

rein tatsächliche Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand, so bedarf es für die Umsetzung keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage. Dies gilt z. B. für die lärmindernde Ausgestaltung öffentlicher Einrichtungen. Im Übrigen sind die im Plan vorgesehenen Maßnahmen jedoch durch Anordnungen oder sonstige Entscheidungen der zuständigen Träger öffentlicher Verwaltung nach dem BImSchG oder nach anderen Rechtsvorschriften³⁷ durchzusetzen; dies ergibt sich aus der Verweisung des § 47 d Abs. 6 BImSchG auf die für Luftreinhaltepläne geltende Vorschrift des § 47 Abs. 6 BImSchG.

Angesichts der dominierenden Wirkung des Straßenverkehrslärms kommt Maßnahmen, die sich gegen diesen richten, besondere praktische Bedeutung zu. Zu denken ist hier insbesondere an straßenverkehrsrechtliche Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 bzw. Abs. 1 b Satz 1 Nr. 5 StVO. Danach können die Straßenverkehrsbehörden zum Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärm und Abgasen die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken beschränken oder verbieten und den Verkehr umleiten bzw. Anordnungen zum Schutz der Bevölkerung vor Lärm und Abgasen treffen³⁸. Zu denken ist auch an die Kennzeichnung von Fußgängerbereichen oder verkehrsberuhigten Bereichen nach § 45 Abs. 1 b Satz 2 StVO³⁹.

IV. Zusammenfassung

In Umsetzung der Umgebungslärmrichtlinie regelt der neu in das BImSchG eingefügte Sechste Teil (§§ 47 a bis 47 f. BImSchG) die Lärminderungsplanung von Grund auf neu gegenüber den bisherigen und nunmehr aufgehobenen Regelungen in § 47 a a. F. BImSchG. Lärminderungsplanung verfolgt keinen ordnungs-

rechtlichen, sondern einen strategischen Ansatz: Durch ein planerisches Instrumentarium, das mit einem Maßnahmenpaket ausgestattet werden soll, soll ausreichend Vorsorge in Bezug auf Umgebungslärm betrieben werden. Der Begriff des Umgebungslärms umfasst dabei auch bloße Belästigungen. Bezweckt ist nicht nur, die Lärmbelastung bereits belasteter Gebiete möglichst zu reduzieren, sondern gerade auch unbelastete, also noch weitgehend ruhige Gebiete vor Zunahme von Lärm zu schützen. § 47 d Abs. 2 Satz 2 BImSchG bringt dies klar zum Ausdruck.

Lärminderungsplanung vollzieht sich auf zwei Stufen: Zunächst ist auf der ersten Stufe die vorhandene Lärmsituation für bestimmte Hauptlärmquellen im Wege einer Lärmkartierung zu erfassen (§ 47 c BImSchG). Sodann erfolgt auf der zweiten Stufe die eigentliche Lärminderungsplanung, indem Lärmaktionspläne aufgestellt werden, mit denen Lärmprobleme und Lärmauswirkungen geregelt werden (§ 47 d BImSchG). Die Öffentlichkeit ist dabei im Sinne eines aktiven Mitwirkungsrechts zu beteiligen.

Zuständige Behörden sind gemäß § 47 e Abs. 1 BImSchG grundsätzlich die Gemeinden. Die Vorschrift enthält aber eine Länderöffnungsklausel dahingehend, dass die Zuständigkeit durch Landesrecht auch anderweitig bestimmt werden kann. Nordrhein-Westfalen wird hiervon aller Voraussicht nach keinen Gebrauch machen, sondern die Zuständigkeit bei den Gemeinden belassen.

37 Solche finden sich vor allem im Straßenverkehrsrecht, im Straßenrecht und im Bauplanungsrecht.

38 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe *Hentschel*, Straßenverkehrsrecht (38. Aufl. 2005), § 45 StVO Rn. 29; *Dürr*, UPR 1992, 241 (248 f.); *Rebler*, SVR 2004, 173 (176 f.); *ders.*, SVR 2005, 211 (212 f.).

39 Siehe dazu *Hentschel* (Fn. 38), § 45 StVO Rn. 35; *Steiner*, NVwZ 1984, 201; *Dürr*, UPR 1992, 241 (249); *Rebler*, NZV 2006, 113.

Rechtsstaatliche Regelung für den polizeilichen Todesschuss in NRW

Von Dipl.-Jur. Marco Buschmann und Dipl.-Jur. Jan Schiller*

Am 22. Juli 2005 töteten fünf Londoner Polizisten den 27-jährigen Brasilianer *Jean Charles de Menezes* durch gezielte Schüsse in den Kopf. Er stand irrtümlich im Verdacht, eine Bombe für einen Anschlag in der Londoner U-Bahn mit sich zu führen. Kurz zuvor hatte eine entsprechende Anschlagserie in der Hauptstadt Großbritanniens zahlreiche Opfer gefordert. Bereits seit dem Jahr 2003 gilt für die britischen Polizisten in der Hauptstadt die sog. „shoot-to-kill“-Anweisung, also möglichen Selbstmordattentätern direkt in den Kopf zu schießen. Die öffentliche Debatte, die daraufhin auch in Deutschland entbrannte¹, aber auch bereits zuvor geschwelt hat², sowie die Tatsache, dass im größten Bundesland Nordrhein-Westfalen die Normierung des polizeilichen Todesschusses ansteht³, lassen es lohnend erscheinen, das Institut einer genaueren Untersuchung zu unterziehen. Dabei findet auch das Urteil des *BVerfG* zum Luftsicherheitsgesetz Berücksichtigung. Im Ergebnis erscheint dabei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verfassungsrechtlich geboten und rechtspolitisch äußerst wünschenswert.

I. Allgemeine verfassungsrechtliche Vorgaben

Lange Zeit ist darüber gestritten worden, ob es das Grundgesetz überhaupt zulässt, dass der Staat zu präventiven Zwecken gezielt einen Menschen töten darf. Nach herrschender Meinung wird dies heute bejaht: Die Würde des Menschen ist jedenfalls dann

nicht berührt, wenn es sich um die Tötung eines Angreifers handelt.⁴ Das Verbot der Todesstrafe gem. Art. 102 GG gilt schon vom Wortlaut her nur für repressives Handeln und ist wohl nicht analogiefähig.⁵ Bedenken rührten insbesondere von der Wesensgehaltsgarantie des Grundrechts auf Leben gem. Art. 19 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG her. Denn der Eingriff in das Grundrecht auf Leben, die Tötung, belässt dem einzelnen Grundrechtsträger nichts von seinem Rechtsgut Leben. Allerdings ist der

* Der Autor *Buschmann* ist Rechtsreferendar am LG Essen, veröffentlichte bereits mehrfach zu verfassungsrechtlichen Fragestellungen und promoviert derzeit bei Otto Depenheuer. Der Autor *Schiller* ist Diplom-Jurist.

1 Beispielsweise: *DIE WELT* v. 28. 7. 2005, „Finaler Rettungsschuss gegen Terroristen umstritten“; *Süddeutsche Zeitung* v. 26. 7. 2005, „Angst vor tödlichem Irrtum“.

2 Man denke nur an das Interview von Ex-Bundesinnenminister *Otto Schily* im *SPIEGEL* vom 26. 4. 2004 unter dem Titel „Wer den Tod liebt, kann ihn haben“.

3 Die regierungstragenden Parteien CDU und FDP in Nordrhein-Westfalen haben auf S. 45 ihres Koalitionsvertrages vereinbart: „Wir werden das Polizeirecht dahingehend ändern, dass ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, zulässig ist, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist.“

4 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006, S. 58, 95 ff.

