. 4 UZwG zugelassenen Waffen.

2. Androhung

a) Die Androhung von Zwangsmitteln allgemein richtet sich nach § 13 VwVG.

b) Für die Androhung des Schusswaffengebrauchs gilt § 13 UZwG.

Zu a): Eine Androhung des Schusses fehlt.

Im gestreckten Verfahren wie hier ist die Androhung nach § 13 VwVG dann entbehrlich, wenn sich die Sachlage, nachdem die Grundverfügung ergangen ist dramatisch, verändert hat und ein polizeiliches Handeln so dringend und eilbedürftig geworden ist, dass für die Androhung der Zwangsmaßnahme keine Zeit mehr bleibt. Um die Androhung entbehrlich werden zu lassen, müssen mithin im Zeitpunkt der Zwangsanzuwendung die Voraussetzungen des Sofortvollzugs nach § 6 Abs. 2 VwVG erfüllt sein.³⁸ Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 sind: notwendig zur Verhinderung einer rechtswidrigen Tat.

Das polizeiliche Tun diene dazu die Trunkenheitsfahrt, eine rechtswidrige Tat die einen Straftatbestand verwirklichte (vgl. oben S.2), zu verhindern. Notwendig bedeutet hier zeitlich dringlich. Notwendig ist der Sofortvollzug dann, wenn die Gefahr im gestreckten Verfahren nicht oder nicht rechtzeitig abgewendet werden kann.³⁹ Hätten A oder B hier den Zwang angedroht, wäre Zeit verstrichen, der Hund hätte Zeit und Gelegenheit gehabt zuzubeißen und M hätte wegfahren können. Für den Erlass einer Androhung blieb keine Zeit. Das polizeiliche Tun war notwendig. Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 sind erfüllt, so dass die Androhung nach § 13 VwVG hier entbehrlich war.

Zu b): Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 UZwG ist die Anwendung von Schusswaffen immer anzudrohen. Im Gegensatz zu vielen Landespolizeigesetzen⁴⁰ sieht § 13 Abs. 1 UZwG keine Ausnahme von der Erforderlichkeit der Androhung vor. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich wie hier um einen Schusswaffengebrauch gegen Tiere bzw. Sachen und nicht gegen Personen handelt.⁴¹

Somit braucht hier (noch) nicht abgegrenzt zu werden, ob der Schuss auf den Hund im Pkw auch ein Schusswaffengebrauch gegen den ebenfalls im Fahrzeug befindlichen M war. Ausdrücklich wurde der Schusswaffengebrauch gegen den Hund nicht an-

* Fortsetzung aus Kriminalistik-Skript 5/07, S. 348.

gedroht. Zwar wurde zuvor angedroht, sich den Fahrzeugschlüssel gewaltsam zu holen. Aber selbst wenn diese allgemeine Androhung den Gesamtgeschehensablauf umfassen sollte, genügt sie nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Satz 1 UZwG, der eine ausdrückliche Androhung des Schusswaffengebrauchs fordert. Die Androhung des Schusswaffengebrauchs muss unmissverständlich sein.⁴²

An einer derartigen Androhung fehlt es hier. Trotz dieser klaren Formulierung nach der der Bearbeiter eigentlich zu dem Schluss kommen muss, dass der Schusswaffengebrauch wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften rechtswidrig ist, werden in der Literatur Meinungen vertreten, die zu einem anderen Ergebnis führen können. Die Anordnung des Schusswaffengebrauchs wird mit folgenden Argumenten für entbehrlich gehalten:

aa) Die Berechtigung der Polizei zum sofortigen Vollzug, § 6 Abs. 2 VwVG, wird als allgemeine, bestimmte Verfahrenserfordernisse entbehrlich machende Spezialregelung für das polizeiliche Handeln aufgefasst. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung könne nicht durch § 13 UZwG zunichte gemacht werden. Unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 6 Abs. 2 VwVG sei daher § 13 Abs. 1 S. 1 UZwG so auszulegen, dass in Fällen, in denen für eine Androhung keine Zeit bleibt und hochwertige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen, auf die dem Wortlaut nach zwingende Androhung verzichtet werden kann.⁴³

