

1. Die Grundlagen der Polizeikontrolle

1.1 Ein Exempel aus der polizeilichen Praxis: „Die Bernauer Wache“

Zu Beginn der 90er Jahre wurden vietnamesische Zigarettenverkäufer, die in Berlin und einigen ostdeutschen Städten anzutreffen waren, als eine neuartige, gravierende Gefahr für die "innere Sicherheit" Deutschlands ausgemacht. Nach der Angliederung der DDR wurden ehemalige Ostblock-Gastarbeiter nicht mehr in den Betrieben benötigt. Sie waren daher unerwünscht und wurden zunehmend rechtlos gestellt.¹⁶ Eine legale Arbeitsaufnahme war den meisten nicht mehr möglich und so flüchteten sich einige in den Straßenhandel mit unversteuerten Zigaretten, um auf diese Weise ihre Existenz zu sichern. Die Politik konnte nun auf dieses (hausgemachte) Kriminalitätsproblem fokussieren. Vietnamesen erschienen in den (von den Medien verstärkten) Darstellungen der "Sicherheitsexperten" pauschal als Problemgruppe. Das "organisierte Verbrechen" des Handelstreibens mit Zigaretten wurde nicht nur dramatisiert, sondern auch ethnisiert, indem alle Vietnamesen (schon aufgrund ihrer unverschuldet schlechten Lebensumstände) als im Zweifel kriminalitätsgeneigt verdächtigt wurden. Die Rede war sogar von einem "Ameisenheer"¹⁷ krimineller Ausländer und der Begriff "Zigarettenmafia" etablierte sich¹⁸. In dieser Situation fühlte sich die Polizei berufen, besonders hart und entschlossen gegen die "Illegalen" vorzugehen. Was diese dann am Ende der Hatz¹⁹ im Polizeigewahrsam an Demütigungen und Schmerzen zu ertragen hatten, ist exemplarisch für den Umgang der Polizei mit solchen Menschen, die nur eine sehr geringe "Beschwerdemacht" besitzen.

Eine Mitarbeiterin der Berliner Ausländerberatungsstelle Reistrommel e.V. erfuhr im Jahre 1993 von Landsleuten ihres vietnamesischen Ehemannes, dass diese regel-

¹⁶ Diese offizielle Marschroute blieb nicht unbemerkt, so dass sich im August 1992 ein Mob von hunderten Rechtsradikalen ermuntert fühlte, ganz offen (unter den Augen der Polizei und dem Applaus der Anwohner) in Rostock-Lichtenhagen ein von Vietnamesen genutztes Wohnheim drei Tage lang zu belagern und mit Brandbomben sowie Steinen zu bewerfen.

¹⁷ vgl. Berliner Zeitung, 25.06.1994, S. 3

¹⁸ Womit auch die Akzeptanz für den "Rückführungs"-Pakt zwischen der BRD und Vietnam (der eine spezifische Form des Menschenhandels - durch Koppelung von Entwicklungshilfezahlungen an die "Rücknahme" der DDR-Vertragsarbeiter - zum Gegenstand hat) gesichert wurde.

¹⁹ Das Bundesfinanzministerium heizte die Stimmung noch durch eine großangelegte Plakatinitiative mit dem Slogan: "*Lieber verzollt als verknackt - Zieh mit! - Gegen organisiertes Verbrechen*" auf.

mäßigen Übergriffen durch Polizisten ausgesetzt waren. Beim Reistrommel e.V. gründete sie eine Arbeitsgruppe, die es sich zur Aufgabe machte, Betroffene anzusprechen und zunächst einmal Gedächtnisprotokolle zu sammeln. (Aufgrund dieser Recherchen wurde die Zahl der Polizeiübergriffe auf mehrere hundert geschätzt; nur 27 Betroffene konnten jedoch motiviert werden, ihre Erfahrungen auch schriftlich niederzulegen.)

Bereits die Lektüre der Gedächtnisprotokolle nur bezüglich der Geschehnisse in der kleinen, am Rande Berlins gelegenen Polizeiwache Bernau illustriert überdeutlich, wie massiv und alltäglich die Übergriffe waren.

Ein Vietnameser protokollierte, dass sich Festgenommene dort einmal entkleidet und mit dem Gesicht zur Wand aufstellen mussten. Danach gingen die Beamten immer wieder an ihnen vorüber und schlugen sie. Anschließend mussten sie Grimassen ziehen ("Schlitzaugen machen"), wobei sie fotografiert wurden.

In einem anderen Fall wurde dem Opfer eine Jacke über den Kopf gezogen. Dann schlug ihm ein Polizist mit den Fäusten gegen die Schläfen und mit den Händen so auf beide Ohren, dass der Mann auch noch zwei Wochen später fast nichts hören konnte. Ein anderer Polizist drohte ihm, seine Genitalien mit einem Messer abzuschneiden.

Ein Festgenommener berichtete: "Ich musste mich nackt ausziehen. Dann wurde ich geschlagen. Sie schlugen mich mit Fäusten überall hin, vor allem auf den Kopf, ins Gesicht und gegen den Kiefer, in den Nacken, und sie traten mir mit ihren Stiefeln ans Schienbein."

Einmal zog ein Polizist während der "Vernehmung" seine Dienstpistole und setzte diese dem Vietnamesen auf die Brust.

In einem anderen Fall stellte sich ein Polizist mit seinen Schuhabsätzen auf die nackten Füße des Opfers.

Ein Betroffener schilderte, dass ihm ein Zivilpolizist befahl, sich vollständig zu entkleiden; danach zog sich der Beamte ebenfalls aus und versuchte ihn zu vergewaltigen.

Auch ein anderer Vietnameser musste sich komplett entkleiden. Im Anschluss wurde er mit Faustschlägen ins Gesicht und mit Fußtritten misshandelt, wobei sich zwei Polizisten abwechselten. Nach dieser Tortur, bei der er mehrfach zu Boden

ging, wurde ihm befohlen einen Damenslip anzuziehen. Unter dem Gelächter weiterer Polizisten musste er dann auf dem Hof der Wache umhergehen.

Einem festgenommenen Vietnamesen wurde im Streifenwagen mehrfach sehr schmerzhaft in einen Oberschenkel gekniffen. Im Polizeirevier trat man ihm dann gegen die Schienbeine; er musste sich ausziehen und erhielt Schläge ins Gesicht und auf die Brust. Ein Polizist ergriff ihn dann am Kopf und hob ihn in die Luft. Um in Erfahrung zu bringen, wo er Geld aufbewahrt haben könnte, erhielt er weitere Schläge. Zum Abschluss der "Vernehmung" erhielt er einen Tritt ins Gesäß.

In einem anderen Fall weigerte sich die Polizei, eine Anzeige wegen sexueller Nötigung gegen einen Mitarbeiter des Ordnungsamtes aufzunehmen und misshandelte bei dieser Gelegenheit das vietnamesische Opfer.

Ein weiterer Vietnameser wurde so getreten, dass er mit dem Kopf gegen die Wand prallte und zu Boden stürzte.

In einem Fall wurde dem Opfer mehrmals mit der Faust in den Magen und mit dem Ellbogen ins Gesicht geschlagen.

Ein Vietnameser wurde in ein Waldstück gefahren und dort zusammengeschlagen und -getreten, wobei das Opfer wiederholt zu Boden ging.²⁰

Bei einem anderen Vorfall schlug ein Polizist die Köpfe von zwei Vietnamesen zusammen.

Ein Opfer musste sich (in Anwesenheit einer weiblichen Polizistin) nackt ausziehen, wurde in Handschellen gelegt und dann von zwei Beamten geschlagen.

Einem festgenommenen Vietnamesen trat ein Polizist mit dem Knie in den Genitalbereich.

Bei einem weiteren Vorfall wurde das Opfer u.a. etwa 15 Minuten lang geschlagen und dann noch mehrfach gegen die Wand gestoßen.

Ein anderes Opfer erhielt Tritte gegen die Schienbeine und Schläge. Dann musste es sich vollständig entkleiden und wurde anschließend (obwohl es ein kühler Tag im März war) für eine Stunde bei offenem Fenster an ein Heizungsrohr gefesselt.

Bei Festnahmen und Verhören waren aber nicht nur Schläge (wobei auch Lederhandschuhe und Gummiknüppel zum Einsatz kamen) und Tritte, sondern

²⁰ Ähnliche Szenen spielten sich u.a. in Leipzig ab. Dort wurden im August 1994 vier Polizisten ("Ninjacops") zu Geld- und Freiheitsstrafen verurteilt (der Hauptangeklagte erhielt 3 Jahre und 9 Monate), da sie mehrfach Vietnamesen in einen Tagebau verschleppt, gefesselt, zusammengeschlagen, mit Tränengas besprüht (direkt in die Augen) und bestohlen hatten.

auch rassistische Beschimpfungen zur Normalität geworden. Einige Vietnamesen, die z.T. völlig grundlos (nur wegen ihrer ethnischen Zugehörigkeit) brutal festgenommen worden waren, mussten zudem Vernehmungsprotokolle unterschreiben, deren belastender falscher Inhalt ihnen nicht einmal übersetzt worden war. Einige beklagten, dass Geld und persönliche Unterlagen (u.a. Ausweisdokumente) auf der Wache abhanden gekommen waren. Zudem wurde den Polizisten vorgeworfen, "Schutzgeld" erpresst zu haben.

Viele Vietnamesen waren trotz des Engagements des Reistrommel e.V. stark verunsichert, gingen davon aus, gegen die Polizei nichts ausrichten zu können und hatten Angst vor Rache der Polizisten. Die Hemmschwelle vor einer förmlichen Anzeigenerstattung war aufgrund der Angst vor dem Aufsuchen von Behörden (da dort Abschiebungen drohten) und wegen dem Risiko, u.U. selbst wegen des Gegenvorwurfs "falscher Verdächtigungen" strafrechtliche (und damit ausländerrechtliche) Probleme zu bekommen, enorm.

Als dann aber am 8. Mai 1994 bei einer Demonstration die detailreichen Vorwürfe gegen die Polizei vorgebracht und über die Presse verbreitet wurden, stellte die damals für den Bereich Bernau verantwortliche Polizeipräsidentin eine Anzeige von Amts wegen gegen unbekannte Polizeibeamte. Die Polizeipräsidentin (die - als Ausnahmeerscheinung innerhalb der Polizei - für ihr bürgerrechtliches Engagement bundesweit bekannt ist) versuchte also nicht etwa, die Vorgänge zu vertuschen, sondern bemühte sich um Aufklärung. Da auch die (ungewöhnlich engagierte) Staatsanwältin mit den vietnamesischen Zeugen einfühlsam umging und zudem beim Brandenburgischen Landeskriminalamt eine Sonderkommission eingerichtet wurde, kamen die Ermittlungen - im Gegensatz zu denen, die parallel in Berlin liefen - entscheidend voran.

In ihrer Anklage vom 27.02.1995 warf die Staatsanwaltschaft acht Beamten der sogenannten D-Schicht der Polizeiwache in Bernau vor, in der Zeit vom 25.02.1993 bis 04.06.1994 mindestens 14 vietnamesische und einen polnischen Mitbürger in insgesamt 23 Fällen misshandelt zu haben. Neben einfacher Körperverletzung waren die Tatbestände der gefährlichen Körperverletzung, Aussageerpressung, Freiheitsberaubung und Strafvereitelung im Amt aufgeführt. Hierbei wurden aber

nur die Fälle behandelt, bei denen aus Sicht der Staatsanwaltschaft eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit bestand. Aussagen oder gar Geständnisse waren (entsprechend dem Verhalten der Beschuldigten im Vorverfahren) nicht zu erwarten, so dass nur die mit Zeugen konkret belegbaren Taten angeklagt werden konnten.

Am 17.01.1996 begann dann am Landgericht Frankfurt/ Oder die öffentliche Verhandlung.²¹ Allerdings war bereits am 24.10.1995 der erste Zeuge nach Vietnam abgeschoben worden, drei weiteren erging es später ebenso. Einem Zeugen wurde später die beantragte Einreise verweigert (weshalb drei Anklagepunkte fallengelassen werden mussten). Andere Zeugen erschienen deshalb nicht zum Prozesstermin, weil ihnen im Anschluss an ihre Aussage die Abschiebung gedroht hätte (obwohl es sonst von Seiten der Ausländerbehörden üblich ist, dass Abschiebungen von Zeugen bis zum Ende von Gerichtsverfahren, in denen sie aussagen sollen, ausgesetzt werden).

21 Monate nach Verhandlungsbeginn wurden schließlich 4 der 8 Angeklagten aus Mangel an Beweisen freigesprochen

In einem offenen Brief, der kurze Zeit vor dem Urteilsspruch hinsichtlich der verbliebenen Polizisten veröffentlicht wurde, solidarisierten sich kommunale CDU-Politiker mit den schwer belasteten Beamten, beklagten eine angeblich "entwürdigende prozeßbegleitende Medienkampagne", die dem Image der Polizei geschadet hätte, und kritisierten, dass sich Innenminister und Polizeipräsidentin nicht ausreichend hinter die Polizei gestellt hätten. Die Gewerkschaft der Polizei rang um Verständnis für die schwer belasteten Polizisten, indem sie in einem Interview verlauten ließ, man könne Kriminelle eben nicht immer mit "Glacéhandschuhen" anfassen. Auch der Hauptangeklagte Joachim G., der bei den Vietnamesen als besonders brutal berüchtigt war, rechtfertigte sich in seiner Prozessklärung, die er im Gericht verlas, damit, dass z.B. Tritte vor´s Schienbein und Ohrfeigen als "Schocktechnik" normales polizeiliches Handeln bei Festnahmen seien.

²¹ In einem vorgelagerten Verfahren waren zwei Beamte vom Vorwurf, einen Vietnamesen ca. 20 Minuten lang mit Schlägen traktiert zu haben, vom Amtsgericht Frankfurt/ Oder wegen Mangels an Beweisen freigesprochen worden.

Nach 108 Verhandlungstagen wurde am 04.05.1998 Joachim G. zu 2 Jahren, Rainer R. zu zwölf Monaten und Bernd S. zu 10 Monaten jeweils auf Bewährung wegen insgesamt 13 Fällen von Körperverletzung im Amt verurteilt. Wilfried D. wurde zu einer Geldstrafe i.H.v. 5400 DM verurteilt.

Der Vorsitzende Richter prangerte in der mündlichen Urteilsbegründung den Korpsgeist der Polizisten an. Nach seinem Eindruck hätten mehrere Polizisten zugunsten belasteter Kollegen vor Gericht gelogen. Der Anklagevertreter Staatsanwalt Joachim Sörries konstatierte eine "Mauer des Schweigens".²² Gegen einen Polizeizeugen wurde ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts eines Meineides eingeleitet.

Die Gewerkschaft der Polizei, die in bedingungsloser Loyalität mit den Beamten bereits die Übernahme der Verfahrenskosten und der Auslagen für renommierte Strafverteidiger erklärt hatte, war davon unbeeindruckt und sprach von einer "Diffamierung der gesamten Polizei" und wertete nicht das Verhalten der kriminellen Polizisten, sondern das Urteil öffentlich als einen "Skandal", da den Aussagen der Vietnamesen mehr Glauben geschenkt worden wäre als den Aussagen der Beamten. (Allerdings war es gar nicht zu Aussagen der Beamten gekommen, sie hatten sich sowohl im Ermittlungsverfahren als auch vor Gericht in kollektives Schweigen gehüllt.)

Gegen das (251 Seiten umfassende) Urteil legten die Angeklagten und auch die Staatsanwaltschaft, die das Urteil als zu milde einschätzte, Revision ein. Aufgrund dieser wurde dann im November 2000 die Verurteilung von Rainer R. von zwölf auf elf Monate nach unten korrigiert²³ und die Verurteilung von Bernd S. von ursprünglich zehn auf acht Monate.

Damit fand einer der längsten und teuersten Strafprozesse (die Kosten waren in einen siebenstelligen Bereich geklettert) der Brandenburger Justizgeschichte seinen Abschluss. Obwohl seitdem schon einige Jahre verstrichen sind, ist der

²² MOZ, vom 28.07.2000, S. 8

²³ wozu anzumerken ist, dass ein Beamtenverhältnis erst mit Rechtskraft einer Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (wegen einer vorsätzlichen Tat) automatisch endet (vgl. § 100 LBG)

"Bernauer Polizeiskandal" noch immer vielen ein Begriff, denn "spektakulär" war er schließlich nicht vorrangig wegen seiner Kosten oder wegen seiner Dauer, sondern aufgrund der Tatsache, dass ein Kollektiv von Polizisten zu einem Mob wurde, der über lange Zeit ungehindert Menschen quälen und demütigen konnte.

Obwohl alle vorhandenen Kontrollvorkehrungen gründlich versagten, ist nicht zu erkennen, dass die Polizei bzw. deren Kontrolleure aus den Ereignissen grundlegend gelernt haben, denn nach wie vor kommt es zu Übergriffen.

1.2 Beschreibung des staatlichen Gewaltmonopols

Aus diesem Grunde ist es wichtig, die wesentlichen Bedingungen zu ergründen, unter denen die Polizei agiert, da konkretes Fehlverhalten auch strukturelle Gründe haben kann.

Um nun erkennbar zu machen, in welchem Sinne bzw. mit welcher Bedeutung wichtige polizeirelevante Begriffe in den nachfolgenden Kapiteln verwendet werden, und um spätere Exkurse zu vermeiden, werde ich zunächst mit einer allgemeinen Beschreibung derselben beginnen. Gleichzeitig soll ein Überblick über das "Polizeiwesen" gegeben werden, auf den die Darstellung der machtbegrenzenden Regelungen und der konkreten Kontrollsituation sowie die Analyse (und Kritik) von Kontrollproblemen aufbauen kann.

1.2.1 Das Monopol physischer Gewaltsamkeit

Worin liegt nun eigentlich die Besonderheit des eingangs geschilderten Falles? Dass Menschen geschlagen, beleidigt oder massiv bedroht werden, ist ja leider eine eher alltägliche Erfahrung. Die Ereignisse, die sich auf der Bernauer Wache abspielten, waren aber deshalb für die Öffentlichkeit von besonderem Interesse, weil die Täter in ihrer Funktion als Polizisten das staatliche Gewaltmonopol bzw. den Staat selbst repräsentieren. Das berechtigte Unbehagen und die Empörung, welche sich auch bei den nicht unmittelbar betroffenen Bürgern einstellt, wenn Polizisten ihre Macht missbrauchen, rührt wohl auch daher, dass dem Einzelnen die Möglichkeit des eigenen Ausgeliefertsein an „den Staat“ bedrohlich in Erinnerung gerufen wird. Mit dem polizeilichen (wie auch dem verwandten militärischen) Droharsenal enthüllt sich das staatliche Potential, Leben und

Gesundheit von Menschen zu vernichten, unmittelbar. Nach der soziologischen Formel Max Webers konstituiert sich ein Staat sogar erst dadurch, dass eine menschliche Gemeinschaft innerhalb eines bestimmten Gebietes das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit erfolgreich für sich beansprucht. Durch die Gewaltkonzentration wird vor allem "private Gewalt" eingedämmt, wodurch eine friedensstiftende Wirkung für alle Gesellschaftsmitglieder erreicht wird. Die Sorge um den "Schutz der eigenen Haut" und einen sicheren Alltag wird zu einem großen Teil auf den Staat übertragen.²⁴ Da die Gewalt von frei und gleich geltenden Bürgern in einer Demokratie lediglich an den Staat delegiert wird, kann dieser allerdings als bloße Organisationsform der Bürger auch nicht mehr natürliche Autorität "aus sich heraus" in Anspruch nehmen als es jedes einzelne Glied der Gemeinschaft gegenüber den anderen tun kann. Die Bürger beugen sich der staatlichen Gewalt zwar, ein quasi natur- oder gottgegebenes bzw. "moralisch" begründbares Subordinationsverhältnis besteht jedoch nicht.²⁵ Für den einzelnen Bürger, dem ja keine nennenswerten physischen Zwangsmittel zur Verfügung stehen, bleibt die als übermächtig verinnerlichte "Staatsgewalt" jedenfalls suspekt. Dies schon deshalb, weil er im Zweifel zunächst darauf angewiesen ist, dass sich der Staat ihm gegenüber freiwillig regelgemäß verhält. Dabei ahnt der Einzelne auch, dass gesellschaftliche Auseinandersetzungen (in denen der Staat keineswegs neutral und unbeteiligt bleibt) letztlich "immer unter dem Vorbehalt des im Gewaltmonopol verankerten Herrschaftsinteresses, das die Spielregeln ausgibt und das Spiel zu beenden, jedenfalls zu suspendieren vermag"²⁶ erfolgen. Das Maß an Vertrauen, welches der Bürger dem Staat entgegenbringen kann, bedingt daher den Grad an Sicherheit, die er in diesem (und diesem gegenüber) empfindet. Der zivilisatorische Vorteil, den sich Menschen in Staaten dadurch erhoffen, dass

²⁴ Allerdings darf nicht verkannt werden, dass der Staat "normale Verbrechen" und Gefahren zur eigenen Legitimation benötigt, wobei er dadurch, dass er ein "Nahezumonopol der Gefahrendefinition" innehat, Legitimation sogar über "künstliche Gefahren" konstruieren kann. Staatliche Gewalt wird dagegen häufig gar nicht mehr (da der Staat auch Herrschaft über Sprache ausübt) als Gewalt bezeichnet - und entsprechend wahrgenommen (vgl. Narr, Physische Gewaltsamkeit, ihre Eigentümlichkeit und das Monopol des Staates, in: Leviathan 1980, 541, 556 f.).

²⁵ Allerdings ist "die Legitimation der Staatsgewalt als einer Größe eigenen genuinen Rechts, (...) besonders in der deutschen Staatstradition zuhause. Am Anfang war der Staat. Diese Feststellung gilt hier nicht nur als historische Aussage. 'Am Anfang war der Staat' wird immer zugleich normativ interpretiert: 'Am Anfang hat der Staat zu stehen.' Der Staat ist immer noch der Apparat gewordene, versachlichte König eigenen Rechts" (Narr, Physische Gewaltsamkeit, ihre Eigentümlichkeit und das Monopol des Staates, in: Leviathan 1980, 541, 558).

²⁶ Narr, Physische Gewaltsamkeit, ihre Eigentümlichkeit und das Monopol des Staates, in: Leviathan 1980, 541, 555

sie einen Teil ihrer Freiheit gegen staatlich verbürgte Sicherheit eintauschen²⁷, wird dadurch relativiert, dass ausgerechnet die Repräsentanten des staatlichen Gewaltmonopols gesellschaftliche „Urängste“ der Menschen wecken, indem sie sich diesen gegenüber willkürlich oder kriminell verhalten. Um eine wirklich befreiende Wirkung des Monopols physischer Gewaltsamkeit zu erreichen, ist dieses so zu organisieren, dass es vom Bürger auch noch kontrolliert und beeinflusst werden kann. Das Gewaltmonopol muss daher in ein demokratisches Willensbildungs- und Entscheidungsverfahren eingebettet sein.²⁸

1.2.2 Bestimmung des Begriffes "Polizei" im Sinne der Fragestellung

Der Gegenstand dieser Arbeit ist "die Polizei". Allerdings bedarf dieser Begriff einer Erläuterung, da es in der Polizeigeschichte keinen eindeutigen und einheitlich verwendeten Polizeibegriff gab²⁹ und auch heute durchaus fraglich ist, was dieser beschreibt.

In Deutschland wurde der Begriff "Polizey"³⁰, der vom griechischen *politeia*³¹ und dem lateinischen Wort *policia*³² abgeleitet ist, (soweit bekannt) erstmals im 15. Jahrhundert verwendet³³ und meinte einen "Zustand guter Ordnung im Gemeinwesen" (in welchem der Bürger oder Untertan sich ordentlich, züchtig, gesittet sowie ehrbar verhielt und in welchem das Zusammenleben geordnet war)³⁴ bzw. Tätigkeiten³⁵ oder Gesetze³⁶, die zur Herstellung und/ oder Erhaltung

²⁷ Aber auch "der Staat ist darauf angewiesen, dass seine Bürger sein Monopol akzeptieren. Er legitimiert sich deswegen nicht zuletzt damit, dass er den bürgerlichen Bedarf nach Sicherheit erneuert. So sehr also der Staat Angst, vor allem die Angst vor den anderen, nimmt, so sehr lebt er von dieser nur von ihm - jeweils prekär - kurierbaren Angst. Staatsgestiftete Freiheit ist angstfundiert. Die Versicherung der Angst kostet den Preis staatlicher Gewalt" (Busch u.a., Die Polizei, S. 27 f.).

²⁸ Busch u.a., Die Polizei, S. 27

²⁹ vgl. Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 2 Rn. 1

³⁰ auch "Policey", "Pollitzey" oder "Polluzey" (vgl. Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 3 Rn. 4)

³¹ Es bedeutete dort ursprünglich soviel wie "Verfassung des Staates", "Zusammenwirken der Staatsorgane" oder "Zusammenspiel der Staatsfunktionen". Im alten Rom wurde mit "politia" die republikanische Verfassung und die sie tragende Verwaltungstätigkeit bezeichnet (vgl. Wagner/ Ruder, Polizeirecht, S. 23 Rn. 1).

³² näheres zum Ursprung bei Pfeifer, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, S. 1296

³³ z.B. spricht § 40 der "Reichsregimentsordnung" aus dem Jahre 1495 von "Ordnung und Polizei"

³⁴ Knemeyer, AöR 1992, 155

³⁵ Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 2 Rn. 2

³⁶ Knemeyer, AöR 92 (1967), S. 165

desselben dienen sollten. Der Begriff beschrieb also noch keine Organisation oder Personen.

Zu Polizeisachen wurden in frühmoderner Zeit die gesellschaftlichen Angelegenheiten, die der Staat (vorrangig in den aufkommenden größeren Städten) für ordnungsbedürftig hielt³⁷. Die traditionell geprägte Ordnungsidee zeigt sich in den vielen damaligen Reichs-³⁸, Landes- und Stadtpolizeiordnungen³⁹. Deren Schwerpunkte waren ein gutes, gottgefälliges Leben der Untertanen, Wahrung der Standesunterschiede sowie Bekämpfung von Gewerbe- und Handwerksmissbräuchen⁴⁰. So wollte man beispielsweise Gotteslästerung, Fluchen, Völlerei, Kuppelei, Konkubinat, Ehebruch, Wucher, Verfälschen von Lebensmitteln, Betrugerei mit falschen Maßen oder Gewichten, Landschleicherei und Bettelerei eindämmen und u.a. das Tragen standesgemäßer Kleidung, die Bücherzensur, das Verhalten gegenüber der Herrschaft sowie Vormund- und Erbschaftssachen regeln⁴¹. Zur unmittelbaren Durchsetzung wurden durch die Verwaltungsträger "Stadtknechte", "Büttel" und "Häscher" eingesetzt⁴².

Nach dem Dreißigjährigen Krieg erweiterte sich im Absolutismus der Polizeibegriff. Der Monarch konnte nunmehr die "Wohlfahrt" der Bevölkerung bis in alle persönlichen Einzelheiten regeln⁴³. Das positiv anmutende Vorhaben der "Beförderung der Wohlfahrt" bzw. "der allgemeinen Glückseligkeit" war jedoch lediglich die offizielle Umschreibung für das Recht des Monarchen, die Untertanen im politischen Leben, in ihrer wirtschaftlichen Betätigung und im Bereich von Sitte und Moral zu bevormunden.⁴⁴ Unter "Polizei" war damit nicht mehr nur die Abwehr von Gefahren für die (vom Monarchen definierte) öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern auch die für angemessen befundene Gestaltung der Lebensumstände und materiellen Lage der Untertanen zu verstehen. Durch die soziale Disziplinierung der Untertanen sollten Risiken für die Vorrangstellung des Adels verringert werden. „Polizei“ wurde zum Innbegriff der absoluten Staatsgewalt,

³⁷ vgl. Boldt, in Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 3 Rn. 6

³⁸ hervorzuheben sind die Reichspolizeiordnungen der Jahre 1530, 1548 und 1577

³⁹ Boldt, in Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 3 Rn. 5

⁴⁰ Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre, S. 16 f.

⁴¹ Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 3 Rn. 5

⁴² Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 2 Rn. 2

⁴³ Wagner/ Ruder, Polizeirecht, S. 24 Rn. 3

die keiner rechtlichen Beschränkung unterlag. Daher bezeichnet man die absolutistischen Staaten auch als Polizeistaaten.⁴⁵

Mit der Staatsphilosophie der Aufklärung begann ein Ringen um die Beschränkung staatlicher Macht und insbesondere die Begrenzung polizeilicher Befugnisse auf die Gefahrenabwehr⁴⁶. Dies schlug sich beispielhaft auch im (funktionsbezogenen) materiellen Polizeibegriff der berühmten Norm des § 10 Teil II Titel 17 ALR (Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten, vom 01.06.1794) nieder: "Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publiko, oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey."

Für polizeiliche Aufgaben wurden (erstmalig 1742 in Berlin) spezielle Verwaltungen eingerichtet. Da die dort tätigen Beamten Dienstbezeichnungen wie Polizeidirektor, Polizeikommissar, Polizeiinspektor und Polizeiknecht⁴⁷ trugen, begann man unter "Polizei" auch Personen und Behörden zu verstehen. So entstand schließlich der institutionelle Polizeibegriff.⁴⁸ Aber erst nach der gescheiterten Revolution im Jahre 1848⁴⁹ wurde (zuerst in Preußen) eine mit heutigen Verhältnissen vergleichbare Polizei als eine bürokratisch organisierte, rechtsförmig handelnde und mit starker Exekutivgewalt ausgestattete Institution herausgebildet.⁵⁰ Dieser institutionelle Polizeibegriff hat sich bis heute verfestigt. Er meint diejenigen Stellen, die dem Organisationsbereich von als Polizei bezeichneten Behörden zuzurechnen sind.⁵¹

⁴⁴ Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 16 f.

⁴⁵ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 1 f. Rn. 1 f.; Gusy, Polizeirecht, S. 2 Rn. 5

⁴⁶ Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr, S. 4

⁴⁷ Knemeyer, AöR 92 (1967), S. 163

⁴⁸ Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 5 Rn. 11 f.

⁴⁹ Mit der Kabinettsorder vom 23. Juni 1848 verfügte Friedrich Wilhelm IV die Aufstellung der Schutzmannschaft von Berlin.

⁵⁰ Funk, Polizei und Rechtsstaat, S. 13

⁵¹ vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 7 Rn. 14

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die Polizei im institutionellen Sinne. Damit bleiben die Bundeswehr⁵² (und insbesondere deren „Feldjäger“), die Geheimdienste⁵³ und die (Sonder-)Ordnungsbehörden (z.B. die Feuerwehr oder die Ausländer-, Gewerbe- und Bauordnungsbehörden)⁵⁴, obwohl auch diese im Bereich der Gefahrenabwehr - unter Einschluss der Befugnis zur Anwendung bestimmter Zwangsmittel und teilweise speziell uniformiert - tätig sind (und damit unter den materiellen Polizeibegriff fallen), ausgeblendet. Ebenso unberücksichtigt bleiben die mit besonderen vollzugspolizeilichen Aufgaben betrauten sog. Beliehenen⁵⁵ (Jagdaufseher, Forst- und Feldhüter, Fischereiaufseher, Seeschiffahrtskapitäne und Flugzeugführer)⁵⁶ und die ebenfalls im Gefahrenabwehrbereich tätigen privaten Sicherheitsunternehmen⁵⁷.

1.2.3 Organisation der Polizei in der Bundesrepublik Deutschland

Gemäß Art. 70 GG fällt das Polizeirecht⁵⁸ (da es in den Zuständigkeitskatalogen der Art. 73 ff. GG nicht enthalten ist) in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer. Dementsprechend haben die Bundesländer Organisation sowie Aufgaben und Befugnisse ihrer Polizei jeweils eigenständig geregelt. (Insofern stellt der "Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder"⁵⁹ aus dem Jahre 1977⁶⁰, der von der

⁵² Die Bundeswehr kann im Falle des "inneren Notstandes" polizeilich tätig werden (vgl. Artikel 87a Abs. 4 S. 1 GG). Dieser sollte zudem mit § 14 Abs. 3 des am 24.11.2004 beschlossenen Luftsicherheitsgesetzes die am weitest reichende Gefahrenabwehrbefugnis in der bundesdeutschen Geschichte eingeräumt werden. Streitkräfte sollten Luftfahrzeuge mit Waffengewalt zum Absturz bringen dürfen, "wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist." Mit diesem "finalen Rettungsabschuss" wurde jedoch eine quantitative, die Menschenwürde verletzende staatliche Abwägung Leben gegen Leben formuliert, die im Gegensatz zum "finalen Rettungsschutz" der Polizeigesetze von vornherein auch die Tötung von Unbeteiligten als "Kollateralschaden" ermöglicht (vgl. Kutscha, Grundrechte-Report 2005, S. 51). Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Regelung für verfassungswidrig (Urteil vom 15.02.2006, Az.: 1 BvR 357/05).

⁵³ denen keine polizeilichen Befugnisse eingeräumt sind

⁵⁴ früher als Ausländer-, Gewerbe- und Bau"polizei" bezeichnet; eine ausführliche, beispielhafte Liste von Änderungen in den Bezeichnungen findet sich in § 49 OBG NW (Gesetzesfassung vom 13.05.1980)

⁵⁵ sog. "Hilfspolizisten"

⁵⁶ vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 23 Rn. 26

⁵⁷ die ebenfalls im materiellen Sinne polizeilich tätig werden, da sie - teilweise sogar bewaffnet (z.B. auf Flughäfen und in Atomkraftwerken) - Gefahrenabwehraufgaben, die keinem staatlichen Monopol zugeordnet sind, wahrnehmen

⁵⁸ Gemeint ist das "Polizeirecht im engeren Sinne", das Regelungen umfasst, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der alleinige und unmittelbare Gesetzeszweck ist (BVerfG 8, 143, 150).

⁵⁹ abgekürzt: MEPolG

sog. Innenministerkonferenz beschlossen wurde, nur eine rechtlich nicht bindende Empfehlung an die jeweiligen Landesgesetzgeber, den Musterentwurf bei Novellierungen der Polizeigesetze zu berücksichtigen, dar.⁶¹) Entsprechend Art. 30 GG liegt auch die Durchführung dieser Gesetze in der Kompetenz der Bundesländer.

Daneben hat der Bund von seiner Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz in Spezialbereichen Gebrauch gemacht und entsprechend den geregelten Materien eigene Polizeibehörden geschaffen. Diese sind die Bundespolizei⁶², das Bundeskriminalamt (BKA), der Zollgrenzdienst, der Zollfahndungsdienst, das Zollkriminalamt, die Strom- und Schifffahrtspolizei sowie die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr. Zudem stehen der Bundesregierung gem. Art. 35 Abs. 3, Art. 91 Abs. 2 und Art. 115 f GG Notstandsbefugnisse (insbesondere Weisungsrechte gegenüber den Ländern) zu. Eine weitere Sonderregelung enthält Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG, wonach der Bundestagspräsident im Gebäude des Bundestages die "Polizeigewalt" ausübt.