5 Vgl. *Litsken/Denniger-Rachor*, Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage, München 2001, F 875.

Schutzbereich des Grundrechts auf Leben nach herrschender Meinung wohl nicht mit seinem Wesensgehalt identisch; der Wesensgehalt sei vielmehr nur in einem kollektiven Sinn zu verstehen und nicht als das Leben eines einzelnen Grundrechtsträgers.⁶ Eine Tötung verstößt daher nicht gegen Art. 19 Abs. 2 GG.

Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht der Tötung eines Menschen nicht *per se* entgegen: Denn es ist nicht von der Hand zu weisen, dass Situationen existieren, in denen ein Angreifer nur durch einen gezielten Todesschuss durch die Polizei von der Tötung Dritter abgehalten werden kann. Das gilt z. B. für die immer wieder herangezogene Situation, in der der Geiselnahmer mit geladener Waffe an der Schläfe des Opfers droht, dieses zu erschießen.⁷ Um sicher zu gehen, dass sich diese drohende Gefahr nicht realisiert, muss ein Scharfschütze „das nur Zentimeter große Stammhirn“⁸ des Angreifers treffen. Ansonsten kann wohl nicht ausgeschlossen werden, dass der Angreifer nach einem anderweitigen Treffer noch den Abzug seiner Waffe betätigen kann. Es sollen auch „reflexhaft-reaktive Handlungen“⁹, die eine Geisel gefährden können, ausgeschlossen werden. Ein milderes Mittel hierzu existiert nach heutigem Kenntnisstand nicht. So sind beispielsweise keine Pharmazeutika bekannt, die den Angreifer durch Fernapplikation sofort reflexunfähig machen könnten.¹⁰

Eine wesentliche rechtsstaatliche Anforderung ist darüber hinaus der Vorbehalt des Gesetzes. Gemeint ist das Erfordernis, dass eine entsprechende Eingriffsgrundlage für die Tötung existieren muss. Diese muss gem. Art. 2 Abs. 2 GG Gesetzesqualität besitzen. Aus der sog. Wesentlichkeitstheorie des *BVerfG*¹¹ folgt zudem, dass für alle wesentlichen Fragen, die Grundrechte betreffen, ein *Parlamentsvorbehalt* besteht. Bei den entsprechenden Eingriffsgrundlagen muss es sich somit um ein Parlamentsgesetz handeln.¹²

Diese hier dargestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen zur Präventivtötung eines Störers hat das *BVerfG* in Gänze durch sein Urteil zum Luftsicherheitsgesetz bestätigt.¹³ Dort heißt es ausdrücklich, dass der Einsatz von Waffengewalt, die sich ausschließlich gegen Flugzeuge richtet, in denen sich lediglich Terroristen befinden, die durch diesen Waffeneinsatz zu Tode kommen, mit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar ist.¹⁴ Daraus folgt, dass tödlich wirkende Waffengewalt gegen Störer an sich zulässig sein kann.

II. Polizeiliche Kompetenz und Nothilfe

Immer wieder wird der Eindruck erweckt, dass im strafrechtlichen Institut der Nothilfe gem. § 32 StGB eine gesetzliche Grundlage für den polizeilichen Todesschuss erkannt werden könne.¹⁵ Das ist indes in keiner Weise zutreffend.¹⁶

Das Recht zur Nothilfe rechtfertigt strafbares Verhalten in dem Falle, dass ein rechtswidriger Angriff von einem anderen abgewehrt wird. Der profitierende Normadressat der Nothilfe kann deshalb schon unmöglich die Polizei als staatliche Behörde sein: Denn in den Genuss dieser Ausnahme von der Strafbarkeit einer Handlung kann denknötwendig nur derjenige gelangen, der sich überhaupt strafbar machen, also ein Verbrechen (untechnisch, also nicht im Sinne von § 12 StGB gemeint) begehen kann. Verbrechen ist aber nur jedes *menschliche* Verhalten, das die Rechtsordnung mit Strafe bedroht.¹⁷ *Polizeilicher* Einsatz von Schusswaffen ist aber gerade kein menschliches Handeln in diesem Sinne, sondern klassische Eingriffsverwaltung des Staates. Es handelt die Polizei als Behörde und diese kann sich nicht strafbar machen.¹⁸ Dies kann nur der einzelne Amtswalter, der innerhalb der Behörde ein Amt wahrnimmt und dabei die Grenzen des Strafrechts überschreitet. Als Bürger kann sich dieser Polizeibeamte dann, was seine strafrechtliche Verantwortung angeht, auf § 32 StGB berufen.¹⁹

Die Behörde wiederum kann sich zwar nicht strafbar machen, aber rechtswidrig handeln. Sie bedarf auch eines „Rechtferti-

gungsrechts“²⁰. Dieses muss aber von anderer Natur sein als die Nothilfe. Die Behörde muss sich auf eine staatliche Kompetenz berufen können. Unter Kompetenz ist dabei ein System von Rechtsnormen zu verstehen, das einer Behörde die Zuständigkeit für bestimmte Maßnahmen einräumt und die Ermächtigung verleiht, dabei ggf. auch in Rechte der Bürger einzugreifen. Im Polizei- und Ordnungsrecht spricht man statt von Ermächtigung auch von Befugnis.²¹

Dieser Unterschied zwischen Nothilfe und polizeilicher Kompetenz ist nicht nur rechtssystematischer Natur, sondern von großer praktischer Relevanz: Die Nothilfe rechtfertigt den einzelnen Polizeibeamten als Bürger. Sie verleiht der Behörde, für die er arbeitet, aber keinerlei Kompetenz, um in der polizeilichen Hierarchie von Befehl und Gehorsam eine Anordnung zur Ausübung des Todesschusses zu geben. Schon hier zeigt sich, dass eine Anordnung innerhalb der polizeilichen Befehlskette, die sich allein auf § 32 StGB stützen wollte, rechtswidrig wäre. Die Frage, ob geschossen wird, liegt bei § 32 StGB nämlich gerade nicht in der Hand der Behörde, sondern rein faktisch in der Hand desjenigen Bürgers, der das Amt des handelnden Polizisten bekleidet.²² Die Polizei als Behörde bedarf also, wenn sie zum Mittel des Todesschusses greifen möchte, einer anderen Rechtsgrundlage als der Nothilfe.

III. Die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen fehlt bislang eine derart ausdrückliche parlamentsgesetzliche Eingriffsbefugnis zur Tötung eines Menschen, wie sie beispielsweise § 41 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs der Landesinnenminister für ein Polizeigesetz (MEPolG) vorsah. Dieser Zustand führt zwangsläufig zu der Frage, ob sich für die polizeiliche Praxis gezielter Todesschüsse eine andere Rechtsgrundlage im PolGNW finden lässt. Andernfalls wäre diese Praxis schließlich rechtswidrig.

1. Dogmatische Vorbemerkung zum Polizei- und Ordnungsrecht
Häufig werden auf der Suche nach einer solchen Rechtsgrundlage einzelne Normen des Polizeirechts beziehungslos nebeneinander geprüft.²³ So wird bisweilen erläutert, ob die Polizeiliche General-

6 Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 21. Auflage, Heidelberg 2005, Rn. 404.

7 Vgl. *Pieroth/Schlink*, a. a. O., Rn. 405.

8 *Pieroth/Schlink/Kriesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Auflage, München 2005, S. 421.

9 *Lisken/Denniger-Rachor*, a. a. O., F 870.

10 Das ist insbesondere Ergebnis einer Expertenanhörung im Landtag von Nordrhein-Westfalen: vgl. LT-Zuschrift 10/2736 (Sachverständiger Prof. Dr. Kalbhen) sowie LT-Zuschrift 10/2745 (Sachverständiger Prof. Dr. Sellier).