bb) Teilweise wird der Anwendungsbereich der Vorschrift durch eine teleologische Reduktion der Norm verengt. Zweck der Androhung sei es, dem Betroffenen die Gefährlichkeit seiner Situation vor Augen zu führen und ihm anzuraten, sich der staatlichen Gewalt zu unterwerfen. Ist sich der Täter aber gerade dieser Gefahr bewusst und dokumentiert er seine grundsätzliche Unbeugsamkeit, könne in diesen Fällen die Androhung ihren gesetzlichen Zweck nicht erreichen. Eine Androhung, die ihren gesetzlichen Zweck aber verfehle, müsse ausnahmsweise entbehrlich sein.⁴⁴

cc) Schließt sich der Klausurbearbeiter einer dieser Literaturmeinungen an, kann er zu dem Ergebnis gelangen, dass der Schusswaffengebrauch insoweit rechtmäßig ist.

3. Beachtung der Voraussetzungen im Einzelfall

Die Prüfung dieses Unterpunktes kommt nur bei folgenden Maßnahmen in Betracht:

- Fesselung und
- Schusswaffengebrauch.

§ 10 UZwG beschreibt die Möglichkeit des hoheitlichen Schusswaffengebrauchs gegen Personen, d.h. beantwortet die Frage: „Warum darf ich schießen?“ Beim Schusswaffengebrauch gegen Einzelpersonen sind die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 UZwG zu prüfen.

Dies gilt bei einem Schusswaffengebrauch gegen Sachen aber nur, wenn erkennbar die Wahrscheinlichkeit besteht, dass Personen verletzt werden (vgl. UZwG VwV BMI, Abschnitt VI C 5). Da M. ebenfalls im Fahrzeug saß, als sein Hund erschossen wurde, könnte man wegen der räumlichen Nähe daran denken, dass auch er gefährdet wäre. Dann wären die Voraussetzungen des Schusswaffengebrauchs gegen Menschen zu prüfen. Dafür bietet der Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte. Allein die Tatsache, dass M. angetrunken im Auto sitzt, als das auf dem Nebensitz befindliche Tier erschossen wird, begründet keine Gefährdung seiner Person. Das Gesamtgeschehen ist vielmehr so auszulegen, dass der Hund sich nicht unmittelbar am Körper des M. sondern auf dem Beifahrersitz oder der Rückbank befand. Aus der Position des ausgebildeten PVB A – ein absolut sicherer

Schütze – der unmittelbar am Fahrzeug steht, war der Hund ein deutliches Ziel. Laut Sachverhalt erschießt er das Tier ohne dass M. gefährdet wird. Damit entfällt eine Prüfung des § 10 UZwG. 4. § 12 UZwG konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den § 4 UZwG für die Anwendungen den unmittelbaren Zugang im Allgemeinen regelt, für den Schusswaffengebrauch. § 12 UZwG enthält diesbezüglich zwingende Vorschriften und beantwortet die Frage „Wie muss ich schießen“. Gegenüber Tieren gilt nur das Gebot des § 12 Abs. 1 Satz 1 : Subsidiarität des Schusswaffengebrauchs. In der konkreten Situation: Drohung des M. „sonst zerfleischt Dich mein Hund“, der Hund knurrt bedrohlich und soll entsprechend der Aussage des Anrufers schon jemanden gebissen haben, war der Einsatz geringerer Zwangsmittel, z.B. einfacher körperlicher Gewalt, ausgeschlossen, dem Subsidiaritätsgebot Rechnung getragen.

M. ist laut Sachverhalt die einzig anwesende Person und nach obigem nicht gefährdet. Damit kann § 12 Abs. 2 Satz 2 UZwG nicht einschlägig sein. Die Frage, ob M. als Unbeteiligter angesehen werden könnte, ist irrelevant.

5. Beachtung des Übermaßgebotes, § 4 UZwG

Letzter Prüfpunkt ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auch Übermaßverbot genannt.

Demnach muss eine Maßnahme

- a) geeignet
- b) erforderlich und
- c) verhältnismäßig im engeren Sinne (i.e.S.) sein.