Die Polizeiorganisation ist in den Bundesländern (bezüglich der Verwaltungs- und Vollzugsaufgaben) nach zwei Prinzipien, dem Einheitssystem und dem Trennungssystem, aufgebaut. Zur Unterscheidung ist es nicht erheblich, ob Aufgaben, Befugnisse und Organisation von Polizei und Ordnungsbehörden in gemeinsamen oder getrennten Gesetzen geregelt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob eine organisatorische Einheit oder Trennung vorliegt. Danach folgen Baden-Württemberg, Bremen, Saarland und Sachsen dem Einheitssystem. In den anderen Bundesländern wurde das Trennungssystem umgesetzt.

Das Trennungssystem ist auf die Anstrengungen der Alliierten des 2. Weltkrieges zur "Entpolizeilichung" Deutschlands zurückzuführen. Gemäß der auf den Konferenzen von Jalta⁶³ (im Februar 1945) und Potsdam (im Juli/ August 1945) entwickelten allgemeinen Ziele sollte die deutsche Polizei entmilitarisiert,

⁶⁰ der "Vorentwurf zur Änderung des MEPolG" (VEMEPolG) datiert vom 12.03.1986

⁶¹ Die Bundesländer sind dieser Empfehlung jedoch durch verschiedene Gesetzesnovellierungen in wichtigen Teilen gefolgt, so dass in der vorliegenden Arbeit desöfteren (beispielhaft) auf Bestimmungen des Musterentwurfes Bezug genommen werden kann.

⁶² die bis Juli 2005 Bundesgrenzschutz (BGS) hieß

⁶³ auch als Krim-Konferenz bezeichnet

demokratisiert, entnazifiziert und dezentralisiert werden⁶⁴. Auf dieser Linie lag auch die Auflösung kasernierter Polizeieinheiten, das Verbot spezieller Einrichtungen politischer Polizei⁶⁵ sowie die Durchsetzung des "Trennungsgebotes" von Polizei und Geheimdiensten.

Der Rechtszustand in den vier Bundesländern, in denen (in Fortführung des preußischen Modells) das Einheitsprinzip gilt, ist dem in den anderen Bundesländern aber ähnlich, da der Polizeivollzugsdienst in der jeweiligen Landesgesetzgebung als eigenständiger Teil der Polizeiverwaltung in Erscheinung tritt⁶⁶.

In den Bundesländern mit Einheitssystem gliedert sich die Polizei in Polizei(verwaltungs)behörden und Polizeivollzugsdienststellen, wobei die Polizeibehörden⁶⁷ gegenüber der Vollzugspolizei zur Erteilung fachlicher Weisungen ermächtigt sind. In Folge des Trennungssystems besteht die Polizei in den anderen Bundesländern nur aus der Vollzugspolizei. (Die Verwaltungsaufgaben werden hier von den Ordnungsbehörden wahrgenommen). Die Vollzugspolizei unterteilt sich in (uniformierte) Schutzpolizei, Kriminalpolizei, Bereitschaftspolizei⁶⁸ und Wasserschutzpolizei. Die Schutzpolizei führt den mit Gefahrenabwehr befassten allgemeinen Vollzugsdienst aus. Der Kriminalpolizei obliegt die Aufklärung und Verfolgung strafbarer Handlungen. Die Bereitschaftspolizei stellt größere Polizeiverbände, die in der Regel als geschlossene Einheiten in Katastrophenfällen und in besonderen Lagen (z.B. zum Schutz bei Versammlungen oder Sportereignissen) eingesetzt werden.

⁶⁴ Boldt, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 27
Schiedermaier, Einführung in das bayrische Polizeirecht, S. 37

⁶⁵ Das Gesetz Nr. 31 des Alliierten Kontrollrates in Deutschland vom 01.07.1946 bestimmte die Auflösung der Polizeieinrichtungen, die der "Überwachung oder Kontrolle der politischen Betätigung von Personen" dienen (Amtsblatt des Alliierten Kontrollrates in Deutschland, S. 163; im Internet - Stand 20.03.2007 - unter: <http://deposit.ddb.de/online/vdr/rechtsq.htm>).

⁶⁶ Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, S. 27 Rn. 36

⁶⁷ Die Begrifflichkeiten werden uneinheitlich gebraucht und sind missverständlich. Unter Behörden werden im Verwaltungsrecht solche Verwaltungsstellen verstanden, die vornehmlich durch den Erlass von Verwaltungsakten oder den Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen nach außen, also dem Bürger gegenüber, tätig werden (Kopp/ Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1 Rn. 8). Damit kann gerade die Vollzugspolizei als Behörde bezeichnet werden.

⁶⁸ Nur das Land Berlin verfügt über keine gesonderte Bereitschaftspolizei. Es existieren dort aber "Einsatzbereitschaften" des Polizeipräsidiiums, die den Hundertschaften der Bereitschaftspolizeien ähneln.

Die Dienst- und die Fachaufsicht über die Vollzugspolizei liegt in der Hand der Innenministerien. Die Dienstaufsicht erstreckt sich auf die Einrichtung, innere Ordnung, Besetzung und Geschäftsführung⁶⁹ der Polizei sowie auf die Art und Weise der Durchführung polizeilicher Maßnahmen.⁷⁰ Demgegenüber betrifft die Fachaufsicht die inhaltliche Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit von Maßnahmen (einschließlich der Ermessensausübung)⁷¹. Im Rahmen der Aufsicht können die Innenministerien unbeschränkt Weisungen erteilen und Entscheidungen an sich ziehen.

1.2.4 Regelungen für das Polizeihandeln

Wichtigste Rechtsgrundlage für das Polizeihandeln ist das Grundgesetz, denn die dort verankerten Grundrechte binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt (deren Teil die Polizei ist) und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Auch die Landesverfassungen statuieren jeweils eine solche Grundrechtsbindung⁷². Neben den Grundrechten sind für die Polizei auch allgemeine Verfassungsgrundsätze (z.B. das Übermaßverbot) von praktischer Bedeutung. Ferner sind die Bestimmungen der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK⁷³) hervorzuheben. Die EMRK hat allerdings keinen Verfassungsrang, sondern lediglich den eines Bundesgesetzes.

Das Dienstrecht der Beamten⁷⁴ baut auf den "hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums" auf, denen das Grundgesetz durch Art. 33 Abs. 5 GG Geltung verschafft. Zu den "hergebrachten Grundsätzen" als Strukturprinzipien des Beamtentums zählt u.a. der öffentlich-rechtliche (und nichtvertragliche) Charakter

⁶⁹ zu der auch die Erfüllung von Dienstpflichten zählt

⁷⁰ Wolf/ Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, S. 433

⁷¹ Wolf/ Stephan, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, S. 435

⁷² vgl. z.B. Art. 23 Abs. 1 Verfassung von Berlin

⁷³ vom 04.11.1950 in der Fassung vom 06.05.1963

⁷⁴ Insbesondere die Pflichten und Rechte von Beamten sind im Bundesbeamtengesetz (BBG) und in den Landesbeamtengesetzen detailliert festgelegt (vgl.: Abschnitt III BBG).

Das "Deutsche Polizeibeamtengesetz" (PBG) vom 24.06.1937 und dessen "vorläufige Durchführungsverordnung" vom 26.07.1937 können hingegen keinerlei Geltung mehr entfalten. An der als abwegig einzustufenden gegenteiligen Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, das z.B. noch im Jahre 1962 (vgl. BVerwGE 14, 21, 23) die in der Durchführungsverordnung zu § 5 PBG niedergelegte "Zölibatsklausel" für Angehörige der kasernierten Einheiten der Schutzpolizei und der Gendarmerie im Grundsatz für anwendbar hielt, wird auch offensichtlich (stillschweigend) nicht mehr festgehalten.

des Beamtenverhältnisses - dessen wesentliche Inhalte durch Gesetz zu regeln sind⁷⁵, das Lebenszeitprinzip⁷⁶, die hauptberufliche Bindung des Beamten, das Leistungsprinzip⁷⁷, die Neutralitätspflicht, das Laufbahnprinzip, die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, das Haftungsprivileg des Beamten, die Vereinigungsfreiheit, das Alimentationsprinzip und die allgemeine (gegenseitige) Treuepflicht. Aus der Treuepflicht⁷⁸ ergibt sich für den Beamten neben der außerdienstlichen Pflicht zur Zurückhaltung bei politischer Betätigung, der Pflicht zu uneigennütziger Amtsführung sowie dem Verbot von Streiks (bzw. von einem unengagierten "Dienst nach Vorschrift" als anderer Form von Arbeitskämpfmassnahmen) auch die „Pflicht zum Gehorsam“⁷⁹ im Dienst. Die Verpflichtung zur "vollen Hingabe" der ganzen Persönlichkeit⁸⁰ für das übernommene Amt⁸¹ leitet sich aus dem Lebenszeitprinzip, der hauptberuflichen Bindung und der allgemeinen Treuepflicht ab. Der Pflichtenkreis des Beamten, der in einem sog. "Sonderrechtsverhältnis" eingebunden ist, begrenzt dabei auch seine rechtlichen Möglichkeiten, sich auf seine Grundrechte zu berufen⁸². Die Beschränkungen in der Ausübung einzelner Grundrechte gehen im Einzelfall sogar soweit, dass von Beamten gefordert wird, ihr Leben bzw. ihre Gesundheit zu riskieren⁸³. Ihnen ist nämlich in Folge des wahrgenommenen Amtes eine Garantenstellung für die Strafverfolgung und die Gefahrenabwehr aufgebürdet, womit sie eine erhöhte Gefahrtragungspflicht trifft. Damit sind sie auch in solchen Situationen zum Handeln - z.B. zur Verfolgung eines schwerbewaffneten Straftäters oder zur Rettung von Personen unter gefährlichsten Bedingungen - verpflichtet, in denen einem "einfachen Bürger" im Falle des Nichteingreifens keine strafwürdige Untätigkeit vorgeworfen werden würde. Wenn allerdings die Erfüllung der Dienstpflichten unzumutbar erscheint, ist das

⁷⁵ Lübke-Wolff, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 33 Rn. 76

⁷⁶ das Beamtenverhältnis besteht in der Regel auf Lebenszeit

⁷⁷ bei der Besetzung öffentlicher Ämter und den Beförderungen sollen nur die fachlichen Leistungen der Bewerber ausschlaggebend sein

⁷⁸ Die Treue wird mit der Alimententierung belohnt und durch die Drohung mit disziplinarischen Konsequenzen bei illoyalem Verhalten abgesichert.

⁷⁹ Auch im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 war bestimmt, dass die Staatsdiener „dem Oberhaupte des Staats besondere Treue und Gehorsam schuldig“ sind (ALR, Zweyter Theil, Zehnter Titel, § 2).

⁸⁰ vgl. BVerfGE 21, 329, 345

⁸¹ diese ist u.a. ausdrücklich in § 54 S. 1 BBG fixiert: "Der Beamte hat sich mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen."

⁸² Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, S. 139

⁸³ Obwohl eine gesetzliche Grundlage hierfür nicht existiert (vgl. Hofmann, Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit eines Beamten, ZBR 1998, 196, 201) und eine solche auch gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verstoßen müsste, ist dies - jedenfalls unter Juristen - "herrschende Meinung".

Unterlassen der geforderten Handlung entschuldigt. Polizeibeamte müssen jedenfalls nicht der Pflichtenerfüllung zuliebe "in den sicheren Tod" gehen⁸⁴.

Die Auffassung, dass ein Polizist aber im Grundsatz sanktionierbar verpflichtet ist, sogar das eigene Leben einzusetzen, ist Ausdruck eines ("hergebrachten" autoritären) Dogmas, das einer verfassungsgemäßen Begründung entbehrt. Bei der Frage nach der Intensität der Begrenzung eines Grundrechts bei dessen Kollision mit einem anderen Verfassungswert (wobei u.a. auch die Funktionsfähigkeit von Behörden⁸⁵ als ein solcher gesehen wird) soll es auf eine verhältnismäßige Zuordnung der widerstreitenden Interessen ankommen.⁸⁶ Dass der Staat diese Zuordnung im Zweifel zu seinen Gunsten entscheidet, ist naheliegend.⁸⁷ Tatsächlich besteht die Tendenz zu einem allumfassenden Zugriffsanspruch: und nicht nur auf den Bürger, sondern auch auf das dazu notwendige Instrument sozialer Kontrolle, den Beamten.⁸⁸ Da es aber Polizeibeamten möglich ist, die Anordnung von Dienstvorgesetzten zur Auslöschung eines fremden Lebens durch den gezielten polizeilichen Todesschusses aus Gewissensgründen nicht zu befolgen⁸⁹, muss es auch (erst recht) ihrer Entscheidung überlassen bleiben, das eigene Leben zu riskieren. Wenn der Staat keinen Zugriff auf das Gewissen eines Menschen haben darf, dann erst recht nicht auf dessen Anspruch auf Leben. (Mit Alimentation und Fürsorge kann eben nur dienstliche Treue aber nicht völlige Selbstaufgabe "erkauft" werden.) Zwar ist es nicht undenkbar, dass einmal die Funktionsfähigkeit des Staates gefährdet sein könnte, wenn Polizisten oder auch Soldaten ihr eigenes Leben nicht für die Interessen gefährdeter einzelner Bürger oder der Gemeinschaft einzusetzen bereit sind. Eine solche "Verweigerung" wäre aber legitim, weil ein Polizist letztlich auch ein "Bürger in Uniform" sein soll (also kein depersonalisiertes Teil einer

⁸⁴ Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, § 35 Rn. 25

⁸⁵ Üblicherweise wird einfach unterstellt, dass die Staatsverwaltung ohne Beamte nicht mehr ihre Funktionen erfüllen kann. In dieser Logik besteht die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums im Interesse höchstmöglicher Stabilität und der Funktionsfähigkeit des Staates (vgl. Seifert, in: Seifert/ Hömig, Grundgesetz, Art. 33 Rn. 9).

⁸⁶ vgl. Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 17a Rn. 7

⁸⁷ gem. BVerwGE 56, 227, 228 steht es z.B. außer Frage, „dass die Institution des Berufsbeamtentums gegenüber dem Grundrecht der Gewissensfreiheit Vorrang hat“

⁸⁸ Daher ist es wichtig, die Interessen des einzelnen Individuums wirksam zur Geltung zu bringen.

⁸⁹ vgl. Niehörster, Brandenburgisches Polizeigesetz, S. 94

Allerdings ist die Rechtslage hier nicht abschließend geklärt, denn immerhin ist das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 56, 227, 228) der Auffassung, „dass die Funktionsfähigkeit des Staates ernstlich bedroht wäre, könnte ein Beamter sich unter bloßer Berufung auf sein Gewissen einer dienstlichen Weisung entziehen.“

Staatsmaschinerie) und der Staat seine Legitimation dem einzelnen Menschen gegenüber aus der Übernahme von Schutzgarantien ableitet. Der einzelne muss sich also gerade dann nicht dem Staat unterwerfen, wenn dieser nicht mehr den Schutz der Existenz garantiert. Eine wirklich freiheitlich-demokratische Gesellschaft ist demnach darauf angewiesen, so überzeugend und "gut" zu sein, dass deren Mitglieder in Extremfällen auch *freiwillig* erhöhte Risiken zu deren Verteidigung eingehen.⁹⁰

Da Eingriffe in die Grundrechte der Bürger aufgrund des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) nur auf Grund eines Gesetzes zulässig sind⁹¹, wurden in den Polizeigesetzen Befugnisnormen als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffsmaßnahmen im Bereich der Gefahrenabwehr geschaffen. Zudem werden den Länderpolizeien durch einige Bundesgesetze (z.B. Versammlungsgesetz⁹², Waffengesetz, Straßenverkehrsordnung) unmittelbar Kompetenzen eingeräumt.⁹³

Die repressive Tätigkeit der Polizei im Bereich der Erforschung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten richtet sich nach den formellen Regeln der Strafprozessordnung (StPO) und des Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG). Der Bund hat mit diesen Gesetzen von seiner Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG im Bereich des Strafrechts Gebrauch gemacht, wobei das Ordnungswidrigkeitenrecht dem Begriff "Strafrecht" im Sinne dieser Kompetenznorm unterfällt⁹⁴.

Die Arbeit der Bundespolizei wird im Bundespolizeigesetz (BPolG) und die des Bundeskriminalamtes im Gesetz über die Errichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes (BKAG) geregelt.

Ungeachtet dieser (faktisch nicht selten nur sekundär wirkenden⁹⁵) Rechtsnormen, die aufgrund ihres Duktus und ihrer Komplexität oft fundierte juristische Kenntnisse

⁹⁰ Eine Gesellschaft hingegen, die auf staatlichen Zwang zu ihrer Selbstbehauptung angewiesen ist, dürfte auch nicht mehr verteidigungswert erscheinen.

⁹¹ Grundsatz des sog. "Vorrang des Gesetzes"

⁹² Die Zuständigkeit für das Versammlungsrecht ist mit der „Föderalismusreform“ vom Bund auf die Länder übergegangen. Das Versammlungsgesetz gilt jedoch gem. Art. 125a Abs. 1 als Bundesrecht fort. Es kann allerdings durch Landesrecht ersetzt werden. So hat z.B. das Land Brandenburg das „Gräberstätten-Versammlungsgesetz“ erlassen (welches aber lediglich § 16 VersammIG ersetzt).

⁹³ hier wird die Polizei als "Sonderordnungsbehörde" tätig

⁹⁴ Kunig, in: Münch/ Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 74 Rn. 11

⁹⁵ Feest/ Blankenburg, Die Definitionsmacht der Polizei, S. 25

voraussetzen (die von Polizeibeamten nicht in jedem Falle zu erwarten sind), bestimmen "informelle Verhaltensregeln" das konkrete Vorgehen eines Polizisten. Diese Regeln sind Ausdruck der von einer bestimmten Gruppe von Polizeibeamten für normal oder nützlich gehaltenen Handlungsmuster, die sich subkulturell herausgebildet haben und in der praktischen Polizeiarbeit weitervermittelt und internalisiert werden. Informelle Verhaltensregeln betonen den Zusammenhalt zwischen den Kollegen einer Gruppe. Die Gruppen können sich beispielsweise über die Verbundenheit der Kollegen einer bestimmten internen Hierarchiestufe oder - teilweise hierarchieübergreifend - einer organisatorisch abgesetzten Einheit⁹⁶ definieren.

Gruppensolidarität äußert sich z.B. in der Geschlossenheit gegenüber Vorgesetzten (und deren Überwachungsbemühungen) oder gegenüber "einer potentiell gefährlichen Außenwelt"⁹⁷ bzw. "Abweichlern", wodurch der Verhaltensspielraum der Gruppe gesichert wird.⁹⁸ Erscheinungsformen „ausgrenzender Solidarität“, welche mit Beistand, Verbundenheit und Kollegialität nichts gemein haben, sind Kameraderie und Korpsgeist. Diese bedingen die Einbindung des einzelnen in ein sozialisierendes System zweifelhafter Werte wie „harter, rücksichtsloser Männlichkeit“ und Kollektivgehorsam⁹⁹. Der Umgang der Polizeiführung mit solchen Phänomenen ist oft pragmatischer Natur, denn solange durch diese die Akzeptanz der Polizeiarbeit nicht offensichtlich in Frage gestellt werden muss, kann das funktionale Element¹⁰⁰ subkulturell geprägten Verhaltens (durch Duldung oder sogar aktive Unterstützung) verfügbar gehalten werden¹⁰¹.

⁹⁶ eine organisatorische Separierung kann sich aus örtlichen Gegebenheiten ("alle Beamten des Reviers XY") oder auch aus funktionalen Besonderheiten ("Eliteeinheiten") ergeben

⁹⁷ die z.B. in kritischer Presse gesehen wird

⁹⁸ Feest/ Blankenburg, Die Definitionsmacht der Polizei, S. 26 f.

⁹⁹ als "Sekundärtugenden" sind diese instrumentalisierbar

¹⁰⁰ So kann es z.B. für die Erreichung des Ziels, Polizisten zu einem entschlossenen Vorgehen bei Gewalttätigkeiten zu motivieren, funktional sein, wenn dem Einsatzleiter Beamte, die sich durch „harte Männlichkeit“ bestätigen müssen, bereitstehen - wobei allerdings die Gefahr von übertriebenem Vorgehen gegen Bürger bzw. einer bloßen Instrumentalisierung der Beamten durch Vorgesetzte besteht.

¹⁰¹ So werden „Spezialeinheiten“ der Polizei oft mit besonderen Uniformteilen als Insignien einer Elite bedacht. Auch die simple Möglichkeit, modifizierte Ausrüstung zu nutzen, kann schon zur Herausbildung von Elitedenken führen. Wer – in Abgrenzung zu „einfachen Polizisten“ – im Einsatz eine dunkle Motorradmaske tragen oder einen Tonfa einsetzen darf, wird der Einschätzung „besonders“ und „besser“ zu sein, kaum widerstehen können. Solche Beamte sind leichter zu motivieren, besonders hart oder besonders rücksichtslos (gegen sich oder andere) zu sein, was von der Polizeiführung in bestimmten Situationen erwünscht wird.

1.2.5 Sachliche Zuständigkeit

Unter sachlicher Zuständigkeit wird die Berechtigung zur Wahrnehmung eines Aufgabenbereiches verstanden. Polizeiliches Tätigwerden außerhalb des zugewiesenen Aufgabenbereiches wäre rechtswidrig.¹⁰²

Die Polizei hat die Aufgaben, die ihr durch Gesetz oder Rechtsverordnung übertragen sind, zu erfüllen. Insbesondere ist sie für die allgemeine Gefahrenabwehr und für die Erforschung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zuständig.¹⁰³

Damit wird die Polizei präventiv, nämlich zur Abwehr von Gefahren, und auch repressiv, zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, tätig. Die Aufgaben der Polizei gehen damit über den materiellen Polizeibegriff (der Gefahrenabwehr) hinaus. Unter den (präventiven und repressiven) Aufgaben, die von der Polizei als Institution wahrgenommen werden, wird der Polizeibegriff im formellen Sinne verstanden.¹⁰⁴

Die Polizei nimmt auch ihr besonders zugewiesene Aufgaben (z.B. im Versammlungs-, Verkehrs- und Waffenwesen) wahr, leistet Amts- sowie Vollzugshilfe¹⁰⁵, hat "bei Gefahr im Verzug" die Eilzuständigkeit gegenüber anderen an sich zuständigen Behörden ("soweit die Gefahr durch andere Behörden, die Aufgaben der Gefahrenabwehr zu erfüllen haben, nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint"¹⁰⁶) und ist zum Schutz privater Rechte berufen¹⁰⁷ ("wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde"¹⁰⁸).

¹⁰² Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 246 Rn. 453

¹⁰³ vgl. § 78 PolGBbg

¹⁰⁴ Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 22 Rn. 24 f.

¹⁰⁵ z.B. die Suche und Vorführung von unentschuldig fernbleibenden Zeugen oder Musterungsverweigerern und die Zuführung von dienstsäumigen Zivildienstleistenden

¹⁰⁶ § 1 a MEPOIG

¹⁰⁷ z.B. Identitätsfeststellung von möglichen Schädigern, Sicherstellung von Sachen, Ingewahrsamnahme zuzuführender Minderjähriger

¹⁰⁸ § 1 Abs. 2 MEPOIG

1.2.6 Aufgabe der Gefahrenabwehr

"Die Polizei hat die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Sie hat im Rahmen dieser Aufgabe auch für die Verfolgung von Straftaten vorzusorgen¹⁰⁹ und Straftaten zu verhüten¹¹⁰ (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten) sowie Vorbereitungen zu treffen, um künftige Gefahren abwehren zu können (Vorbereitung auf die Gefahrenabwehr)."¹¹¹

Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen sowie die "Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt".¹¹²

Die öffentliche Ordnung¹¹³ umfasst die ungeschriebenen Regeln (insbesondere auf den Gebieten der Sittlichkeit, des Anstandes, der religiösen Überzeugung und der Pietät), deren Befolgung nach den vorherrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrlich für ein gedeihliches Miteinander angesehen werden¹¹⁴. Eine Gefahr¹¹⁵ besteht dann, wenn nach verständiger Beurteilung des Sachverhaltes bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens der Eintritt eines Schadens für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu erwarten ist.

¹⁰⁹ Fraglich ist aber (im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz), ob es sich hierbei um Gefahrenabwehr oder um Strafverfolgung handelt.

¹¹⁰ Auf ein Infragestellen rechtsstaatlicher Grenzen im Falle polizeilicher "Gesellschaftsgestaltung aus dem Blickwinkel der Verbrechensverhütung" hat Boldt (in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 37 f.) hingewiesen.

¹¹¹ § 1 Abs. 1 MEPolG

¹¹² vgl. § 2 Nr. 2 BremPolG

¹¹³ Die Einbeziehung der öffentlichen Ordnung in den Aufgabenbereich der Polizei ist nicht unproblematisch. Im wesentlichen werden folgende drei Einwände vorgebracht (Gusy, Polizeirecht, S. 48 Rn. 98):

1.) In der pluralistischen Gesellschaft seien auch die ethischen und sozialen Normen von Minderheiten durch Grundrechte geschützt, so dass es keinen staatlichen Zwang zur Durchsetzung einer Einheitsmoral geben dürfe.

2.) Der Begriff der öffentlichen Ordnung sei zu ungenau und verstoße daher gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot.

3.) Ein Rückgriff auf die öffentliche Ordnung sei angesichts der Fülle spezialgesetzlicher Regelungen überflüssig.

¹¹⁴ vgl. Punkt 13.1.2 der Verwaltungsvorschrift zum BbgOBG

1.2.7 Repressive Aufgaben

Die Polizei hat daneben Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu erforschen und alle unaufschiebbaren Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten (vgl. § 163 Abs. 1 S. 1 StPO und § 53 Abs. 1 S. 1 OWiG).

Mit dieser Aufgabenzuweisung haben Polizeibeamte im Bereich der Strafverfolgung aber keinen unabhängigen Strafverfolgungsauftrag¹¹⁶. Sie werden vielmehr lediglich als "Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft" (§ 152 GVG¹¹⁷), die Herrin des Ermittlungsverfahrens ist, tätig.

Soweit die Polizei im Bereich der Ordnungswidrigkeiten nicht selbst Verfolgungsbehörde ist, wird sie als Ermittlungsorgan der zuständigen Verfolgungsbehörde tätig.

1.2.8 Befugnisse

Die Polizei darf nur dann tätig werden, wenn dies von einer dem zugewiesenen Zuständigkeitsbereich entsprechenden Aufgabennorm gedeckt ist. Dies betrifft sowohl Maßnahmen mit Eingriffscharakter (z.B. Festnahmen) als auch nicht-eingreifende (sog. "schlicht-hoheitliche") Handlungen (z.B. Streifengänge)¹¹⁸. Wenn die Polizei eingreifend tätig werden will, bedarf sie zudem einer konkreten Befugnisnorm, die auch die näheren Voraussetzungen des Tätigwerdens nennt. Aus der bloßen Zuweisung einer Aufgabe kann also nicht geschlossen werden, dass die Polizei schon "irgendwie" zum Eingreifen befugt wäre.¹¹⁹ Eingriffe sind hierbei als staatliche Maßnahmen zu verstehen, durch welche die Ausübung von Grundrechten gezielt oder als unmittelbare Folge polizeilichen Vorgehens¹²⁰ unmöglich gemacht oder erschwert wird¹²¹.

¹¹⁵ zu weiteren Gefahrbegriffen (konkrete, allgemein bestehende, abstrakte, gegenwärtige, erhebliche, dringende und latente Gefahr, Anscheinsgefahr, Putativgefahr, Gefahr im Verzug und Gefahrenverdacht) vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 60 ff.

¹¹⁶ vgl. Hellmann, Strafprozessrecht, S. 26 Rn. 6

¹¹⁷ bis zum Inkrafttreten des "1. Justizmodernisierungsgesetz" vom 24.08.2004 lautete die Bezeichnung "Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft"

¹¹⁸ Gusy, Polizeirecht, S. 82, Rn. 167

¹¹⁹ Dies stellt einen gewichtigen Fortschritt zum "Preußischen Allgemeinen Landrecht" dar; vgl. § 89 PrALR: "Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann."

¹²⁰ z.B.: eine Verletzung durch fehlgehende Polizeikugel (Rachor, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 1013)

¹²¹ Gusy, Polizeirecht, S. 83 Rn. 171

Keine Befugnisnorm für polizeiliches Handeln stellen die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der Notwehr und Nothilfe dar¹²², auch wenn sich der einzelne Beamte ggf. persönlich auf diese berufen kann (vgl. § 35 Abs. 2 MEPolG).¹²³

Im präventiven Bereich handelt die Polizei auf Grundlage spezialgesetzlicher Befugnisse (des Bundes-¹²⁴ bzw. Landesrechtes), der in den Polizeigesetzen besonders geregelten Standardbefugnissen und den sog. "Generalklauseln"¹²⁵ der Polizeigesetze¹²⁶.

Soweit Spezialgesetze die Befugnisse regeln, sind der Polizei wegen des sog. "Grundsatz der Spezialität" (*lex specialis derogat legi generali*), der besagt, dass ein spezielles Gesetz einem allgemeinen vorgeht, keine¹²⁷ bzw. nur ergänzende Befugnisse aufgrund der Polizeigesetze eingeräumt. Darüber hinaus ist innerhalb der Polizeigesetze die Generalklausel¹²⁸ gegenüber den Standardbefugnissen nur subsidiär anwendbar. Wenn Standardbefugnisse einen bestimmten Bereich regeln, haben diese Vorschriften abschließenden Charakter (und entfalten eine "Sperrwirkung"). Wenn also ein Polizeigesetz z.B. lediglich Platzverweise vorsieht, so kann die Polizei keine Aufenthaltsverbote, die als räumliche und zeitliche Erweiterung von Platzverweisen einzustufen sind¹²⁹, unter Rückgriff auf die Generalklausel aussprechen¹³⁰.

¹²² vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 18 Rn. 40

¹²³ Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr, S. 38

¹²⁴ z.B. Befugnis zur Erteilung von Auflagen gem. § 5 Gaststättengesetz oder zur Versammlungsauflösung gem. § 15 Versammlungsgesetz

¹²⁵ beispielhaft bestimmt § 8 Abs. 1 MEPolG: "Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 8a bis 24 (*die Standardmaßnahmen, d.V.*) die Befugnisse der Polizei besonders regeln."

¹²⁶ einschließlich des Bundesgrenzschutzgesetzes, vgl. § 14 Abs. 1 BGS

¹²⁷ im Fall, dass die Regelung abschließend ist

¹²⁸ zum Problem generalklauselartiger Befugnisse in Hinblick auf das "Bestimmtheitsgebot" vgl. u.a. Waechter, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 725 f. und Lambiris, Standardbefugnisse im Polizeirecht, S. 39 f.

¹²⁹ Niehörster, Brandenburgisches Polizeigesetz, S. 61

¹³⁰ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 72 Rn. 134

In den Standardbefugnissen haben die Gesetzgeber häufig wiederkehrende Eingriffssituationen (die sog. Standardmaßnahmen) typisiert¹³¹. Standardmaßnahmen sind u.a. Anhalten und Befragen von Personen, polizeiliche Beobachtung, Identitätsfeststellung (einschließlich der "Schleierfahndung"), erkennungsdienstliche Maßnahmen, Vorladung, Platzverweis, Aufenthaltsverbot, Gewahrsam¹³², Durchsuchung von Personen und Sachen, Betreten und Durchsuchung von Wohnungen, Sicherstellung, Beschlagnahme und Verwahrung von Sachen, Datenerhebung (auch unter Einsatz von V-Personen¹³³, Verdeckten Ermittlern¹³⁴ und Lauschangriffen¹³⁵) sowie Datenspeicherung, -veränderung, -nutzung, -übermittlung und -abgleich (einschließlich der Rasterfahndung). Als wichtige neue Standardmaßnahme etabliert sich zudem die Videoüberwachung¹³⁶ öffentlicher Räume.

In diesem Zusammenhang ist auf die Tendenz zur Ausweitung von Polizeibefugnissen hinzuweisen. So könnte z.B. die Geschichte des Brandenburgischen Polizeigesetzes auch als Chronologie der stetigen Verschärfung desselben formuliert werden. Erst jüngst wurden u.a. die automatische Kennzeichenfahndung und die präventive "Datenerhebung durch Eingriffe in die Telekommunikation" (Ortung und Abhören von Handys) in das Gesetz aufgenommen.¹³⁷

Unterschiedlich geregelt ist die Anordnungscompetenz. Einige tiefgreifende Befugnisse können nicht von allen Polizeibeamten, sondern ausschließlich vom Polizeibehördenleiter¹³⁸ bzw. vom Gericht¹³⁹ angeordnet werden (Richtervorbehalt) oder unterliegen der Notwendigkeit richterlicher Bestätigung¹⁴⁰.

¹³¹ Knemeyer, NVwZ 1993, S. 437 (439)

¹³² dieser ist möglich als sog. Schutz-, Vorbeuge-, Unterbindungs-, Zuführungs-, Rückführungs-, Durchsetzungs- oder Verbringungsgewahrsam

¹³³ V-Personen (oder "V-Männer") sind "Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist" (vgl. § 34 BbgPolG)

¹³⁴ Verdeckter Ermittler ist ein Polizeibeamter, "der unter einer ihm verliehenen, auf Dauer angelegten Legende eingesetzt wird" (vgl. § 35 BbgPolG)

¹³⁵ Dieser ist noch weitgehender als der Große Lauschangriff im Rahmen der Strafverfolgung nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, da er sich nicht auf eine akustische Überwachung beschränkt, sondern auch die optische Überwachung (als "Großen Spähangriff") erlaubt, vgl. § 8c Abs. 3 MEPolG.

¹³⁶ vgl. § 31 Abs. 3 BbgPolG

¹³⁷ mit dem "Vierten Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Polizeigesetzes" vom 18.12.2006

¹³⁸ vgl. § 34 Abs. 2 BbgPolG: "Der Einsatz von Personen, deren Zusammenarbeit mit der Polizei Dritten nicht bekannt ist, darf nur durch den Behördenleiter oder einen von ihm beauftragten Beamten angeordnet werden."

Die Maßnahmen der Polizei stellen Gebote (z.B. Platzverweise mit der Anordnung, einen Ort zu verlassen) bzw. Verbote (z.B. Platzverweise mit der Anordnung, einen Ort nicht zu betreten)¹⁴¹ dar oder zielen auf Duldungen (z.B. Gewahrsam) ab. Standardmaßnahmen, die lediglich anordnender Natur sind, können im Zusammenspiel mit Maßnahmen, die auch vollziehend sind, durchgesetzt werden. So kann zum Beispiel eine Platzverweisung mittels Gewahrsam durchgesetzt werden¹⁴². Die Ingewahrsamnahme wiederum kann ggf. durch Zwang erfolgen.