11 *Isensee/Kirchhof-Ossenbühl*, Handbuch des Staatsrechts Band III, Heidelberg 1996, § 62, Rn. 41 ff.

12 *Pieroth/Schlink/Kriesel*, a. a. O., S. 420.

13 *BVerfG*, AZ 1 BvR 357/05, Pressemitteilung Nr. 11/2006 v. 15. 2. 2006.

14 Ebenda Punkt 3.

15 Neuerdings sogar: *Stern*, aaO, S. 58 f.

16 So auch ausdrücklich: *Lisken/Denniger-Rachor*, a. a. O., F 890; *Tegtmeyer/Vahle*, Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen, 9. Auflage, Stuttgart 2004, § 8 Rn. 6.

17 *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, § 7 I 1.

18 So ausdrücklich auch: *Lisken/Denniger-Rachor*, a. a. O., F 842: „Das Strafrecht gilt ausschließlich im Verhältnis der Bürger untereinander. Nur das öffentliche Recht vermag polizeiliches Handeln in einer dem Gesetzesvorbehalt und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechenden Weise vorzuführen.“; ähnlich: *Westenberger*, DÖV 2003, 627 (630).

19 *Tröndle/Fischer*, a. a. O., Vor § 32, Rn. 6.

20 Von „Rechtfertigungsrecht“ der Verwaltung spricht auch: *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2005, Rn. 52.

21 *Tegtmeyer/Vahle*, a. a. O., § 8 Rn. 1.

22 Vgl. auch: *Riotte/Tegtmeyer*, NWVBl. 1990, 145 (150).

23 So z. B. für das Hamburgische Polizei- und Ordnungsrecht: *Westenberger*, a. a. O., 628 ff.

klausel oder die Vorschriften über den Gebrauch von Schusswaffen jeweils für sich taugliche Eingriffsgrundlagen seien. Für letzteres wird häufig angeführt, dass der (isolierte) § 63 Abs. 2 PolGNW eine Rechtsgrundlage für einen polizeilichen Todesschuss darstelle. Beides verkennt aber die dogmatische Struktur dieser Normen im Gefüge des Polizeirechts.

Die Dogmatik des Polizeirechts unterscheidet zwischen mehreren Stufen polizeilichen Vorgehens. Bei Maßnahmen der ersten Ebene handelt es sich um Grundverwaltungsakte. Als Beispiele mögen polizeiliche Standardmaßnahmen wie die Identitätsfeststellung einer Person, § 12 PolGNW, oder die Durchsuchung einer Sache, § 40 PolGNW, dienen. Treten Widerstände gegen diese Grundverwaltungsakte auf, so können Maßnahmen der zweiten Stufe – sprich: Vollstreckungs- respektive Zwangsmaßnahmen – erwogen werden.²⁴ Die Kosten dafür können dem Verantwortlichen letztendlich auf der dritten Stufe auferlegt werden.

Der polizeiliche Sofortvollzug stellt nur scheinbar eine Ausnahme von diesem Gedanken dar. Zwar heißt es in § 50 Abs. 2 PolGNW, dass Verwaltungszwang auch „ohne vorausgehenden Verwaltungsakt“ erfolgen könne. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Handelns im Sofortvollzug setzt aber nach herrschender Meinung einen so genannten fiktiven Grundverwaltungsakt voraus, weil nur so sichergestellt werden kann, dass die Polizei auch im Rahmen ihrer Befugnisse handelt.

Die saubere Trennung von erster und zweiter Stufe ist weniger eine Banalität oder bloße Förmerei. Sie ist vielmehr ein Ausdruck eines Grundgedankens unserer Verfassung: Im liberalen Rechtsstaat ist polizeilicher Zwang gegen Bürger niemals Zweck an sich. Er übernimmt lediglich „dienende Funktion“.²⁵ Daher muss er sich stets durch einen Grundverwaltungsakt legitimieren. Deshalb muss zunächst ein Grundverwaltungsakt auf der ersten Stufe für den polizeilichen Todesschuss gefunden werden.

Beim polizeilichen Schusswaffengebrauch gem. § 63 Abs. 2 PolGNW jedoch handelt es sich stets um eine Zwangsmaßnahme der zweiten Stufe. Das geht aus der Stellung im Gesetz hervor: Die Regelung findet sich nämlich im Vierten Abschnitt des Polizeigesetzes, der mit „Zwang“ überschrieben ist sowie in dessen zweiten Unterabschnitt, der mit „Anwendung unmittelbaren Zwangs“ überschrieben ist. § 63 Abs. 2 PolGNW kann somit isoliert niemals genügende Befugnis für einen Grundrechtseingriff sein. Er muss stets dem Zweck der Durchsetzung eines rechtmäßigen Grundverwaltungsaktes dienen und sei dieser auch nur fiktiv.

2. Die polizeiliche Generalklausel als Grundverwaltungsakt

Die Rechtsgrundlagen für die Grundverwaltungsakte des PolGNW finden sich im zweiten Abschnitt „Befugnisse der Polizei“, also in den §§ 8–46 PolGNW. Die Rechtsgrundlage bestimmt, was der polizeipflichtige Bürger zu tun, dulden oder unterlassen hat – und zwar, damit die öffentliche Sicherheit aufrechterhalten werde. Deshalb ist an dieser Stelle nicht etwa eine Rechtsgrundlage zu suchen, die auf die Rechtsfolge eines Befehls gerichtet ist, der lautet: „Bürger, dulde deine Tötung!“. Die Tötung ist die zwangsweise Durchsetzung eines Grundverwaltungsaktes auf zweiter Stufe, nicht aber der Grundverwaltungsakt auf erster Stufe selbst. Es wäre daher verfehlt, in der polizeilichen Generalklausel gem. § 8 Abs. 1 PolGNW eine Ermächtigungsgrundlage für eine Tötung erkennen zu wollen. Die Polizeiverfügung an den Geiselnnehmer oder Bombenattentäter auf erster Stufe könnte vielmehr lauten: „Lass die Geiseln gehen und die Waffe fallen!“ oder „Unterlasse es, die Bombe zur Explosion zu bringen und übergib sie uns!“ Zu einer solchen Polizeiverfügung ermächtigt die polizeiliche Generalklausel gem. § 8 Abs. 1 PolGNW zweifelsohne.

Eine Polizeiverfügung des Inhalts „Dulde deine Tötung!“ wäre auf der Basis von § 8 Abs. 1 PolGNW auch nicht mit der Verfas-

sung vereinbar. Nach herrschender Meinung existieren nämlich Regelungsmaterien, die nur das Parlament entscheiden darf.²⁶ Zu diesen Materien gehören nach der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG alle Ermächtigungsgrundlagen für Eingriffe in Grundrechte.²⁷ Dies gilt auch für Landesrecht und Landesparlamente.²⁸

Dem Verbot einer Entscheidungsdelegation vom Parlament auf die Exekutive folgt konsequenterweise auch die Anforderung eines Mindestmaßes an Reglungsdichte. Das soll bedeuten, dass ein Parlamentsgesetz diese Materie auch in einer gewissen Dichte regeln muss.²⁹ Dahinter steht die Absicht, dass sich das Parlament einer konkreten Entscheidung nicht dadurch entziehen soll, dass es der Exekutive pauschale Eingriffsgrundlagen einräumt, aus denen nicht hervorgeht, wie weit sich ihr Anwendungsbereich eigentlich erstreckt, vgl. auch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Die Anforderungen an diese Reglungsdichte, die der Parlamentsvorbehalt einfordert, nehmen mit der besonderen Bedeutung des Grundrechts, in das eingegriffen werden kann, und der Eingriffsintensität zu.³⁰ Je tiefer der Eingriff ist, desto klarer muss der Gesetzgeber regeln, wer unter welchen Umständen eingreifen darf. Je bedeutender das betroffene Grundrecht ist, desto klarer muss auch aus den Tatbestandsmerkmalen der Eingriffsnorm hervorgehen, dass der Gesetzgeber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen hat.