Die Geeignetheit wird wie folgt definiert:

Geeignet ist eine Maßnahme, die rechtlich und tatsächlich möglich ist und den erstrebten Erfolg, die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, herbeiführt oder zumindest fördert. Hier war der Zwang geeignet, da er den Grund VA durchsetzte. Die Definition der Erforderlichkeit lautet:

Die Polizei darf von mehreren geeigneten Maßnahmen nur diejenige treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 12 ist der Einsatz von Waffen gegen Sachen vorrangig. Mildere Waffen als die Schusswaffe hätten aber in der konkreten Situation: M kann jederzeit losfahren und Dritte gefährden, der Hund kann jederzeit zubeißen, die Gefahr nicht beseitigt.

Die Schusswaffe ist gegen einen Hund eingesetzt worden. Bei einem Tier handelt es sich nicht mehr, wie früher, um eine Sache. Gem. § 90 a BGB sind Tiere aber Sachen gleichgestellt, soweit nichts anderes bestimmt ist. Das ist im Polizeirecht allgemein nicht der Fall. Da Ziel des § 12 Abs. 1 Satz 2 nur die Subsidiarität des Schusswaffengebrauchs gegen Menschen ist, besteht aus der Norm keine Verpflichtung, vorrangig auf eine Sache i.S.d. § 90 BGB zu schießen. Die Erforderlichkeit ist gegeben.

Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. setzt eine Güterabwägung voraus. Die Maßnahme darf nicht zu einem Nachteil für den Betroffenen führen, der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Dabei ist objektiv zu Gunsten des wertvolleren Rechtsguts zu entscheiden. Das sind hier Leben und Gesundheit der Verkehrsteilnehmer und des M. selbst. Dahinter muss sein Recht am Leben des Hundes, Art. 14, (auch Tierschutzgesetz, BGB) zurückstehen.

C. Ergebnis

Die Anwendung des unmittelbaren Zwangs, konkret das Erschießen des Hundes, war ebenfalls rechtmäßig.

Lösung zur Ersten Abwandlung

Zu den Aufgaben 1 und 2 ergeben sich keine Änderung zum Ausgangsfall. Ob A oder B dem Mann den Schlüssel abnimmt, ist für die Zwangsanzwendung unerheblich. Das gewaltsame Wegnehmen des Schlüssels ist Zwang.

Aufgabe 3 entfällt. Das Ablenken des Hundes beinhaltet keine Zwangsanzwendung. Zwang bezieht sich auf menschliches Verhalten.

Lösung zur Zweiten Abwandlung

Zu Aufgabe 1:

A. Von der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit ist laut Bearbeitungsvermerk auszugehen

B. Materielle Rechtmäßigkeit

I. Bzgl. des Rechtscharakters, der Maßnahme ändert sich zum Ausgangsfall nichts.

II. Ermächtigungsgrundlage wäre § 21 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. S. 2 BKAG (Gesetz über das Bundeskriminalamt).⁴⁵

1. Unabhängig davon, dass von der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit der handelnden Beamten auszugehen ist, ist wegen des Wortlautes der Vorschrift des § 21 Abs. 1 BKAG „Zur Erfüllung seiner Aufgabe nach § 5 kann das Bundeskriminalamt die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren“ ein enger Bezug zum Personenschutz erforderlich.⁴⁶

a) Eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit liegt vor, vgl. oben Frage 1 B II 1, S. 2

b) Aber es ist keinerlei Bezug im Personenschutz erkennbar, wie es § 5 fordert. Somit kann § 21 BKAG grds. nicht als Ermächtigungsgrundlage dienen.⁴⁷

2. Auf die Problematik einer evtl. Eilzuständigkeit, z.B. entsprechend § 9 PolG NW/BKAG, wird nicht eingegangen. Dies würde den Rahmen sprengen und bildet ein gesondertes Thema.

Zu Aufgabe 2:

A. Es gilt das oben ausgeführte

B. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 21 Abs. 5 Satz 1 BKAG in Betracht⁴⁸

Aber auch hier ist ein enger Bezug zum Personenschutz erforderlich.