Die Befugnis zur Anwendung von Zwangsmitteln ergibt sich aus Bestimmungen der jeweiligen Polizeigesetze bzw. des UZwG¹⁴³ (für die Bundespolizei). Sie ist dann zulässig, wenn zuvor ein wirksamer Verwaltungsakt¹⁴⁴, der auf eine Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, erlassen wurde oder die Voraussetzungen für die "unmittelbare Ausführung"¹⁴⁵ bzw. des "Sofortvollzuges"¹⁴⁶ vorliegen und der

¹³⁹ vgl.: § 20 Abs.1 S. 1 MEPolG: "Durchsuchungen dürfen, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch den Richter angeordnet werden."

¹⁴⁰ Die richterliche Bestätigung betrifft Maßnahmen, die bereits begonnen haben und bei denen es darum geht, ob diese fortgesetzt werden können oder umgehend abgebrochen werden müssen (Aschmann, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, S. 33); vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 MEPolG: "Wird eine Person (...) festgehalten, hat die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen."

¹⁴¹ vgl. § 12 MEPolG: "Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Ortes verbieten."

¹⁴² vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 3 BbgPolG: "Die Polizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, (...) wenn das unerlässlich ist, um eine Platzverweisung nach § 16 durchzusetzen..."

¹⁴³ "Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes"

¹⁴⁴ § 35 VwVfG, der sich ebenfalls in den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen wiederfindet, definiert den Verwaltungsakt folgendermaßen: "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten und bestimmbaren Personenkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft."

¹⁴⁵ vgl. § 5a Abs. 1 S. 1 MEPolG: "Die Polizei kann eine Maßnahme selbst oder durch einen Beauftragten unmittelbar ausführen, wenn der Zweck der Maßnahme durch Inanspruchnahme der nach den §§ 4 oder 5 Verantwortlichen (*die sog. "Störer", d.V.*) nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann."

¹⁴⁶ vgl. § 28 Abs. 2 MEPolG: "Der Verwaltungszwang kann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt angewendet werden, wenn das zur Abwehr einer Gefahr notwendig ist, insbesondere weil Maßnahmen gegen Personen nach den §§ 4 bis 6 (*verantwortliche und nicht verantwortliche Personen, also Störer und Nichtstörer, d.V.*) nicht oder nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, und die Polizei hierbei innerhalb ihrer Befugnisse handelt."

Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist¹⁴⁷ bzw. keine aufschiebende Wirkung¹⁴⁸ hat. Rechtsprechung und juristische Wissenschaft sind sich weitgehend darin einig¹⁴⁹, dass der Bürger polizeilichen Zwang - selbst wenn dieser auf rechtswidrige Maßnahmen gerichtet ist - zu erdulden hat (und sich anderenfalls u.a. wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt strafbar macht). Auch das BVerfG deckt diese Ansicht, mit der der Staatsraison mehr Bedeutung als den Grundrechten eingeräumt wird. Es hat in einer Entscheidung¹⁵⁰ (in der es um einen hochumstrittenen Polizeieinsatz mit mehreren Verletzten ging) folgendes angemerkt:

Die Rechtmäßigkeit der Anwendung des unmittelbaren Zwangs in Form des Wasserwerfereinsatzes hing nicht von der Rechtmäßigkeit der auf das Verlassen des Platzes und der Straße gerichteten Grundverfügung, insbesondere ihrer Vereinbarkeit mit Art. 8 GG, ab. Denn auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Grundverfügung kommt es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme nicht an. Das entspricht ganz einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung und auch überwiegender Meinung in der Literatur (vgl. nur BVerwG, NJW 1984, S. 2591 <2592>: "Tragender Grundsatz des Verwaltungs-Vollstreckungsrechts ist, wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, daß die Wirksamkeit und nicht die Rechtmäßigkeit vorausgegangener Verwaltungsakte Bedingung für die Rechtmäßigkeit der folgenden Akte und letztlich der Anwendung des Zwangsmittels ist." (...) Verfassungsrechtlich bestehen gegen diese Rechtsauffassung keine Bedenken. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, müssen Versammlungsteilnehmer eine rechtswidrige Versammlungsauflösung zunächst hinnehmen. Die Pflicht, sich von einer

¹⁴⁷ mit Eintritt der (formellen) Bestandskraft, welche vorliegt, wenn keine ordentlichen Rechtsbehelfe mehr gegeben sind (durch Ausschöpfung der Rechtsbehelfe oder Ablauf der Fristen zur Einlegung von diesen)

¹⁴⁸ vor allem gem. § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwGO (wonach Widerspruch und Anfechtungsklage "bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten" keine aufschiebende Wirkung entfalten) oder § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 (insbesondere durch Anordnung der "sofortigen Vollziehung im öffentlichen Interesse", was z.B. oft im Versammlungsrecht - im Zusammenhang mit Verboten oder der Erteilung von Auflagen - praktiziert wird).

¹⁴⁹ anders: Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 197 ff. Rn. 358

¹⁵⁰ BVerfG, 1 BvR 831/89 vom 7.12.1998, Absatz-Nr. 31 f.

aufgelösten Versammlung zu entfernen, kann nicht von der Rechtmäßigkeit der Auflösungsverfügung abhängig gemacht werden. Da sich diese immer erst im nachhinein verbindlich feststellen läßt, könnten Versammlungsaufösungen nicht durchgesetzt werden, sobald ein Teilnehmer die Rechtswidrigkeit der Auflösung geltend macht. Widersetzen sich Versammlungsteilnehmer der polizeilichen Anordnung, ist der Einsatz staatlicher Zwangsmittel grundsätzlich zulässig (§ 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO). Den Versammlungsteilnehmern bleibt lediglich die Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit und gegebenenfalls die Verfassungswidrigkeit des polizeilichen Vorgehens nachträglich gerichtlich feststellen zu lassen. Der Grundrechtsverstoß, der in der rechtswidrigen Auflösung einer Versammlung liegt, läßt sich auf diese Weise freilich nicht mehr heilen. Die daraus folgende Beeinträchtigung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit ist jedoch unvermeidlich, wenn die vom Staat zu gewährleistende Sicherheit anderer Rechtsgüter, denen die Beschränkung der Versammlungsfreiheit zu dienen bestimmt ist, nicht hintangestellt werden soll (vgl. BVerfGE 87, 399 <409>).

Zwangsmittel der Polizei im Bereich der Gefahrenabwehr sind Ersatzvornahme¹⁵¹, Zwangsgeld¹⁵² und unmittelbarer Zwang. Diese werden im Grundsatz in einem dreiaktiven Verfahren, das aus der Androhung des ausgewählten Zwangsmittels¹⁵³ und (ggf.) dessen Festsetzung sowie Ausführung besteht, verwirklicht¹⁵⁴. Am handgreiflichsten ist das staatliche Gewaltmonopol bei der Anwendung unmittelbaren Zwanges zu spüren. "Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen"¹⁵⁵. Hilfsmittel der körperlichen Gewalt sind u.a. Wasserwerfer, Räumpanzer, Hunde, Fesseln, Reiz- und Betäubungsmittel sowie explosionsfähige Stoffe. Als Waffen sind Schlagstock, Pistole, Revolver, Gewehr und Maschinenpistole zugelassen¹⁵⁶. Dabei ist die Ausübung körperlicher Gewalt durch

¹⁵¹ vgl. § 30 Abs. 1 MEPOG: "Wird die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erfüllt, so kann die Polizei auf Kosten des Betroffenen die Handlung selbst ausführen oder einen anderen mit der Ausführung beauftragen."

¹⁵² es ist das zentrale Mittel indirekten Zwanges um „unvertretbares“ Verhalten zu erzwingen

¹⁵³ zur Auswahl des Zwangsmittels vgl. § 9 Abs. 2 BVwVG: „Das Zwangsmittel muss in einem angemessenen Verhältnis zu seinem Zweck stehen. Dabei ist das Zwangsmittel möglichst so zu bestimmen, dass der Betroffene und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt werden.“

¹⁵⁴ vgl. Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr, S. 527

¹⁵⁵ § 36 Abs. 1 MEPOG

¹⁵⁶ einige Bundesländer gestatten zudem Maschinengewehre und Handgranaten

Sprengmittel- und Schusswaffengebrauch sowie durch Fesselung¹⁵⁷ besonders geregelt. Am weitgehendsten ist die ausdrückliche Befugnis einiger Polizeigesetze zur Abgabe eines tödlich wirkenden Schusses.¹⁵⁸ Er soll zulässig sein, "wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist."¹⁵⁹ Dagegen ist die Anwendung von unmittelbarem Zwang zur Abgabe von Erklärungen (z.B. zur Identitätsfeststellung) ausgeschlossen.¹⁶⁰

Im repressiven Bereich (Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten) handelt die Polizei aufgrund der Befugnisse, die in der StPO¹⁶¹ bzw. im OWiG geregelt sind.¹⁶² Die Polizei ist gem. § 163 Abs.1 S. 2 StPO befugt, alle Behörden um Auskunft zu ersuchen (und bei Gefahr im Verzug auch, diese zu verlangen), sowie Ermittlungen jeder Art durchzuführen, soweit nicht andere Vorschriften die Befugnisse besonders regeln.

Solche speziellen Befugnisse sind vorläufige Festnahme (§§ 127, 127b Abs. 1, 163b Abs. 1 S. 2 StPO), Vorladung und Vernehmung von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen (§ 163a StPO), Identitätsfeststellung (§ 163b StPO), erkennungsdienstliche Maßnahmen (§§ 81b, 163b Abs. 1 S. 3 StPO), heimliches Herstellen von Lichtbildern und Bildaufzeichnungen sowie Verwendung „sonstiger technischer Mittel“ zu Observationszwecken außerhalb von Wohnungen¹⁶³ (§ 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO). Diese Maßnahmen dürfen alle Polizeibeamten selbständig anordnen.

¹⁵⁷ vgl. § 40 MEPolG: "Eine Person, die nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten wird, darf gefesselt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß sie
1. Polizeibeamte oder Dritte angreifen, Widerstand leisten oder Sachen beschädigen wird,
2. fliehen wird oder befreit werden soll oder
3. sich töten oder verletzen wird."

¹⁵⁸ Zur juristischen Diskussion hinsichtlich der Zulässigkeit dieser (euphemistisch) als "Finaler Rettungsschuß" bezeichneten Befugnis vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 295 ff. Rn. 560 ff.

¹⁵⁹ vgl. § 41 Abs. 2 S. 2 MEPolG

¹⁶⁰ vgl. § 58 Abs. 2 BbgPolG

¹⁶¹ Die StPO regelt den Bereich der Strafverfolgung abschließend, so daß die Befugnisse des Polizeirechts hier nicht ergänzend zum Tragen kommen (Meyer-Goßner, StPO, § 6 EGStPO, S. 1652 Rn. 1).

¹⁶² Bei der Erforschung von Ordnungswidrigkeiten hat sie gem. § 53 Abs. 1 S. 2 OWiG im Grundsatz dieselben Rechte und Pflichten wie bei der Verfolgung von Straftaten.

¹⁶³ Hierzu sollen auch Bewegungsmelder, Satellitenbilder, Markierungssysteme (unsichtbare Farben, unmerkliche Geruchsstoffe) Nachtsichtgeräte, Peilsender und GPS-Geräte gehören (vgl. Karlsruher Kommentar zu StPO, § 100c, RN. 8 ff.).

Eine Anordnungsbefugnis (bei Gefahr im Verzug) für körperliche Untersuchung und Blutentnahme sowie andere körperliche Eingriffe¹⁶⁴ bei Beschuldigten (§ 81a StPO), körperliche Untersuchung und Blutentnahme bei anderen Personen als Beschuldigten (§ 81c StPO), DNA-Identitätsfeststellung (§ 81g StPO), Beschlagnahme (§ 98 StPO), Durchsuchung des Verdächtigen, seiner Sachen sowie seiner Wohnung und anderer Räume (§ 102 StPO), Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb der Wohnung¹⁶⁵ (§ 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO), Einrichten von Kontrollstellen (§ 111 StPO), Schleppnetzfahndung (§ 163 d StPO) und Ausschreibung zur Festnahme (§ 131 StPO) steht dagegen nur den Polizeibeamten zu¹⁶⁶, die Ermittlungsbeamte der Staatsanwaltschaft (vgl. § 152 GVG) sind.

Die Ausübung anderer Polizeibefugnisse - wie z.B. Rasterfahndung (98a StPO), Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) oder Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e StPO) - bedürfen der richterlichen Anordnung. Bei Gefahr im Verzug kann auch die Staatsanwaltschaft die Anordnung treffen.

Einige Maßnahmen, z.B. Abhören und Aufzeichnen des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes des Beschuldigten¹⁶⁷ (§ 100c StPO), DNA-Analyse (§ 81e StPO) oder Vorführung eines Zeugen (§ 51 StPO), können nur vom Richter angeordnet werden, wobei die "Vollstreckung"¹⁶⁸ wiederum bei der Polizei liegt.

Die Eingriffsbefugnisse im repressiven Bereich berechtigen regelmäßig auch zur Anwendung von Zwang.¹⁶⁹ Beschuldigte dürfen aber (wegen dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit¹⁷⁰) insbesondere nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder zur Schaffung ähnlicher, für die Erstattung eines Gutachtens notwendiger Anknüpfungstatsachen gezwungen werden.¹⁷¹ Auch die Ladung eines

¹⁶⁴ Blutentnahme sowie andere körperliche Eingriffe dürfen nur von Ärzten vorgenommen werden (Meyer-Goßner, § 81a Rn. 19), wobei die Polizei die Vornahme ggf. durch Zwang (z.B. Festhalten) ermöglicht.

¹⁶⁵ der sog. "Kleine Lauschangriff"

¹⁶⁶ allerdings nur bei "Gefahr im Verzug" (Besorgnis der Verschlechterung der Beweismöglichkeiten)

¹⁶⁷ besser bekannt als "Großer Lauschangriff"

¹⁶⁸ die StPO verwendet den Begriff "Vollstreckung" (vgl. § 36 Abs. 2 S. 1 StPO)

¹⁶⁹ wobei die Zwangsmittel (anders als im Polizeirecht) nicht gesondert geregelt sind

¹⁷⁰ "nemo-tenetur-Prinzip"

¹⁷¹ BGHSt 34, 39, 46

Beschuldigten oder Zeugen zur Vernehmung bei der Polizei kann (anders als eine Ladung zur Staatsanwaltschaft) nicht erzwungen werden.¹⁷²

Die DNA-Identitätsfeststellung (81g StPO), die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO), die Sicherungshaft (§ 112a StPO), die einstweilige Unterbringung (126a StPO), das vorläufige Berufsverbot (§ 132a StPO) und die Maßnahmen für Zwecke des Erkennungsdienstes (§ 81b 2. Alt. StPO) sind im übrigen präventivpolizeiliche Befugnisse¹⁷³, deren Regelung in der StPO systemwidrig ist.¹⁷⁴

1.3 Machtbegrenzende Regelungen

Der polizeiliche Sicherheitsauftrag intendiert weder eine „totale Gefahrenabwehr“ mit einer allmächtigen und allgegenwärtigen Polizei noch eine Aufdeckung aller Straftaten um jeden Preis. Das Grundgesetz verzichtet auf maximale Effizienz (unter Hinnahme gewisser Sicherheitsrisiken), da absolute Sicherheit mit einem zu hohen Preis, nämlich dem Verlust der Freiheit, verbunden wäre.¹⁷⁵ Vor allem durch Grundrechte und rechtsstaatliche Prinzipien sollen daher die Handlungsmöglichkeiten der Polizei limitiert werden. Die wichtigsten machtbegrenzenden Regelungen werden nachfolgend dargestellt.

1.3.1 Rechtsstaatsprinzipien

Die Polizei als staatliche Institution entspringt notwendigerweise den Vorgaben dieses Staates. Wichtigste Prämisse soll dabei die Rechtsstaatlichkeit sein. Der Begriff Rechtsstaat betont in Abgrenzung zum Polizeistaat die Bedeutung der Gesetze als Richtschnur staatlichen Handelns. Er beschreibt also zunächst nur einen formellen Aspekt staatlicher Aktivität. Insofern bleibt der Rechtsstaat jedoch ohne Werthaftigkeit. Selbst der faschistische deutsche Staat war der Form nach ein Rechtsstaat, da er durch Gesetze¹⁷⁶ verrechtlicht war. Das jeweilige Wesen der Rechtsstaatlichkeit ist also entscheidend von der Qualität des Rechts (dem der

¹⁷² Umkehrschluss aus §§ 161a Abs. 1, 163a Abs. 3 StPO

¹⁷³ was im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz verfassungsrechtliche Fragen aufwirft (vgl. Wassermann, in: Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1, § 81b Rn. 2)

¹⁷⁴ so u.a. Drews/ Wacke/ Vogel/ Martens, Gefahrenabwehr, S. 189 f. (bzgl. § 81b 2. Alt. StPO)

¹⁷⁵ Kiesel, „Innere Sicherheit“ und Grundgesetz, ZRP 1996, 482, 488 f.

¹⁷⁶ die bei ihrer Auslegung freilich stark durch den (antizipierten) „Führerwillen“ beeinflusst wurden

formelle Rechtsstaat lediglich die Geltungssphäre bietet) abhängig. Der immer häufiger zu hörende Schlachtruf zur wehrhaften „Verteidigung des Rechtsstaats“ - dem regelmäßig Grundrechtsabbau per Gesetz folgt - dürfte daher solange eine diffuse Phrase bleiben, wie unklar bleibt, welche genaue (ideologische) Vorstellung eigentlich mit dem Begriff verbunden sein soll.¹⁷⁷ Und wenn man sich nun im tagespolitischen Geschäft gern von Diskussionen um den eigentlichen Kern von (zu Rechtsnormen geronnenen) politischen Entscheidungen oder politisch relevanten Vorgängen entfernt, indem man das prozessuale, aber gleichsam mechanische Funktionieren des Rechtsstaats und damit dessen formelle Existenz herausstellt (also auf die bloße Wahrung rechtsstaatlicher Formalien fokussiert), werden die Unterschiede zwischen Fragen rechtsstaatlicher *Form* (die im besten Falle „Verfahrensgerechtigkeit“ garantieren kann) und Fragen des *Inhalts* politischer Probleme (die solche der „materiellen Gerechtigkeit“ sind) verwischt.¹⁷⁸

Diese manipulative Gefahr wird allerdings dadurch etwas gemindert, dass der Rechtsstaatsbegriff selbst in inhaltlicher Weise aufgeladen scheint. Denn wer heute Rechtsstaat sagt, der bezieht sich neben eher formell bleibenden Aspekten (wie der Geltung von Gesetzen und der Möglichkeit, die Justiz in Anspruch zu nehmen) auch auf einen demokratischen¹⁷⁹ „Gerechtigkeitsstaat“ (der vernünftig, richtig und gut handeln soll). Diese (subjektive) Vorstellung bleibt indes noch recht vage. Auch eine gängige juristische Definition (die formelle und materielle Akzente vereint) klärt nicht vollständig auf, wenn Rechtsstaatlichkeit bedeuten soll, „dass die Ausübung staatlicher Macht nur auf der Grundlage der Verfassung und von formell und materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zulässig ist.“¹⁸⁰

¹⁷⁷ so könnte man zuweilen meinen, dass mit Rechtsstaat ein Staat gemeint ist, der generell im Recht ist

¹⁷⁸ Wenn z.B. ein Gericht ein ungerechtes Gesetz anwendet, so bleibt die Entscheidung auch dann ungerecht, wenn das Verfahren prozessordnungsgemäß geführt wurde.

¹⁷⁹ Maus macht allerdings auf einen gegenläufigen Prozess aufmerksam: „Volkssouveränität, die in der Aufklärungsphilosophie als gesellschaftliche Kompetenz der Selbstgesetzgebung definiert war, verschwindet auch noch als Idee in einem politischen Integrationsmechanismus, der der schriftgelehrten Verfassungsexegese den Vorrang einräumt vor politischen und gesellschaftlichen Prozessen diskursiver Rechtsbegründung und -entscheidung“ (Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, S. 35 f.).

¹⁸⁰ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 781; Konzept und Konzeption von Rechtsstaatlichkeit ist jedoch heftig umstritten (Buchwald, Prinzipien des Rechtsstaats, S. 3)

Das (modellhafte) Profil des deutschen Rechtsstaats der Gegenwart¹⁸¹ offenbart sich jedoch in seinen einzelnen, konkret beschreibbaren Prinzipien¹⁸², zu denen die Gewaltenteilung, die Verfassungsbindung aller staatlichen Gewalt, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Wesentlichkeitstheorie, das Gebot der Normenklarheit, der Rechtsschutz, die Verantwortungszurechenbarkeit, das Willkürverbot, der Begründungszwang, der Anspruch auf Gehör, das Öffentlichkeitsgebot, die Redlichkeitsvermutung, das Legalitätsprinzip, das Distanzgebot, das Recht auf ein faires Verfahren und das Übermaßverbot zählen - wobei sich diese Auswahl auf diejenigen Elemente beschränkt, welche bei der Betrachtung der Beziehungen zwischen Polizei und Bürger von besonderem Interesse sind.

1.3.1.1 Gewaltenteilung

Nach dem „Gesetz der Macht“ streben Machtinhaber seit jeher beständig danach, ihren Einfluss zu erweitern.¹⁸³ Gegen Ende des Absolutismus drängte jedoch das Bürgertum zunehmend auf eine abgesicherte Begrenzung staatlicher Möglichkeiten. Dies zeigte sich in den Ideen des Liberalismus, der den staatlichen Leviathan durch Bürgerrechte zu bändigen suchte. Daneben sollte der Staat durch organisatorische Vorkehrungen gemäßigt und am Missbrauch seiner Macht¹⁸⁴ gehindert werden. Als staatsorganisatorische Vorkehrung zur Herstellung eines Zustandes der "Checks and Balances" gilt die von Charles de Montesquieu¹⁸⁵ 1748 in seinem Werk "L'Esprit des Lois" beschriebene Idee der Gewaltenteilung. Diese wird heute als ein strukturelles Grundprinzip aller westlichen Staaten angesehen. Unter der (horizontalen) Gewaltenteilung versteht man eine funktionale Verteilung der Staatsgewalt¹⁸⁶ auf die drei (miteinander kooperierenden) Bereiche Legislative, Exekutive und Judikative. Der Begriff Gewaltenteilung ist also etwas

¹⁸¹ Roggan zeigt in seiner Dissertation "Auf legalem Weg in einen Polizeistaat", dass der rechtsstaatliche Zustand in der Praxis gefährdet ist.

¹⁸² In den Rechtsstaatsprinzipien zeigt sich eine liberale Tendenz. So verstanden kann ein moderner Rechtsstaat gerade kein solcher sein, der - in autoritärer Tradition - Bekenntnisse "seiner" Bürger zur (Rechts-)Staatstreue einfordert.

¹⁸³ vgl. von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 45

¹⁸⁴ Staatliche Machtfülle bedeutet zwar nicht zwangsläufig, dass diese auch missbraucht wird, jedoch gilt es als gesichert, dass vor allem abgeschottete Apparate wie die Polizei (und noch stärker das Militär) zur Verselbständigung tendieren und versuchen, sich der Kontrolle zu entziehen (Wagner, Auf Leben und Tod, S. 23).

¹⁸⁵ dieser konnte nicht nur auf einige Passagen (der Kapitel XI, XIII, XIV) in John Lockes "The Second Treatise of Government" (von 1690) aufbauen, denn bereits in der Antike hatte Aristoteles in seinen "politika"-Schriften das gewaltenteilende Prinzip beschrieben

missverständlich.¹⁸⁷ Nicht die endgültige Teilung der einheitlichen Staatsgewalt ist gemeint, sondern lediglich eine organisatorisch abgesicherte Teilung der Teilhabe am staatlichen Willensbildungs-, Entscheidungs- und Durchsetzungsprozess. Durch die limitierten Einflussnahmemöglichkeiten (von denen man sich eine wechselseitige Kontrolle der verschiedenen Machtträger erhofft) soll bewirkt werden, dass sich staatliches Handeln in rational gesteuerten Integrationsprozessen produziert.¹⁸⁸ Auch das Grundgesetz geht vom (klassischen) Modell der Gewaltenteilung aus, indem es in Art. 20 Abs. 2 festlegt, dass die vom Volke abgeleitete Staatsgewalt durch "Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt" werden soll.

Die gegenwärtigen Problemlagen hinsichtlich der Umsetzung dieser Vorgabe lassen sich im Rahmen dieser Arbeit nicht tiefgreifend analysieren. Gleichwohl sollen sie nachfolgend umrissen werden, da sich dadurch auch der problematische Standort der Polizei besser abzeichnet.

Zunächst ist festzustellen, dass die politischen Parteien (die selbst durch verschiedene Lobbyisten beeinflusst werden) alle wichtigen Entscheidungsstrukturen der drei Gewalten durchdringen, so dass zuweilen von einem Parteienstaat¹⁸⁹ gesprochen wird. Die Parteien¹⁹⁰ stellen die Parlamentarier¹⁹¹ und dominieren damit alle parlamentarischen Gremien (die doch der Idee nach doch möglichst unabhängig agieren sollten¹⁹²). Sie steuern ebenso die Verwaltung (z.B. völlig legal über "politische Beamte" oder durch plumpe

¹⁸⁶ die tiefgreifender ist als eine bloße Kompetenzverteilung

¹⁸⁷ Statt Gewaltenteilung wird auch (zumeist mit derselben Bedeutung) von Gewalttrennung, Gewaltenkooperation oder Gewaltenverschränkung gesprochen.

¹⁸⁸ vgl. Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel, S. 19

¹⁸⁹ vgl. Zeidler, in: Zeidler/ Vogel/ Merten/ Schreiber, Das Recht auf Demonstration, S. 3

¹⁹⁰ da sie sich vor die systembedingte Notwendigkeit gestellt sehen, Fraktionsdisziplin zur Erzielung von Parlamentsmehrheiten hervorzubringen, haben sie ein entsprechend geschlossenes und kompaktes Erscheinungsbild entwickelt

¹⁹¹ die sich wegen der 5%-Klausel aber nur aus Kandidaten etablierter Parteien rekrutieren

¹⁹² vgl. z.B. zum Problem der Unabhängigkeit der G 10 – Kommission (im Ergebnis allerdings wenig überzeugend): BVerfGE 30, 1, 30 f.

„Ämterpatronage“)¹⁹³ und haben auch entscheidenden Einfluss in den Richterwahlausschüssen.

Problematisch sind zudem parlamentarisch-exekutive "Überschneidungen" (z.B. Regierungsmitglieder, die zugleich Abgeordnete sind oder Beamte als Abgeordnete - auch wenn der Beamtenstatus "ruhen" mag).

Ein anderes ernstzunehmendes Problem ist die Tatsache, dass die Judikative der Legislative und Exekutive bereits strukturell nicht ebenbürtig ist. Die Justiz ist nicht organisatorisch unabhängig, da sie über die Justizministerien (die u.a. die "Dienstaufsicht" inne haben) "verwaltet" wird.

Aber auch die Legislative verliert an Bedeutung. Die Parlamente haben sich eher zu Teilverwaltungen für spezielle Aufgabenbereiche degradiert (z.B. bei der "Abarbeitung" der überwiegend von der Exekutive eingebrachten Gesetzesentwürfe), als dass sie das exekutivistisch-bürokratische Übergewicht zu balancieren oder ernsthaft zu kontrollieren vermögen.¹⁹⁴ Insofern muss von einer Entparlamentarisierung des Staats gesprochen werden. Im Bereich der "Inneren Sicherheit" und Polizei zeigt sich diese besonders deutlich in den extraparlamentarischen und dabei quasi-legislativen "Entscheidungen" der sog. Innenministerkonferenz¹⁹⁵, die sogar schon komplette Polizeigesetz-"Musterentwürfe" vorlegte. Die "politisch planende" Exekutive schafft sich also zur Durchsetzung ihrer Interessen z.T. sogar ihre eigene (vom Parlament nur noch abzunickende) Legitimierung.

Die nur halbherzig verwirklichte Gewaltenteilung bewirkt also eine disproportionale Verteilung der Machtgewichte. "Hilfsweise" wird der Kontrollgedanke noch am ehesten durch die Konkurrenz zwischen Oppositions- und Regierungsparteien am

¹⁹³ Obwohl für den Eintritt in den Polizeiapparat und die dortige Karriere Art. 33 Abs. 2 GG, der an Art. 128 S. 1 der Weimarer Verfassung von 1919 angelehnt ist, (als ein rügefähiges subjektives Recht) garantiert, dass jeder "nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte" hat; wobei der Sinn dieser Bestimmung insbesondere darin zu sehen ist, dass sachfremde bzw. sachwidrige Auswahlkriterien (z.B. Berücksichtigung der Konfession oder partei- und verbandspolitischer Zugehörigkeit) ausgeschlossen werden sollen, um einer Günstlingswirtschaft und Ämterpatronage vorzubeugen (vgl. Beschluss des OVG Berlin vom 16.09.1994, in: NVwZ 1996, S. 500).

¹⁹⁴ vgl. Narr, Zum Politikum der Form, in: Leviathan, 1980, S. 143, 153

¹⁹⁵ vgl. Funk, Polizei und Rechtsstaat, S. 316

Leben erhalten. Die Kontrolleffekte der Parteienkonkurrenz sind jedoch (u.a. abhängig von der Stärke der Opposition) starken, kaum voraussehbaren Schwankungen unterworfen und schlagen sich auch nur in staatlichen Teilbereichen nieder (da nicht alle Staatsbereiche von gleich starkem Interesse für Parteien sind).

1.3.1.2 Verfassungsbindung aller staatlichen Gewalt

Der deutsche Staat wird durch das Recht konstituiert, er ist nicht losgelöst vom Recht zu denken.¹⁹⁶ Das Grundgesetz bindet alle staatliche Gewalt an die Verfassung und stellt insbesondere klar, dass die Grundrechte der Bürger als "unmittelbar geltendes Recht" (Art. 1 Abs. 3 GG) zu respektieren sind.

Dass sich ein Polizeibeamter entgegen einer (rechtswidrigen) dienstlichen Anordnung zugunsten eines Bürgers unmittelbar auf die Verfassung beruft, bleibt indes spektakulärer Ausnahmefall¹⁹⁷. Als beispielsweise im Sommer 1993 in Landau der Leiter der Schutzpolizei, Polizeihauptkommissar Roland Schlosser, einen angolanischen Asylbewerber aus der Haft entließ, weil eine menschenwürdige Unterbringung nicht möglich war, wurde diese "Sternstunde der Verfassungswirklichkeit"¹⁹⁸ zu einem überregionalen Medienereignis.¹⁹⁹

1.3.1.3 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die Polizei ist als Teil der Verwaltung (und neben der Rechtsprechung) auch an die geltenden Gesetze gebunden²⁰⁰. Aus der Pflicht der Verwaltung zur Gesetzmäßigkeit ergibt sich zum einen der Grundsatz des "Vorrangs des Gesetzes", welcher besagt, dass die Verwaltung so handeln muss, wie die Gesetze

¹⁹⁶ Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 476

¹⁹⁷ Die Gründe können vielgestaltig sein. Denkbar ist z.B., dass sich vor die Entscheidung gestellte Beamte im Zweifel "lieber keinen Ärger mit Vorgesetzten einhandeln" oder die Gehorsamspflicht bereits fälschlicherweise als vorrangig verinnerlicht haben.

¹⁹⁸ Schäfer, Der mutige Polizist in Landau und seine geistesgeschichtlichen Wurzeln, in: Die Polizei, 2004, S. 172

¹⁹⁹ Über den Polizisten, der sich auch auf seine persönliche Gewissensfreiheit gem. Art. 4 Abs. 1 GG berufen konnte, brach jedoch prompt "die beamtenrechtliche Hölle" herein (Schäfer, Der mutige Polizist in Landau und seine geistesgeschichtlichen Wurzeln, in: Die Polizei, 2004, S. 172).

²⁰⁰ vgl. Art. 20 Abs. 3 GG

es vorschreiben²⁰¹; im Bereich gesetzlich nicht geregelter Verwaltungstätigkeit²⁰² darf sie zudem nicht gegen höherrangige Rechtssätze²⁰³ verstoßen.²⁰⁴ Zum anderen gilt der Grundsatz des "Vorbehalts des Gesetzes", wonach die Verwaltung nur dann in Rechte der Bürger (oder anderer Rechtspersonen) eingreifen darf, wenn die Ermächtigung hierzu ein formelles Gesetz²⁰⁵ ist bzw. auf einem formellen Gesetz beruht.

Da Polizisten als Beamte zwar an die Gesetze aber auch an dienstliche Weisungen gebunden sind, kommen sie in einen Konflikt, wenn eine Weisung rechtswidrig sein sollte. Ein Polizeibeamter darf zwar eine Anordnung dann nicht befolgen, wenn diese die Würde eines Menschen verletzt oder erkennbar auf eine Straftat gerichtet ist²⁰⁶; das "öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis" verlangt vom Beamten jedoch nach „herrschender Meinung“, dass er bei Anordnungen zur sofortigen Anwendung unmittelbaren Zwanges oder aufgrund von Gefahr im Verzug und im Falle einer erfolglosen Remonstration gehorsam zu sein hat, auch wenn das angesonnene Verhalten²⁰⁷ in sonstiger Weise rechtswidrig²⁰⁸ (oder unzweckmäßig) ist.

1.3.1.4 Wesentlichkeitstheorie

Auf der Grundlage der Lehre vom „Vorbehalt des Gesetzes“ hat das Bundesverfassungsgericht die sog. "Wesentlichkeitstheorie" entwickelt²⁰⁹. Danach hat der Gesetzgeber grundrechtsrelevantes Verhalten²¹⁰ im wesentlichen selbst zu

²⁰¹ Umstritten ist aber, wie zu verfahren ist, wenn ein Beamter seiner Entscheidung solche Rechtsnormen, die er für verfassungswidrig hält, zugrunde legen müsste. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Klärung durch ein gerichtliches Normenkontrollverfahren nicht rechtzeitig erreicht werden kann und in denen sich daher der Konflikt zwischen Verfassung und Rechtsnorm als unausweichlich darstellt, ist es sachgerecht, die Norm (vorerst) nicht anzuwenden (vgl. Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 90; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, § 20 Rn. 97).

²⁰² sog. "gesetzesfreie Verwaltung"

²⁰³ Insbesondere müssen Satzungen oder Verordnungen der Verwaltung mit Gesetzen und mit der Verfassung im Einklang stehen.

²⁰⁴ vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 74 f.

²⁰⁵ formelle Gesetze sind die von Parlamenten beschlossenen (und verkündeten) Gesetze

²⁰⁶ vgl. § 7 UZwG, § 37 MEPolG

²⁰⁷ das auch in einem Unterlassen bestehen kann (vgl. Romman, Remonstrationsrecht und Remonstrationspflicht im Beamtenrecht, S. 77 ff.)

²⁰⁸ wenn also "nur" rechtswidriges Verhalten, dass nicht die Qualität einer Straftat hat und/ oder die Menschenwürde verletzen würde, angewiesen wird

²⁰⁹ vgl. BVerfGE 33, 303, 345 f.