Wendete man diese Grundsätze auf das Problem einer möglichen Präventivtötung eines Störers an, dann müsste eine Befugnisnorm zur Tötung eines Menschen eine sehr hohe Reglungsdichte aufweisen. Denn die Tötung greift in das Leben eines Menschen, also in eines der wertvollsten Rechtsgüter überhaupt, ein. Dem steht mit der polizeilichen Generalklausel von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtsfolge her eine der unbestimmtesten Normen der Rechtsordnung überhaupt gegenüber. Diese Diskrepanz ist unüberbrückbar – insbesondere auch in Anbetracht der im Vergleich dazu sehr hohen Reglungsdichte im Bereich der einfachen Datenerhebungs- und Verwertungseingriffe des PolGNW.

Vergleichsweise unbestimmte Normen wie die polizeiliche Generalklausel sind nur dann zulässig, wenn es sich um Lebensbereiche handelt, die sich nur schwerlich durch enge Tatbestandsmerkmale aufgrund ihrer Vielgestaltigkeit *ex ante* beschreiben lassen. Dies trifft auf die Polizeiarbeit im Allgemeinen voll und ganz zu – auf die Situation, in der die gezielte Tötung eines Menschen geboten sein soll, aber ganz gewiss nicht. In der Literatur wird fast ausschließlich ein und dasselbe Beispiel des Geiselnnehmers, der die Waffe an die Schläfe des Opfers hält, angeführt.

Die polizeiliche Generalklausel selbst ermächtigt die Polizei also nur dazu, den Störer anzuweisen, seine Waffe aus der Hand zu legen und sein Opfer frei zu geben. Zur Tötung selbst ermächtigt sie nicht.

3. § 63 Abs. 2 PolGNW

Kommt der Geiselnnehmer oder Attentäter aber dieser Aufforderung auf der Basis von § 8 Abs. 1 PolGNW nicht nach, kann und muss sie unter Umständen mit Zwang und Gewalt durchgesetzt werden. Für die Anwendung eines Zwangsmittels muss die Polizei wiederum ermächtigt sein. Die Rechtsgrundlage für den gezielten Todesschuss als Zwangsmittel wird in NRW nach überwiegender Ansicht in § 63 Abs. 2 PolGNW erkannt. Er lautet: „Schusswaffen dürfen gegen Personen nur gebraucht werden, um angriffs- und fluchtunfähig zu machen.“ In den entsprechenden Verwaltungs-

24 Zum Verhältnis der ersten beiden Ebenen: Gusy, Polizeirecht, 5. Auflage, Tübingen 2002, Rn. 436 ff.

25 Gusy, a. a. O., Rn. 437.

26 Vgl. Isensee/Kirchhof-Ossenbühl, a. a. O., Rn. 9.

27 Isensee/Kirchhof-Ossenbühl, a. a. O., Rn. 45.

28 Seifert/Hömig, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, Baden-Baden 2003, Art. 28, Rn. 4.

29 Isensee/Kirchhof-Ossenbühl, a. a. O., Rn. 42.

30 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 86, 288 (311).

vorschriften heißt es in Ziffer 63.22 dazu: „Die Regelung in § 63 Abs. 2 schließt zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben einer Person als ultima ratio der Zwangsanzwendung auch einen gezielten Schuss auf die angreifende Person ein, der nach aller Erfahrung sofort tödlich wirkt.“³¹

Aus methodischer Perspektive kann diese Verwaltungsvorschrift als niederrangige Norm natürlich nicht zur Auslegung des höherrangigen Polizeigesetzes herangezogen werden. Sie beschreibt lediglich, was Praxis ist. Sie belegt aber nicht, ob diese Praxis auch mit Gesetz und Verfassung in Einklang steht. Dass der Todesschuss Praxis ist, zeigt im Übrigen auch, dass er durch eine ausdrückliche Befugnisnorm nicht erst eingeführt, sondern lediglich in rechtsstaatliche Bahnen gelenkt werden soll.³² Zur Auslegungsfrage, ob § 63 Abs. 2 PolGNW die Tötung eines Menschen als Zwangsmittel zur Durchsetzung einer Polizeiverfügung deckt, müssen also die juristischen *Canones* herangezogen werden.

a) Wortlaut

Der Wortlaut widerspricht jedenfalls nicht der Möglichkeit eines polizeilichen Todesschusses. Denn die Tötung eines Menschen macht ihn jedenfalls angriffs- oder fluchtunfähig.³³ Man könnte darüber nachdenken, ob das Wort „nur“ nicht Anlass geben könnte, dass die Angriffs- oder Fluchtunfähigkeit eines Menschen weniger als seinen Tod bedeuten müsse. In diesem Fall bezöge sich das „nur“ also auf die erlaubte Folge des Schusswaffengebrauchs. Viel näher liegt es aber, dass sich das „nur“ auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm bezieht. Zum Ausdruck soll gebracht werden, dass *zwingend* eine Angriffs- oder Fluchtlage vorliegen muss.

b) Gesetzessystematik

Die *systematische Betrachtung* des PolGNW scheint zunächst die Zulässigkeit des polizeilichen Todesschusses zu bestätigen³⁴: Gem. § 7 PolGNW wird den Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG genüge getan, indem *expressis verbis* auf die Einschränkung des Grundrechts auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, hingewiesen wird. Auf den ersten Blick mag eine solche Regelung nur Sinn machen, wenn auch Befugnisnormen im PolGNW existieren, die eine Tötung ermöglichen sollen. Dabei bleibt aber offen, ob diese Tötung nur Nebenfolge oder direktes Ziel der Zwangsmittelanwendung sein darf.

c) Gesetzesgenese

Doch die *historisch-genetische Methode* führt zu einem Ergebnis, das gegen die Befugnis einer gezielten Tötung spricht. In der parlamentarischen Debatte um die Einführung des PolGNW führte der Abgeordnete *Erberich* für die damalige Parlamentsmehrheit aus, dass die Einschränkung des Grundrechts auf Leben nur deshalb erfolgt sei, weil der Schusswaffengebrauch auch ungewollt (also gerade nicht gezielt) zum Tode eines Menschen führen könne; bereits eine solche ungewollte Todesfolge sei vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG erfasst.³⁵ Genau diesen Umstand würdigt *Gusy* nicht angemessen, wenn er vertritt, dass die systematische Heranziehung von § 7 PolGNW (s. o.) zwingend „einige, insbesondere historische Argumente“³⁶ gegen die Zulässigkeit des Todesschusses widerlegen könne. Der historische Gesetzgeber wollte dieses Instrument ausdrücklich nicht einführen, wie der Abgeordnete *Pohlmann* unmissverständlich deutlich machte: „Wir haben uns gegen den Todesschuss entschieden.“³⁷ Daher wurde durch den Landesgesetzgeber ganz bewusst auf die Übernahme des § 41 Abs. 2 S. 2 MEPolG, der der oben erwähnten Verwaltungsvorschrift 63.22 zum PolGNW inhaltlich entspricht, in das nordrhein-westfälische Landesrecht verzichtet.³⁸ Dieser historisch-genetische Befund spricht dafür, dass das PolGNW keine polizeiliche Befugnis kennt, um einen gezielten Todesschuss abzugeben. Jedes andere Ergebnis, so muss man wohl nach die-

sem Befund argumentieren, hieße, den ausdrücklich geäußerten Willen des historischen Gesetzgebers in sein Gegenteil zu verkehren.