Zu Aufgabe 3:

Erschießen des Hundes: Die Voraussetzungen der § 1, 4, 6, 9 UZwG sind erfüllt. In der konkreten Situation M sitzt im Auto und will den Schlüssel umdrehen, können andere Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs offensichtlich keinen Erfolg versprechen. Die Schusswaffe ist das äußerste Mittel. Erst wenn andere Maßnahmen des unmittelbaren Zwanges nicht ausreichen, kommt ein Schusswaffengebrauch in Betracht. Vorrangig sind vor allem Hilfsmittel der körperlichen Gewalt, wie Waffen, Reizstoffe und andere gesetzlich zugelassene Zwangsmittel. Dies ist eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach § 4. Schusswaffengebrauch gegen Sachen (auch Tiere) geht dem Waffeneinsatz gegen Personen vor.⁴⁹ Zwangsmittel versprechen offensichtlich keinen Erfolg, wenn nach der Lage des Einzelfalles der entscheidende Vollzugsbeamte zu dem Schluss kommen muss, dass Zwangsmittel unterhalb der Ebene des Schusswaffeneinsatzes ungeeignet sind.⁵⁰

Lösung zur Dritten Abwandlung

Zu Aufgabe 1:

wie oben

Zu Aufgabe 2:

Prüfung nach nordrhein-westfälischem Polizeirecht

III. Rechtmäßigkeit der Zwangsanzordnung

1. Befugnis zur Zwangsanzwendung gemäß § 50 Abs. 1 PolG/NW
Die Zwangsanzwendung ist ebenfalls von zwei Voraussetzungen abhängig:⁵¹

a) der Verwaltungsakt muss auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet sein (Herausgabe einer Sache fehlt). Der Verwaltungsakt bezieht sich auf die Herausgabe eines Schlüssels, ein Handeln.⁵²

b) Der Verwaltungsakt muss unanfechtbar sein oder ein Rechtsmittel darf keine aufschiebende Wirkung haben. Das Verfahren ist grundsätzlich dreistufig, Androhung (§ 63 Abs. 1 VwVG NW), Festsetzung und Anwendung des Zwangsmittels.

Verwaltungsakte können nur mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn sie unanfechtbar sind oder ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Trotz des abweichenden Wortlautes ist die Prüfung identisch der obigen, denn Rechtsmittel gegen Verwaltungsakte haben u.a. dann keine aufschiebende Wirkung, wenn es sich um unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO handelt oder das Verwaltungsgericht gem. § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels angeordnet hat, vgl. Vw PolG NRW zu § 50 (zum Handeln gehört z.B. die Herausgabe einer Sache bei der Sicherstellung gem. § 43).⁵³ In den Fällen des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO geht der dringliche Schutz der öffentlichen Sicherheit dem Interesse der betroffenen Person an nochmaliger rechtlicher Überprüfung des Verwaltungsaktes vor seiner Durchsetzung vor. Unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen der Polizei in diesem Sinne liegen vor allem dann vor, wenn die Polizei konkrete Gefahren abwehrt. Das sofortige Einschreiten des Polizeivollzugsbeamten muss erforderlich sein, wie es regelmäßig bei Maßnahmen auf der Straße etwa zur Regelung des Straßenverkehrs der Fall ist. Kann die Gefahr hingegen vom Schreibtisch aus durch Verwaltungsakt geregelt werden, so scheidet diese Alternative aus. Die auf die Herausgabe der Schlüssel gerichtete Verfügung diene der Abwehr konkreter Gefahr für Gesundheit und Leben Dritter.

2. Verhältnismäßigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwanges – § 51 PolG NRW

Zu prüfen ist, ob das angewandte Zwangsmittel im Hinblick auf die anderen zur Verfügung stehenden Zwangsmittel rechtmäßig ist. Gem. § 51 Abs. 1 PolG NRW stehen grundsätzlich folgende Zwangsmittel zur Verfügung.

- Ersatzvornahme § 52
- Zwangsgeld § 53
- unmittelbarer Zwang § 55

Zur Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbaren Zwang – vgl. oben.