²¹⁰ Aber auch wichtige gesellschaftspolitische Fragen können regelungsbedürftig sein; vgl. z.B. zur Problematik des Einsatzes der Gentechnik: VGH Kassel, in: NJW 1990, 336 ff. (nunmehr im Gentechnikgesetz geregelt).

regeln.²¹¹ Er kann seine Rechtsetzungsgewalt insofern nicht gänzlich an die Verwaltung delegieren.²¹² Je stärker Grundrechte betroffen sind und je wichtiger die Sache für die Allgemeinheit ist, desto detaillierter und genauer muss die gesetzliche Regelung sein.²¹³

Relevant wird dies z.B. für die polizeiliche Praxis des sog. „Verbringungsgewahrsams“²¹⁴ von z.B. Stadtstreichern, Bettlern, Angehörigen der Drogenszene oder Personen, die einer Versammlungsauflösung nicht nachkommen. Der Verbringungsgewahrsam bezeichnet den (meist zwangsweisen) Abtransport von Personen

i.d.R. aus innerstädtischen Regionen und deren Aussetzung²¹⁵ in abgelegenen Bereichen, wobei dies für die Betroffenen nicht selten riskant ist.

So drängten Polizeibeamte am 6. Dezember 2002 in Stralsund den sehr stark alkoholisierten, nur leicht bekleideten und am Kopf verletzten 35-jährigen Obdachlosen Wolfgang H. in einen Streifenwagen, fuhren ihn aus der Stadt und ließen ihn schließlich in der Dunkelheit, bei einer Temperatur um den Gefrierpunkt und eisigem Wind allein. Am nächsten Morgen fand ein Spaziergänger den Mann, der inzwischen an Unterkühlung gestorbenen war.²¹⁶

In jedem Fall stellt der Verbringungsgewahrsam einen Eingriff in die Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG dar. Solche Eingriffe werden generell als tiefgreifend eingestuft (vgl. auch die Verfahrensgarantien des Art. 104 GG bei Freiheitsentziehungen), so dass sie nur auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung gestützt werden dürfen. Der Verbringungsgewahrsam kann also insbesondere nicht auf der Grundlage einer analogen Anwendung²¹⁷ von polizeigesetzlichen Vorschriften des Schutz-, Vorbeuge- und Durchsetzungsgewahrsam²¹⁸ oder unter Berufung auf eine polizeiliche

²¹¹ Problematisch ist es z.B., ob Regelungen zur Abwehr von Gefahren durch gefährliche Hunde durch Verordnung oder nur durch Gesetz getroffen werden können (vgl. Urteil des BVerwG vom 03.07.2002, Az.: 6 CN 8.01).

²¹² Die Verwaltung kann zwar zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt werden; deren Rahmen ist jedoch vom Parlament vorzugeben.

²¹³ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 78

²¹⁴ z.T. wird auch von "Ortsverbringung" gesprochen

²¹⁵ Der Begriff „Aussetzung“ kann hier im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit der Polizeibeamten gem. § 221 StGB (vgl. Niehörster, Brandenburgisches Polizeigesetz, S. 68) durchaus auch im juristisch-technischen Sinne verstanden werden.

²¹⁶ vgl. den Artikel "Willkür gegen Obdachlosen hart bestraft" in der Ostseezeitung vom 10.07.2003

²¹⁷ zum Analogieverbot bei hoheitlichen Eingriffen vgl. Beschluss des BVerfG vom 14.08.1996

(2 BvR 2088/93), in: NJW 1996, 3146

²¹⁸ Oldemeier, Rechtsgrundlagen des Verbringungsgewahrsams, S. 73

Generalklausel erfolgen.²¹⁹ Trotzdem gehört der Verbringungsgefahr zu einer "Quasi-Standardmaßnahme" der Polizei, was sich auch darin zeigt, dass ihm sogar eine eigene Begrifflichkeit zuteil wurde.

1.3.1.5 Bestimmtheitsgebot

Gesetzliche Regelungen dürfen auch nicht unklar oder widersprüchlich sein.²²⁰ Die Adressaten müssen die durch die Norm ausgelöste Rechtslage erfassen können, um in die Lage versetzt zu werden, ihr Verhalten danach einzurichten.²²¹ Die Norm muss deshalb ihren Gegenstand, Inhalt und Zweck sowie Voraussetzungen und Ausmaß möglicher Eingriffe hinreichend bestimmt erkennen lassen.²²² Wenn diese Anforderungen beachtet werden, kann dies auch die Macht der Polizei einhegen, da dieser die Möglichkeit beschnitten wird, in Gesetzen beschriebene Polizeibefugnisse oder Pflichten von Bürgern nach eigenem Gutdünken weit auszulegen bzw. polizeiliche Pflichten oder Rechte von Bürgern übermäßig eng zu definieren.²²³ Besondere Bedeutung hat das Bestimmtheitsgebot (das auch Gebot der Normenklarheit genannt wird) im Bereich des Strafrechts, weshalb das Grundgesetz in Art. 103 Abs. 2 (der in § 1 StGB zur „Verdeutlichung“²²⁴ wortgleich wiederholt wird) ausdrücklich vorschreibt: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“²²⁵

²¹⁹ Der somit ohne gesetzliche Ermächtigung durchgeführter Verbringungsgefahr ist im übrigen als Freiheitsberaubung i.S.d. § 239 StGB zu qualifizieren.

²²⁰ Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Pestalozza, Das Bonner Grundgesetz, Art. 20 Rn. 279

²²¹ BVerfGE 78, 205, 212

²²² vgl. BVerfG 69, 1, 41

²²³ So erklärte das sächsische Verfassungsgericht mit Urteil vom 14.05.1996 (abgedruckt in SächsVBl. 1996, 160 ff.) u.a. die Möglichkeit im sächsischen Polizeigesetz zur Datenerhebung mit besonderen Mitteln (Observation, heimliche Bild- und Tonaufnahmen, Einsatz Verdeckter Ermittler, Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung) für den Fall, dass die "Gesamtwürdigung der Person und der von ihr begangenen Straftaten" erwarten lässt, dass sie auch zukünftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begeht, wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz für verfassungswidrig, da die Vorschrift in einer für den einzelnen nicht mehr berechenbaren Weise die Gefahr impliziert, "dass der Polizeivollzugsdienst die gebotene Prognoseentscheidung über die zukünftige Begehung von Straftaten allein anhand von allgemeinem Erfahrungswissen und Alltagstheorien trifft und massive Überwachungsmaßnahmen durchführt, ohne dass dies von der konkreten Tatsachen- und Indizienlage gedeckt wäre."

²²⁴ Schmitz, in: Joecks/ Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 1 Rn. 2

²²⁵ hieraus wird zudem (für den Bereich des Strafrechts) das strafrechtliche Rückwirkungsverbot, das Analogieverbot und das Verbot, auf der Grundlage von bloßem „Gewohnheitsrecht zu strafen, entnommen

Ein Beispiel für eine Norm, die jedoch gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt²²⁶, weil sie unklar ist, liefert § 27 Abs. 1 VersG, der bei Versammlungen das Führen von Waffen und „sonstigen Gegenständen, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind“, untersagt. Der Begriff der „sonstigen Gegenstände“ kann von der Polizei nach Belieben ausgelegt werden, so dass der Bürger nicht mehr weiß, was eigentlich *keine* Waffe oder sonstiger Gegenstand ist. In einer Dokumentation des Landeskriminalamtes Berlin²²⁷ sind z.B. folgende, angeblich als gefährlich anzusehende Gegenstände aufgeführt: Rocker-Armmanschette mit stumpfen Nieten, Schraubendreher, kleiner Bürostempel aus Holz, Getränkedose, Ei, Tomate, Holzröllchen eines Toilettenpapierhalters, Spachtel, Mercedesstern, Korkenzieher. Auch das Tragen von Arbeitsschuhen, die mit Stahlkappen ausgestattet sind, führte schon zur Einleitung von Ermittlungen durch die Polizei.²²⁸

Ebenso unbestimmt ist § 17a Abs. 1 VersG, der es verbietet, „bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf Weg dorthin Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen.“ Heikel ist bereits, dass für den Bürger nicht erkennbar ist, dass der in der Norm verwendete Begriff "Schutzwaffe" problematisch ist. Diesem wird nämlich eine spezielle Bedeutung zugeschrieben. Naheliegender wäre es zwar, davon auszugehen, dass mit "Schutzwaffen" solche Waffen gemeint sind, die vornehmlich zum eigenen Schutz bestimmt sind und daher nur in Verteidigungs- und nicht etwa in Angriffsabsicht bereitgehalten werden. Der Gesetzgeber wollte mit "Schutzwaffe" jedoch etwas völlig anderes regeln. Ihm ging es bei dieser kreativen semantischen Entgleisung darum, dem Bürger auch zu untersagen, sich passiv gegen Waffen der Polizei zu schützen. Diese Intention ist indes politisch kaum vermittelbar (und im übrigen auch verfassungswidrig²²⁹, da die Versammlungsteilnehmer verpflichtet werden, ihr Leben und ihre Gesundheit an die Polizei oder unfriedliche

²²⁶ vgl. Ott/ Wächtler, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, § 17 a Rn. 25., S. 233

²²⁷ in: Langner/ Weiss, Waffen bei Versammlungen, S. 69 ff. und 139 ff.

²²⁸ vgl. Ermittlungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft Berlin mit dem Az.: 81 Js 2297/06

²²⁹ so auch Ott/ Wächtler, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, § 17 a Rn. 28 ff., S. 234 ff.

Versammlungsteilnehmer auszuliefern). Welcher Bürger hat schon Verständnis dafür, dass es ihm unter Strafe verboten sein soll, sich vor der Einwirkung von Waffen zu schützen? Sympathien für das gesetzgeberische Ziel werden aber dadurch geweckt, dass statt naheliegender (aber eher harmlos wirkender) Begriffe wie z.B. „Verteidigungsgegenstände“ oder „Abwehrhilfsmittel“ die Militanz suggerierende Wortschöpfung „Schutzwaffe“²³⁰ eingeführt wurde. Auf diese Weise wird ein sich vor eventueller (rechtswidriger) Polizeigewalt wappender Bürger per Begriff zu jemandem gemacht, von dem Gewalt und Chaos ausgehen.

Die Rechtsprechung hat die Terminologie des Gesetzgebers nicht problematisiert. Obwohl unter Waffen - entsprechend dem üblichen Wortsinn²³¹ - nur Gegenstände zu verstehen sind, die aktiv in aggressiver Richtung eingesetzt werden und dabei zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen führen können²³², sollen „Schutzwaffen“ solche Sachen sein, die passiv eingesetzt werden und Verletzungen (durch die Herabsetzung von Waffeneinwirkung) gerade zu verhindern suchen. Demnach werden u. a. Schilde, Stahlhelme, Schusswesten, Gasmasken, Panzerungen, und Körperschutzgegenstände aus dem Sportbereich (Zahnschutz, Tiefschutz u.s.w.) unter den Begriff „Schutzwaffe“ subsumiert.

Spätestens bei der Frage, inwiefern das Mitsichführen von „Gegenständen, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren“ strafbar ist, sind die Normadressaten überfordert. Nicht nur Mopedhelme, (gepolsterte) Lederjacken und Handschuhe sind geeignet, Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren. Auch völlig unmartialisch wirkenden Gegenständen wird dies u.U. zugeschrieben: Nahrungsmittel kann man werfen, mit einer Haarnadel oder einem Schreibgerät kann man u.a. ins Auge stechen, mit einem Schnürsenkel kann man drosseln, einen Hund kann man aufhetzen, mit Lärminstrumenten kann man Panik erzeugen u.s.w.²³³ Es bleibt allein der Phantasie der Polizei überlassen, ob sie Gegenständen auch die Bestimmung „Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren“ unterstellen will (indem sie kurzerhand die entsprechenden Situationen prognostiziert). So kann ein friedlicher Versammlungsteilnehmer, der sich z.B. ein Tuch vor das Gesicht hält, um sich vor

²³⁰ wobei die Umkehrung - nämlich „Waffenschutz“ - treffender wäre

²³¹ der die Grenze auch der juristischen Auslegbarkeit markiert!

²³² in anderen Rechtsgebieten wird Waffen auch keine andere Konnotation beigelegt

²³³ vgl. Ott/ Wächtler, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, § 17 a Rn. 15, S. 228 f.

einer abgedrifteten Tränengaswolke zu schützen, nicht sicher sein, ob er jetzt etwa (unabhängig von einer möglichen Rechtswidrigkeit der Maßnahme) in den Augen der Polizei einen Gegenstand verwendet, der als Schutzwaffe geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt ist, Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren (und ob er sich nicht überdies dem Vorwurf aussetzt, durch „Vermummung“ eine mögliche Identitätsfeststellung verhindern zu wollen²³⁴, was gem. § 17a Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG²³⁵ zusätzlich unter Strafe gestellt ist).

Die Norm ist also weitgehend konturlos und statt eines Gefühls von Rechtssicherheit wird polizeiliche Beliebigkeit ermöglicht, da fast alle Gegenstände zumindest als verdächtig deklariert werden können. Der Bürger kann nicht mehr vorhersehen, „welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist“²³⁶ und kann daher sein Verhalten auch nicht entsprechend einrichten.

Aber auch die Polizeigesetze bedienen sich zunehmend unbestimmter Begriffe. Vor allem im Bereich der "vorbeugenden Kriminalitätsbekämpfung" knüpfen die Voraussetzungen polizeilichen Einschreitens nicht mehr an bereits bestehende Tatsachen an, sondern an bloße Vermutungen über eine zukünftige Möglichkeit. Die Eingriffe werden an die verfolgten Zwecke, die als "Scheintatbestände" formuliert werden, gekoppelt. § 12 Abs. 1 Nr. 6 BbgPolG bestimmt beispielsweise, dass die Polizei die Identität einer Person "zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität und zur Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§10 Abs. 3)²³⁷ mit internationalem Bezug im Gebiet der Bundesgrenze bis zu einer Tiefe von dreißig Kilometern" feststellen kann, "sofern polizeiliche Erkenntnisse vorliegen, dass am Ort der Maßnahme derartige grenzüberschreitende Kriminalität stattfindet". Auch was unter polizeilichen Erkenntnissen verstanden werden soll wird nicht bestimmt. Da eine andere als die

²³⁴ Es handelt sich hierbei nicht etwa um ein paranoides, allzu überspitztes Beispiel. Das Polizeipräsidium Potsdam hat in einem Widerspruchsverfahren (Az.: StB 5.2-451-43/30/06) im Jahre 2006 mitgeteilt, dass es sogar schon in Transparenten, die ja auf Demonstrationen völlig üblich sind, "Hilfsmittel der Vermummung" sehen will.

²³⁵ wobei auch diese Bestimmung verfassungswidrig ist, vgl. Ott/ Wächtler, Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, § 17a, Rn. 1 ff. u. 42 ff.

²³⁶ vgl. BVerfGE 37, 201, 207

²³⁷ Im Niedersächsischen Sicherheits- und Ordnungsgesetz wird ebenfalls auf eine Auflistung von Straftaten - die generell als erheblich eingestuft werden - verwiesen; wobei diese Liste (§ 2 Nr. 10b Nds.POG) jedoch mit dem (die scheinbare Eingrenzung praktisch sinnlos werdenden) Zusatz "und ein nach dem geschützten Rechtsgut und der Strafdrohung vergleichbares Verhalten" wieder entgrenzt wird.

Formulierung "wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass..." gewählt wurde, dürften "polizeiliche Erkenntnisse" eben auch nicht auf Tatsachen beruhen können. Was die Polizei aber im Einzelfall vermutet, dass ist für den Bürger gerade nicht vorhersehbar.

1.3.1.6 Rechtsschutz

Zu den klassischen Rechtsstaatsprinzipien gehört die Rechtsschutzgarantie, die, weil sie besonders wichtig ist, einen ausdrücklichen normativen Niederschlag in Art. 19 IV GG gefunden hat: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen." Der lückenlose Individualrechtsschutz, der absichert, dass kein Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, richterlicher Nachprüfung entzogen werden kann, soll die "Selbstherrlichkeit" der vollziehenden Gewalt²³⁸ im Verhältnis zum Bürger beseitigen.²³⁹

Mit dem 17. Gesetz zur „Ergänzung“ des Grundgesetzes wurde 1968 die Rechtsschutzgarantie allerdings für bestimmte Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis abgeschafft²⁴⁰ und durch eine Überprüfung durch parlamentarische Kontrollkommissionen ersetzt.²⁴¹

In der polizeilichen Praxis stellen u.a. die fehlende Kennzeichnung von Polizeibeamten, die polizeiliche Sperrung von Akten und Zeugen (unter Hinweis auf das "öffentliche Wohl") und die Abstimmung polizeilicher Aussagen vor Gericht²⁴² Hindernisse effektiven Rechtsschutzes dar.

²³⁸ Womit sich allerdings die Frage stellt, wie einer Selbstherrlichkeit bei (höchstrichterlicher) Rechtsprechung oder in der Gesetzgebung entgegengewirkt wird.

²³⁹ BVerfGE 10, 264, 267

²⁴⁰ Der nachträglich in das Grundgesetz eingefügte Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG bestimmt, dass bei heimlichen nachrichtendienstlichen Eingriffen in das Post- und Fernmeldegeheimnis "an die Stelle des Rechtsweges" durch Gesetz auch eine "Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane" treten kann. Das BVerfG sah in seiner umstrittenen "Abhörentscheidung" darin lediglich eine (mit Art. 79 Abs. 3 GG zu vereinbarende) "systemimmanente Modifizierung" der Rechtsschutzgarantie.

²⁴¹ Die Verfassungsänderung, die dem „Verfassungsschutz“ dienen sollte, ist selbst verfassungswidrig. Im richterlichen Minderheitenvotum zum "Abhörurteil" des BVerfG vom 15.12.1970 hatten drei Richter gemahnt: "Es ist ein Widerspruch in sich selbst, wenn man zum Schutze der Verfassung unveräußerliche Grundsätze der Verfassung preisgibt" (BVerfGE 30, 1, 46).

Problematisch ist auch die mitunter sehr lange Verfahrensdauer²⁴³. Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes ist für den Betroffenen nämlich nicht nur von den rechtlichen Möglichkeiten, sondern auch von einer angemessenen Verfahrensdauer abhängig.²⁴⁴

Der Zweck der Rechtsweggarantie wird jedenfalls dann verfehlt, wenn Gerichte in Konfliktfällen zwischen der Polizei und Bürgern einer "Hierarchie der Glaubwürdigkeit" unterliegen, indem sie den Darstellungen von Polizeibeamten grundsätzlich mehr Glauben schenken (wollen) oder diese sogar im Sinne eines Präjudiz völlig ungeprüft als feststehende Tatsachen übernehmen.²⁴⁵

1.3.1.7 Verantwortungszurechenbarkeit

Die rechtsstaatlich zu fordernde Verantwortungszurechenbarkeit dient dem Ziel, hoheitliches Handeln berechenbar zu gestalten. Demgemäß müssen Träger staatlicher Macht u.a. wirksam kontrollierbar sein. Dies setzt voraus, dass die für ein bestimmtes Vorgehen Verantwortlichen auch als solche eindeutig identifizierbar sind. Um dies sicherzustellen, ist insbesondere eine "klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung"²⁴⁶ erforderlich.²⁴⁷

Im Strafverfahren gegen die BGS-Beamten, die am 28.05.1999 den Sudanesen Aamir Ageeb bei seiner Abschiebung erstickten, trat zutage, dass Verfahrensabläufe und Verantwortlichkeiten bei Abschiebungen durch den BGS vom Flughafen Frankfurt am Main zu einem großen Teil ungeklärt waren. Die unklare Weisungslage ließ auf eine „organisierte Verantwortungslosigkeit“ schließen, weshalb der Kammervorsitzende des Schwurgerichts den Frankfurter BGS sogar als „Sauhaufen“ bezeichnete.²⁴⁸

²⁴² Gusy, Polizeirecht, S. 279 f.

²⁴³ insofern ist zuweilen (etwas sarkastisch) die Rede von einer "Instanzenseligkeit"

²⁴⁴ von Oertzen, in: König/ von Oertzen/ Wagener, Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 380

²⁴⁵ Ein deutliches Beispiel liefert der Beschluss des Verwaltungsgerichts Giessen vom 20.10.2004 (Az.: 10 E 3616/04). In diesem wurden die Erfolgsaussichten einer Klage, in der es um die Rechtmäßigkeit polizeilicher Maßnahmen ging, mit dem Hinweis darauf, dass die aktenkundigen Aussagen und Berichte der Polizisten ja bereits die Rechtmäßigkeit der strittigen Maßnahmen belegen würden, verneint.

²⁴⁶ vgl. BVerfGE 33, 125, 158

²⁴⁷ vgl. Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Pestalozza, Bonner Grundgesetz, § 20 Rn. 290 f.

²⁴⁸ Mesovic, in: Müller-Heidelberg u.a., Grundrechte-Report 2005, S. 58 ff.

Aber nicht nur solch „spektakuläre“ Vorfälle zeigen, dass die Sorge für eine Verantwortungszurechenbarkeit bei der Polizei keine Selbstverständlichkeit darstellt. Ausgerechnet Polizeibeamte als die Personengruppe mit den weitreichendsten Befugnissen zur Anwendung von Zwang sind in wichtigen Situationen faktisch von ihrer Legitimationspflicht gegenüber dem Bürger befreit. Sie müssen sich nur dann ausweisen, „soweit der Zweck der Maßnahme dadurch nicht beeinträchtigt wird“²⁴⁹, so dass, da Polizisten in der Regel auch keine Identifikationszeichen (wie z.B. Dienstnummern) tragen, oft die Feststellung auffälliger Beamter scheitert.

1.3.1.8 Willkürverbot

Willkür ist „ein Handeln, eine Entscheidung nach eigenem Willen unter Inanspruchnahme von Freiheit, ohne Rücksicht auf ethische, politische oder soziale Normen und Werte und/ oder Berücksichtigung der Würde und Rechte der Person(en), die das Handeln betrifft.“²⁵⁰ Der bundesdeutsche Staat verbietet sich Willkür insoweit, wie Differenzierungen, die ohne sachlichen Grund vorgenommen werden, und Entscheidungen, welche auf der Grundlage sachfremder Erwägungen ergehen, untersagt sein sollen.²⁵¹

Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass sich ein ggf. sachfremd motiviertes Verhalten von Beamten nur schwer nachweisen lässt. Im Bereich der Polizei sollen daher u.a. verschiedene gesetzliche Regelungen - die Richter-²⁵² bzw. Behördenleitervorbehalte²⁵³, Unterrichtungspflichten²⁵⁴, Schriftformerfordernisse²⁵⁵,

²⁴⁹ vgl. u.a. § 6 BayPAG

²⁵⁰ Meyers Enzyklopädisches Lexikon (9. Auflage, 1979), Band 25

²⁵¹ Sommermann, in: von Mangoldt/ Klein/ Pestalozza, Das Bonner Grundgesetz, § 20 Rn. 295

²⁵² vgl. Art. 104 Abs. 2 GG

²⁵³ Beispielsweise ist die Anordnung des Einsatzes Verdeckter Ermittler gem. § 35 Abs. 4 BbgPolG dem Behördenleiter vorbehalten.

²⁵⁴ So ist ist gem. § 8 c Abs. 5 MEPOIG der Betroffene eines Lauschangriffs nach Abschluss der Maßnahme zu unterrichten („sobald dies ohne Gefährdung des Zwecks der Maßnahme geschehen kann“).

²⁵⁵ Nach § 16 Abs. 2 S. 2 BbgPolG sind Aufenthaltsverbote schriftlich zu erteilen.

Begründungspflichten²⁵⁶ und Befristungen²⁵⁷ vorsehen - willkürlichem Polizeihandeln vorbeugen. Problematisch ist aber, dass Verstöße gegen solche „Formalien“ nicht ausdrücklich mit Sanktionen für den verantwortlichen Hoheitsträger verbunden sind.

Insbesondere die Ausweitung der polizeilichen Kompetenzen in Richtung Proaktivität bedingt zudem strukturell eine größere Eigenmächtigkeit der Polizeiarbeit. Die Polizei reagiert nicht mehr nur auf Tatbestände, sondern geht aufgrund eigener Vermutungen vor. Da hierbei ohne Anlass oder Verdacht in Grundrechte der Bürger eingegriffen werden kann, wird Rechtssicherheit zunehmend von "legalisierter Willkür" abgelöst.²⁵⁸

1.3.1.9 Begründungszwang

Das Willkürverbot wird insbesondere durch die Pflicht der staatlichen Organe, ihre Entscheidungen zu begründen²⁵⁹, abgesichert, denn durch die Offenlegung der Gründe einer Entscheidung wird deren Überprüfbarkeit (als Wirksamkeitsvoraussetzung für Rechtsschutz- bzw. Rechtsmittelmöglichkeiten) erst ermöglicht²⁶⁰.

Eine unterbliebene Begründung kann jedoch (jedenfalls in Verwaltungsverfahren) einfach dadurch "geheilt" werden, dass sie nachträglich gegeben wird. Mit dem im Jahre 1996 in Kraft getretenen "Gesetz zur Beschleunigung von

²⁵⁶ So ist gem. § 32 Abs. 2 S. 3 BbgPolG zu einer durch den Behördenleiter angeordneten längerfristigen Observation eine schriftliche Begründung der Maßnahme zu den Akten zu nehmen. Und aus § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG (bzw. den entsprechenden Ländervorschriften) folgt, dass alle schriftlich erlassenen Verwaltungsakte (wie z.B. Aufenthaltsverbote nach § 16 Abs. 2 S. 2 BbgPolG) zu begründen sind.

²⁵⁷ Zum Beispiel sind gem. § 16 Abs. 2 S. 2 BbgPolG Aufenthaltsverbote auf höchstens drei Monate zu beschränken.

²⁵⁸ Winter, Politikum Polizei, S. 447

²⁵⁹ Verwaltungsakte, die mündlich erlassen wurden, sind schriftlich (mit Begründung, vgl. § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG) zu bestätigen, "wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht und der Betroffene dies unverzüglich verlangt", § 37 Abs. 2 VwVfG. Umstritten ist, ob dies auch für bestimmte Verwaltungsakte, die "in anderer Weise erlassen" wurden, analog zu gelten hat (dafür, mit überzeugender Argumentation: Stelkens/ Stelkens, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 37 Rn. 45a).

²⁶⁰ Sommermann, in: von Mangoldt/ Klein/ Pestalozza, Das Bonner Grundgesetz, § 20 Rn. 296
Gollwitzer, in: Löwe/ Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 267 Rn. 1

Genehmigungsverfahren" wurde der § 45 Abs. 2 VwVfG dahingehend geändert²⁶¹, dass u.a. eine nachträgliche Begründung wie auch eine Nachholung der Anhörung nicht nur bis zum Abschluss des Vorverfahrens, sondern sogar noch bis zu dem des verwaltungsgerichtlichen Verfahren möglich ist. Diese Regelung ist indes nicht nur verfassungsrechtlich fragwürdig²⁶² sondern auch rechtspolitisch verfehlt; zumal schon eine Realisierung der mit der Regelung erhofften entbürokratisierenden "Beschleunigungseffekte" kaum erwartet werden kann²⁶³.

Die großzügig gestalteten Heilungsmöglichkeiten führen de facto dazu, dass Behörden "mangels sachlicher Sanktion"²⁶⁴ grundlegende verfahrensrechtliche Verpflichtungen risikolos außer Acht lassen können.²⁶⁵ Diese Feststellung ist auch deshalb bedeutsam, weil Verfahrensregelungen nicht zuletzt "Grundrechtsschutz durch Verfahren" sichern sollen. Die Notwendigkeit, ein - in Hinblick auf die effektive Verwirklichung und Verteidigung der in einer Sache betroffenen Grundrechte - adäquat ausgestaltetes Verfahren zur Verfügung zu stellen, ist durch die Grundrechtsgarantie bedingt²⁶⁶. Verfahrensregelungen dürfen daher nicht vornehmlich Gesichtspunkte der "Arbeitserleichterung" aus Sicht staatlicher Organe berücksichtigen.

1.3.1.10 Anspruch auf Gehör

Das Recht auf Gehör im Verwaltungsverfahren²⁶⁷ und vor Gericht²⁶⁸ ist Ausdruck eines fairen Verfahrens²⁶⁹ und soll den Beteiligten, die nicht zu bloßen Objekten des Verfahrens degradiert werden sollen, die Geltendmachung ihrer Interessen

²⁶¹ dem folgend wurden die entsprechenden Bestimmungen der Länderverwaltungsgesetze "angepasst"

²⁶² dazu: Sachs, in: Stelkens/ Sachs/ Bonk, VwVfG, § 45 Rn. 113

²⁶³ vgl. Kopp/ Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 45 Rn. 5

²⁶⁴ vgl. Sachs, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 45 Rn. 114

²⁶⁵ Da eine fehlende bzw. mangelhafte Begründung oder eine fehlender Anhörung i.d.R. nur zur (heilbaren) formellen Rechtswidrigkeit und nicht etwa zur Nichtigkeit der Entscheidung führt, können die Behörden also (auch bewusst) formell rechtswidrige Verwaltungsakte in die Welt setzen.

²⁶⁶ Kopp/ Ramsauer, VwVfG, Einführung Rn. 19

²⁶⁷ vgl. § 28 Abs. 1 VwVfG: "Bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, ist diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern."

²⁶⁸ Es ist nicht nur Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, sondern resultiert auch aus der Garantie der Menschenwürde (BVerfGE 63, 332, 337) und ist ausdrücklich in Art. 103 Abs. 1 GG (als ein sog. "grundrechtsgleiches Recht") festgeschrieben: "Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör."

ermöglichen. Die Beteiligten sollen sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht äußern können, um damit die Möglichkeit zu eröffnen, dass sie auf das Verfahren und die Entscheidung Einfluss nehmen und "Überraschungsentscheidungen" entgehen²⁷⁰.

Allerdings ist eine Anhörung dann nicht vorgesehen, wenn heimliche Eingriffe (wie z.B. Lauschangriff oder Telekommunikationsüberwachung) durchgeführt werden sollen. Und auch in anderen Fällen kann die Anhörung unterbleiben, "wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist"²⁷¹, was insbesondere bei Gefahr im Verzug angenommen wird, womit oft gerade dann keine Anhörungen stattfinden, wenn besonders weitreichende Maßnahmen durchgeführt werden sollen. Aber auch in den anderen Fällen ist ein gezieltes "Absehen" von der Anhörung praktikierbar, da sie dann, wenn dieser Fehler gerügt werden sollte, immer noch durch Nachholung²⁷² (vgl. auch § 311a StPO) "geheilt" werden kann.

1.3.1.11 Öffentlichkeitsgebot

Fragwürdig sind prinzipiell jegliche heimlichen Polizeimaßnahmen, denn konstituierend für den Rechtsstaat ist auch die Öffentlichkeit des Staatshandelns. Dieses hat sich grundsätzlich²⁷³ "vor den Augen des Bürgers"²⁷⁴ abzuspielen. Staatliches Handeln, das nicht publik ist, entzieht sich leicht einer Kontrolle und relativiert weitere Rechtsstaatsprinzipien. (So lassen beispielsweise geheimgehaltene Maßnahmen staatlicher Organe insbesondere den Begründungszwang und den Rechtsschutz ins Leere laufen.)

²⁶⁹ gegen diese etablierte Begrifflichkeit: Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 502

²⁷⁰ vgl. Bonk/ Kallerhoff, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 28 Rn. 1

²⁷¹ vgl. § 28 Abs. 2 VwVfG - welcher der Behörde eine "mit unbestimmten Rechtsbegriffen gekoppelte Ermessensregelung" (Bonk/ Kallerhoff, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 28 Rn. 1) an die Hand gibt

²⁷² Nach der (von Sachs, in: Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG, § 45 Rn. 78, kritisierten) Auffassung des BVerwG (vgl. z.B. BVerwGE 54, 276, 280) soll eine Nachholung der Anhörung schon durch die Einlegung eines Widerspruches erfolgen. Da die fehlende Anhörung i.d.R. im Rahmen eines Widerspruches gerügt wird, beseitigt der Widerspruchsführer also durch die Benennung des Fehlers diesen auch schon selbst, was für die untätige Behörde wohl kaum bequemer sein könnte.

²⁷³ Es besteht (jedenfalls für die Legislative und Exekutive) ein Regel-Ausnahme-Verhältnis derart, dass in der Regel die Öffentlichkeit gewahrt wird und diese nur ausnahmsweise, zur Schonung anderer Rechtsgüter, ausgeschlossen werden kann (Rösch, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 130).

²⁷⁴ vgl. Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 140

Anders als im Bereich der Legislative²⁷⁵ und der Judikative²⁷⁶ lässt sich gegenwärtig für die Exekutive die "Duldung" von Öffentlichkeit nur sehr eingeschränkt feststellen. Diese Verwaltungspraxis muss sich daher den Vorwurf gefallen lassen, Reste autokratischen Gedankenguts noch nicht überwunden zu haben.²⁷⁷ In der Verweigerung, Verwaltungsvorgänge grundsätzlich transparent zu gestalten, liegt ein Demokratie- und Rechtsstaatdefizit.

1.3.1.12 Vermutung der Rechtstreue

Die Vermutung in die Rechtstreue des einzelnen²⁷⁸ als ein weiteres den Rechtsstaat konstituierendes Prinzip²⁷⁹ geht (bis zum Beweise des Gegenteils²⁸⁰) vom Vertrauen in die Rechtstreue der Bürger aus. Dagegen ist das Misstrauen dem Bürger gegenüber als Prinzip ein (wenn nicht das) Merkmal des Polizeistaates²⁸¹. Das "Festhalten an der Redlichkeitsvermutung"²⁸² unterscheidet den Kulturstaat vom Unrechtsstaat²⁸³. Nach dem Menschenbild des Grundgesetzes darf die Polizei also nicht jede Person als potentiellen Rechtsbrecher betrachten²⁸⁴. (Selbst Vertreter der Gegenposition, die dem Rechtsstaat eine grundsätzliche Vermutung der Rechtstreue absprechen wollen, erkennen an, dass der Einzelne einen Anspruch darauf hat, von Maßnahmen verschont zu bleiben, die "nicht durch eine hinreichende Beziehung zwischen ihm und einer Gefährdung eines zu schützenden Rechtsguts oder eine entsprechende Gefahrennähe legitimiert sind", da die beliebige Vereinnahmung zu staatlicher Zweckverfolgung ausgeschlossen ist.²⁸⁵) Eingriffe sind daher nur dann zulässig, wenn eine Person Störer (also Verantwortlicher für eine Gefahr) ist²⁸⁶ oder gegen sie ein Anfangsverdacht

²⁷⁵ vgl. z.B. Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG: "Der Bundestag verhandelt öffentlich."

²⁷⁶ § 169 S. 1 GVG: "Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich."