Diesem Argument ließe sich mit einem *methodischen Einwand* begegnen. Mit dem *BVerfG* könnte man vortragen, dass der Wille des historischen Gesetzgebers nur insoweit zur Gesetzesauslegung herangezogen werden dürfe, als er sich selbst in dem auszulegenden Gesetz niedergeschlagen hat (sog. *objektive Methode*).³⁹ Der öffentlich vorgetragene Wille der Parlamentsmehrheit aber hat sich ja gerade nicht ausdrücklich im Gesetz niedergeschlagen. Der Wortlaut des Gesetzes lässt die Frage vielmehr offen. Allerdings dürfte der methodische Hinweis auf das *BVerfG* nicht genügen. Er wurde im Zusammenhang mit der Frage getroffen, inwieweit ein vorkonstitutionelles Gesetz in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen wurde. Bei der Frage, ob eine nicht einmal im Text angedeutete Norm durch den Gesetzgeber Bestätigung findet, ist selbstverständlich ein objektiver Hinweis zu fordern. Aber wenn der Text lediglich nicht eindeutig ist, existiert ja gerade ein solcher Hinweis: nämlich der auszulegende Rechtssatz innerhalb des Normenkomplexes selbst. Denn die historisch-genetische Auslegung wäre *per se* überflüssig, gelangte sie nur dann zur Anwendung, wenn der Wortlaut ohnehin bereits eindeutig ist. Schließlich bedürfte es dann ja gerade keinerlei Auslegung mehr.

Daher wird dem Hinweis auf die Äußerungen des historischen Gesetzgebers auch nicht mit einem objekt-methodischen, sondern vielmehr selbst mit einem historischen Argument entgegnet. So führen einige Stimmen an, dass sich die SPD-Fraktion im Rahmen der Beratungen zu einem späteren Änderungsgesetz, das den § 63 Abs. 2 PolG selbst gar nicht betraf, dem GFDPolG vom 7. 2. 1990⁴⁰ nämlich, nun anders als der Einführungsgesetzgeber geäußert habe; der polizeiliche Todesschuss solle daher zulässig sein.⁴¹

Doch dieses Argument ist in höchstem Maße zweifelhaft: Es setzt voraus, dass der öffentlich geäußerte und dokumentierte Wille des historischen Gesetzgebers durch spätere und gleichzeitig rechtlich unverbindliche (weil ihnen Änderungen ganz anderer Regelungen zu Grunde lagen) Debattenbeiträge im Parlament nicht nur außer Kraft gesetzt werden kann, sondern dass an seine Stelle dadurch sogar ein genau entgegengesetzter Wille treten kann, der den rechtlichen Regelungsgehalt einer Norm in sein Gegenteil verkehrt. Ein solch zweifelhaftes Argument ist jedenfalls für die Regelung eines so empfindlichen und hochrangigen Rechtsgutes wie dem Recht auf Leben abzulehnen.

31 Zitiert nach: *Tegtmeyer/Vahle*, a. a. O., S. 425 f.

32 Vgl. für die Praxis der polizeiliche Ausbildungsliteratur: *Altschaffel*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht für Nordrhein-Westfalen, Hilden 1996, S. 341.

33 *Benfer*, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft – Voraussetzungen und Grenzen, 3. Auflage, Rn. 1637.

34 Darauf läuft die Argumentation hinaus von: *Riotte/Tegtmeyer*, a. a. O., 150; ebenso: *Gusy*, Polizeirecht, Rn. 361.

35 Plenarprotokoll LT-NRW 8/130, S. 8832.

36 *Gusy*, Polizeirecht, Rn. 360 f.

37 Plenarprotokoll LT-NRW 8/130, S. 8838.

38 Der Abgeordnete *Klein* begründete so z. B. den abgelehnten Änderungsantrag der CDU-Fraktion, der genau die Übernahme dieser Passage des § 41 MEPolG vorsah, Plenarprotokoll LT-NRW 8/130, S. 8834; die bewusste Abweichung unterstreicht der Abgeordnete *Pohlmann*, Plenarprotokoll LT-NRW 8/130, S. 8834: „Wir haben uns daher nach Abwägung der Interessenlage dafür entschieden, in diesen Bereichen [Waffenausstattung und gezielter Todesschuss, Anm. der Autoren] eine vom Musterentwurf abweichende Konzeption zu verfolgen.“

39 So bereits: *BVerfGE* 11, 126 (130 ff.); a. A. zuletzt wieder: *Rüthers*, JZ 2006, 53 (57 ff.).

40 GV.NW 1990, S. 46.

41 So ausdrücklich: *Kay/Böcking*, Polizeirecht Nordrhein-Westfalen, München 1992, Rn. 436; ebenso: *Riotte/Tegtmeyer*, a. a. O., 150 i. V. m. *Tegtmeyer/Vahle*, a. a. O., § 63, Rn. 11.

d) Schutzpflicht und Verfassungskonformität

Deutlich schwerer wiegt das Argument der Schutzpflicht des Gesetzgebers als Variante der verfassungskonformen Auslegung des § 63 Abs. 2 PolGNW. Ausfluss der objektiv-rechtlichen Funktion von Art. 2 Abs. 2 S. 1 1. Alt. GG sei es, dass der Staat verpflichtet ist, das Leben seiner Bürger gegen Angriffe anderer Bürger zu schützen.⁴² Der Gesetzgeber müsse mithin rechtliche Regelungen schaffen, die diesen Schutz gewährleisten. Man könnte nun behaupten, dass ein Polizeigesetz, das keine Befugnis für einen polizeilichen Todesschuss in den oben genannten Fällen bereitstellt, dieser Schutzpflicht nicht nachkäme und mithin verfassungswidrig wäre. § 63 Abs. 2 PolGNW müsse daher verfassungskonform so gelesen werden, dass er den polizeilichen Todesschuss vorsehe.

Im sog. *Schleyer-Urteil* hat das *BVerfG* allerdings ausdrücklich festgestellt, dass die staatlichen Organe über die Wahl der Mittel, um ihrer Schutzpflicht nachzukommen, „in eigener Verantwortung zu entscheiden“ haben.⁴³ Damit wird unterstrichen, dass dem Gesetzgeber, den die Pflicht trifft, um Schutzgesetze zu erlassen, vom Grundsatz her ein eigener Ermessensspielraum dafür zukommt, wie er dieser Pflicht nachkommt. Dieses Ermessen müsste „auf Null“ reduziert sein, um einen Schutzpflichtverstoß anzunehmen. Denn nur dann, wenn die Verfassung exakt vorgäbe, dass der Gesetzgeber Befugnisse für den polizeilichen Todesschuss schaffen muss, kann von einem Verfassungsverstoß gesprochen werden. Dass eine solche Ermessensreduzierung denkbar ist, hat das *BVerfG* auch ausdrücklich im *Schleyer-Urteil* angedeutet.⁴⁴

Dass dies in einer Situation, in der ein Angreifer das Leben eines anderen Bürgers bedroht, der Fall ist, erscheint allerdings angesichts des *Luftsicherheits-Urteils* des *BVerfG* eher zweifelhaft: Das Gericht führte zu der Frage, ob ein Flugzeug, das lediglich mit Terroristen (also ohne unbeteiligte Passagiere) besetzt ist und droht, als Waffe andere Menschen zu töten, aus, dass der Gesetzgeber in einer solchen Situation eine Befugnis zur Tötung der Angreifer schaffen kann. Wörtlich heißt es, dass das „Ziel, Leben von Menschen zu retten, [...] den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter rechtfertigen kann.“⁴⁵ Die Formulierung „kann“ ist weit davon entfernt, eine zwingende Handlungspflicht des Gesetzgebers zur Schaffung einer Tötungsbefugnis vorzusehen. Sie entspricht vielmehr einem eröffneten Ermessensspielraum. Insofern scheint das Argument einer gesetzgeberischen Ermessensreduzierung auf Null in der Rechtsprechung des *BVerfG* keinen Rückhalt zu finden. Daher führt auch die Methode der verfassungskonformen Auslegung nicht zu dem Ergebnis, dass § 63 Abs. 2 PolGNW eine Eingriffsbefugnis zur Tötung eines Menschen darstellt.