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für mehrere Zwangsmittel vor, wählt die Polizei das geeignete nach pflichtgemäßem Ermessen entsprechend § 3 PolG NRW aus. Das Ermessen wird durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß § 2 eingeschränkt. Die Reihenfolge der Aufzählung der Zwangsmittel gibt Anhaltspunkte dafür, was der Gesetzgeber für den Regelfall als schwereren Eingriff ansieht. Beim unmittelbaren Zwang ist § 55 Abs. 1 besonders zu beachten. Gerade bei der Anwendung des unmittelbaren Zwanges kommt es auf die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im besonderen Maße an. Die Reihenfolge ist nicht zwingend. So kann nach den Umständen des Einzelfalles auch der unmittelbare Zwang weniger belastend

sein, als die Ersatzvornahme. Aber entsprechend § 55 ist unmittelbarer Zwang grundsätzlich nur zulässig, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind.

3. Verfahren der Anwendung des unmittelbaren Zwangs

Für die Art und Weise der Anwendung unmittelbaren Zwanges gelten die §§ 57 ff. Der unmittelbare Zwang ist gesetzlich in § 58 Abs. 1, die körperliche Gewalt in § 58 Abs. 2 definiert. Hilfsmittel der körperlichen Gewalt werden beispielhaft aufgezählt. Gemäß § 56 PolG NRW sind Zwangsmittel anzudrohen. Die Verpflichtung zur Androhung der Zwangsmittel ist ein Kernstück des rechtsstaatlich ausgestalteten Verfahrens zur Durchsetzung behördlicher Anordnungen. Der Sinn der Androhung liegt darin der betroffenen Person Gelegenheit zu geben, ohne Anwendung von Zwang der Androhung von sich aus zu folgen (§ 50 Abs. 1 regelt das sog. gestreckte Verfahren, § 50 Abs. 2 regelt den Verwaltungszwang ohne vorausgegangenen Verwaltungsakt)

4. Gemäß § 61 ist auch der unmittelbare Zwang vor seiner Anwendung anzudrohen.⁵⁴ Entsprechend § 61 Abs. 1 Satz 2 kann von der Androhung abgesehen werden, wenn die Umstände sie nicht zulassen, insbesondere wenn die sofortige Anwendung des Zwangsmittels zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ist (vgl. die Frage 1, D III 2).

5. Beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist das Übermaßverbot zu beachten. Die Maßnahme muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen) sein (s.o.).

Zu Aufgabe 3:

A. Vorüberlegungen und bis D II wie Ausgangsfall

B. Besonderheit

I. Die allgemeine Androhung ist in §§ 56, 61 PolG NW geregelt

II. Der Schusswaffengebrauch richtet sich nach § 63

Es ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede.

Die Klausur (1. Teil) wurde im Sommer 2005 gestellt, später noch einmal als Übungsklausur.

Anmerkungen:

- 1 Auf die Generalklausel des § 8 Abs. 1 PolG/NW darf nicht zurückgegriffen werden, wenn es sich um Maßnahmen zur Gefahrenabwehr nach dem §§ 9 – 46 handelt, VV PolG NRW zu § 8 Satz 1, abgedruckt bei Tegtmeier, Henning, Vahle, Jürgen, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen mit Erläuterungen 9. Auflage, Stuttgart u.a. 2004, § 8 vor Rn 1. Das Grundrecht Freiheit der Person wird gem. § 7 durch das PolG/NW eingeschränkt. Art. 2 Abs. 1 GG wird zwar in § 7 nicht genannt, doch ist dies auch nicht notwendig. Es liegt kein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) vor, weil dessen Inhalt durch Gesetz begrenzt werden kann, so dass die Zitierpflicht nach Art. 19 GG entfällt, vgl. Tegtmeier/Vahle, § 7 Rn 4.
- 2 Tegtmeier/Vahle, § 1 Rn 15, Schenke, Wolf-Rüdiger, Polizei- und Ordnungsrecht, Heidelberg, 4/2005, S. 37 f. Schaden meint die objektive Minderung eines vorhandenen Bestandes an Rechtsgütern.
- 3 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 8 Rn 8, § 2 Rn 2. Strafbare Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten dürfen nicht verlangt werden, entsprechende Verwaltungsakte wären gem. § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG/NW und Bund sogar nichtig. Das gilt auch für Verwaltungsakte, die aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, § 94 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG/NW.
- 4 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 2 Rn 2
- 5 Ein Verschulden i.S.d. Zivilrechts oder eine Schuld (Schuldfähigkeit) im strafrechtlichen Sinne wird nicht vorausgesetzt, vgl. VG Berlin, NJW 2001, S. 2489, 2490: Die Polizeipflicht hat aus Gründen der effektiven Gefahrenabwehr allgemeine Gültigkeit, ebenso Schenke, S. 155 ff, Tegtmeier/Vahle § 4 Rn. 4. Die Trunkenheit des M. ist also hier irrelevant.
- 6 Vgl. insgesamt Blümel/Drewes/Malmberg/Walter, Bundespolizeigesetz -BPolG- Zwangsangwendung nach Bundesrecht VwVG/UZwG, Stuttgart u.a. 3. Auflage 2006, § 6 VwVG Rn1 (Walter), im folgenden zit. Walter, sowie die zweite Auflage desselben Kommentars Fischer/Hitz/Laskowski/Walter, Bundesgrenzschutzgesetz BGG, Zwangsangwendung nach Bundesrecht VwVG/UZwG, 2. Auflage Stuttgart u.a. 1988, § 6 VwVG Rn 1 (Walter).