²⁷⁷ Rösch, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 130

²⁷⁸ in strafprozessualen Zusammenhängen wird häufig der Begriff "Unschuldsvermutung" verwendet

²⁷⁹ vgl. BVerfGE 82, 106, 114

²⁸⁰ vgl. auch Art. 6 Abs. 2 MRK: "Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, daß der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist."

²⁸¹ Dencker, in: Hanack/ Rieß/ Wendisch, Festschrift für Hans Dünnebieer, S. 459 f.

²⁸² Die Vermutung der Rechtstreue scheint allerdings treffender als der anfänglich von Liskén eingeführte metajuristische Begriff der "Redlichkeitsvermutung" (so bereits Kutscha, in: Roggan/ Kutscha, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, S. 78).

²⁸³ Liskén, ZRP 1994, 264, 266

²⁸⁴ BVerwG 26, 169, 170

²⁸⁵ LVerfG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 21.10.1999 (Az.: LVerfG 2/98), S. 25 f.

²⁸⁶ dies wird auch "Störerprinzip" genannt

bezüglich einer Straftat vorliegt.²⁸⁷ Der Störer- oder Täterverdacht kann dabei nur auf das Vorliegen gesetzlich bestimmter Tatbestandsmerkmale begründet werden.

Im Gegensatz dazu "verzichten" die neueren polizeilichen Befugnisnormen zu verdachts- und ereignisunabhängigen Personenkontrollen²⁸⁸ (als vorkonstitutionelle Methode²⁸⁹) auf tatbestandliche Voraussetzungen²⁹⁰, so dass jeder Bürger nach völligem Belieben der Beamten polizeipflichtig gemacht werden kann²⁹¹.

Ein weiteres "populäres Beispiel" der Negierung der Vermutung der Rechtstreue ist die Videoüberwachung öffentlicher Räume, von der in aller Regel Nicht-Störer und Nicht-Straftäter betroffen sind.

1.3.1.13 Legalitätsprinzip

Im Bereich der Strafverfolgung ist die Polizei²⁹² neben der Staatsanwaltschaft²⁹³ (und den weiteren Strafverfolgungsbehörden²⁹⁴) an das Legalitätsprinzip gebunden.²⁹⁵ Es besagt, dass immer dann Ermittlungen aufzunehmen sind, wenn die Ermittlungsbehörden Kenntnis von zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat²⁹⁶ erlangen (und dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, Anklage zu erheben, wenn sich im Ergebnis der

²⁸⁷ Nur ausnahmsweise können auch "Nichtstörer" in Anspruch genommen werden. So ist es dem Staat im Rahmen der "Risikovorsorge" z.B. gestattet, Verkehrskontrollen auch bei völlig unauffälligen Verkehrsteilnehmern durchzuführen. Dies ist für den betroffenen Bürger noch deshalb hinnehmbar, weil jedenfalls ein "Zurechnungszusammenhang" zwischen einer abstrakten Gefahr (allgemein erhöhte Gefährlichkeit der Beteiligung am Straßenverkehr) und dem persönlichen Verhalten (Führen eines Fahrzeuges) besteht.

²⁸⁸ Vgl. die Regelung einer "Schleierfahndung" in § 12 Abs. 1 Nr. 6 BbgPolG. Den Ländern dürfte hier schon die Gesetzgebungskompetenz fehlen, da die Befugnis - aufgrund der Tatsache, dass sie auf das Erkennen bereits begangener Straftaten gerichtet ist - eine strafprozessuale Natur hat. Das angebliche Ziel (aus dem Bereich der Gefahrenabwehr - für das die Kompetenz der Länder gegeben wäre), auch Straftaten verhüten zu wollen, ändert daran nichts. Es kommt nicht darauf an, welche Zielvorstellungen der Gesetzgeber behauptet, sondern darauf, welchem Zweck faktisch gedient wird. Tatsächlich konnten noch keinerlei präventive Effekte der Schleierfahndung verifiziert werden.

²⁸⁹ Lisken, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 70

²⁹⁰ vgl. Berner/ Köhler, Polizeiaufgabengesetz, S. 106

²⁹¹ ausführlich dazu: Roggan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, S. 105 ff.

²⁹² ausführlich zum "polizeilichen Legalitätsprinzip": Bottke, in: JuS 1990, S. 81 ff.

²⁹³ wobei der Staatsanwaltschaft die Leitungsbefugnis zusteht (vgl. § 161 Abs. 1 StPO)

²⁹⁴ z.B. die Finanzbehörden (in Steuerstrafsachen) und die Zollfahndungsämter

²⁹⁵ vgl. § 163 Abs. 1 S. 1 StPO: "Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten."

²⁹⁶ Es muss also ein auf Tatsachen beruhender "Anfangsverdacht" vorliegen. Bloße Vermutungen oder kriminalistische Hypothesen genügen daher nicht (Beulke, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 152 Rn. 22).

Ermittlungen ein hinreichender Tatverdacht²⁹⁷ ergibt).²⁹⁸ Ein Verstoß gegen diese Pflichten kann als Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) strafbar sein.²⁹⁹ Der prinzipielle Verfolgungszwang ist allerdings - für die Staatsanwaltschaft - durch einige Ausnahmen (§§ 376, 153 bis 154 e StPO, § 31 a BtMG, § 45 JGG) durchbrochen.³⁰⁰

Staatsanwaltschaft und Polizei sind im Strafverfahren nicht als Partei (mit unbedingtem Verfolgungswillen) tätig. Sie haben vielmehr gem. § 160 Abs. 2 StPO³⁰¹ "nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln".

Zudem folgt aus dem Legalitätsprinzip auch das Verbot, unterhalb der Schwelle eines konkreten, sich auf Tatsachen stützenden Verdachtes einzuschreiten.³⁰² Die Polizei darf also keine (Vorfeld-)Ermittlungen mit dem Ziel einleiten, erst einen Verdacht zu schöpfen. Solche Verfolgungsmaßnahmen aufgrund bloßer Vermutungen können sogar gem. § 344 StGB ("Verfolgung Unschuldiger") strafbar sein.

Da das Legalitätsprinzip eine Grundlage dafür ist, dass Strafverfahren ohne Ansehen der Person³⁰³ geführt werden³⁰⁴, ist es auch Ausdruck der Gleichheit aller vor dem Gesetz (vgl. Art. 3 GG)³⁰⁵.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang die polizeiliche Definitionsmacht von Verdachtssituationen im alltäglichen Streifendienst, da sich die Polizeiarbeit hier

²⁹⁷ Hinreichender Tatverdacht (vgl. §§ 170 I, 203 StPO) ist gegeben, wenn die vorläufige Tatbewertung ergibt, dass eine Verurteilung wahrscheinlich ist.

²⁹⁸ Das Legalitätsprinzip bestimmt damit in Abgrenzung zum Opportunitätsprinzip, mit dem das Verfolgungs- und ggf. Anklageermessen bezeichnet wird, die Verfolgungs- und ggf. Anklagepflicht.

²⁹⁹ Der objektive Tatbestand kann insbesondere durch das Unterlassen (oder auch schon Verzögern) einer Verfolgungshandlung erfüllt werden.

³⁰⁰ So kann die Staatsanwaltschaft z.B. "wegen Geringfügigkeit" (§ 153 StPO) von der Verfolgung absehen.

³⁰¹ Diese Bestimmung betrifft die Staatsanwaltschaft, ist aber entsprechend auf die Polizei anzuwenden (Wache, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 163 Rn. 9).

³⁰² Schoreit, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 152 Rn. 18c;

Beulke, in: Löwe/ Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 152 Rn. 22

³⁰³ Roggan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, S. 38

³⁰⁴ nicht unproblematisch sind insofern die privilegierenden "Immunitäts"-Regelungen für

Abgeordnete

³⁰⁵ BVerfGE 20, 162, 222

oftmals auf sozial schlechter gestellte Personen (denen eine geringe Beschwerde- und Kontrollmacht zugeschrieben wird) konzentriert. Die begrenzten Ressourcen der Polizei werden also ungleich eingesetzt, so dass auch der ausgeübte Verfolgungsdruck die verschiedenen Bevölkerungsschichten nicht gleichermaßen trifft.³⁰⁶

Fragwürdig ist die Umsetzung des Legalitätsprinzips durch die Polizei auch dann, wenn sie gegen sich selbst, also gegen Polizeibeamte ermitteln soll sowie in Fällen, in denen sie durch verdeckte ("operative") Methoden von Straftaten erfährt, aber von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens "vorerst" (auf unbestimmte Zeit) absieht, um dadurch ihre Aufklärungsarbeit solange nicht "auffliegen" zu lassen, bevor weitere kriminelle Zusammenhänge (z.B. Hintermänner) ermittelt wurden.³⁰⁷ Die polizeilichen Effektivitätserwägungen können dann dazu führen, dass weitere Straftaten zugelassen oder durch sog. "Lockspitzel" (agent provocateur) sogar erst provoziert werden.

1.3.1.14 Distanzgebot³⁰⁸

Die politische Willensbildung schlägt sich im demokratischen Rechtsstaat im Recht nieder. Das bedeutet, dass exekutive Tätigkeit nicht unmittelbar politisch, sondern nur rechtlich motiviert sein darf.³⁰⁹ Die pluralistische Gesellschaft wäre gefährdet, wenn sich staatliche Organe von politischen Zielen einzelner Interessengruppen beeinflussen ließen. Demgemäß hat die Polizei zur Politik auf Distanz zu gehen und sich politisch neutral zu verhalten.

Da Amtsträger weder Eigen- noch bestimmte Gruppeninteressen verfolgen dürfen³¹⁰, erscheint vor allem die Tatsache problematisch, dass eine allgemeine Tendenz politischer Parteien besteht, staatliche Bereiche zu durchdringen.

³⁰⁶ Arzt, Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen, S. 111 ff.

³⁰⁷ Weißlau spricht von einem "Zielkonflikt" zwischen Informationsinteresse und Legalitätsprinzip (Weißlau, Vorfeldermittlungen, S. 231).

³⁰⁸ auch: "Prinzip der Nichtidentifikation" (Württemberg/ Heckmann/ Riggert, Polizeirecht in Baden-Württemberg, S. 13)

³⁰⁹ Insbesondere ist es verfassungswidrig, wenn sich Staatsorgane im Vorfeld von Wahlen mit politischen Parteien identifizieren und sie z.B. durch werbende Öffentlichkeitsarbeit unterstützen oder wenn sie bestimmte Parteien bekämpfen (BVerfGE 44, 125, 141).

³¹⁰ Wolff, Bachof, Stober, Verwaltungsrecht, Band 1, S. 194 f.

Aufgrund parteipolitischer Ämterpatronage bei Einstellungen und Beförderungen³¹¹ sind insbesondere wichtige Funktionen der Verwaltung regelmäßig mit "Vertrauensbeamten", die einer bestimmten Partei angehören oder nahestehen, besetzt. (Hierdurch kann die Polizei bei Bedarf - im Rahmen ihrer Handlungsspielräume - als Instrument von parteipolitisch motivierter Politik strategisch eingesetzt werden.³¹²)

Distanz zur Politik ist allerdings nicht von der obersten, der ministeriellen Verwaltungsebene zu erwarten, denn strukturbedingt wird von dort die (politisch abgestimmte) Richtung der exekutiven Tätigkeit - z.B. per Erlaß von Rechtsverordnungen - gesteuert. Die Verteilung der Ministerposten ist deshalb regelmäßig ein wichtiger Punkt von Koalitionsverhandlungen nach Wahlen.³¹³ Und nicht selten haben die ernannten Minister höchste Parteiposten inne.³¹⁴ Die Erfolge im Amt werden so unmittelbar zu parteipolitischen Erfolgen, die entscheidend für nachfolgende Wahlkämpfe sein können.

1.3.1.15 Recht auf ein faires Verfahren

Auch das Recht auf ein faires Verfahren (fair trial-Prinzip) als allgemeiner Grundsatz des Strafverfahrens³¹⁵ ist geeignet und dazu bestimmt, die Macht der Polizei zu begrenzen. Das Fairnessgebot, das für alle mit der Strafverfolgung befassten Stellen gilt, soll verhindern, dass der Betroffene zum bloßen Objekt des Verfahrens degradiert wird.³¹⁶ „Es erschöpft sich nicht in der Selbstbeschränkung staatlicher Mittel gegenüber den beschränkten Möglichkeiten des Einzelnen, die sich in der Verpflichtung niederschlägt, dass staatliche Organe korrekt und fair zu verfahren haben. Als ein unverzichtbares Element der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens und daran anknüpfender Verfahren gewährleistet es dem Betroffenen, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen

³¹¹ vgl. von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 501

³¹² Diese Art von Politik wird – was zuweilen übersehen wird – von den eingesetzten Polizisten häufig selbst als Missbrauch empfunden (Winter, Politikum Polizei, S. 407).

³¹³ Entsprechend den übernommenen Ressorts werden dann regelmäßig auch weitere Schlüsselpositionen ggf. neu besetzt und die freierwerdenden "politischen Beamten" in den einstweiligen Ruhestand (vgl. § 36 BBG) versetzt.

³¹⁴ Beispielsweise ist Jörg Schönbohm, der als Innenminister des Landes Brandenburg u.a. die Dienst- und Fachaufsicht über die gesamte Brandenburger Polizei innehat, auch Landesvorsitzender der CDU.

³¹⁵ vgl. auch Art. 6 MRK, der einzelne Aspekte des Fairnessgebots (nicht abschließend) hervorhebt

³¹⁶ Krehl, in: Lemke u.a., Strafprozessordnung, Einl. Rn. 17

Sachkunde selbständig wahrzunehmen und Übergriffe der im vorstehenden Sinn rechtsstaatlich begrenzten Rechtsausübung staatlicher Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können. Der Anspruch auf ein faires Verfahren ist durch Verlangen nach verfahrensrechtlicher 'Waffengleichheit' von Ankläger und Beschuldigtem gekennzeichnet und dient damit in besonderem Maße dem Schutz des Beschuldigten, für den bis zur Verurteilung die Vermutung seiner Unschuld streitet.“³¹⁷

Als Kontrast zu solchen Worten des Bundesverfassungsgerichts ist jedoch u.a. festzustellen, dass die Rechtsprechung der „Umgehung“ von strafprozessualen Regeln und Rechten (im Hinblick auf das staatliche Strafinteresse) nur unzureichend entgegentritt. So hält es der Bundesgerichtshof³¹⁸ beispielsweise für unbedenklich, dass die Polizei die Freundin eines Beschuldigten veranlasste, diesen am Telefon über eine Straftat zu befragen, wobei ein Beamter dieses Gespräch ohne Wissen des Beschuldigten per Zweithörer mitverfolgte. Das Gericht billigt somit, dass die Polizei - indem sie eine (für den Beschuldigten noch nicht einmal erkennbare) „vernehmungsfähnliche Situation“ unter Missbrauch eines privaten Vertrauensverhältnisses schafft - die gesetzliche Notwendigkeit, den Beschuldigten vor einer Vernehmung über den Vorwurf aufzuklären und zu belehren, umgeht.

Aber auch anerkannte Beweiserhebungsverbote (mit denen einer Aufklärung "um jeden Preis" entgegengewirkt werden soll) sind in der Praxis relativiert, weil eine als fehlerhaft erkannte, unfaire Beweiserhebung nicht zwangsläufig auch ein Verbot der Verwertung dieser Beweise nach sich zieht. Und selbst wenn ein Verwertungsverbot für illegal beschaffte Beweismittel bejaht wird, können trotzdem noch andere Beweismittel, auf die die Polizei eventuell erst aufgrund der nicht verwertbaren Beweismittel gestoßen ist („fruits of the poisonous tree“), genutzt werden, da in Deutschland eine „Fernwirkung“ von Beweisverwertungsverböten in der Regel nicht anerkannt wird.

³¹⁷ Beschluss des BVerfG vom 8.10.1974 (NJW 1975, 103, 103)

1.3.1.16 Übermaßverbot

Das Übermaßverbot, das auch Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genannt wird, reguliert die polizeiliche Ermessensausübung, in zweifacher Weise. Zum einen wird die Frage des "Ob" polizeilichen Handelns (Entschließungsermessens³¹⁹) und zum anderen die Frage des "Wie" (Auswahlermessens) bestimmt.

Das Übermaßverbot fordert dreierlei; dass nämlich die eingesetzten Mittel überhaupt *geeignet*³²⁰ sind, das angestrebte (legitime) Ziel zu erreichen, dass dabei (wenn mehrere, gleich geeignete Mittel zur Verfügung stehen) das *mildeste Mittel*³²¹ angewendet wird³²² und dass die *Folgen nicht außer Verhältnis zum bezweckten Erfolg*³²³ stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne³²⁴).

Ein Beispiel für eine ganz offensichtlich unverhältnismäßige Polizeipraxis³²⁵ ist die Verabreichung von Brechmittel zum schnelleren Auffinden von (möglicherweise) verschluckten Beweismitteln.³²⁶ Der Brechmitteleinsatz ist nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel³²⁷ und die medizinischen Risiken stehen auch außer Verhältnis zum bezweckten Erfolg. In Folge zwangsweiser

³¹⁸ im Urteil zur „Hörfalle“ vom 8.10.1993, abgedruckt in NJW 94, 596 ff.

³¹⁹ Im Bereich der Gefahrenabwehr gilt das Opportunitätsprinzip. Daraus folgt, dass die Polizei bei Vorliegen einer Gefahr bzw. Störung nicht automatisch einschreiten muss. Eine sog. "Ermessensreduzierung auf Null" (mit einer daraus resultierenden Verpflichtung zum Handeln) ist nur beim Vorliegen intensiver Gefahren für wichtige Rechtsgüter anzunehmen. Eine Polizeistrategie nach der "zero tolerance" - Devise ließe dagegen kaum Raum für das Entschließungsermessens (vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 53).

³²⁰ So sind polizeiliche Auflagen, mit denen etwas tatsächlich Unmögliches oder etwas Verbotenes verlangt wird, ungeeignet (i.S.v. untauglich).

³²¹ Die Effektivität ist also nicht das ausschlaggebende Kriterium; vielmehr muss die Maßnahme *erforderlich* sein.

³²² So wäre z.B. ein Wasserwerfereinsatz gegen eine Sitzblockade jedenfalls nicht erforderlich (also unverhältnismäßig und damit rechtswidrig), wenn diese schon durch einfaches Wegtragen der Personen aufgelöst werden könnte.

³²³ Umstritten ist z.B., ob das Abschleppen eines ordnungswidrig abgestellten KFZ dann unverhältnismäßig ist, wenn keine Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer ersichtlich ist.

³²⁴ Eine sorgfältige Abwägung ist z.B. bei der Fahndung durch Massenmedien vorzunehmen, da mit diesen i.d.R. eine kaum noch behebbare Rufschädigung des Beschuldigten (auch im Falle eines späteren Freispruchs) einhergeht, so dass die Interessen der Strafrechtspflege an der Anwendung dieser Fahndungsmethode von vornherein nur bei Delikten mit "erheblicher Bedeutung" überwiegen können (vgl. Hilger, in: Löwe/ Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, § 131 Rn. 33).

³²⁵ vgl. Weißlau, StV 97, 341 ff. (Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt vom 11.10.1996, Az.: 1 Ss 28/96)

³²⁶ Im Juli 2006 entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (Az: 54810/00), dass der Brechmitteleinsatz u.a. unverhältnismäßig ist und gegen das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art. 3 MRK) verstößt.

Bereits 1996 hatte das OLG Frankfurt geurteilt, dass schon eine Rechtsgrundlage für solche Eingriffe fehlt. Zudem hatte es eine Verletzung des nemo-tenetur-Prinzips, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde festgestellt (Entscheidung vom 11.10.1996, in: StV 1996, 651 ff).

³²⁷ da die Gegenstände in der Regel auf natürlichem Wege zum Vorschein kommen würden

Brechmittelverabreichung kamen bereits mindestens zwei Menschen zu Tode, nämlich am 12.12.2001 in Hamburg und am 07.01.2005 Bremen³²⁸.

1.3.2 Grundrechte

Auch die verschiedenen Grundrechte³²⁹ (bzw. die weiteren, in Art. 93 I Nr. 4a GG aufgeführten Rechte³³⁰), welche subjektive (Abwehr-)Rechte der einzelnen Bürger gegen den Staat sind, beschränken den Einfluss der Polizei. Die Grundrechte sollen die Menschenwürde, die freie Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht auf Leben³³¹ und körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person und die Freizügigkeit, den Gleichheitssatz, die Glaubens-, Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit, die Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, die Ehe und Familie, das Schulwesen, die Versammlungsfreiheit, die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, die Berufsfreiheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Eigentum und das Erbrecht, den Schutz vor Entzug der Staatsangehörigkeit, das Auslieferungsverbot, das Asylrecht, das Petitionsrecht und den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

Polizeimaßnahmen greifen nun regelmäßig - mehr oder weniger intensiv - in Grundrechte der Bürger ein, wobei jedoch anzumerken ist, dass diese Eingriffe nicht automatisch bedeuten, dass die Grundrechte dadurch auch (im juristischen Sinne) *verletzt* werden. Ein Grundrechtseingriff stellt nur dann eine Verletzung dar, wenn die Maßnahme nicht gerechtfertigt war. Oder anders gewendet: der Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sich die Maßnahme (hinsichtlich des "Ob" des Einschreitens) durch eine Grundrechtsschranke legitimiert und (hinsichtlich des "Wie") verhältnismäßig ist. Schranken können sich daraus ergeben, dass die jeweilige Grundrechtsbestimmung Einschränkungen durch Gesetz oder aufgrund eines

³²⁸ Grundrechte-Report 2006, S. 197

³²⁹ Sie bilden den Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung (vgl. Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein, Grundgesetz, Vorb. v. Art. 1 Rn. 2).

³³⁰ z.B. Widerstandsrecht, Recht auf den gesetzlichen Richter, Anspruch auf rechtliches Gehör, Verbot der Mehrfachbestrafung

³³¹ das nicht nur Bürgerrecht, sondern das fundamentalste Menschenrecht ist

Gesetzes zulässt. Diese Gesetze (z.B. die Polizeigesetze und die Strafprozessordnung) müssen ihrerseits aber verfassungsgemäß sein. Demzufolge haben sie die Wertung des jeweiligen Grundrechts zu reflektieren und den Wesensgehalt der Grundrechte unangetastet zu lassen (vgl. Art. 19 Abs. 2 GG).

Eine weitere „verfassungsimmanente“ Einschränkung ergibt sich aus dem Umstand, dass Grundrechte mit den Grundrechten anderer oder mit „Verfassungsgütern“ kollidieren können. In solchen Fällen soll ein Ausgleich durch angemessene Abwägung der gegenläufigen Interessen angestrebt werden.

Das einzigste Grundrecht, das sich (in der juristischen Theorie) jeglicher Einschränkung entziehen soll, ist die Menschenwürde.³³²

Im folgenden werden die Grundrechte, in die besonders häufig oder nachhaltig durch Polizeihandeln eingegriffen wird, kurz erläutert.

1.3.2.1 Menschenwürdegarantie

In Art. 1 Abs. 1 GG wird dieses Grundrecht folgendermaßen postuliert: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Die Menschenwürdegarantie, die nicht ohne Grund am Anfang des Verfassungstextes steht, bildet den konstitutiven Ausgangspunkt des Wertesystems der Verfassung und beherrscht damit alle Bestimmungen des Grundgesetzes.³³³

Der Begriff der Würde kann dabei aber keinesfalls (entsprechend der persönlichen Neigung) nur in Anlehnung an eine (wert-)philosophische oder weltanschauliche Strömung verstanden werden.³³⁴ Vielmehr drängt sich eine „teleologische Interpretation“ auf, wobei davon auszugehen ist, dass der Sinn und Zweck der Formulierung, die nur wenige Jahre nach dem Ende des 2. Weltkrieges niedergeschrieben wurde, vor allem in einer nachdrücklichen Ermahnung an zivilisatorische Mindeststandards lag. Damit entzieht sich „die Menschenwürde“ zwar einer abschließenden Formel, trotzdem bleibt sie nicht völlig konturlos (und damit in der juristischen Praxis wertlos). Denn jedenfalls zeigt sich in der

³³² vgl. Starck, in: von Mangoldt/ Klein/ Starck, Bonner Grundgesetz, Art. 1 Rn. 30

³³³ vgl. BVerfGE 6, 32, 36

³³⁴ vgl. Starck, in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Bonner Grundgesetz, Art. 1 Rn. 3

„strukturegebenden Fundamentalnorm“ des Art. 1 Abs. 1 GG auch die Grundvorstellung der Verfassung, dass der Mensch nicht des Staates wegen existiert, sondern der Staat um des Menschen willen errichtet wird.³³⁵ Dementsprechend definiert das Bundesverfassungsgericht die Menschenwürde als den sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.³³⁶ Entsprechend dieser Leitidee hat der Staat jeden Bürger - unabhängig von dessen Tun - u.a. vor Folter, Erniedrigung und Demütigung in Schutz zu nehmen.

Wenn insbesondere ein Beschuldigter nicht zum bloßen Objekt eines Strafverfahrens gemacht werden darf³³⁷, verbietet es sich, die Wahrheit um jeden Preis zu erforschen³³⁸. Daher sind insbesondere Vernehmungsmethoden, die die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung verletzen, verboten.³³⁹ Dies ist allerdings nicht mehr gänzlich unbestritten, wie die Diskussion zum Strafverfahren gegen den Frankfurter Polizeivizepräsident Wolfgang Daschner³⁴⁰ zeigte.³⁴¹

Mit der Garantie der Menschenwürde kann insbesondere auch das nemo-tenetur-Prinzip³⁴² Geltung beanspruchen. Es bedeutet, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten. Damit steht es dem Beschuldigten im gesamten Strafprozess insbesondere frei³⁴³, "sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache

³³⁵ Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 1 Rn. 5

³³⁶ BVerfGE 87, 209, 228

³³⁷ vgl. BVerfGE 45, 187, 228

³³⁸ vgl. BGHSt 31, 304, 309

³³⁹ § 136 a Abs. 1 StPO: "Die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Misshandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zulässt. Die Drohung mit einer nach diesen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten."

§ 136 a Abs. 2 StPO: "Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet."

³⁴⁰ Dieser hatte im Oktober 2002 angeordnet, dem Tatverdächtigen Magnus Gäfgen durch die Ankündigung einer "nachhaltigen Befragung" mit der Zufügung von Schmerzen zu drohen, um so den Aufenthaltsort des entführten und vermeintlich noch lebenden Jakob von Metzler zu erfahren.

³⁴¹ so wurde eine „Rettungsfolter“ propagiert, vgl. u.a. Götz, Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes, NJW 2005, S. 953 ff.

³⁴² "nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere"

³⁴³ vgl. auch die ausdrückliche Regelung in Art. 52 Abs. 5 LVBBg: "Niemand darf gezwungen werden, gegen sich selbst oder durch Gesetz bestimmte nahestehende Personen auszusagen."

auszusagen"³⁴⁴. Aus dem (vollständigen) Schweigen darf kein nachteiliger Schluss gezogen werden.³⁴⁵

Auch eine Pflicht von Beschuldigten, aktiv an Untersuchungshandlungen teilzunehmen, ist ausgeschlossen. Umstritten ist jedoch, ob der Beschuldigte bestimmte Maßnahmen (wie z.B. eine Gegenüberstellung gem. § 58 Abs. 2 StPO³⁴⁶ oder den riskanten Brechmitteleinsatz³⁴⁷) hinnehmen muss.

1.3.2.2 Freie Entfaltung der Persönlichkeit

Verschiedene Polizeimaßnahmen greifen auch regelmäßig in das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Dieses Grundrecht soll neben der allgemeinen Handlungsfreiheit die Integrität der Person als „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ schützen.

Eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“³⁴⁸, hervorhebt. Wer nämlich "nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert

³⁴⁴ vgl. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO

³⁴⁵ Teilweises Schweigen kann jedoch von indizieller Bedeutung sein (Boujong, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, § 136 Rn. 10).

³⁴⁶ vgl. zum juristischen Streitstand zur Zulässigkeit die Nachweise bei Senge, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 58 Rn. 8

³⁴⁷ zu juristischen Standpunkten hinsichtlich der Zulässigkeit dieser Maßnahme vgl. die Nachweise bei Boujong, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 136a Rn. 18.

wird und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist."³⁴⁹

Mit diversen Änderungen der Strafprozessordnung und der Polizeigesetze wurden und werden die rechtlichen Möglichkeiten der Polizei, personenbezogene Daten zu erheben, zu speichern, abzugleichen und zu übermitteln, jedoch beständig erweitert. Da hiermit einseitig die auf höchstmögliche Effektivität ausgerichteten Wünsche der Polizei (die Erfolge bequemer anhand umfangreicher Datenbestände erreichen kann) Berücksichtigung finden, ist die Frage akut, welche Eingriffsformen noch mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu vereinbaren sind.

1.3.2.3 Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Art. 2 des Grundgesetzes garantiert, dass jeder „das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ hat. Die Formulierung dieser Selbstverständlichkeit als Grundrecht ist eine Reaktion auf den planmäßigen und industriell durchgeführten Mord von Menschen, die der deutsche Staat in der Zeit des Nationalsozialismus für "lebensunwert", "entartet" oder "minderwertig" hielt.

Hinsichtlich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit bleiben der Polizei Eingriffe, und zwar aufgrund einfachgesetzlicher Regelungen zur „Anwendung unmittelbaren Zwanges“, gestattet. Diese Konsequenz ergibt sich aus der Tatsache, dass der Staat das Gewaltmonopol beansprucht. Daher wird die polizeiliche Möglichkeit, Körperverletzungen zu begehen, nur selten grundsätzlich diskutiert. Aber auch die Quantität der Eingriffe und die normativen Erweiterungen der Eingriffsmöglichkeiten werden dann zumeist nicht hinterfragt. Als prekär wird schon eher der offensichtliche Missbrauch, wie er sich vor allem in polizeilichen "Übergriffen" zeigt, angesehen.

³⁴⁸ BVerfGE 65, 1, 41 f.

³⁴⁹ BVerfGE 65, 1, 43 ("Volkszählungsurteil")

Eingriffe, die über die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit hinausgehen und auf die Tötung eines Menschen abzielen (oder diese in Kauf nehmen), sollen durch Art. 2 GG verhindert werden. Das Grundrecht auf Leben stellt hier ein absolutes Eingriffsverbot auf. Es ist nämlich undenkbar, einem Menschen nur ein „bisschen“ das Leben zu nehmen. Die Tötung eines Menschen bliebe kein bloßer Eingriff in dessen Lebensrecht, sondern wäre notwendig die restlose Aufhebung desselben. Damit würde sie den Wesensgehalt des Grundrechtes auf Leben missachten. Der Wesensgehalt eines Grundrechtes darf jedoch in keinem Falle angetastet werden, vgl. Art. 19 Abs. 2 GG. Bekräftigt wird das Tötungstabu noch durch Art. 102 GG, der ausdrücklich die Abschaffung der Todesstrafe verkündet. Das Leben als Vorbedingung der unantastbaren Menschenwürde ist notwendigerweise selbst unantastbar. Dies führt dazu, dass sogar die selbstbestimmte Entscheidung über die Beendigung des Lebens staatlicherseits nicht akzeptiert wird. Demgemäß wird bestraft, wer einen schwerkranken Menschen auf dessen ausdrückliches und ernstliches Verlangen hin tötet. Und die Polizei schreitet gegen einen beabsichtigten Suizid (ggf. mit Gewalt) ein.³⁵⁰

Ausnahmen von dem absolut erscheinenden Tötungsverbot sollen nur in extremen Notwehrsituationen und im Kriegsfall gelten.

Wenn also ein Polizist seine Waffe einsetzt, dann darf er es dabei nicht auf die Tötung von Menschen, sondern allenfalls auf eine Körperverletzung absehen. Da aber nicht zuletzt der Einsatz von Schusswaffen immer auch das Risiko lebensgefährlicher Verletzungen birgt, muss der Polizist hier besonders zurückhaltend und sorgfältig vorgehen.

Mit einiger Regelmäßigkeit werden aber Menschen durch polizeiliche Schüsse getötet, wobei der Schusswaffeneinsatz nicht immer aus einer konkreten Bedrohungslage³⁵¹ resultiert. Eine Ahndung unnötigen Schusswaffeneinsatzes ist allerdings äußerst selten, da sich Polizeibeamte regelmäßig mit Erfolg auf eine irrtümlich angenommene Notwehrlage zurückziehen können.

³⁵⁰ Ob allerdings bei der Beendigung von politisch motivierten Hungerstreiks mittels Zwangsernährung ebenfalls nur der Schutz des Lebens im Vordergrund steht, ist fraglich.

³⁵¹ Eine schon allgemein erhöhte Bedrohungslage kann für Polizeibeamte nicht festgestellt werden. Das statistische Risiko getötet zu werden, entspricht für deutsche Polizisten in etwa dem von Kellnern, Köchen und Lagerarbeitern (vgl. Bürgerrechte & Polizei 1983, Heft 16, S. 81).

Das Tötungsverbot wird auch generell dadurch in Frage gestellt, dass neuerdings fast alle Polizeigesetze den gezielten polizeilichen Todesschuss geregelt haben.³⁵² Damit soll es der Polizei z.B. bei Geiselnahmen möglich sein, einen Schuss, der nicht nur zur Handlungsunfähigkeit des Verdächtigen führen, sondern tödlich wirken soll, abzugeben. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass der Staat auch Schutzpflichten wahrzunehmen habe und damit vor die Wahl gestellt sein kann, aktiv einen Verdächtigen zu töten oder Geiseln durch Unterlassen des Einschreitens dem Tod preiszugeben. In dieser „Abwägungssituation“ gleichwertiger Rechtsgüter (Leben gegen Leben) müsse dem Leben von Unschuldigen gegenüber dem Leben von Verdächtigen der Vorzug gegeben werden. Diese Herangehensweise setzt sich jedoch dem Vorwurf aus, dass unter Verletzung der Menschenwürde der Versuch unternommen wird, Menschenleben eben doch „abzustufen“ und in Kategorien unterschiedlicher Wertigkeit einzuordnen.

Tatsächlich soll es auch gar nicht bei der suggerierten Abwägung gleichwertiger Rechtsgüter bleiben. Die gesetzlichen Todesschussregelungen erlauben nämlich den "Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird" nicht ausschließlich bei einer gegenwärtigen Lebensgefahr, sondern bereits bei einer "gegenwärtigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit".³⁵³

Die behauptete Erhöhung der Rechtssicherheit für den Schützen, mit der für die gesetzliche Regelung geworben wurde, ist jedenfalls ein fehlgehendes Argument, da die Berufbarkeit auf eine polizeirechtliche Befugnisnorm keinem strafrechtlichen Freibrief gleichkommt. Sie hat keinen ausschlaggebenden Einfluss auf die strafrechtliche Bewertung des „Vorganges“. In jedem Falle bleibt es dabei, dass tödliche Schüsse von der Staatsanwaltschaft untersucht werden müssen. Es besteht auch gar kein Bedarf für eine Erhöhung der Rechtssicherheit, da sich Polizisten, die in Geiselsituationen töteten, schon bisher ausnahmslos erfolgreich auf einen „rechtfertigenden Notstand“ (vgl. § 34 StGB) als persönlichen Rechtfertigungsgrund - der die Strafbarkeit verhindert - berufen konnten.