IV. Konsequenzen der geltenden Rechtslage in NRW

Die Rechtslage wirkt mithin recht konfus: Ein anwesender Polizeibeamter dürfte in einer Situation, in der ein Geiselnnehmer mit der Pistole an der Schläfe des Opfers droht, dieses zu erschießen, von seiner Waffe als Bürger im Rahmen des jedermann zustehenden Rechts der Nothilfe Gebrauch machen, um diesen Geiselnnehmer zu töten. Eine polizeiliche Befugnis dafür steht ihm aber nicht zu. Damit setzt er sich dem strafrechtlichen Risiko aus, dass man bei der Beurteilung der Lage *ex post* möglicherweise zu der Bewertung gelangt, dass der Schuss gar nicht geeignet war, den Angriff auf das Opfer abzuwehren. Das wäre z. B. dann der Fall, wenn nicht sichergestellt werden konnte, dass sich trotz des an sich tödlichen Schusses auf den Geiselnnehmer aus dessen Waffe durch Reflexhandlungen ein Schuss löste. Daher erwähnt die Literatur immer wieder, dass ein polizeilicher Todesschuss in einer solchen Situation von einem Scharfschützen abgegeben werden müsse (s. o. I.).

Scharfschützen sind aber regelmäßig in der Gefahrensituation nicht anwesend, sondern müssen angefordert werden. Da aber

keine polizeiliche Befugnis zum Todesschuss besteht, existiert auch kein Recht für den Dienstvorgesetzten eines Scharfschützen, diesen für einen Einsatz zum Todesschuss anzuweisen. Die Praxis solcher Einsätze läuft mithin darauf hinaus, dass Beamte angewiesen werden, sich gezielt in eine Nothilfelage zu begeben, um dort dann von ihren bürgerlichen Nothilferechten mit der Dienstwaffe Gebrauch zu machen. Zugespielt könnte man sagen, dass der Dienstvorgesetzte den Beamten anweist, das Recht als Bürger selbst in die Hand zu nehmen; denn über die Ausübung des bürgerlichen Rechts zur Nothilfe hat der Dienstvorgesetzte keine Kontrolle mehr (vgl. II.). Umgekehrt kann sich der handelnde Amtswalter bei der strafrechtlichen Würdigung auch nicht auf die Weisung eines Vorgesetzten berufen, da er als Bürger, nicht als Beamter gehandelt hat.

Warum einer der schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe in einer solch unklaren gemischt-rechtlichen Situation stattfinden soll, erscheint rational wenig nachvollziehbar. Offenbar handelt es sich um eine, wie *Rachor* schreibt, *reservatio mentalis* des Gesetzgebers: „Die Tötung eines Menschen ist zwar nicht immer vermeidbar, aber es ist besser, man redet nicht darüber.“⁴⁶

Das Grundrecht auf Leben unter einen solchen Geheimvorbehalt zu stellen, ist aber schlichtweg verfassungswidrig. Insbesondere widerspricht dies der besonderen Anforderung, die der Parlamentsvorbehalt an den Gesetzgeber stellt (s. o. III. 2.). In Anbetracht der überwiegenden politischen Homogenität von Parlamentsmehrheit und führender Entscheidungsträger der Exekutive geht es hier in erster Linie auch gar nicht um die politische Mehrheitsfähigkeit des „Ob“ einer Zulässigkeit des polizeilichen Todesschusses; vielmehr geht es darum, ob diese Grundsatzfrage unter den Bedingungen der parlamentsöffentlichen Diskussion, rein bürokratisch oder gar im Geheimen entschieden werden soll. Es geht darum, ob also die Bürger die Verantwortung politisch zuordnen und somit auch später in ihrem Wahlverhalten Rechnung tragen können. Das Parlament soll sich bei „wesentlichen Fragen“ nicht vermeintlich unpopulären Entscheidungen entziehen und aus der Verantwortung fliehen können.⁴⁷

Wenn der Gesetzgeber es aber gerade scheut, das schwierige Problem anzugehen, wann die Polizei befugt sein soll, einen Menschen zu töten, dann ist die Polizei als Behörde gar nicht befugt, einen Menschen zu töten. Denn ohne Eingriffsbefugnis darf eine Behörde nicht in Grundrechte eingreifen. Ansonsten droht, was der für die Polizei- und Strafrechtswissenschaft der Aufklärung nicht zu überschätzende *Cesare Baccaria* bereits 1766 als Gefahr skizziert hat: „Wenn diese Behörde [die Polizei] jedoch nach willkürlichen und nicht in einem Gesetzbuch, das in aller Bürger Hand ist, enthaltenen Gesetzen vorgeht, dann wird der Tyrannei, die immer die Grenzen der politischen Freiheit rings umgibt, Tür und Tor geöffnet.“⁴⁸

Im Ergebnis müssten leitende Polizeibeamte nach pflichtgemäßem Ermessen von der Praxis Abstand nehmen, ihre Beamten gezielt in Nothilfelingen zu drängen. Die Verwaltungsvorschrift *Ziffer 63.22 zum PolGNW* (s. o. III. 3.) ist nach geltender Rechtslage verfassungswidrig.

42 Kursorischer Überblick: *Klein*, NJW 1989, 1633 (1634 ff.).

43 *BVerfG*, Urt. v. 16. 10. 1977, AZ 1 BvQ 5/77, Rn. 14.

44 *Ebenda*.

45 *BVerfG*, AZ 1 BvR 357/05, Pressemitteilung Nr. 11/2006 v. 15. 2. 2006, Zif. 3.

46 *Lisken/Denniger-Rachor*, a. a. O., F 867.

47 Zum Ganzen: *Isensee/Kirchhof-Ossenbühl*, a. a. O., Rn. 37.

48 *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, 1766, XI.

V. Anforderungen an eine gesetzliche Ausgestaltung

Es bedarf also dringend einer gesetzlichen Befugnisnorm. Nachdem die Rechtsfolge, nämlich die legale Präventivtötung eines Störers, feststeht, kommt es hier im Wesentlichen darauf an, wie der gesetzliche Tatbestand ausgestaltet sein soll. Es geht also um die Frage, wie genau Merkmale gesetzlich umschrieben werden können, bei deren Vorliegen die Polizei diesen besonders schweren Grundrechtseingriff vornehmen darf.

1. Qualifizierung des notwendigen Gefahrengrades

Da Polizeirecht Gefahrenabwehrrecht ist, geht es in erster Linie um die rechtliche Umschreibung der Gefahr, die von dem Störer ausgehen muss, damit geschossen werden darf. Unter Gefahr versteht man im Polizeirecht gemeinhin eine Sachlage, bei deren Vorliegen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein bestimmter Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entsteht.⁴⁹

Der Gefahrenbegriff ist prinzipiell problematisch, da es hier stets um eine (aufgrund des beschränkten menschlichen Erkenntnisvermögens immer unsichere) Prognoseentscheidung geht. Schließlich soll ein schädliches Ereignis, dessen künftige Realisierung der Zustand der Gefahr lediglich indiziert, gerade nicht stattfinden. Ist polizeiliches Handeln erfolgreich, lässt sich also gerade nicht zwingend in Erfahrung bringen, ob der Gefahrenzustand tatsächlich auch in die Realisierung dieses schädlichen Ereignisses eingemündet wäre.