- 7 Walter § 6 VwVG Rn 4 f
- 8 Tegtmeier/Vahle, § 7 Rn 4
- 9 Anm.: Leider haben hier viele Studenten fälschlicherweise wieder § 8 geprüft. Die Sicherstellung von Führerscheinen ist über § 94 Abs. 3 StPO ausdrücklich geregelt, Abs. 1 spricht auch von Verwahrung. Hier zeigen sich die Parallelen des Polizeirechts und der Strafprozeßordnung.
- 10 OVG Münster DVBl 1991, S. 1373, Tegtmeier/Vahle, § 43 Rn 1, § 44, Rn 1 – amtliches Obhutsverhältnis. Die Sicherstellung beendet den Gewahrsam des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten einer Sache unter Begründung neuen Gewahrsams durch die Polizei oder Verwaltungsbehörde, vgl. Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei und Ordnungsrecht, München 1998, Rn 174, S. 125, Wolfgang, Hans – Michael, Hendricks, Michael, Merz, Matthias, Polizeirecht und allgemeines Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, München 2/2004, S. 57, Rn 181 ff
- 11 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 43 Rn 6 mit Beispielen
- 12 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 8 Rn 8ff, 12, 14, Schenke, POR, Rn 78, 159.
- 13 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 44 Rn 10.
- 14 Walter- § 6 VwVG Rn 4
- 15 Walter- § 6 VwVG Rn 6. Dies setzt eine Wirksamkeit des Verwaltungsaktes voraus, d.h. er darf nicht nichtig sein.
- 16 Walter- § 6 VwVG Rn 8
- 17 Walter- § 6 VwVG Rn 8
- 18 Walter- § 6 VwVG, Rn 7, 10
- 19 Walter- § 9 VwVG, Rn 2
- 20 Ultima ratio polizeilicher Zwangsangwendung, vgl. Wacke, Das Bundesgesetz über den unmittelbaren Zwang, JZ 1962, 138, Walter, § 12 VwVG Rn 1
- 21 Das Gesetz verlangt, dass vor der Anwendung unmittelbaren Zwanges abgewogen wird, ob andere Zwangsmittel angewendet werden können, vgl. Walter § 12 VwVG Rn 2
- 22 Walter § 12 VwVG Rn 2 f
- 23 vgl. § 10 VwVG Rn 1f
- 24 Da es in Frage 2 nicht um Schusswaffengebrauch geht, ist hier § 13 UZwG nicht zu prüfen.
- 25 Engelhardt/App Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar 6. Auflage, München 2004 § 13 VwVG Rn 16 m.w.N.
- 26 H.M. vgl. nur OVG Münster, DÖV 1967. 496, Heesen, Höhle, Peilert, Bundesgrenzschutzgesetz, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Gesetz über den unmittelbaren Zwang, 4. Auflage 2002, § 13 VwVG Rn 8 (Peilert)
- 27 VGH Kassel, NVwZ 1982, 514, 515, Peilert a.a.O. Rn 3, App/Wettläufer, Verwaltungsvollstreckungsrecht Köln 3/1997, S. 37 Rn 5, Brühl, Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungszwangs im gestreckten Verfahren, Jus 1997, 927, 929
- 28 OVG Münster DÖV 1967, 496, Peilert a.a.O. Rn 8. Nach § 63 VwVG NW bedarf es bei einem fortdauernden Verstoß gegen einen Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestand keiner Fristsetzung
- 29 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht § 160 Rn 13, Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band 2, München 6/2000, § 64 Rn 91, S. 471, Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes Stuttgart u.a. 2/1978, § 34 Rn 7
- 30 Tegtmeier/Vahle § 56 Rn 7,6
- 31 Peilert a.a.O. § 13 UZwG Rn 8, Thiede, Zulässigkeit des gezielten Todeschusses (sogenannter „finaler Rettungsschuss“) durch Polizeivollzugsbeamte des Bundes und der Länder, in: Kriminalistik, 2000, 207, 209 gebraucht die Formulierung: androhungsresistenter Störertyp
- 32 Peilert a.a.O., ebenso zur Androhung überhaupt. Die Methode der teleologischen Reduktion ist nicht unumstritten, vgl. insgesamt Brandenburg, Hans-Friedrich, Die teleologische Reduktion. Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzes Einschränkung im Privatrecht, Göttingen Diss 1982. Der Denkfigur hat Karl Larenz ihren Namen gegeben. Larenz geht davon aus, dass eine verdeckte Regelungslücke dann vorliegt, wenn eine gesetzliche Regel zwar entgegen ihrem Wortsinn aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzes einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext nicht enthalten ist. Die Ausfüllung der Lücke geschieht durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u.a. 4/1979, S. 362, 377. Bekanntestes Beispiel für die negativen Folgen einer Analogie ist der Hitler-Prozess von 1924. Adolf Hitler war 1924 vom Volksgericht München wegen Hochverrats (Putsch vom 9. November 1923) zur Mindeststrafe von 5 Jahren verurteilt worden. Nach dem Republikschutzgesetz von 1922 war bei einer Verurteilung wegen Hochverrats die Ausweisung zwingend vorgeschrieben. Hitler war damals Österreicher, hätte also zwingend ausgewiesen werden müssen. Aber das Gericht findet