³⁵² Unter Juristen wird diese oft (euphemistisch) als "Finaler Rettungsschuss" bezeichnete Befugnis überwiegend unkritisch gesehen (siehe nur: Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 2 II Rn. 42 – m.w.N.). Zur juristischen Diskussion vgl. auch: Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, S. 295 ff. Rn. 560 ff.

³⁵³ vgl. § 41 Abs. 2 S. 2 MEPolG

Der eigentliche Effekt, der sich durch die Regelung ergibt, ist der Umstand, dass der tödliche Schuss (sogar gegen den Willen einer Geisel) *angeordnet* werden kann. Die Rechtssicherheit wird dadurch aber keineswegs erhöht. Handelt ein Schütze auf Weisung, so wird vielmehr nur der Beamte, der die Weisung erteilt hat, zusätzlich in Ermittlungen einbezogen. Und für einen Polizisten, der eine Weisung zum Schießen nicht befolgt (weil er beispielsweise die Gefahrenlage anders beurteilt), verschlechtert sich die rechtliche Lage (auch hinsichtlich dienstrechtlicher Konsequenzen) sogar. Es ist fraglich, inwieweit sich ein den Schuss verweigernder Polizist – ähnlich Kriegsdienstverweigerern - auf die Freiheit des Gewissens (Art. 4 GG) berufen kann.³⁵⁴

Indem die Verantwortlichkeiten auf verschiedene Personen verteilt wurden, dürfte jedenfalls die Tötungshemmschwelle herabgesetzt und die Entscheidung über Leben und Tod „unkomplizierter“ geworden sein. Der Schütze empfindet sein Handeln nur noch abgeschwächt als persönliche Grenzerfahrung. Es besteht für ihn viel weniger die Notwendigkeit, seinen Entschluss bzw. seine „Beteiligung“ vor sich und anderen jederzeit vertreten zu können. Zudem wird es für die Polizeiführung weniger zwingend, wirklich alle Möglichkeiten der Verhandlungskunst zu bemühen. Das Verfügen über eine "Lizenz zum Töten" in Form einer gesetzlich geregelten so genannten polizeilichen "Standardmaßnahme" ebnet den Weg zu einer „Politik der Unnachgiebigkeit“. Die Motivation, zur Risikoverminderung auf Forderungen eines Geiselnahmers einzugehen, dürfte sich verringern. Damit vergrößert sich aber die Gefahr, dass sich die Tötung eines Menschen zu einem automatisierten, normalen Mittel der Konfliktlösung in bestimmten Gefahrenlagen entwickelt. Eine solche Richtungsvorgabe kann eine fatale „Vorbildwirkung“ auf die Gesellschaft haben.

Die Beteuerung, dass der „Finale Rettungsschuss“ ultima ratio sein soll, kann dabei kaum überzeugen. Gerade in den Fällen von Geiselnahmen liegt es auf der Hand, dass es für die Geisel ungefährlicher ist, wenn die Forderungen des Geiselnahmers erfüllt werden. Dass die Befugnis zum Todesschuss als angeblich letztes Mittel

³⁵⁴ So bejaht z.B. Niehörster dies (Niehörster, Brandenburgisches Polizeigesetz, S. 94); wohingegen das BVerwG die Gehorsamspflicht - allerdings in anderem Zusammenhang - grundsätzlich über die Freiheit des Gewissens stellt (BVerwGE 56, 227, 228).

aber trotzdem so vehement gefordert wurde, hat vor allem damit zu tun, dass der Staat in Wahrheit vor allem nicht erpressbar sein will. Das hochpolitische Phänomen, dass Forderungen ab einem gewissen, bewusst unkalkulierbar gehaltenem Punkt offensichtlich als unannehmbar gelten und dementsprechend die Interessen der Geisel, der mit einer nachgiebigen Taktik in jedem Falle besser gedient wäre, in Erfüllung einer „Schutzpflicht gegenüber der Gesamtheit der Bürger“³⁵⁵ bzw. im Interesse des Staatsganzen (bzw. der Staatsraison) „zurückgestellt“ werden, wird aber zu keiner Zeit offen politisch diskutiert. Das Problem wird allein der Polizei überantwortet, die ihre folgenschwere Entscheidung – deren Prozedere und Maßstäbe sich der Öffentlichkeit (auch nachträglich) weitgehend entziehen - immer als „polizeitaktisch notwendig“ deklarieren kann. In einer exekutiven Grauzone kann das im Grundgesetz klar fixierte Recht auf Leben letztlich doch relativiert (bzw. aufgehoben) werden.

1.3.2.4 Freiheit der Person

Die Freiheit der Person ist (gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) unverletzlich, wobei mit dieser Formulierung nur die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint ist.

Wie kein anderes staatliches Organ kann die Polizei in die Bewegungsfreiheit anordnend und sogleich vollstreckend eingreifen. Bedenklich ist hierbei, dass diese Befugnis beständig erweitert wird. So erlauben die Polizeigesetze nicht nur Platzverweise, sondern geben auch die Befugnis zur Verhängung von „Vorbeugegewahrsam“, dessen Dauer z.B. in Bayern (nach richterlicher Bestätigung) bis zu 2 Wochen betragen kann.

Neben solchen gesetzlich abgesicherten Eingriffen in das Grundrecht der Freiheit der Person haben sich illegale Polizeipraktiken wie der Verbringungsgewahrsam³⁵⁶ (z.B. in Form der menschenunwürdigen und strafbaren³⁵⁷ „Stadtrandverbringung“ von Bettlern und anderen „unerwünschten Personen“) und die Polizeikessel bei Demonstrationen etabliert.

³⁵⁵ Die Formulierung entstammt dem Urteil des BVerfG vom 16.10.1970 (BVerfGE 46, 160, 165), mit welchem es abgelehnt wurde, die Bundesregierung zugunsten des von der RAF entführten Hans-Martin Schleyer zu verpflichten, auf die Forderungen der Entführer einzugehen.

³⁵⁶ vgl. Oldemeier, Rechtsgrundlagen des Verbringungsgewahrsams, S. 108

Betroffen von kriminellem polizeilichen Verhalten sind oft Personen mit geringer "Beschwerdemacht". So wurde der Afrikaner, der am 13. Februar 1999³⁵⁸ die Polizei rief, weil Neonazis in Guben eine - für den Algerier Omar Ben Noui tödlich endende - Hetzjagd auf Ausländer veranstalteten, der Freiheit beraubt, indem er von der Polizei für sieben Stunden mit auf das Revier genommen wurde, wovon er vier Stunden mit auf dem Rücken gefesselten Händen zubringen musste.

1.3.2.5 Gleichheitssatz

In Konkretisierung bzw. Erweiterung des bereits besprochenen rechtsstaatlichen Willkürverbotes fordert Art 3 GG die Gleichheit aller vor dem Gesetz³⁵⁹ sowie die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und verbietet die Benachteiligung eines Menschen aufgrund einer Behinderung und Bevorzugung oder Benachteiligung wegen des Geschlechtes, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen.

Mit diesen Vorgaben kontrastiert allerdings die praktische Arbeit der Polizei. Polizisten hegen u.a. häufig rassistische und fremdenfeindliche Vorurteile. Auch neonazistische Anschauungen sind unter Polizisten verbreitet. Dementsprechend gehört diskriminierendes Verhalten von Polizeibeamten zum alltäglichen Geschehen. Neuartige, gesetzlich fixierte Polizeibefugnisse wie die „verdachts- und ereignisunabhängige Identitätsfeststellung“ ermutigen noch zu polizeilichem Vorgehen, das Angehörige bestimmter Bevölkerungsgruppen (z.B. Personen "nichtdeutscher" Abstammung) benachteiligen kann.

1.3.2.6 Meinungsfreiheit

In Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird garantiert, dass jeder das Recht hat, "seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten." Die Meinungsfreiheit ist

³⁵⁷ vgl. Beschluss des Landgerichts Hamburg vom 14.06.1996, Az.: 608 Os 18/96 (abgedruckt in: NVwZ-RR 1997, 537 ff.)

³⁵⁸ Im Januar hatte die CDU eine großangelegte bundesweite Unterschriftenkampagne gegen die doppelte Staatsbürgerschaft gestartet, mit der die diffuse Hetze gegen "die Ausländer" angeheizt wurde.

³⁵⁹ diese ausdrückliche Formel des Art. 3 GG ergibt sich schon aus dem Demokratieprinzip

ein „politisches Grundrecht“³⁶⁰, das zugleich eine Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist.

Da sich die Polizei gewohnheitsmäßig (als Obrigkeitersatz) an den Vorgaben der gesellschaftlichen „Mitte“ und deren beschränktem Meinungsbild orientiert, tut sie sich schwer damit, neue Ideen, kritisches Handeln und die dazugehörenden „abweichenden“ Meinungen nicht als (politisch) unerwünscht und bekämpfungswert zu interpretieren.³⁶¹ Eine Gesellschaft wird jedoch nur dann das Attribut „freiheitlich“ für sich in Anspruch nehmen können, wenn gerade die extremen (Minderheits-)Meinungen unbehindert (und ohne gesellschaftlichen Zwang zum Konsens) diskutiert werden können.³⁶² Die Polizei hat dabei lediglich die Aufgabe, die Einhaltung der Spielregeln (z.B. Gewaltfreiheit) zu garantieren. Ansonsten hat sie sich jeglicher Positionierung oder inhaltlichen Bewertung zu enthalten, weil durch jede autoritäre Tendenz das gesellschaftliche Diskussionsklima vergiftet wird. Solche Vergiftungserscheinungen werden z.B. dann diagnostiziert, wenn die Polizei (wie so oft) Demonstrationen wegen deren politischer Ausrichtung verbietet oder mit unsinnigen (oft rechtswidrigen) Auflagen belegt. Aber auch in den kleinen oder großen polizeilichen Schikanen des Alltags, die besonders oft Angehörige von unliebsamen Randgruppen erleiden, zeigt sich ein merkwürdiger Anspruch auf Meinungshoheit.

1.3.2.7 Pressefreiheit

Eine vom Staat unabhängige (und nicht monopolisierte) Presse ist unentbehrlich für die freie politische Willensbildung in einer pluralistischen Demokratie. Sie wird als Wesenselement des freiheitlichen Staates angesehen.³⁶³ Mit dem Grundgesetz wurde daher (noch deutlicher als mit Art. 118 WRV) bewusst mit der deutschen Tradition gebrochen, die Presse durch Polizei und andere Verwaltungsstellen

³⁶⁰ Fechner, Medienrecht, S. 33 Rn. 108

³⁶¹ Daraus resultierendes parteiliches Vorgehen i.S. vermeintlicher Staatsraison übersieht offensichtlich, dass jede innovationsfeindliche Repression von politischen Diskursen das "freie Spiel der Kräfte" im pluralistischen Meinungskampf auf provokative Art beeinträchtigt, wodurch der Staat erst tatsächlich verletzbar wird; denn die nicht frei äußerbaren Ansichten werden u.U. auf kriminelles Terrain abgedrängt und nicht etwa automatisch durch staatliche Behinderung „ausgemerzt“.

³⁶² Freiheit hat nur dann einen echten Wert, wenn sie ein normales Lebensgefühl sein kann, selbstverständlich gelebt wird und nicht etwa (in der Tradition der sog. preußischen Toleranz) selektiv und unter Vorbehalt "großzügig gewährt" wird.

³⁶³ BVerfGE 20, 162, 174

reglementieren und kontrollieren zu lassen. Art. 5 Abs. 1 S. 2 u.3 GG gewährleistet ausdrücklich die Pressefreiheit (sowie die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk sowie Film)³⁶⁴ und spricht ein Verbot der (Vor-)Zensur aus. Der von der Pressefreiheit geschützte Bereich umfasst nicht nur die Verbreitung von Nachrichten und Meinungen, sondern auch die Beschaffung von Informationen.³⁶⁵

Pressevertreter beklagen jedoch häufig (zumeist ganz praktische) Behinderungen ihrer Arbeit durch Polizisten. Gerade dann, wenn es um fragwürdige polizeiliche Einsätze geht, sind Journalisten nicht gern gesehen. So wird ihnen zuweilen z.B. der Zugang zum Ort des Geschehens verweigert oder sie werden (mit der Behauptung, sie stünden der Durchführung polizeilicher Maßnahmen im Weg) von dort abgedrängt. Auch das Verdecken oder Hinunterdrücken von Kameras (mit dem Hinweis auf eine angeblich drohende Verletzung des „Rechts am eigenen Bild“) wird von der Polizei, die selbst massiv "vorbeugend" fotografiert und filmt, praktiziert. Zuweilen werden Bildaufzeichnungen kurzerhand durch die Polizei zur „Beweismittelsicherung“ beschlagnahmt. Auch das „versehentliche“ Beschädigen von Kameras durch rabiatt vorgehende Polizisten kommt vor. Journalisten sind zudem nicht einmal vor körperlichen Übergriffen gefeit. Besonders „spektakulär“ traf es im Mai 1994 den Journalisten Oliver Neß, der Opfer einer gezielten Racheaktion von Hamburger Polizeibeamten wurde. Neß hatte in Fernsehreportagen über Misshandlungen durch die Hamburger Polizei berichtet. Vor laufenden Kameras wurde er dann selbst am Rande einer Demonstration, über die er berichten wollte, gewürgt und mit Fäusten und Schlagstöcken bis zur Bewusstlosigkeit zusammengeschlagen. Am Boden liegend wurde ihm ein Schuh ausgezogen und der Fuß dann mehrfach mit äußerster Gewalt ruckartig so verdreht, dass der gesamte Bandapparat zerstört wurde.³⁶⁶

1.3.2.8 Versammlungsfreiheit

Der Artikel 8 des Grundgesetzes legt fest, dass alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

³⁶⁴ die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genannten Rechte werden auch unter dem Begriff „Mediengrundrecht“ zusammengefasst

³⁶⁵ BVerfGE 10, 118, 121

Die Versammlungsfreiheit ist das Resultat langer historischer Kämpfe gegen eine autoritäre Obrigkeit, die das öffentlich-politische Leben unter strenge Polizeiaufsicht stellte und Ruhe als erste Bürgerpflicht proklamierte. Noch heute gilt sie als ein "unbequemes Grundrecht"³⁶⁷, was sich auch in den Diskussionen zu dem sich unregelmäßig neu formierenden Ansinnen, die Demonstrationsfreiheit auf die eine oder andere Art zu beschneiden, zeigt. Dabei liegt die politisch-demokratische Bedeutung dieses „wesentlichen Elements demokratischer Offenheit“³⁶⁸ u.a. darin, dass die Art des Umgangs der Bürger mit diesem Recht und die Reaktionen des Staates auf diese konzentrierte Artikulation von Interessen und politischen Meinungen in der Öffentlichkeit als „ursprünglich-ungebändigtem Stück unmittelbarer Demokratie“³⁶⁹ wichtige Indikatoren für den Zustand der Gesellschaft sind.³⁷⁰ Daher darf "das provokatorische und beunruhigende, mit der Versammlungsfreiheit aber akzeptierte Moment der *Störung* institutionalisierter Ordnung"³⁷¹ (...) nicht durch frühzeitigen Polizeieingriff 'entschärft' werden."³⁷² Sich versammelnden Bürgern gegenüber gilt für die Polizei das "Gebot des Wohlwollens", womit auch eine Politik der Zurückhaltung und Deeskalation verbunden ist, so dass Versammlungen möglichst "polizeifreie Räume" sein können.

In der Praxis werden Demonstrationen von der Polizei jedoch "traditionell" eher geduldet als dass sie wirklich erwünscht wären. Und wenn nun z.B. abweichend vom klaren Wortlaut des Art. 8 GG („ohne Anmeldung“) das Versammlungsgesetz

³⁶⁶ Trotz beweiskräftiger Fernsehbilder, Fotos und Zeugenaussagen brachte es ein Pakt aus Hamburger Politik, Polizei und Justiz zuwege, dass die Täter unbehelligt blieben (Einzelheiten bei Neß, in Gössner/ Neß, Polizei im Zwielficht, S. 32 ff.).

³⁶⁷ vgl. Kutscha, Demonstrationsfreiheit - historische Dimension und aktuelle Pläne zur Beschneidung eines unbequemen Grundrechts, im Internet (Stand: 20.03.2007) unter: <http://www.s10.ipp4u.com/vdj>

³⁶⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S, 176, Rn. 404

³⁶⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, S, 176, Rn. 404

³⁷⁰ vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 8 Rn. 9 f.

³⁷¹ Wobei anzumerken ist, dass viele „Protestbewegungen“ ohnehin in der praktischen Wirkung viel harmloser sind als von der Polizei angenommen wird; denn sie ordnen „sowohl ihr Selbstverständnis dem feudalistischen Institut des Widerstandsrechts als auch ihre Praxis der herrschenden justizstaatlichen Doktrin“ unter. Selbst gröbere Regelverstöße führen regelmäßig eben nur zu einer gerichtlichen Klärung anhand der gegebenen Rechtslage, weshalb solche eher auf bloße Symbolik bedachten Aktionsformen höchst selten einen wirklich unabhängigen demokratischen Willensbildungsprozess auslösen, der letztlich zu einer generellen (auch gesetzlichen) Veränderung führen könnte. Sie erschöpfen sich also (oft recht treuselig) darin, den von vornherein in seinen Möglichkeiten beschränkten „Rechtsweg“ einzuleiten (vgl. Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, S. 37).

in § 14 bestimmt, dass die Absicht, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel zu veranstalten, „anzumelden“ ist, irritiert dies enorm.³⁷³ Das Bundesverfassungsgericht will § 14 VersG jedoch nicht für verfassungswidrig halten. Es behilft sich mit der äußerst gewagten und deutlich zielorientierten Konstruktion, dass die Anmeldefreiheit deshalb gewahrt sei, weil sie nicht ausnahmslos abgeschafft und Art. 8 GG damit nur beschränkt worden sei. Die nicht angetastete Anmeldefreiheit für Versammlungen in geschlossenen Räumen soll also die Anmeldepflicht für Versammlungen unter freiem Himmel in gewissem Maße kompensieren. Das Gericht fordert aber zumindest eine verfassungskonforme Auslegung der Norm dahingehend, dass die (fristgemäße) Anmeldung nicht bei Spontanversammlungen gefordert wird und allein ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht nicht schon zur Auflösung oder zum Verbot berechtigt.³⁷⁴ Die Anmeldung gem. § 14 VersG ist also eine bloße Informationsobliegenheit, ohne dass die Durchführung dann von einer polizeilichen Genehmigung oder Erlaubnis abhängig wäre. Daher finden Demonstrationen selbstverständlich immer ohne "Genehmigung"³⁷⁵ oder "Erlaubnis" statt.

Diese Rechtslage wird jedoch regelmäßig negiert, wenn als Grund für polizeiliche Maßnahmen gegen Demonstranten das Argument der "unbefugten" Teilnahme an einer „nichtgenehmigten“ Demonstration bemüht wird. Die Polizei hat diesbezüglich einen ganz grundsätzlichen Weiterbildungsbedarf, der einigermaßen verblüfft, weil die o.g. Grundsatzentscheidung³⁷⁶ des Bundesverfassungsgerichts bereits aus dem 1985 stammt.

1.3.2.9 Kunstfreiheit

Das Grundgesetz garantiert in Artikel 5 auch ausdrücklich die Freiheit der Kunst.

³⁷² Ridder u.a., Versammlungsrecht, § 12 a Rn. 38

³⁷³ vgl. Dietel, Gintzel, Kniessel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1, Rn. 194

³⁷⁴ Prekär bleibt eine unterlassene Anmeldung bzw. ein von einer Anmeldung abweichender Verlauf jedoch für Veranstalter und Leiter von Versammlungen, da sie sich gem. § 26 bzw. § 25 VersG strafbar machen können - was zu dem absurden Ergebnis führt, dass sie gern auf den "besonderen Schutz" der Versammlungsfreiheit verzichten würden. Als Initiatoren oder Anführer einer bloßen *Ansammlung* von Personen (z.B. Menschengruppen bei Sportveranstaltungen oder Konzerten) würden sie nämlich gar nicht erst in Berührung mit den Repressionsmöglichkeiten des Versammlungsgesetzes kommen.

³⁷⁵ Demgegenüber meinte das Polizeipräsidium Potsdam in einer Nachricht an den Anmelder einer Demonstration ausdrücklich, dass die Eingangsbestätigung nicht als "Genehmigung" der Versammlung gewertet werden solle (Schreiben vom 27.10.2005, Az.: StB 5/2-231/221/05).

³⁷⁶ BVerfGE 69, 315 ff.

Für Polizisten (und sonstige "Rechtsanwender") besteht aber bereits die Schwierigkeit darin, einen handhabbaren (juristisch-praktikablen) Begriff "der Kunst" zu finden. Polizisten vertrauen darauf, vorgefundene "Lebenssachverhalte" im Zweifel mit feststehenden Definitionen vergleichen zu können, um so herauszufinden, ob bestimmte gesetzliche Tatbestände erfüllt sind, die wiederum polizeiliches Eingreifen fordern. Ein bekannter Definitionsversuch des Bundesverfassungsgerichtes - das anders als einige prominente Künstler, die alles denkbare dem Kunstbereich zuordneten³⁷⁷, auf der Suche nach "Abgrenzungskriterien" ist - liest sich nun folgendermaßen: "Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers."³⁷⁸ Allerdings "spottet Kunst der Verbaldefinition. (...) Analyse reicht (...) erst dann ans Kunstwerk heran, wenn sie die Beziehung seiner Momente aufeinander prozessual begreift, nicht durch Zerlegung erst auf vermeintliche Urelemente reduziert."³⁷⁹ Und so ist der Ansatz des Bundesverfassungsgerichtes auch nicht als abschließende Feststellung, die auf jegliche Streitfälle anwendbar wäre, sondern lediglich als fragmentarisch bleibende Beschreibung zu betrachten. In einer späteren Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass in Anbetracht des Misstrauens von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und Konventionen, eines fehlenden Konsens` in der Kunsttheorie über objektive Maßstäbe der Kunst und des Ziels künstlerischer Avantgarde, "die Grenzen der Kunst zu erweitern", ein "weiter Kunstbegriff" zu favorisieren ist und dass es unmöglich erscheint, "Kunst generell zu definieren".³⁸⁰ Schon in der früheren Entscheidung hatte es eingeräumt: "Wie weit die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit reicht und was sie im einzelnen bedeutet, lässt sich ohne tieferes

³⁷⁷ So erklärte Warhol bekanntermaßen "everything is art" und Beuys deklamierte: "Jeder Mensch ist ein Künstler!"

³⁷⁸ BVerfGE 30, 173, 188 f.

³⁷⁹ Adorno, Ästhetische Theorie, S. 262 f.

³⁸⁰ BVerfGE 67, 213, 225

Eingehen auf die sehr verschiedenen Äußerungsformen künstlerischer Betätigung in einer für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen Weise nicht erschöpfend darstellen."³⁸¹ Wenn man zudem noch in Betracht zieht, dass sich künstlerisches Wirken nicht selten auch einer formal-ästhetischen Typisierung, also der Zuordnung zu einer "Kunstgattung", entzieht, wird deutlich, wie problematisch eine praktische "Abgrenzung" von Kunst und "Nicht-Kunst" sein kann.

Da es Polizisten aber gewohnt sind, gegen Störungen der öffentlichen Ordnung - die sich meist als Abweichung vom üblichen Verhalten zeigen - rasch und effektiv vorzugehen, kommt auch künstlerischer Ausdruck zuweilen in Konflikt mit schematisierten Vorstellungen der "Ordnungshüter". Die Polizei kann nämlich "ihre Maßnahmen nur aufgrund ganz *bestimmter* Vorstellungsbilder von einer in der Realität durchzusetzenden Ordnung treffen; also werden ihr alle von ihrem bestimmten Vorstellungsbild abweichende Freiheitsäußerungen zunächst als *Unordnung* und Polizeiwidrigkeit erscheinen. Hiermit hängt es zusammen, dass man von keiner Polizei der Welt Sinn für Erscheinungen der künstlerischen Phantasie erwarten darf, deren Reiz darin besteht, dass sie sich nicht eindeutig einer einzigen Realitätsebene zuordnen lassen. Grotesker Humor, Satire, Ironie, Karikatur, Traum und Allegorie sind polizeilich nicht zu greifen."³⁸² Der Polizei kann also ziemlich unvermittelt der politisch agitierende oder der provokant-aktionistische Kunstschaffende, aber auch schon der subtile, vom Üblichen abweichende Künstler suspekt werden. "Berühmt" wurde das polizeiliche Vorgehen gegen eine Straßentheatergruppe, die im Jahre 1980 den "anachronistischen Zug" unter Vorlage des Brechtschen Gedichtes "Der Anachronistische Zug oder Freiheit und Democracy" spielten. Erst das Bundesverfassungsgericht stellte (mit Beschluss vom 17.07.1984)³⁸³ fest, dass es sich um Kunst gehandelt hatte.

Die Polizei hat aber zuweilen sogar Schwierigkeiten, Kunstäußerungen, die sie auch als solche erkannt hat, entsprechend zu akzeptieren. Die Kunst ist "umfassend" und "vorbehaltlos"³⁸⁴ gewährt. Sie unterliegt keinerlei staatlichem Genehmigungsvorbehalt oder Zensurverfahren. Die Kunst hat nur (sich aus

³⁸¹ BVerfGE 30, 173, 189

³⁸² Denninger/ Lüderssen, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, S. 107

³⁸³ BVerfGE 67, 213, 224

³⁸⁴ BVerfGE 30, 173, 191

"kollidierendem Verfassungsrecht" ergebende) "verfassungsimmanente Schranken" zu beachten. Diese Schranken können sich ausschließlich aus Grundrechten Dritter und anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern ergeben.³⁸⁵ Wenn die Polizei aber künstlerische Betätigungen, die sie z.B. als subversiv empfindet, schon im vermeintlichen "Allgemeinwohlinteresse" unterbindet, verkennt sie dies. Ein drastisches Beispiel für mangelnde Verfassungskennntnis hinsichtlich des strengen Ausnahmecharakters von Einschränkungen der Kunst lieferte das Polizeipräsidium Potsdam, das im Jahre 2005 die Beschlagnahme einer satirischen Plakatausstellung u.a. mit dem Argument zu rechtfertigen suchte, dass "ja keine Kunstaussstellung im öffentlichen Raum genehmigt"³⁸⁶ wurde.

1.3.2.10 Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis

„Art. 10 gehört zum Urgestein konstitutioneller Gewährleistungen gegen den Übermut staatlicher Neugier.“³⁸⁷ In seinem Absatz 1 wird zum Schutz der Privatsphäre beim Austausch von Nachrichten, Gedanken und Meinungen³⁸⁸, dass Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis für "unverletzlich" erklärt.

Die „Unverletzlichkeit“ wird jedoch umgehend im Abs. 2 S. 1 des Art. 10 GG revidiert, wonach „Beschränkungen“ auf Grund eines Gesetzes möglich sind. Diesem Gesetzesvorbehalt entsprechen u.a. §§ 99 und 100a StPO, welche die Postbeschlagnahme bzw. die Überwachung der Telekommunikation (TKÜ) im Bereich der Strafverfolgung regeln. Zulässig ist somit u.a. der Zugriff auf Briefe, Pakete, Telegramme, Festnetz- und Mobiltelefonate, SMS, Fax-Daten und Internetkommunikation. Ergänzend zur Überwachung der aktuellen Kommunikation sollen auch „ruhende Informationen“ (z.B. abgelegte e-mails, Mitteilungen in Mailboxen oder Daten, die auf dem Handy gespeichert sind) „ausgelesen“ werden können.³⁸⁹ Darüber hinaus werden Verbindungsdaten erhoben und Standortkennungen (mit deren Hilfe auch „Bewegungsprofile“ erstellbar sind) durchgeführt. Bis zum 17.09.2007 muss Deutschland zudem auch die EU-Richtlinie

³⁸⁵ Wobei die konkurrierenden Interessen im Sinne "praktischer Konkordanz" auszugleichen sind. "Dies erfordert eine Abwägung der widerstreitenden Belange und verbietet es, einem davon generell (...) Vorrang einzuräumen" (BVerfGE 83, 130, 143).

³⁸⁶ vgl. Artikel "Straße der Besten beschlagnahmt", in: PNN vom 18.10.2005

³⁸⁷ Löwer, in: Münch/ Künig, Grundgesetzkommentar, Art. 10 Rn. 56

³⁸⁸ vgl. BGHSt 29, 244, 249

³⁸⁹ wobei das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen ist

zur „Vorratsdatenspeicherung“, mit der Kommunikationsanbieter verpflichtet werden, bestimmte Verkehrs- und Standortdaten „auf Vorrat“³⁹⁰ zu speichern, umsetzen.

Abhörbefugnisse finden sich zunehmend auch in den Polizeigesetzen, so dass schon der Bereich des „Vorfelds“ möglicher Straftaten überwacht werden kann. Zudem praktizieren der Zoll und vor allem verschiedene Nachrichtendienste³⁹¹ die Überwachung von Post und Telekommunikation.

Die partielle Aufhebung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses hat sich längst als eine „Standardmaßnahme“³⁹² und damit als ein alltäglicher Vorgang etabliert. Betroffen sind hiervon nicht nur die einer Straftat Verdächtigen oder (mögliche) Störer, sondern natürlich auch deren Kommunikationspartner – deren Kreis jeweils kaum überschaubar ist. Über die Jahre und Jahrzehnte hinweg war zudem eine stetige Zunahme der angeordneten Überwachungsmaßnahmen zu verzeichnen³⁹³. Im Jahre 2005 wurden rekordverdächtige 42000 richterliche Anordnungen zur Überwachung von Telefon- und Internetanschlüssen erlassen³⁹⁴ (wobei anzumerken ist, dass die Geheimdienste ohne richterliche Anordnungen tätig werden, so dass sich die Zahl nur auf polizeiliche Aktionen bezieht). Ungelöst ist in diesem Bereich heimlicher staatlicher Aktivität überdies das Problem, wer auf welche Art praktisch kontrollieren soll, dass die Vorgaben der richterlichen Beschlüsse (z.B. hinsichtlich der Dauer der Maßnahmen) auch eingehalten werden.

Unabhängig von der tatsächlichen Dimension der Überwachungsmaßnahmen, birgt all dies ein erhebliches Verunsicherungspotential für den Bürger. Wer heute telefoniert, eine e-mail absendet oder einen Brief schreibt, der kann keinesfalls mehr darauf vertrauen, dass die Kommunikation privat bleibt. Schon dadurch hat Art. 10 Abs. 1 GG erheblich an praktischem Wert verloren.

³⁹⁰ dies würde allerdings schon gegen den Grundsatz der Zweckbindung von Daten verstoßen

³⁹¹ diese können sogar verdachtsunabhängig „strategische“ Überwachungen durchführen (vgl. § 5 G-10 Gesetz)

³⁹² So ist jedenfalls vom Bundesnachrichtendienst bekannt, dass er die per Funk ins Ausland geführten Telefonate standardmäßig mit der verdachtslosen Rasterfahndung in Form der „Staubsaugermethode“, die sich zur Auswertung der Telefonate bestimmter Suchwörter bedient, automatisch überwacht (vgl. Kutscha, Datenschutz durch Zweckbindung – ein Auslaufmodell?, ZRP 1999, 156, 159).

³⁹³ wobei die Interpretation schwierig ist, da auch die Anzahl der Kommunikationsanschlüsse pro Person zugenommen haben dürfte

1.3.2.11 Freizügigkeit

Laut Art. 11 GG genießen "alle Deutschen" Freizügigkeit³⁹⁵, womit das Recht gemeint ist, „ungehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb der Bundesrepublik Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen“ und „auch zu diesem Zweck in das Bundesgebiet einzureisen.“³⁹⁶

Dieses Recht ist zunehmend unverhohlenen Angriffen kommunaler Politiker ausgesetzt, die aufgrund des Drucks der Lobby von Händlern oder eigener elitärer Vorstellungen von Ästhetik, eine Politik der "Säuberung" öffentlicher Räume betreiben, mit denen Obdachlose, Bettler und Angehörige des Drogenmilieus aus städtischen Bereichen verdrängt werden.

Hierbei gewinnen polizeiliche Aufenthaltsverbote an Bedeutung, da mit deren Hilfe „Störern“ untersagt werden kann, eine Örtlichkeit, ein Gemeindegebiet und sogar ganze Ortschaften zu betreten. Besonders problematisch ist hierbei, dass nur wenige Polizeigesetze Höchstfristen³⁹⁷ (z.B. 3 Monate in Brandenburg) vorgeben, so dass der Betroffene dem polizeilichen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der notwendigen Dauer der Maßnahme ausgeliefert sein kann.

1.3.2.12 Unverletzlichkeit der Wohnung

"Die Wohnung ist unverletzlich." Dies ist in Artikel 13 Abs. 1 GG eindeutig festgelegt.

Allerdings wurde diese Grenzziehung im Jahre 1998 aufgehoben, indem die Vorschrift dahingehend "ergänzt" wurde, dass zur Aufklärung schwerer Straftaten und zur "Abwehr dringender Gefahren" auch Wohnungen abgehört werden dürfen. Bis zu diesem Zeitpunkt war anerkannt, dass jedem Menschen ein "elementarer

³⁹⁴ die BRD nimmt damit einen internationalen Spitzenplatz ein

³⁹⁵ Insbesondere Asylbewerbern wird dieses Recht ausdrücklich nicht eingeräumt. Ihnen ist vielmehr eine "Residenzpflicht" auferlegt. Verstöße gegen diese werden als Straftat verfolgt (wobei es sich aber nicht um kriminelles Unrecht, sondern um "künstliche Kriminalität" handelt).

³⁹⁶ BVerfGE 2, 266, 266

³⁹⁷ Wobei auch Höchstfristen noch nicht verhindern, dass sich weitere "Ketten-Aufenthaltsverbote" anschließen, so dass die Versuchung bestehen bleibt, faktisch permanente Aufenthaltsverbote zu verhängen.

Lebensraum"³⁹⁸ als ein intimer Rückzugsbereich, in dem er vom Staat "in Ruhe gelassen" wird³⁹⁹, verbleiben muss. Durch die folgenschwere Änderung des Grundgesetzes wurde diese Vorstellung einer absolut geschützten Privatsphäre über Bord geworfen.⁴⁰⁰

Auch Artikel 13 Abs. 2 GG, der bestimmt, dass Durchsuchungen "nur durch den Richter" und lediglich "bei Gefahr im Verzug" auch von der Polizei angeordnet werden können, ist ausgehöhlt. Der Richtervorbehalt kommt schon dadurch, dass die Polizei überwiegend "Gefahr im Verzug" annehmen will, in der Praxis kaum zum Tragen.⁴⁰¹

1.3.2.13 Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Schließlich ist unter den Grundrechten noch der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 IV GG als besonders polizeikonflikträftig hervorzuheben. Art. 19 IV GG ist eine normative Ausformung des allgemeinen Rechtsstaatsgrundsatzes der Gewährung von Rechtsschutz, der bereits bei den Rechtsstaatsprinzipien (im Kap. 1.3.1.6) besprochen wurde.