Zudem ist Gefahr ein gradueller Begriff, also eine Größe, die mit jedem Schritt in Richtung Schadensrealisierung beständig zunimmt. Daher ist für jede Maßnahme nicht nur das Vorliegen, sondern auch ein bestimmter Grad an Gefahr zu bestimmen.⁵⁰ Genau dieser erforderliche Grad an Gefahr ist auch die entscheidende Stellgröße, um Tragödien wie die des eingangs erwähnten *Jean Charles de Menezes* zu verhindern. Nach englischem Recht genügte ein gewisses Indizienbündel, um indirekt auf das Vorhandensein einer ausreichend großen Gefahr zu schließen, die eine sofortige Tötung rechtfertigte.

Im deutschen Polizeirecht ist man allerdings eher zurückhaltend, was die genaue Umschreibung des notwendigen Gefahrengrades angeht. In der Rechtsprechung haben sich vielmehr ein antiproportionaler und ein proportionaler Zusammenhang zur genaueren Bestimmung der jeweils erforderlichen Gefahr durchgesetzt: Je wertvoller das zu schützende Rechtsgut ist, desto geringer sind die Anforderungen an den notwendigen Grad an Gefahr.⁵¹ Je geringer die Eingriffsintensität ist, desto geringer ist auch der notwendige Grad an Gefahr.⁵²

Diese Orientierungsregeln führen aber beim polizeilichen Todesschuss nicht ohne weiteres weiter: Einem der wertvollsten Schutzgüter der Rechtsordnung, dem Leben einer Geisel, steht die denkbar höchste Eingriffsintensität gegenüber, nämlich die Tötung eines Menschen. Für das Erfordernis eines eher geringen Gefahrengrades spricht das Leben der Geisel. Für das Erfordernis eines sehr hohen Gefahrengrades spricht die Tötung eines Menschen. Der Gesetzgeber wird also nicht umhin kommen, für die spezielle Befugnis zum polizeilichen Todesschuss präzisere Angaben zur erforderlichen Gefahr zu machen, wenn er den Zustand der Rechtswidrigkeit des polizeilichen Todesschusses nicht durch einen Zustand höchster Rechtsunsicherheit ersetzen möchte.

Der Rechtsprechung hier die Klärung zu überlassen, wäre ein äußerst zynischer Gedanke: Dies setzte nämlich voraus, dass es der Gesetzgeber auf einige Tötungen durch die Polizei ankommen lässt, die die Rechtsprechung im Nachhinein als rechtswidrig qualifiziert. Eine solche bewusste Inkaufnahme rechtswidriger Tötungen durch den Gesetzgeber wäre für die beteiligten Polizisten, die Angehörigen der Getöteten, aber auch für den Rechtsstaat als solchen schlichtweg unerträglich. Nicht zuletzt setzte dies auch die befassten Richter unter enormen Druck.

Hieraus folgt auch, dass § 63 Abs. 2 PolGNW – selbst wenn man annähme, dass er trotz der oben gemachten Ausführungen rechtmäßig wäre – jedenfalls nicht dem rechtsstaatlichen Desiderat einer genaueren Qualifikation des erforderlichen Gefahrengrades nachkommt. Diese erfüllt aber § 41 MEPolG. Er verlangt nämlich eine *gegenwärtige* Gefahr einer Tötung oder einer erheblichen Verletzung der körperlichen Integrität. Dies erteilt zum einen Auskunft darüber, dass es sich um eine *konkrete* Gefahr handeln muss, die zum anderen bereits das Stadium einer polizeirechtlichen *Störung* erreicht hat.⁵³ Störung bezeichnet einen Zustand, in dem bereits ein Schaden für die öffentliche Sicherheit entstanden ist, weiterer aber abzuwehren und entstandener möglicherweise reversibel ist.⁵⁴ Zudem muss sich die Gefahr auf die Realisierung einer Tötung oder schweren Verletzung der körperlichen Integrität beziehen. Ein bloßes Indizienbündel wie im Falle von *de Menezes* (Tragen einer Winterjacke im Sommer, arabisches Aussehen, Betreten einer U-Bahn-Station) genügte diesen hohen Anforderungen nicht. Denn keines der Indizien für sich, aber auch nicht ihre Summe haben das Stadium einer polizeirechtlichen Störung erreicht. Die Nötigung einer Geisel mit der Waffe in der Hand samt der glaubhaften Drohung, diese zu töten, genügt diesen Anforderungen allerdings schon.

2. Pflicht zur Tötung?

Die Einführung einer ausdrücklichen Befugnisnorm führt zu der Frage, ob daraus auch – bei Gebrauchmachen nach pflichtgemäßem Ermessen – eine Pflicht zur Tötung resultieren könnte. Diese Frage stellt sich zum einen für den handelnden Beamten, der die Tötung durchführen müsste. Zum anderen stellt sie sich für seine Polizeibehörde. Für den handelnden Beamten muss gefragt werden, ob er sich möglicherweise durch Unterlassen strafbar macht. Für die handelnde Behörde muss gefragt werden, ob sie möglicherweise über den Rechtsweg – zu denken wäre hier an einstweiligen Rechtsschutz – zu einer Tötung oder ihrer Unterlassung gezwungen werden könnte.

a) Der handelnde Beamte

Strafbarkeit eines Polizeibeamten, der eine Tötung unterließe, setzt eine Garantspflicht i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB voraus. Polizeibeamte trifft nach herrschender Meinung eine solche Garantpflicht zur Verhinderung von Straftaten. Diese reicht sogar soweit, dass sie mit außerdienstlicher Kenntnisnahme von besonders schweren Verbrechen, wie z. B. der bevorstehenden Tötung eines Menschen, einsetzen kann.⁵⁵ Eine Garantpflicht liegt nach ganz überwiegender Ansicht jedenfalls wohl dann vor, wenn das Ermessen des Polizeibeamten in einer bestimmten Gefahrenlage „auf Null“ reduziert wäre.⁵⁶

Unterlassungsstrafbarkeit setzte zudem voraus, dass dem Polizisten aktives Tun – hier also die Tötung – in der konkreten Situation auch zumutbar war. Ansonsten wäre seine Schuld ausgeschlossen.⁵⁷ Unzumutbarkeit liegt vor, wenn er in übermäßiger Weise eigene billigenwerte Interessen aufopfern müsste.⁵⁸ Für den Fall – wie er hier wohl vorliegen kann –, dass der Polizeibeamte eine mögliche strafrechtliche Verfolgung fürchtet, weil er selbst daran zweifelt, dass die Voraussetzungen des Todesschusses

49 Benfer, a. a. O., Rn. 218.

50 Vgl.: Friauf in: Badura et alii, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin 1999, Rn. 46.

51 Friauf, a. a. O., Rn. 51.

52 Benfer, a. a. O., Rn. 218; BVerfGE 47, 31, 40.

53 Vgl.: Friauf, a. a. O., Rn. 55 d.

54 Friauf, a. a. O., Rn. 55 d.

55 Fischer/Tröndle, StGB, 54. Auflage, § 13, Rn. 6 f.; a. A.: SK-Rudolphi, Loseblatt: 33. Lfg., § 13, Rn. 36, 54 c.

56 Ebenda.

57 Fischer/Tröndle, a. a. O., § 13, Rn. 15; Näheres bei: Wessels/Beulke, StGB AT, 35. Auflage 2005, Rn. 739.

58 SK-Rudolphi, Loseblatt: 33. Lfg., vor § 13, Rn. 31.

vorliegen, ist umstritten, ob Zumutbarkeit vorliegt.⁵⁹ Der BGH verneint dies jedoch für die Gefahr möglicher Strafverfolgung.⁶⁰ Somit muss der handelnde Polizeibeamte mit Strafverfolgung im Falle der Unterlassung der Tötung rechnen.