- folgende Formulierung: Hitler ist Deutsch-Österreicher. Er betrachtet sich als Deutscher. Auf einen Mann der so deutsch denkt und fühlt wie Hitler kann nach Auffassung des Gerichts die Vorschrift des Republiksschutzgesetzes ihrer Sinn- und Zweckbestimmung nach keine Anwendung finden, vgl. Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, München 3/2006, S. 481 ff, 484. Deutlich ein Fall der teleologischen Reduktion, von Wesel allerdings als „eine Art von Analogie“ bewertet, ebd. S 484
- 33 Damit wird das Merkmal der Bestimmtheit relativiert, vgl. Henneke in Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz Köln u.a. 8/2004 § 37 Rn 6 f. Ein Handeln oder Dulden muss regelmäßig genauer umschrieben werden als ein Unterlassen.
- 34 BGH MDR 1975, 1006, OVG Münster NVwZ RR 1993, 138, Peilert a.a.O. Rn 10, Kopp/Raumsauer, VwVfG, München 9/2005, § 37 Rn 14
- 35 Heesen/Hönle/Peilert, § 6 VwVG Rn14
- 36 Vgl. Tegtmeier/Vahle, § 34 Rn 3
- 37 Es ist ebenso vertretbar einen Sofortvollzug nach § 6 Abs. 2 anzunehmen
- 38 Peilert a.a.O § 13 VwVG Rn 4 spricht davon, dass in diesem Fall die Androhung „fingiert“ wird.
- 39 Walter § 6 VwVG Rn 19
- 40 Vgl. § 61 PolG NW „Schusswaffen dürfen nur dann ohne Androhung gebraucht werden, wenn das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erforderlich ist“ und Tegtmeier/Vahle § 61 Rn 5
- 41 Der Schuss auf den Hund ist nicht auch als Schuss auf den daneben sitzenden M zu werten, vgl. unten S. 20f.
- 42 Peilert a.a.O. § 13 UZwG Rn 11
- 43 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. 1986, § 28, Anm. 3 b, S. 527 ff. Bei Unterlassungen ist die Fristsetzung in Fortführung der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes entbehrlich, da diese dazu führen würde, dass ein polizeirechtswidriger Zustand aufrecht erhalten würde, ebd. S. 529, siehe auch Walter, § 12 UZwG, Rn. 16
- 44 Krey/Meyer, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP 1973, S. 1 ff Heesen/Hönle/Peilert, a.a.O., § 13 UZwG, Rn. 8
- 45 Darüber hinaus können gem. § 19 Abs. 4 BKAG Polizeivollzugsbeamte des BKA im Zuständigkeitsbereich eines Bundeslandes zur Gefahrenabwehr tätig werden, vgl. Ahlf/Daub/Lersch/Störzer, Bundeskriminalamtgesetz BKAG mit Erläuterungen, Stuttgart 2000, § 19 Rn 10 ff.(Lersch). Auch gilt das Legalitätsprinzip, §§ 164,163 StPO.