1.3.3 Weitere machtbegrenzende Grundsätze und Faktoren

1.3.3.1 Trennungsgebot

Das Gebot der Trennung zwischen Geheimdiensten und Polizei geht zurück auf den sog. "Polizeibrief"⁴⁰² der Alliierten des 2. Weltkrieges, der Verfassungsrang besitzt.⁴⁰³ Unter Punkt 2. des Polizeibriefes ist formuliert: "Der Bundesregierung

³⁹⁸ BVerfGE 42, 212, 219

³⁹⁹ BVerfGE 51, 97, 107

⁴⁰⁰ Hierin ist ein Verstoß gegen die sog. "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 Abs. 3 GG zu sehen, wonach es u.a. unzulässig ist, das Grundgesetz so zu ändern, dass Verfassungsgrundsätze (wie das Rechtsstaatsprinzip oder die Menschenwürdegarantie, die auch in Art. 13 GG verankert ist) berührt werden (vgl. auch das Minderheitenvotum der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhart zur BVerfGE 109, 279, 382).

⁴⁰¹ Obwohl sogar das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach betont hat, dass der Begriff „Gefahr im Verzug“ in Art. 13 Abs. 2 GG eng auszulegen ist und auch ausdrücklich darauf besteht, dass die richterliche Anordnung einer Durchsuchung die Regel und dementsprechend die nichtrichterliche die Ausnahme zu sein hat (Urteil vom 20.02.2001, abgedruckt in: NJW 2001, 1121 ff.).

⁴⁰² "Schreiben an den Parlamentarischen Rat über die Regelung der der Bundesregierung auf dem Gebiet der Polizei zustehenden Befugnisse" vom 14.04.1949

⁴⁰³ Liskén, in: Liskén/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 100 f.

wird es ebenfalls gestattet, eine Stelle zur Sammlung und Vorbereitung von Auskünften über umstürzlerische, gegen die Bundesregierung gerichtete Tätigkeiten einzurichten. Diese Stelle soll keine Polizeibefugnisse haben."⁴⁰⁴

Damit sollte es Deutschland gestattet werden, einen Geheimdienst aufzubauen. Allerdings - aufgrund der Erfahrungen mit der Gestapo - ohne polizeiliche Befugnisse.⁴⁰⁵ Da die Beschränkung der Möglichkeiten des Geheimdienstes z.B. durch eine organisatorische Verbindung mit der Polizei oder dadurch, dass der Polizei ihrerseits geheimdienstliche Methoden gestattet werden, leicht möglich erscheint, ist dem Polizeibrief aber auch ein Umgehungsverbot zu entnehmen⁴⁰⁶.

Durch die Einräumung geheimdienstlicher Befugnisse (z.B. Datenerhebung mittels Observation, Telefonüberwachung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler) für die Polizei, ist jedoch eine Umgehung (bzw. eine offene Durchbrechung) des Trennungsgebotes eingetreten⁴⁰⁷.

Auch die zur Absicherung einer Trennung⁴⁰⁸ vorzunehmende Abgrenzung der Aufgaben von Polizei und Geheimdiensten (und nicht nur der Befugnisse), ist nicht mehr durchgängig gewährleistet.⁴⁰⁹ Insofern ist festzustellen, dass den Verfassungsschutzbehörden mit der jüngeren Entwicklung im Polizeirecht, durch die der Polizei auch die Aufgabe der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten⁴¹⁰ zugewiesen wird, das sog. "Vorfeldmonopol" (das Recht zur Informationssammlung und -auswertung im Vorfeld einer konkreten Gefahr oder eines

⁴⁰⁴ abgedruckt u.a. bei: v. Mangoldt/ Klein/ Pestalozza, Grundgesetz, Band 8, S. 429, Art. 73 Nr. 10 Rn. 584

⁴⁰⁵ vgl. § 8 Abs. 3 BVerfSchG: "Polizeiliche Befugnisse oder Weisungsbefugnisse stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zu; es darf die Polizei auch nicht im Wege der Amtshilfe um Maßnahmen ersuchen, zu denen es selbst nicht befugt ist."

⁴⁰⁶ Gusy, ZRP 1987, 45, 46

⁴⁰⁷ Riegel konstatierte (in: ZRP 1995, 176 f.) anlässlich der mit dem "Verbrechensbekämpfungsgesetz" (vom 28.10.1994) geänderten Regeln für die Zusammenarbeit des Bundesnachrichtendienst mit Polizei- und Strafverfolgungsbehörden das diesbezügliche "Ende des Trennungsgebotes" und den "Übergang vom Trennungs- zum Kooperationsgebot".

⁴⁰⁸ Diese Notwendigkeit ergibt sich u.a. aufgrund von Datenübermittlungsmöglichkeiten bzw. -pflichten (vgl. § 20 BVerfSchG, § 7 Abs. 4 G 10, § 10 c MEPOIG) zwischen Polizei und Geheimdiensten.

⁴⁰⁹ Das Bundesland Bayern hat dem dortigen Landesamt für Verfassungsschutz die polizeiliche Aufgabe, des Schutzes vor "organisierter Kriminalität" mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 BayVSG erteilt.

Vgl. auch §§ 1, 3 G 10.

⁴¹⁰ wobei die "Staatsschutzsachen" nicht ausgeklammert sind

Anfangsverdacht⁴¹¹) genommen wurde. Das entsprechende polizeilich-operative Vorgehen entspricht hinsichtlich Funktion und einsetzbarem Instrumentarium (partiell) der Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden.⁴¹²

Auch institutionell wurde das Trennungsgebot im Jahre 2004 durch die Installierung des "Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums" in Berlin - in welchem Vertreter von Geheimdiensten und Polizeibehörden (sowie weiteren Stellen)⁴¹³ eng zusammenarbeiten - in Frage gestellt.

Aufgrund der Tatsache, dass die Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit nachrichtendienstlicher Grundrechtseingriffe naturgemäß nicht wirksam kontrolliert werden kann, entsteht der Eindruck, dass die Bürger (legalen und illegalen) Grundrechtseingriffen durch Nachrichtendienste hilflos gegenüberstehen.⁴¹⁴ Da die Polizei zunehmend nachrichtendienstliche Befugnisse erhält - und bereits (auch) Geheimdienst ist - stellt sich für sie das Problem in ähnlicher Weise. Der Rückzug der Polizei ins Geheime verstärkt damit in Teilen der Bevölkerung das "besondere Gefühl der Bedrohung"⁴¹⁵ durch den Staat.

1.3.3.2 Föderaler Aufbau der Bundesrepublik

Die „Bundesrepublik“ ist als *Bundesstaat*⁴¹⁶ ein spezifisches Staatengebilde mit Elementen sowohl des Einheitsstaates als auch des Staatenbundes, da der Zentralstaat (der Bund) und auch die Gliedstaaten (die Bundesländer) eigene Staatsgewalt besitzen. Die föderale Struktur als Aspekt der "vertikalen Gewaltenteilung" begrenzt staatliche Macht durch eine „dezentrale“ Organisation

⁴¹¹ Die Formulierung "im Vorfeld" ist missverständlich, da ein Tätigwerden gerade nicht davon abhängig ist, dass es auch zu einem "Nachfeld" (i.S. einer konkreten Gefahr oder eines Anfangsverdacht) kommt.

⁴¹² Schafranek, Die Kompetenzverteilung zwischen Polizei- und Verfassungsschutzbehörden in der Bundesrepublik Deutschland, S. 245 f.

⁴¹³ es handelt sich um Vertreter des Bundesnachrichtendienstes, des Bundesamtes für Verfassungsschutz, der Landesämter für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes, des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, der Generalbundesanwaltschaft, des Zollkriminalamtes, der Bundespolizei, des Bundeskriminalamtes und der Landeskriminalämter

⁴¹⁴ vgl. Wagner, Verfassungsschutz und Öffentlichkeit, in: Bundesamt für Verfassungsschutz, Verfassungsschutz in der Demokratie, S. 208

⁴¹⁵ Erfurth, Verdeckte Ermittlungen, S. 35

⁴¹⁶ Art. 20 Abs. 1 GG: „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.“

und fördert damit u.a. Sachnähe, Teilhabe, Transparenz und Kontrolle staatlichen Handelns⁴¹⁷.

In diesem Sinne wurden die wesentlichen polizeilichen Kompetenzen den einzelnen Ländern zugeordnet und dem Bund polizeiliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz nur für bestimmte Spezialbereiche überlassen. Im politischen Zielkonflikt zwischen Einheit und Vielfalt zeigt sich in der Realität aber die deutliche Tendenz, Kompetenzen auf den Bund zu verlagern und (die belassenen) Länderkompetenzen zunehmend vereinheitlicht⁴¹⁸ auszuüben.⁴¹⁹

Beispielhaft für diese Entwicklung ist die stetige Zunahme von Aufgaben für den Bundesgrenzschutz, wobei diese Entwicklung zu dem (konsequenten) Bedürfnis führte, diesen zum Juli 2005 auch offiziell in „Bundespolizei“ umzubenennen.

In diesem Zusammenhang bemühte sich der Bundesinnenminister zwar noch, darauf hinzuweisen, dass „die Bundespolizei auch in Zukunft den Landespolizeien selbstverständlich keine Konkurrenz machen wird.“⁴²⁰ Es drängt sich jedoch die Frage auf, welchen Sinn die Bezeichnung Bundespolizei haben soll, wenn diese gar keine Bundespolizei sein will. Wie stark sich die „normative Kraft des Faktischen“ hier zukünftig auswirken wird, bleibt jedenfalls zu beobachten.

1.3.3.3 Die „Polizeifestigkeit“ des Versammlungsrechts

Wenn schlagwortartig von der Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts gesprochen wird, dann ist damit gemeint, dass die Polizei bei versamlungsbezogenen Maßnahmen nur die Befugnisse hat, die ihr im Versammlungsgesetz⁴²¹ ausdrücklich zugestanden werden und ihr daher nicht der "Rückgriff" auf weiterreichende Befugnisse der Landespolizeigesetze möglich ist. In

⁴¹⁷ Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 17

⁴¹⁸ Mit dieser klaren Intention wurde u.a. der "Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder" (MEPolG) von der Innenministerkonferenz "verabschiedet".

⁴¹⁹ Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 20 Rn. 57

⁴²⁰ aus der Presseerklärung mit dem Titel: „Bundesgrenzschutz heißt von Juli 2005 an Bundespolizei“, die am 30.06.2005 vom Bundesinnenministerium herausgegeben wurde

⁴²¹ Die Zuständigkeit für das Versammlungsrecht ist mit der „Föderalismusreform“ vom Bund auf die Länder übergegangen. Das Versammlungsgesetz gilt jedoch gem. Art. 125a Abs. 1 als Bundesrecht fort. Es kann allerdings durch Landesrecht ersetzt werden. So hat z.B. das Land Brandenburg das „Gräberstätten-Versammlungsgesetz“ erlassen (welches aber lediglich § 16 VersG ersetzt).

der Praxis ist dennoch zu beobachten, dass durch die Polizei versucht wird, Maßnahmeformen, die das speziellere Versammlungsgesetz nicht vorsieht, auf polizeigesetzliche Befugnisse zu stützen. Im VersG sind z.B. keine Zugangskontrollen - die von der Versammlungsteilnahme abschrecken können - vorgesehen. Gleichwohl werden diese rechtswidrigen Zugangskontrollen (verbunden mit Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen und Platzverweisen) standardmäßig - oft in Form von Kontrollstellen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 4 MEPOG⁴²²), die von den Versammlungsteilnehmern zwingend passiert werden müssen - praktiziert. Der Rückgriff auf Befugnisse der Polizeigesetze ist fehlerhaft, da bereits der ungehinderte Zugang zu einer Versammlung ausschließlich in den Anwendungsbereich des VersG fällt⁴²³.

Selbst dann, wenn man im VersG nur eine fragmentarische Regelung sehen will, die eine ergänzende Anwendung der Polizeigesetze solange erlaubt, wie keine abschließenden Normen des VersG unterlaufen werden, bleiben Kontrollstellen in der Regel rechtswidrig. An den Kontrollstellen wird nämlich gar nicht präventiv im Sinne des Polizeirechts (zur Verhinderung von Gefahren in Form drohender Straftaten), sondern repressiv (durch das Nachgehen eines von vornherein bestehenden *abstrakten* Straftatverdachts) agiert, so dass die StPO Anwendung finden müsste.⁴²⁴ Zwar bietet § 111 StPO ebenfalls eine Kontrollstellenregelung, diese setzt aber einen *konkreten* Verdacht der Begehung bestimmter, sehr schwerer Straftaten voraus und unterliegt im übrigen dem Richtervorbehalt.

Aber nicht nur der Vorfeldbereich ist konflikträftig, denn auch während der Versammlungen greift die Polizei oft rechtswidrig auf polizeigesetzliche Befugnisse zurück. So werden z.B. bei noch laufenden Versammlungen kurzerhand Platzverweise ausgesprochen und ggf. mit Ingewahrsamnahmen zwangsweise durchgesetzt. Dies kann aber - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - erst dann zulässig sein, wenn der Schutz der Versammlung nicht mehr greift (weil die betroffenen Personen begründet ausgeschlossen wurden oder eine Auflösung⁴²⁵ bzw. ein reguläres Versammlungsende vorliegt).

⁴²² Diese Regelung ist schon deshalb verfassungswidrig, weil sie gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt. In ihr werden nämlich weder materielle noch prozedurale Voraussetzungen von Kontrollstellen mitgeteilt (Ridder u.a., Versammlungsrecht, § 12 a Rn. 34).

⁴²³ vgl. BVerfGE 69, 315, 349 („Brokdorf-Beschluss“)

⁴²⁴ so auch Ridder u.a., Versammlungsrecht, § 12 a Rn. 32

⁴²⁵ vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004, Az.: 1 BvR 1726/01

Schließlich geht die Polizei zuweilen auch in der Phase der Beendigung von Versammlungen rechtswidrig vor, indem sie z.B. statt einer in bestimmten Fällen zulässigen Auflösung nach dem Versammlungsgesetz, Personen in sogenannten "Polizeikesseln" festhält, wobei sie sich unzulässigerweise auf die polizeigesetzlichen Regelungen zum Gewahrsam beruft.⁴²⁶

1.3.3.4 Richtervorbehalt

Grundsätzlich kann die Polizei selbstverantwortlich darüber entscheiden, welche Anordnungen sie dem Bürger gegenüber trifft. Sie hat also nicht nur die Kompetenz zur (zwangsweisen) Durchsetzung von Anordnungen („Vollstreckung“), sondern bereits diejenige der Anordnung selbst⁴²⁷. Diese Konzentration von Kompetenzen wird von Juristen auch „Grundsatz der Selbsttitulierung und Selbstvollstreckung“ genannt.

Einige Maßnahmen (Wohnungsdurchsuchung, Beschlagnahme, Freiheitsentziehung, Telefonüberwachung, Lauschangriff, Rasterfahndung) die in besonderem Maße in wichtige Grundrechte (Freiheit der Person, Unverletzlichkeit der Wohnung, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) eingreifen, sind jedoch nur dann zulässig, wenn ein Richter diese angeordnet hat. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass eine juristisch kompetente Stelle, die sachlich unabhängig sein soll, eine grundrechtssichernde Prüfung vornimmt.

Der Richtervorbehalt ist jedoch bereits in seinem praktischen Anwendungsbereich eingeschränkt, weil die Polizei häufig von der Ausnahme-Anordnungscompetenz wegen „Gefahr im Verzug“⁴²⁸ Gebrauch macht (so dass das gesetzlich vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis jedenfalls bei Wohnungsdurchsuchungen in der Praxis umgekehrt ist⁴²⁹). Und in den Fällen, in denen richterliche Beschlüsse „herbeigeführt“ werden, handelt es sich um durch die Behörden

⁴²⁶ vgl. OVG Münster, Beschluss vom 02.03.2001, Az.: 5 B 273/01

⁴²⁷ anders als die Bürger, die vor der Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen (z.B. gegen Schuldner) erst einen vollstreckbaren Titel bei Gericht erwirken müssen

⁴²⁸ Paeffgen (in: Rudolphi, Systematischer Kommentar zur StPO, § 131b Rn. 7 und § 131c Rn. 2) nennt die „tiefgestaffelten Subsidiär-Kompetenzen“ bei „Gefahr im Verzug“, die für alle Eventualitäten vorsorgen sollen, auch „Angstklauseln“

⁴²⁹ vgl. Aschmann, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, S. 173

„gesteuerte Entscheidungen“⁴³⁰, da immer dann, wenn den Betroffenen kein rechtliches Gehör zu den geplanten verdeckten Maßnahmen gewährt wird, die Richter nur aufgrund dessen entscheiden können, was ihnen von Polizei bzw. Staatsanwaltschaft - die schon aus Effektivitätserwägungen Interesse an einem antragsgemäßen Beschluss haben und über die notwendigen rechtlichen, kriminalistischen und polizeitaktischen Kenntnisse verfügen – auch vorgelegt wird.⁴³¹

Erschwerend kommt hinzu, dass die richterlichen Entscheidungen im späteren Verfahren kaum noch überprüfbar sind. Der Bundesgerichtshof hat den Richtern einen weiten „Beurteilungsspielraum“ eingeräumt, der nachfolgend zu einer stark herabgesetzten „Kontrolldichte“ führt. Daher bleiben auch Erkenntnisse aus zu Unrecht vom Richter angeordneten Überwachungsmaßnahmen in der Regel verwertbar. Nur dann, wenn feststeht, dass die richterliche Entscheidung auf „grober Fehlbeurteilung“ oder Willkür⁴³² beruht, kann ein Verwertungsverbot geltend gemacht werden, wobei allerdings die Argumentationslast beim Betroffenen liegt.⁴³³

Der Abschlußbericht⁴³⁴ vom Dezember 2002 zum Forschungsprojekt an der Universität Bielefeld mit dem Titel "Wirksamkeitsbedingungen von Richtervorbehalten bei Telefonüberwachungen" weist aus, dass von den im Bereich von vier Staatsanwaltschaften untersuchten richterlichen Beschlüssen zu Telefonüberwachungen nur knapp ein Viertel überhaupt die formalen gesetzlichen Mindestanforderungen

erfüllten. Von 307 staatsanwaltschaftlichen Anträgen zur Telefonüberwachung wurde nur ein einziger abgelehnt. Auch inhaltlich entsprachen die Beschlüsse weitgehend den Anträgen, wobei diese oft wortwörtlich übernommen wurden. Zum Teil legten Staatsanwälte sogar vorformulierte und vom Richter lediglich noch zu unterschreibende Beschlüsse vor. Die Forscher kommen zur Einschätzung, dass

⁴³⁰ Rohe, Verdeckte Ermittlungsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln, S. 34

⁴³¹ vgl. Aschmann, Der Richtervorbehalt im deutschen Polizeirecht, S. 173;

Rohe, Verdeckte Ermittlungsgewinnung mit technischen Hilfsmitteln, S. 34

⁴³² BGH, NJW 1995, 1974, 1975

⁴³³ Roggan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, S. 57

die Belange der Beschuldigten (bzw. der ebenfalls betroffenen "Kontaktpersonen") von den Richtern unberücksichtigt bleiben, da jegliche Sensibilität dafür fehlt, dass die richterliche Tätigkeit Grundrechtsschutz gewährleisten soll.

Auch das Bundesverfassungsgericht sah sich (anlässlich einer Entscheidung, in der es um die Zulässigkeit von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis ging) veranlasst, folgendes festzuhalten: „Es ist Aufgabe und Pflicht des Ermittlungsrichters, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa die Anträge der Staatsanwaltschaft auf Übermittlung der Verbindungsdaten nach einer nur pauschalen Überprüfung einfach gegenzuzeichnen. (...) Schematisch vorgenommene Anordnungen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht.“⁴³⁵

Der Richtervorbehalt wird dessen ungeachtet weiterhin als eine bloße Formalie (die nicht mit einer eigenen Sachprüfung sondern nur mit einem „Abnicken“ verbunden ist) gehandhabt. Schon deshalb gewährleistet er keine effektive Kontrolle; er dient lediglich als gesetzgeberisches Alibi für vermehrte Grundrechtseingriffe auf der Basis immer weiter gefasster (entgrenzter) Tatbestände.⁴³⁶ Dem Anspruch eines rechtsstaatlichen Korrektivs wurde und wird er jedoch keineswegs gerecht.

1.3.3.5 Richtermonopol

Das Grundgesetz⁴³⁷ hat die rechtsprechende Gewalt ausschließlich der Richterschaft anvertraut. Dieses Richtermonopol verhindert, dass andere Personen als Richter Aufgaben der Rechtsprechung ausüben können⁴³⁸. Insbesondere der Polizei ist es deshalb verwehrt, (Kriminal-)Strafen zu verhängen.⁴³⁹

⁴³⁴ eine Kurzfassung findet sich im Internet (Stand: 20.03.2007) unter: http://www.uni-bielefeld.de/Universitaet/Aktuelles/pdf/backes_kurzfassung_telefonueberwachung.pdf

⁴³⁵ BVerfG, NJW 2003, 1787, 1792

⁴³⁶ Roggan, Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, S. 61

⁴³⁷ Art. 92 GG: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt."

⁴³⁸ Es gibt aber auch politische Bestrebungen, das Sanktionsrecht dahingehend zu reformieren, dass der Polizei die Ahndungskompetenz für „Massendelikte“ (wie z.B. Ladenstiebstähle) eingeräumt wird. Im Ergebnis solcher Entkriminalisierungsbemühungen könnte die Polizei dann die Möglichkeit haben, z.B. ein „Strafgeld“ zu verhängen.

⁴³⁹ Sie kann jedoch - sofern ihr Zuständigkeitsbereich eröffnet ist - selbständig Ordnungswidrigkeiten ahnden.

Allerdings wurden in jüngster Zeit Vorhaben zur Verlängerung des polizeilichen „Vorbeugegewahrsams“ auch mit dem Argument einer abschreckenden („generalpräventiven“) Wirkung - mit der nur Kriminalstrafen begründet werden können - politisch gerechtfertigt, worin ein ganz offensives Infragestellen des Richtermonopols zu sehen ist.⁴⁴⁰

Auch in einigen „Nischen“ hat sich bis heute die quasi „gewohnheitsrechtliche“ Anmaßung von Polizisten erhalten, eigene „Polizeistrafen“ zu verhängen. Solche haben oft einen eher subtilen Charakter, weshalb deren Aufarbeitung äußerst problembehaftet ist. Ein fast schon als „klassisch“ zu bezeichnender Bereich illegaler polizeilicher Strafbehandlung ist der respektlose Umgang mit Personen, die in Gewahrsam genommen wurden.⁴⁴¹ Ein großer Teil von Vorwürfen gegen die Polizei, die Übergriffe zum Gegenstand haben, beziehen sich auf Gewahrsamssituationen. Viele Bürger - insbesondere solche, denen die Polizisten eine geringe „Beschwerdemacht“ zuschreiben - fühlen sich gerade dann, wenn sie dem Blick der Öffentlichkeit entzogen wurden und sich in polizeilicher „Sicherheit“ befinden, den Beamten ausgeliefert. Dieser Eindruck wird nicht ausschließlich durch unmissverständliche „Behandlungen“, wie sexuelle Übergriffe, Schläge oder andere offensichtliche Rohheiten⁴⁴² vermittelt, denn regelmäßig greifen Polizisten auch zu „weichen“ (nur selten Spuren hinterlassenden) Methoden. Zum Repertoire gehören u.a. Scheinhinrichtungen⁴⁴³, Beleidigungen, überlange und schmerzhaftes Fesselungsprozeduren⁴⁴⁴, die Nichtaufklärung über den Grund sowie die voraussichtliche Dauer des Gewahrsams, das Hinauszögern von Toilettengängen, die Verweigerung oder nur verspätete Zulassung von Telefonaten, die

⁴⁴⁰ dazu Roggan, in: Auf legalem Weg in einen Polizeistaat, S. 182 ff.

⁴⁴¹ Respektlosigkeit kann sich neben aktiven Übergriffen auch in mangelnder Fürsorge zeigen. Nach einer Studie des Rechtsmedizinischen Instituts der Universität Halle mit dem Titel "Todesfälle im Polizeigewahrsam in Deutschland 1993–2003" starben im untersuchten Zeitraum 128 Menschen in Zellen der deutschen Polizei. Ursächlich waren dafür der Studie zufolge vor allem fehlende Veranlassungen ärztlicher Untersuchungen und "mangelhafte Überwachungen" verletzter bzw. kranker Personen (vgl. Jungle World, 04.04.2007; im Internet - Stand: 04.04.2007 - unter: <http://jungle-world.com/seiten/2007/14/9673.php>).

⁴⁴² In der Hamburger "Wache 11" wurden z.B. Menschen, die sich zuerst nackt ausziehen mussten, in geschlossenen Zellen mit Tränengas und in einem anderen Fall mit ätzendem Desinfektionsmittel im Genitalbereich besprüht (Gössner/ Neß, Polizei im Zwielficht, S. 69).

⁴⁴³ Gössner/ Neß, Polizei im Zwielficht, S. 68

⁴⁴⁴ So wurde der am 28.05.1999 von BGS-Beamten erstickte Aamir Ageeb im Vorfeld des Abschiebungsversuchs für längere Zeit in der erniedrigenden „Hogtie“-Stellung fixiert. Hierzu wurden ihm Plastikfesseln (Kabelbinder) an Hand- und Fußgelenken angelegt und diese anschließend auf dem Rücken verbunden, wobei sich das Opfer in Bauchlage befand.

Unterbindung des Tragens persönlicher Gegenstände⁴⁴⁵ bzw. die Wegnahme von Kleidungsstücken und Schuhen⁴⁴⁶ sowie das Vorenthalten von Matratze und Decke. Was vielleicht spontan als „phantasievolle“ Schikane zur "Ersatzbestrafung"⁴⁴⁷ beginnt, das entwickelt sich nicht selten (dies zeigen die unzähligen Polizeiskandale) zu gewohnheitsmäßiger Lust an Gewalt und Erniedrigung bzw. zu einer beliebten Möglichkeit, sich "abzureagieren".

1.3.3.6 Zweckbindung von Daten

Mit dem richtungweisenden „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983, welches das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts benannte, wurde auch klargestellt, dass die Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten immer zweckgebunden zu erfolgen hat.⁴⁴⁸ Diese Zweckbindung (Finalitätsprinzip) bedingt, dass eine Speicherung „auf Vorrat“ zu noch unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken unzulässig ist und dass eine Nutzung oder Verwertung zu einem anderen Zweck als dem, der der Erhebung bzw. Speicherung zugrunde lag, ausgeschlossen ist.

Demgemäß ist von einer „informationellen Gewaltenteilung“⁴⁴⁹ auszugehen, weshalb z.B. Daten, die in Strafverfahren gewonnen wurden, nicht für präventiv-polizeiliche Zwecke genutzt werden können⁴⁵⁰ (und umgekehrt).⁴⁵¹ Mit einer

⁴⁴⁵ Wem z.B. seine Uhr nicht mehr zur Verfügung steht, der kann auch kaum sagen, wie viele Stunden es nun genau dauerte, bis ihm ein Glas Wasser gereicht oder ihm endlich der Gang zur Toilette gewährt wurde. Und wem ein Buch oder eine Zeitung weggenommen wird, dem kann diese „wenig eingriffsintensive“ Maßregelung in den einsam zu verbringenden Stunden oder Tagen durchaus sehr bitter schmecken.

⁴⁴⁶ Wer sich z.B. auf Strümpfen oder gar barfuß in der Zelle, auf den Gängen und im Toilettentrakt bewegen muss, dem wird ganz „hautnah“ vermittelt, welcher Stellenwert seinem Befinden beigemessen wird.

⁴⁴⁷ vgl. die Pressemitteilung des Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. vom 06.01.2006 zur Entscheidung des BVerfG vom 13.12.2005, in der die Voraussetzungen polizeilicher Freiheitsentziehungen klargestellt werden, im Internet (Stand: 20.03.2007) unter: <http://www.rav.de/news//archive.php?show=month&month=January&year=2006#152>

⁴⁴⁸ BVerfGE 65, 1, 46: „Die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt. Schon angesichts der Gefahren der automatischen Datenverarbeitung ist ein – amtshilfefester – Schutz gegen Weitergabe- und Verwertungsverbote erforderlich.“

⁴⁴⁹ diesen Begriff verwendet das BVerfG im Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1, 69)

⁴⁵⁰ Demgemäß war der Beschluss des BGH vom 07.06.1995 (abgedruckt in: NStZ 1995, 601 f.), der die Verwertung von Erkenntnissen aus einem Großen Lauschangriff - der (damals) nur auf eine präventiv-polizeiliche Ermächtigungsgrundlage gestützt werden konnte - in einem Strafverfahren (gegen mutmaßliche Herausgeber der als linksextremistisch eingestuften Szenezeitschrift „radikal“) genehmigte, einer heftigen Kritik ausgesetzt.

"Ergänzung" der StPO wurde jedoch im Jahr 2000 provokant die grundsätzliche Geltung dieses Grundsatzes in Frage gestellt. Nunmehr ist es wegen § 481 StPO nicht mehr ausgeschlossen, dass Daten aus Strafverfahren im Rahmen polizeilicher Gefahrenabwehr genutzt werden.

Auch in der sonstigen polizeilichen Praxis zeigt sich, dass eine strikte Datentrennung immer weniger durchgehalten wird. So kommt es z.B. vor, dass sich die Polizei bei der Informationsbeschaffung im Rahmen von Strafverfahren dann auf präventiv-polizeiliche Eingriffsbefugnisse stützt, wenn ihr solche Befugnisse nach der Strafprozessordnung nicht (bzw. nur unter strengeren Voraussetzungen) zustehen. Eine solche „Befugnisleihe“ ist auch deshalb abzulehnen, weil mit ihr die Trennung von Prävention und Repression verwischt wird.

Wenn Lisken, der befürchtet, dass in absehbarer Zeit "Gefahrenabwehr, Vorbeugung, 'Strafverfolgung' (statt strafprozessualer Ermittlung) und geheimdienstliche Aufklärung normativ unter dem Sammelbegriff 'Gewährleistung der Inneren Sicherheit' einer einheitlichen Zweckbestimmung zugeführt werden"⁴⁵², Recht behalten sollte, würde auch die Datentrennung rechtsstaatlicher Geschichte angehören.

1.3.3.7 Trennung von Prävention und Repression

Die Trennung von Prävention und Repression ist notwendig, da es sich um grundverschiedene Bereiche handelt, deren Legitimität unterschiedlichen Maßstäben folgt.⁴⁵³

Polizeiliche Prävention dient als Reaktion auf einen (prognostizierten) Schadenseintritt der Gefahrenbekämpfung. Anlass des Einschreitens kann ausschließlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sein, wobei es auf ein schuldhaftes Verhalten des Störers nicht ankommt. Die Mittel zur Verhinderung des Schadens dürfen (dem Opportunitätsprinzip folgend) in hohem Maße flexibel und effektiv sein. Dementsprechend räumen die Polizeigesetze den Beamten weitreichende Befugnisse ein.

⁴⁵¹ Schoreit, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 152 Rn. 18a

⁴⁵² Lisken, in: Lisken/ Denninger, Handbuch des Polizeirechts, S. 107

Im Gegensatz dazu dient Repression als Reaktion auf einen bereits eingetretenen Schaden (bzw. einer versuchten Schädigung) der Sachaufklärung. Strafrechtliche Ermittlungen setzen dabei einen Anfangsverdacht, der an einen möglichen Schuldvorwurf gegen den Beschuldigten gekoppelt ist, voraus. Um (dem Legalitätsprinzip entsprechend) Verfahrensgerechtigkeit zu gewährleisten, haben sie konsequent den Regeln der Strafprozessordnung zu folgen.

Problematisch ist es daher, dass die Landesgesetzgeber mit Polizeigesetzänderungen systematisch versuchen, der Polizei (am Bundesgesetzgeber vorbei) zusätzliche Befugnisse im Bereich des Strafrechts an die Hand zu geben. So wurden in den letzten Jahren die Aufgabenbestimmungen in Polizeigesetzen um die Aufgabe der "vorbeugenden Straftatenbekämpfung" erweitert. Der Begriff "vorbeugende Straftatenbekämpfung" fasst wiederum die (präventive) Aufgabe der "Verhütung von Straftaten" und die (repressive) Aufgabe der "Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten" (Verfolgungsvorsorge) zusammen, womit also Prävention und Repression geschickt vermischt werden.