Natürlich wäre es hier denkbar, dass in dem besonderen Fall einer Tötung verfassungsrechtliche Aspekte für die Bewertung der Zumutbarkeit Bedeutung erlangen. In Frage käme es beispielsweise, dass hier die Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG hereinspielt. Nach vordringender Auffassung stellt sie nämlich eine „ethisch fundierte und verfassungsrechtlich privilegierte Sonderform der Handlungsfreiheit“⁶¹ dar. Sich einer Rechtspflicht zur Tötung eines Menschen aus Gewissensgründen zu verweigern, könnte also insoweit privilegiert sein, als dass aus der Rechtspflicht des Amtswalters keine strafrechtliche Garantspflicht resultieren darf. Doch dies bleibt Spekulation über die Maßstäbe, die die Rechtsprechung hier in einem möglichen Fall anlegen würde. Rechtspolitisch ist dieser Unsicherheit dringend Abhilfe zu schaffen. Denn gerade dem zweifelnden Polizisten ist der Konflikt zwischen drohender Strafverfolgung wegen einer (in seinen Augen) möglicherweise rechtswidrigen Tötung oder wegen des Unterlassens einer Tötung mit der Folge, dass eine Geisel stirbt, rechtspolitisch nicht zumutbar.

Denkbar wäre es, hier Abhilfe zu schaffen, indem man die Garantpflicht des handelnden Polizisten durch Gesetz ausschließt. Fraglich ist hier jedoch, ob dem Landesgesetzgeber für eine solche strafrechtliche Regelung die Gesetzgebungskompetenz zukommt. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterliegt das Strafrecht der konkurrierenden Gesetzgebung. Eine Kompetenz des Landesgesetzgebers setzte mithin voraus, dass der Bund noch keinen Gebrauch von seiner Kompetenz gemacht hat.⁶² Dies führt also direkt zu der Frage, ob § 13 Abs. 1 StGB die Frage möglicher Garantstellungen umfassend oder fragmentarisch regelt. Nur im letzteren Falle bliebe Raum für eine Kompetenz des Landesgesetzgebers.

Zur Beantwortung dieser Frage würde es sich methodisch anbieten, die Rechtsprechung daraufhin zu untersuchen, ob sie im Falle einer Garantstellung durch Gesetz ein Landesgesetz als ausreichend ansieht. Kann der Landesgesetzgeber nämlich eine Garantstellung durch Gesetz neu begründen, so kann § 13 Abs. 1 StGB keine abschließende Regelung enthalten. Zudem ließe sich als *actus contrarius* folgern, dass der Landesgesetzgeber eine Garantstellung aufgrund von Gesetz dann auch ausdrücklich ausschließen kann, wenn nicht eine Regelung des Bundes entgegensteht.

Den Schluss, dass Landesrecht eine Garantstellung begründen kann, lässt das viel beachtete BGH-Urteil zur Unterlassungsstrafbarkeit eines Bürgermeisters wegen Gewässerverunreinigung zu.⁶³ Der BGH zieht hier sehr ausführlich das Hessische Wassergesetz, die Hessische Gemeindeordnung und das Hessische Verwaltungsvollstreckungsgesetz heran, um die Handlungspflicht eines Bürgermeisters zur Verhinderung von Gewässerverunreinigungen zu begründen. Aus dem Anschluss- und Benutzungszwang der Hessischen Gemeindeordnung der Einwohner ergebe sich „aus der Natur der Sache“ eine Pflicht für die ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung. Das Binnenorganisationsrecht weise die Durchsetzung dieser Pflicht dem Bürgermeister zu.⁶⁴ Auch bei der Unterlassungsstrafbarkeit des Leiters eines Ordnungsamtes zog der BGH jedenfalls implizit Landesrecht heran. Für die Begründung der Garantpflicht bezieht er sich ausdrücklich auf die Zuständigkeit der Ordnungsbehörde für

die Erteilung von Gaststättenerlaubnissen.⁶⁵ Diese Zuständigkeit wird aber gem. § 30 GaststättenG durch Landesrecht zugeordnet. Letztendlich ist die Garantpflicht von Polizisten selber ein Argument hierfür, denn ihre Amtspflichten ergeben sich samt und sonders aus dem Recht der Gefahrenabwehr, das originäre Zuständigkeit des Landesgesetzgebers ist.

Somit wäre ein Ausschluss einer strafrechtlichen Garantpflicht durch den Landesgesetzgeber als *actus contrarius* seiner Befugnis zur Pflichtenbegründung zulässig. Es ist dem Landesgesetzgeber also nicht verwehrt, sich zu einem solchen Schritt zu entschließen.

b) Behörde

Fraglich bleibt nun noch, ob die Polizei als Behörde gezwungen werden kann, die Tötung durchzuführen. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Angehörige einer Geisel versuchen könnten, eine solche Tötung zu erzwingen.⁶⁶ Aufgrund der Eile der Situation kommt hierfür wohl lediglich einstweiliger Rechtsschutz in Form einer Regelungsanordnung gem. § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO in Betracht.⁶⁷

Nach herrschender Meinung steht eine solche Regelungsanordnung allerdings unter dem Vorbehalt des Vorwegnahmeverbotes.⁶⁸ Die Regelungsanordnung darf also gewissermaßen keine vollendeten Tatsachen schaffen. Bewirkt eine Regelungsanordnung endgültig das Hauptsacheziel des Antragstellers, wäre sie nicht mehr vorläufig und stünde somit im Widerspruch zum Wortlaut („zur Regelung eines vorläufigen Zustands“) des § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO. Die Tötung eines Menschen allerdings dürfte gerade Inbegriff einer endgültigen Regelung sein, so dass sie hier von vornherein nicht in Frage kommt.

VI. Resümee

Nur eine parlamentsgesetzliche Regelung der politisch gewünschten Praxis des polizeilichen Todesschusses kommt den Vorgaben des Vorbehaltes des Gesetzes und somit letztendlich des Rechtsstaatsgebotes aus Art. 20 Abs. 3 GG nach. Sie ist daher geboten. Die Gesetzesinitiatoren in Nordrhein-Westfalen sind gut damit beraten, im Laufe der parlamentarischen Debatte darauf zu achten, sich dabei argumentativ nicht in die Ecke drängen zu lassen: Eine gesetzliche Regelung führte die Praxis des Todesschusses nicht neu ein. Sie ist bereits Realität – sogar in (rechtswidrigen) Verwaltungsvorschriften (s. o.). Die gesetzliche Regelung stellt die politisch wohl einstimmig gewünschte Maßnahme vielmehr auf die Beine der Rechtmäßigkeit. Sie kann klare Grenzen aufzeigen, wann geschossen werden darf und wann nicht. Gleichzeitig kann sie den mit der Vollziehung konfrontierten Beamten Rechtssicherheit gewähren.

59 SK-Rudolphi, a. a. O., vor § 13, Rn. 33.

60 BGHSr 11, 353, 356.

61 Herzog-Maunz/Dürig, GG, Art. 4, Rn. 132, 135.

62 Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 7. Auflage 2004, Art. 74, Rn. 1.

63 BGHSr 38, 325 ff.

64 BGHSr 38, 325 (338 ff.).

65 BGH 4. Strafsenat, Beschl. v. 15. 7. 1986, Az: 4 StR 301/86.

66 Ein ähnlicher Fall lag gerade dem Schleyer-Urteil des BVerfG zu Grunde: Die Angehörigen des Arbeitgeberpräsidenten Schleyer wollten per einstweiligen Rechtsschutz erzwingen, dass sich der Staat auf einen Austausch der Geisel und gefangener Terroristen einlässt.

67 Diese Frage deutet bereits an: Graulich, NVwZ 2005, 271 (275).

68 Dazu: Ipsen, a. a. O., Rn. 1232.