- 46 § 5 Abs. 1 Nr. 1 BKA Gesetz lautet: ...“obliegt dem Bundeskriminalamt der erforderliche Personenschutz für die Mitglieder der Verfassungsorgane des Bundes...”
- 47 Sollte dieser Auffassung nicht gefolgt werden, entspricht die Prüfung der Generalklausel des § 21 Abs. 1 Satz 1 BKAG der Prüfung der Generalklausel des § 8 PolG NW. Die Verantwortlichkeit des Handlungsstörers ergibt sich aus § 21 Abs. 1 Satz 3 BKAG i.V.m. § 17 Abs. 1. §§ 15, 16 BPolG regeln den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Ermessen. Die Prüfung entspricht der obigen. Das gilt entsprechend für § 26 BKAG. Hier ist ein enger Bezug zum Zeugenschutz erforderlich, § 6 BKAG, an dem es ebenfalls fehlt.
- 48 § 21 Abs. 5 BKA G lautet „Das Bundeskriminalamt kann zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die zu schützende Person oder Räumlichkeiten eine Sache sicherstellen. Die §§ 48–50 des Bundespolizeigesetzes gelten entsprechend“. Die Vorschriften entsprechen denen des PolG NW.
- 49 vgl. Heesen/Hönle/Peilert, Bundesgrenzschutzgesetz, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Gesetz über den unmittelbaren Zwang, Kommentar 4. Auflage 2002, § 12 UZwG, Rn 2
- 50 vgl. Walter, § 12 UZwG, Rn 8, § 10 UZwG, Rn 61
- 51 vgl. Wolfgang/Hendrichs S. 149, Rn 521
- 52 Die andere gesetzliche Formulierung führt nicht zu anderen Ergebnissen.
- 53 vgl. Tegtmeier/Vahle § 43Rn 2
- 54 Die Androhung des Zwangsmittels ist, auch wenn sie mit der polizeilichen Grundverfügung verbunden wurde, ein Verwaltungsakt, denn die Androhung enthält die Entscheidung, dass und mit welchem Zwangsmittel, das von dem Pflichtigen geforderte Verhalten erzwungen werden soll. Mit der Androhung beginnt die Zwangsvollstreckung (Bundesverwaltungsgericht DÖV 1972, 425. Rasch, Problem des polizeilichen Zwanges/Zwangsgeld Ersatzvornahme/Rechtschutz), DVBL 1990, 1017, 1020, OVG Münster BRS. 28, 319 ff, 321.. Zwischen der durchzusetzenden Grundverfügung und der Vollstreckung muss Kongruenz bestehen, d.h. mit dem Zwangsmittel darf nichts anderes und auch nicht mehr durchgesetzt werden, als in der Grundverfügung angeordnet ist, angedroht werden, Drews, Wacke, Vogel, Martens § 28, S. 521.