Entsprechend des neuen Aufgabenbereiches wurden einige Befugnisse (wie z.B. die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen, der Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Leuten, die Observation, und die Nutzung technischer Mittel zur heimlichen Informationserhebung) gemeinsam auf die Verhütung von Straftaten und die Verfolgungsvorsorge ausgedehnt. Diese Befugnisse richten sich also auch gegen Personen, bei denen lediglich die Annahme besteht, dass sie zukünftig Straftaten begehen könnten. Bei der Verfolgungsvorsorge handelt es sich jedoch nicht um Gefahrenabwehrrecht, das allein die Länder regeln können (vgl. Art. 70 GG), sondern um (antizipierte) Strafverfolgung. In diesem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) hat der Bund mit der StPO aber bereits von seiner Gesetzgebungskompetenz erschöpfend Gebrauch gemacht, so dass kein Raum für Regelungen der Länder besteht⁴⁵⁴. Das Bundesverfassungsgericht stellte in seinem Urteil vom 27.07.2005⁴⁵⁵ (in welchem

⁴⁵³ Staechlin, Der „Große Lauschangriff“ der dritten Gewalt, ZRP 1996, 430, 431

⁴⁵⁴ vgl. Art. 72 Abs. 1 GG: „Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

⁴⁵⁵ veröffentlicht in NJW 2005, 2603 ff.

es Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung zur Verfolgungsvorsorge im Niedersächsischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung für mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig erklärte) fest: „Die Verfolgungsvorsorge erfolgt in zeitlicher Hinsicht präventiv, betrifft aber gegenständlich das repressiv ausgerichtete Strafverfahren. (...) Es geht – jenseits eines konkreten Anfangsverdacht (vgl. LTDruks 15/240, S. 16) – um die Beweisbeschaffung zur Verwendung in künftigen Strafverfahren, nicht um eine präventive Datenerhebung zur Verhütung von Straftaten.“ Das Bundesverfassungsgericht bemängelte aber nicht nur die fehlende Gesetzgebungskompetenz, sondern auch Verstöße gegen das Bestimmtheitsgebot, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Zitiergebot. Diese vernichtende Bilanz des Bundesverfassungsgerichts hat nicht nur Bedeutung für die konkret angegriffene niedersächsische Befugnis der "vorsorgenden Überwachung der Telekommunikation", sondern betrifft unzulässige polizeigesetzliche Parallelbestimmungen zur StPO in anderen Bundesländern im gleichen Maße.⁴⁵⁶

1.3.3.8 Strafdrohung

Bereits in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) vom 26. August 1789 heißt es in Artikel 7: "Wer willkürliche Anordnungen verlangt, erlässt, ausführt oder ausführen lässt, muss bestraft werden." Bei der Überlegung, die Bürger gegen Träger staatlicher Macht mit strafrechtlichen Mitteln in Schutz zu nehmen, handelt es sich mithin "um eine der ältesten Formen des Grundrechtsschutzes."⁴⁵⁷

Die bei der deutschen Polizei tätigen Beamten unterliegen unbeschränkt - anders als die Europol-Bediensteten, die Immunität⁴⁵⁸ genießen - der Geltung des Strafrechts, wobei Strafvorschriften nicht nur im Strafgesetzbuch, sondern auch in einer Reihe anderer Gesetze, die sog. Nebenstrafrecht enthalten, niedergelegt sind⁴⁵⁹. Eine irgendwie geartete Privilegierung von Polizeibeamten ist gesetzlich

⁴⁵⁶ vgl. Kutscha, Die Polizei darf nicht alles wissen, in: Müller-Heidelberg u.a., Grundrechte-Report 2006, S. 112, 115

⁴⁵⁷ Amelung, Strafrechtlicher Grundrechtsschutz gegen die Polizei, KrimJ 1992, 4. Beiheft, 168, 168

⁴⁵⁸ gemäß Europol-Immunitätsprotokolls

⁴⁵⁹ So ist es z.B. möglich, dass sich auch Polizeibeamte nach § 21 VersG („Störungen von Versammlungen und Aufzügen“) strafbar machen; falls sie eine Versammlung, die zuvor nicht verboten wurde, unter Anwendung von Zwangsmitteln auflösen.

nicht vorgesehen. Die mit der Statuierung von Strafvorschriften verbundene Strafdrohung soll bewirken, dass sich auch (und gerade) Polizeibeamte bei ihrer Aufgabenerfüllung konsequent im gesetzlichen Rahmen bewegen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Straftaten, die im Amt begangen werden, sogar in einem besonderen Maße strafwürdig sind. Dies resultiert daraus, dass solche Taten gleich drei Schutzbereiche verletzen. Zunächst ist der Staat, der dem Amtsträger Macht verliehen hat, durch das abweichende Verhalten in seiner Autorität betroffen. Sodann kann in einer über den Einzelfall hinausgehenden Weise das Vertrauen der Allgemeinheit in die „Ordnungsgemäßheit der Amtsführung“ erschüttert werden. Und nicht zuletzt können Bürger durch einen Missbrauch staatlicher Gewalt geschädigt oder unmittelbar gefährdet werden.

Da Amtsträger also „besonders gefährliche Täter“ sind, hat dies zur Folge, dass sich ihre Sonderstellung bei einigen Delikten, den sog. „unechten Amtsdelikten“ (u.a. Körperverletzung im Amt, Strafvereitelung im Amt und Verwahrungsbruch im Amt) generell strafscharfend auswirken soll.⁴⁶⁰ So ist z.B. die „qualifizierte“ Strafvereitelung im Amt (§ 258 a StGB) gegenüber dem Grunddelikt, der „einfachen“ Strafvereitelung (§ 258 StGB), die durch jedermann begangen werden kann, insoweit strenger als dass eine Mindeststrafe (6 Monate) vorgesehen ist und die Straflimitierung des § 258 Abs. 3 StGB⁴⁶¹ sowie das Angehörigenprivileg gem. § 258 Abs. 6 StGB⁴⁶² entfallen.

Neben solchen „unechten Amtsdelikten“ benennt das Strafrecht zudem noch „echte Amtsdelikte“, die sich dadurch auszeichnen, dass die Amtsträgereigenschaft kein strafscharfendes, sondern strafbegründendes Merkmal ist, da diese Delikte (z.B.: Bestechlichkeit, Aussageerpressung, Verfolgung Unschuldiger, Falschbeurkundung im Amt, Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat oder Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht) ausschließlich von Amtsträgern begangen werden können.

Aufgrund der realen Verurteilungszahlen wird Polizeibeamten aber eine faktische „Sanktionsimmunität“ nachgesagt. So führten z.B. in Hamburg 3828

⁴⁶⁰ Arzt, in: Arzt/ Weber, Strafrecht - Besonderer Teil, § 49 Rn. 2 ff.

⁴⁶¹ § 258 Abs. 3 StGB: „Die Strafe darf nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.“

⁴⁶² § 258 Abs. 6 StGB: „Wer die Tat zugunsten eines Angehörigen begeht, ist straffrei.“

Ermittlungsverfahren des Zeitraumes 1989 bis 1995 in gerade einmal 12 Fällen (dies entspricht 0,3 %) zu Verurteilungen.⁴⁶³

Auch deshalb, weil Amtsdelikte mit hohen Strafen bedroht sind, gelten bei der Justiz Verfehlungen von Beamten generell als unwahrscheinlich und somit die Opfer als eher unglaubwürdig. Dementsprechend ist z.B. die Körperverletzung im Amt das Delikt mit der höchsten Freispruchquote.⁴⁶⁴

Und wenn Beamte doch einmal bestraft werden, bedingt u.a. die Berücksichtigung der mit einer Strafe verbundenen möglichen beamtenrechtlichen „Nebenwirkungen“ eine mildere Strafpraxis der Gerichte, die der gesetzlichen strafverschärfenden Vorbewertung entgegensteht. Insbesondere führt der Umstand, dass ein Beamtenverhältnis bei einer strafgerichtlichen Verurteilung zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (wegen einer vorsätzlichen Tat) mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils endet⁴⁶⁵, dazu, dass nur ganz selten Strafen, die über diesem „Limit“ liegen, verhängt werden. Die Strafdrohung führt also nicht geradlinig zu der vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Disziplinierung der Verwaltung, sondern unterstützt vielmehr das Phänomen einer faktischen Sanktionsimmunität von Beamten.

Überdies ist in der Justiz ein "kollegiales Verständnis" für Polizeibelange auszumachen. Beispielsweise erklärte ein Richter am 25.07.2003 in der mündlichen Begründung des Urteils gegen sechs Kölner Polizisten, die einen psychotischen und bereits gefesselten Mann in der Wache zu Tode geprügelt hatten, dass Strafrichter "an sich schon Verständnis dafür hätten, wenn bei einem schwierigen Einsatz 'mal Schläge ohne Not ausgeteilt würden'".⁴⁶⁶ Dieser Einstellung ist es auch geschuldet, dass Polizisten von vornherein ein "staatliches Irrtumsprivileg" eingeräumt wird. Bei diesem geht es um die praktisch bedeutsame Frage, was noch als rechtmäßiges Polizeihandeln angesehen wird. So ist gemäß § 113 StGB ein Widerstand gegen Polizeibeamte für den Bürger dann nicht strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Gegen rechtswidriges Vorgehen

⁴⁶³ vgl. den Bericht des Parlamentarischen Untersuchungsausschuss "Hamburger Polizei" der Hamburgischen Bürgerschaft vom 13.11.1996 (Drucksache 15/6200), S. 42

⁴⁶⁴ Arzt, in: Arzt/ Weber, Strafrecht - Besonderer Teil, § 49 Rn. 2

⁴⁶⁵ gem. § 48 BBG (bei Bundesbeamten)

⁴⁶⁶ Frankfurter Rundschau, 26.07.2003, S. 1

kann sich der Bürger also (nach den Worten des Gesetzes) straflos zur Wehr setzen. Die "herrschende juristische Meinung" hat jedoch einen sog. "strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff" kreiert. Damit ist gemeint, dass das Polizeihandeln auch bei Fehlen der Eingriffsvoraussetzungen (z.B. in dem Fall, dass die Polizei eine falsche Person festnimmt) als "formal" rechtmäßig gedacht wird, solange der Beamte in seinem Zuständigkeitsbereich handelt, die "wesentlichen Förmlichkeiten" einhält und sich hinsichtlich der fehlenden materiellen Eingriffsvoraussetzungen auf "Irrtum" beruft. Für den Bürger folgt daraus praktisch, dass er solche Polizeimaßnahmen trotz ihrer "materiellen" Unrechtmäßigkeit zu dulden hat und dass ihm kein Notwehrrecht zur Seite steht. Diese Versagung einer Möglichkeit zur Gegenwehr des Bürgers bei falschem Handeln der Polizei soll vermeiden, dass die Einsatzbereitschaft und Einsatzfreudigkeit der Polizei bei der "polizeilichen Gefahrenabwehr" reduziert wird, da der Beamte, der vor die Frage des Eingreifens oder Nichteingreifens gestellt ist, in Erwartung von möglichen Konsequenzen eher zur Untätigkeit neigen könnte.⁴⁶⁷ Die faktische Verminderung strafrechtlicher Risiken für Polizisten wird also mit dem Schutz der "Effektivität bei der Wahrnehmung staatlicher Schutzfunktionen" begründet.⁴⁶⁸ So werden letztlich die "ordnungspolitischen Funktionen des Staates" den Freiheitsrechten der Bürger vorgelagert.⁴⁶⁹ Hierbei wird deutlich, dass die Durchsetzung der "Staatsräson" zur Aufrechterhaltung "staatlicher Autorität" und Sicherheit sowie das störungsfreie Funktionieren der Verwaltung im Zweifel noch immer für wichtiger gehalten werden als individuelle Grundrechtsverwirklichung. In dieser vordemokratischen Tradition wird freilich übersehen, dass der Staat keinen von der Gesellschaft losgelösten und vorrangig zu verteidigenden Eigenwert hat. Er bedarf vielmehr einer ständigen Legitimation, die er auch immer nur insoweit erlangt, wie er den Menschen konkret dient.⁴⁷⁰ Nicht der Staat als Selbstzweck sondern die Menschenwürde, auf die alles im Grundgesetz fokussiert wurde, bestimmt und beschränkt das Wesen des Staates. Wenn dieser tatsächlich eine von den Rechten der Bürger hergeleitete Institution ist, kann er seine Macht auch nur von den Bürgerrechten her begründen und muss von diesen begrenzt werden.

⁴⁶⁷ Einem "schneidigen" Vorgehen der Polizisten dient es auch, dass sie etwaige "bloße" Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Anordnung hinter ihre "Gehorsamspflicht" zurückstellen müssen, da diese als "rechtswidriger verbindlicher Befehl" (vgl. Lenckner, in: Schönke/ Schröder, StGB-Kommentar, Vorbemerkung zu §§ 32 ff., Rn. 89) wirksam bleibt.

⁴⁶⁸ vgl. Triffterer, in: Festschrift für Walter Wallmann, S. 373, 395

⁴⁶⁹ vgl. BGHSt 24, 125, 132

Die aktuellen Rechte des Individuums sind daher wichtiger als strategische staatliche Machtinteressen. Der Staat wird von den Bürgern her funktionalisiert und nicht etwa die Bürger vom Staat her.⁴⁷¹ "Der Staat" ist letztlich nichts weiter als ein bloßes "Verwaltungskonstrukt" für die Regelung von bestimmten Beziehungen der freien Bürger untereinander.

1.4 Gründe für eine Kontrolle

Die Erkenntnis, dass handlungssteuernde Regeln letztlich nur soviel wert sind wie die Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten ihrer Kontrolle, stellt sich als allgemeines "soziologisches Gesetz" dar. Auch (und gerade) "Hoheitsträger" sind nicht vom Erfordernis effektiver Kontrolle ausgenommen, so dass die Einhaltung der Regeln, die staatliche Macht begrenzen sollen, nicht etwa schon durch deren schriftliche Existenz oder dadurch, dass die staatlichen Stellen mit integren Personen besetzt sind, garantiert wäre.⁴⁷² Demgegenüber verniedlicht das Bundesverfassungsgericht staatliche Mißbrauchsmöglichkeiten, wenn es meint, von vornherein sei "bei der Auslegung und Würdigung einer Norm davon auszugehen, daß sie in einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie korrekt und fair angewendet wird"⁴⁷³. Eine Gesellschaft sichert ihre freiheitlich-rechtsstaatliche Existenz gerade nicht durch naives Vertrauen in Machträger, sondern durch Kontrolle derselben.⁴⁷⁴ Die Erfahrung lehrt, dass jede Institution dazu neigt, ihre Handlungsmöglichkeiten immer extensiver zu nutzen.⁴⁷⁵ Und "während (...) keine Person und keine Organisation seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland jemals ernsthaft ihre freiheitlich demokratische Grundordnung hat gefährden können, gehen solche Gefährdungen, insbesondere für die Bürger- und Menschenrechte, permanent von staatlichen Organen aus."⁴⁷⁶ Misstrauen gegenüber deren Aktivitäten ist also eine demokratische Tugend.⁴⁷⁷ Ohne Kontrolle gibt es auf Dauer kein korrektes und faires Verhalten staatlicher Organe.⁴⁷⁸

⁴⁷⁰ vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 1 Rn. 1

⁴⁷¹ Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, 378, 379 f.

⁴⁷² Sack, Anmerkungen über die Kontrolle staatlichen Handelns, KrimJ 1982, 241, 241

⁴⁷³ BVerfGE 30, 1, 27

⁴⁷⁴ Eine skeptische Grundeinstellung ist ja auch (in zunehmendem Maße) der Ausgangspunkt staatlichen Verhaltens gegenüber den einzelnen Bürgern, obwohl diese viel weniger Macht besitzen als "Hoheitsträger".

⁴⁷⁵ vgl. Bull, Datenschutz als Informationsrecht und Gefahrenabwehr, NJW 1979, 1177, 1178

⁴⁷⁶ Müller-Heidelberg, Vorwort zum Grundrechte-Report 1997

⁴⁷⁷ vgl. Bull, Datenschutz als Informationsrecht und Gefahrenabwehr, NJW 1979, 1177, 1178

⁴⁷⁸ vgl. Schwagerl, Verfassungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland; S. 270

Dies ist im Polizeibereich von besonderer Bedeutung, da die Polizei (neben dem Militär) das staatlichen Gewaltmonopol repräsentiert. Kontrollen - die ja nicht nur repressiv ausgerichtet sind, sondern auch präventive Effekte haben - sind nun eine spezifische Möglichkeit zur Erhöhung der Rationalität von polizeilichen Entscheidungen und Handlungen.⁴⁷⁹ Die normative Basis jeder Verwaltungskontrolle ist das Gewaltenteilungsprinzip, wonach der Staat nicht nur in drei Funktionsbereichen (Legislative, Exekutive und Judikative) organisiert wird, sondern den Teilungs- und Zuordnungsgedanken auch innerhalb dieser Bereiche wirken lässt. Diese angestrebte "Feingliederung" ist strukturelle Voraussetzung dafür, dass die ausgeübte Kontrolle tatsächlich dafür sorgen kann, dass Verwaltungsmacht "anvertraute" Macht bleibt, deren Akte von den Bürgern auf Dauer akzeptiert werden.⁴⁸⁰

Zu dem Begriff "Kontrolle" ist allerdings anzumerken, dass eine allgemeingültige Vorstellung davon, was dieser (vermeintlich unproblematische) Begriff technisch genau bedeuten soll, nicht vorhanden ist. Vielmehr wurde mit der Zeit ein unübersichtliches akademisches "Begriffswirrwarr" produziert, das durch die verschiedensten (mehr oder weniger systematischen) Spezifizierungsversuche noch eher gesteigert wurde. Weitgehende fachübergreifende Einigkeit besteht allerdings insoweit, als dass der Kernbestandteil einer Kontrolle stets der Vergleich eines Vorgangs oder Zustands mit einer Norm sein soll. In diesem Sinne können Normen u.a. in (Rechts-)Vorschriften, Standards oder Zielen gesehen werden. Eine Norm kann hierbei nicht nur einen angestrebten, sondern auch einen zu vermeidenden Sachverhalt zum Gegenstand haben.⁴⁸¹

Damit kann jedenfalls gesagt werden, dass sich Kontrolltätigkeit im Steuern und Überwachen eines Verhaltens (Vorgangs) oder im Bewerten von Ergebnissen (Zuständen) zeigt, wobei in diesem Zusammenhang unter Steuerung nicht bereits jede unverbindliche Zielvorgabe, unter Überwachung nicht zwangsläufig jegliche Beobachtungsätigkeit und unter Bewertung mehr als wertfreie Feststellungen zu verstehen sind, da Kontrolle immer auch die offen gezeigte oder auch nur subtil

⁴⁷⁹ vgl. Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 10 f.

⁴⁸⁰ vgl. Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 36 ff.

⁴⁸¹ Lüder, in: Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 45 f.

angedrohte Möglichkeit von Konsequenzen aufgrund des Einsatzes von Sanktionen - die positiv (als "Belohnung" für Konformität) oder negativ (als "Strafe" für Abweichung) ausfallen können - beinhaltet.

Kontrolle im so verstandenen Sinne ist ein unverzichtbares Herrschaftsinstrument; womit deutlich wird, dass sich die Fragestellung der vorliegenden Abhandlung, die sich mit der Steuerung, Überwachung und Bewertung von polizeilicher Arbeit (welche ihrerseits selbst im Sinne der Herrschaftssicherung sozial kontrollierend wirkt) beschäftigt, hochpolitischen Charakter aufweist. Auch wenn die Kontrolle in erster Linie eine herrschaftssichernde Disziplinierung der Polizei verfolgt, die auf die Erhaltung polizeilicher Funktionen ausgerichtet ist, so kann doch auch der Bürger staatliche Kontrolltätigkeiten in seinem ganz individuellen Interesse "anschieben" oder beeinflussen. Und in begrenztem Rahmen findet auch nichtstaatliche Kontrolle (z.B. durch die Presse) statt. Die Gründe für die Kontrolle der Polizei sind dabei vielfältig:

1.4.1 Konflikt mit machtbegrenzenden Regeln und Tendenz zur (legalen) Machterweiterung

Das vom Staat ausgehende Bemühen, die Macht der Polizei zu erweitern, ist ungebrochen. Doch "nicht ein Polizeistaat alter Schule steht zu befürchten, kein blind drein und um sich schlagender Polizeiapparat, nein: ein 'Polizeirechtsstaat' auf leisen Sohlen, vollelektronisch gesteuert, technologisch, chemikalisch ausgerüstet und rechtlich angesichert. Mit Sinn für Nuancen, fein abgestuft innerhalb einer ungeheuren Spannbreite zwischen klammheimlicher Prävention mittels Kontaktbereichsbeamter, Jugendpolizisten und Computersystemen auf der einen Seite und nackter Repression per bürgerkriegsähnlichem Massenaufgebot, Spezialkommandos und modernster Waffengewalt auf der anderen Seite."⁴⁸² Wie bereits im Zusammenhang mit der Darstellung der einzelnen machtbegrenzenden Regeln gezeigt wurde, befindet sich die Polizei bereits heute im Widerstreit mit allen ihr gesetzten Grenzen. Die betroffenen Rechtsstaatsprinzipien und Grundrechte, die das Gewaltmonopol "zähmen" sollen, sind auch nicht etwa nur von untergeordneter Bedeutung, denn sie stehen im Zentrum einer sich freiheitlich

⁴⁸² Gössner/ Herzog, Der Apparat - Ermittlungen in Sachen Polizei, S. 313

und demokratisch verstehenden Grundordnung. Schon deshalb ist es unerlässlich, die Arbeit der Polizei stets genau im Blick zu behalten.

1.4.2 Problem des Beamtentums als vordemokratische Institution

Skepsis gegenüber der Tätigkeit der Polizeibeamten ist auch deshalb angebracht, weil das Beamtentum eine vordemokratische Institution ist⁴⁸³. Der Geist des Obrigkeitsstaates lebt z.T. in der Umsetzung der "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" - die auch das Grundgesetz (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG⁴⁸⁴) berücksichtigt - weiter. Der Polizeibeamte ist also kein bloßer "Freund und Helfer" und er hat auch nicht nur die nüchterne Ambition, professioneller Sicherheitsdienstleister zu sein. Durch seinen Beamtenstatus wird von vornherein eine Begegnung, die auf gleicher Augenhöhe mit dem Bürger stattfinden könnte, verhindert. Der Polizist ist generell "erhöht", da sein Handeln "hoheitlich"⁴⁸⁵ sein soll. Dem Einzelnen tritt er also durch die Möglichkeit, mit einseitigem Zwang⁴⁸⁶ entscheiden und gebieten zu können, übergeordnet⁴⁸⁷ (bzw. obrigkeitlich⁴⁸⁸) gegenüber. Polizeiliches Handeln ist deshalb immer auch eine eigentümliche "Weihe" und latente Drohung immanent, die dem Bürger im Zweifel Gesten der Unterwerfung abverlangen. In diesem Bestehen auf Subordination zeigt sich die umfassende Machtstellung des zu einem gewissen Grade autoritär gebliebenen Staates. Zwar reklamiert dieser für sich das Monopol, "im Recht" zu sein sowie moralisch und rational zu agieren. Da er aber vor allem Herrschaftsabsicherung betreibt (deren Interessenlagen wenig transparent sind), bleibt der Einzelne gut beraten, Ziel und Begründung staatlicher Machtausübung stets zu hinterfragen.

⁴⁸³ vgl. Model/ Müller, Grundgesetz, Art. 33, Rn. 19

⁴⁸⁴ Art. 33 Abs. 5 GG betont die „Bewahrung des Tradierten“ (Jachmann, in v. Mangoldt/ Klein/ Starck, Bonner Grundgesetz, Art. 33 Rn. 43) und ist damit Einfallstor für das obrigkeitsstaatliche Erbe

⁴⁸⁵ Hoheitsrechtliche Tätigkeit wird von allen Personen wahrgenommen, die unmittelbar zum Zustandekommen oder zur Durchsetzung des Staatswillens (insbesondere durch Verwaltungsakt) beitragen. Die Hoheitsverwaltung umfasst sowohl den Bereich staatlicher Befehls- und Zwangsgewalt als auch den Bereich staatlicher Fürsorge.

⁴⁸⁶ Diese im Amt liegende Macht ist für die Allgemeinheit aber nur dann akzeptabel, wenn die Sicherungen gegen Machtmissbrauch funktionieren (vgl. Arzt, in: Arzt/ Weber, § 49 Rn. 2).

⁴⁸⁷ vgl. Lemhöfer, in: Plog/ Wiedow/ Lemhöfer/ Bayer, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, § 4 Rn. 4

⁴⁸⁸ vgl. Wind/ Schimana/ Wichmann/ Langer, Öffentliches Dienstrecht, S. 33

Ein wesentlicher Vorteil des Beamtentums⁴⁸⁹ soll darin liegen, dass der Staatsdienst auf das Recht festgelegt und gegen politische Willkür abgeschottet wird⁴⁹⁰, indem innerhalb der Staatsorganisation die Bereiche der politischen Führung und der fachlichen Ausführung getrennt werden.⁴⁹¹ Allerdings ist es so, dass dem (beruflich und wirtschaftlich abhängigen) "Diener des Staats"⁴⁹² u.a. mit der äußerst tiefgreifenden Gehorsamspflicht⁴⁹³ klargemacht wird, dass er nicht etwa in erster Linie dem Recht oder den Bürgern verpflichtet ist, sondern dass er sich in Wahrheit vor allem auf den Staat bzw. dessen Politik vereidigt⁴⁹⁴ fühlen soll.⁴⁹⁵ Dementsprechend strotzt die deutsche Geschichte auch nicht gerade von Beispielen dafür, dass sich Beamte politischer Einflussnahme widersetzt hätten. Beamte können weniger auf eine Kultur des selbstbewussten Widerspruchs als auf eine Tradition des (vorausseilenden) Gehorsams verweisen. Jedenfalls kann von einer wirksamen Trennung von Politik und Amtsgeschäften insbesondere bei der Polizei keineswegs die Rede sein.⁴⁹⁶ An der Spitze des Innenministeriums⁴⁹⁷ befindet sich der Innenminister (mit den ihm nahestehenden "politischen Beamten", welche "in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung"⁴⁹⁸ stehen), der als Mitglied des Regierungskabinetts dem Zentrum der politischen Herrschaft⁴⁹⁹ angehört und als

⁴⁸⁹ Das Berufsbeamtentum befindet sich allgemein - vor allem finanziellen Zwängen folgend - auf dem Rückzug. In der BRD werden immer weniger staatliche Aktivitäten als wirklich hoheitlich deklariert. Post und Bahn wurden völlig entstaatlicht, immer weniger Lehrer werden verbeamtet und auch im Sicherheitsbereich sind immer mehr private Unternehmer tätig. Die Ausübung von Gewalt wird jedoch weiterhin als unverzichtbare hoheitliche Befugnis, die gem. Art. 33 Abs. 4 GG durch Beamte auszuüben ist, angesehen.

⁴⁹⁰ Sie führt aber auch zu einer Trennung von Staat und Gesellschaft (Isensee, in: Leisner, Beamtentum, S. V).

⁴⁹¹ vgl. Isensee, in: Leisner, Beamtentum, S. V

⁴⁹² diese Formulierung fand sich z.B. schon im "Preußischen Allgemeinen Landrecht" von 1794 (siehe z.B. ALR, Zweyter Theil, Zehnter Titel)

⁴⁹³ als Akzent der sich aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums ergebenden Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn

⁴⁹⁴ Eine (förmliche) Vereidigung ist auch immer Ausdruck des Misstrauens in die Loyalität des Menschen (so im Zusammenhang mit militärischen Eiden: Lange, in: Der Fahneneid, S. 405). Durch den Eid will sich der - insofern höchst ängstliche - Staat also (als Vorsorge für den "Notstand") versichern, dass für den einzelnen Beamten der Maßstab seiner Treue im Zweifel die Staatsräson ist.

⁴⁹⁵ Dem entspricht es, dass sich die Polizei eher als „Staatspolizei“, die ihr Handeln vornehmlich an politisch genehmer Auslegung einfachen Rechts orientiert, und weniger als „Bürgerpolizei“, die stärker an Grundrechten ausgerichtet ist, versteht (vgl. Winter, Politikum Polizei, S. 399).

⁴⁹⁶ Eine sichtbare Trennung zwischen politischer Führung und fachlicher Ausführung wäre deshalb schon eher dann gegeben, wenn die fachliche Ausführung z.B. Angestellten oder Privaten statt ausgerechnet Beamten übertragen sein würde.

⁴⁹⁷ des Bundes bzw. des jeweiligen Bundeslandes

⁴⁹⁸ vgl. § 31 BRRG

⁴⁹⁹ vgl. Schneider, in: Wassermann, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 62 Rn. 2

Ressortchef der Polizei bindende Weisungen erteilen bzw. Einzelentscheidungen an sich ziehen kann. Damit repräsentiert letztlich noch immer - in monarchistischer Tradition - der jeweilige Innenminister die Polizei⁵⁰⁰.

1.4.3 Separierung von der Gesellschaft

Die Polizei, die ja immerhin das Gewaltmonopol ausübt (und eine psychologische Machtreserve der politisch Herrschenden ist), wird als eine "geschlossene Gesellschaft" wahrgenommen. Die Abgrenzung der Polizisten gegenüber der Gesellschaft hat in Deutschland Tradition. Um jederzeitigen Gehorsam zu sichern und zu ver-

hindern, dass sich der Staat in der Gesellschaft weitgehend "auflöst", wurde seit jeher darauf geachtet, dass sich die Repräsentanten staatlicher Gewalt nicht all zu gut in die Gesellschaft integrieren.⁵⁰¹ Noch heute sind Polizisten sogar außerdienstlich in der Ausübung bürgerlicher Freiheiten beschränkt. Auch Korpsgeist, Kameraderie und andere Zeichen polizeilicher Subkultur werden toleriert (bzw. gefördert). Schon der Beamtenstatus sorgt für eine nicht unbedeutende Abgrenzung der Polizisten von „normalen Bürgern“. Dieser Effekt wird noch durch die Treue- und Verschwiegenheitspflicht der Polizisten verstärkt. Es ist noch immer so, dass Beamte mit ihren Problemen nicht an die Öffentlichkeit gehen dürfen. Im Zweifel soll nichts "nach außen" dringen; selbst wenn dies die Gefahr mit sich bringt, dass Missstände wegen fehlender Diskussion nicht oder weniger effektiv beseitigt werden können. Der Beamte wird (sogar bei Verfassungsverstößen der Behörde⁵⁰²) auf den "Dienstweg" verwiesen.⁵⁰³ Bei einer sog. „Flucht in die Öffentlichkeit“ droht dem Beamten hingegen ein Disziplinarverfahren wegen Verstoßes gegen die „Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten“ (gem. § 54 BBG) oder sogar ein Strafverfahren wegen „Verletzung des Dienstgeheimnisses“ (gem. § 353b StGB⁵⁰⁴). Begründet wird dies damit, dass ein öffentliches Interesse an einer geordneten Verwaltung bestünde, hinter der z.B. die Meinungsfreiheit des Beamten zurückzutreten habe. Mit geordneter Verwaltung ist

⁵⁰⁰ damit heißt es zwar nicht mehr absolut: "Der Staat, das bin ich!" (Ludwig XIV.), aber immerhin noch: "Die Polizei, das bin ich!"

⁵⁰¹ für die preußische Polizei beschreibt dies Funk, in: Polizei und Rechtsstaat, S. 295

⁵⁰² vgl. die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 28, 191, 204) zum Beamten des Verfassungsschutzes, der den Skandal um den sog. „Keller-Fall“ öffentlich gemacht hatte

⁵⁰³ allzu kritischen Geistern droht aber auch hier der sog. „Edeka-Effekt“ (Ende-der-Karriere-Effekt) – vgl. Wind u.a., Öffentliches Dienstrecht, S. 270

aber im Grunde eine abgeschirmte Verwaltung gemeint.⁵⁰⁵ Lediglich im Bereich des Datenschutzes scheint sich die Einsicht vorgearbeitet zu haben, dass nicht die „Verschwiegenheit“ öffentlichen Interessen dient, sondern vielmehr die öffentliche Benennung von Problemen (z.B. in den behördlichen Datenschutzberichten). Moderne Verwaltungsgrundsätze (Transparenz, Bürgernähe usw.) setzen sich gerade in der Polizei nur besonders schwerfällig durch. Auch eine "Soziale Kontrolle" der Polizei durch die Bürger wird kaum ausgeübt, da die Polizei eben nicht in die Gesellschaft integriert ist⁵⁰⁶ und sich auch nicht öffnet; sie ist eher Staats- als Bürgerpolizei.

1.4.4 Übergriffe

Übergriffe und „ordnungsgemäße“ Polizeiarbeit schließen sich (nach den offiziell bekundeten Maßstäben⁵⁰⁷) aus. An die Polizisten werden dabei hinsichtlich der Professionalität nicht geringe Anforderungen gestellt. Die allgemeine Polizeitätigkeit ist äußerst vielseitig geworden, wobei sie ein hohes Maß an physischer und

⁵⁰⁴ diese Vorschrift wurde 1936 in das Strafgesetzbuch eingefügt

⁵⁰⁵ So ist laut einem Urteil des OVG Koblenz (in: NVwZ-RR, 1999, 648, 648) der Polizeibeamte „zur Loyalität gegenüber seinem Dienstherrn verpflichtet und daher gehalten, den Meinungs- und Entscheidungsprozess seiner Vorgesetzten gegen äußere Einflüsse möglichst abzuschirmen.“

⁵⁰⁶ Ein oft vorgebrachtes Argument zur politischen Rechtfertigung der allgemeinen Wehrpflicht war bisher, dass ohne den "Durchlauf" von Öffentlichkeit schaffenden Wehrpflichtigen durch eine von Befehl und Gehorsam gekennzeichneten Institution, die Gefahr einer Verselbständigung der Streitkräfte bestünde. Auch wenn bezweifelt werden darf, dass ausgerechnet die Wehrpflichtigen, die an unterster Stelle in der Hierarchie stehen, eine wirksame Kontrolle ausüben und verhindern könnten, dass ein "Staat im Staate" entsteht, so fällt doch auf, dass die Gefahr einer sich verselbständigenden Polizei, welche die andere, sich durch Befehl (bzw. Anordnung) und Gehorsam auszeichnende Institution ist, bisher nicht weiter problematisiert wurde.

⁵⁰⁷ Inoffiziell kann dies anders aussehen; so referierte ein Staatsanwalt (dokumentiert in CILIP 1981, Heft 9/ 10, S. 158, 162 f.) vor auszubildenden Referendaren zum Thema polizeiliche Übergriffe folgendermaßen: *"Ich bin überzeugt davon, dass ein Großteil dieser Beschuldigungen zutrifft. Aber nachweisbar sind solche Übergriffe so gut wie nie, weil Polizeibeamte sich durch entlastende Aussagen in der Regel wechselseitig decken. (...) Diese wechselseitige Deckung von Polizeibeamten ist unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren einer Polizei, wie wir sie brauchen. (...) Mit einem mutigen, zu offensivem Einsatz bereiten Charakter geht stets einher die Disposition, zu unbeherrschtem Draufschlagen, auch da wo es nicht angebracht ist. (...) Ich kann nicht verlangen und begrüßen, dass sich Polizeibeamte hier mannhaft mit der Maschinenpistole einsetzen, ohne dem gleichen Polizisten auch zuzugestehen, anderswo einmal über die Stränge zu schlagen. (...) Wenn ich den Polizisten bejahe, der nach vorne rennt, um sich mit Linksradiكالen zu prügeln unter Einsatz seiner Gesundheit, dann muss ich diesem Charakter auch zugestehen, hierbei einmal zu weit zu gehen. Weil das aber so ist, dass ich das dem Beamten einfach nicht verübeln kann, dann finde ich es auch aufrichtig, wenn Polizeibeamte sich auch wechselseitig decken. Sie müssen verstehen, dass die Kameradschaft, die hierin zum Ausdruck kommt, einfach notwendig ist, wenn wir nicht das Funktionieren von Verbänden der Polizei oder auch der Bundeswehr, wo sich das Problem ähnlich stellt, in Frage stellen wollen. Wo kämen wir denn hin, wenn ein Polizist sich nicht mehr auf diese Kameradschaft seiner Kollegen verlassen könnte, dass sein Kamerad zu ihm hält und ihn notfalls auch deckt."*

psychischer Belastbarkeit⁵⁰⁸ voraussetzt. Der Polizeiberuf ist aber auch in intellektueller Hinsicht sehr anspruchsvoll, da eine Vielzahl technischer Vorgänge erlernt werden und fundierte rechtliche Kenntnisse vorhanden sein müssen. Zudem werden von Polizeibeamten Einfühlungsvermögen, psychologisches Geschick, Lebenserfahrung, Menschenkenntnis und Besonnenheit erwartet. Da überdies die Arbeitsbedingungen oft schwierig sind, dürfte der Polizeidienst zu den stressgeneigten Tätigkeiten zählen.⁵⁰⁹

Vielfach wurde vermutet, dass vor allem diese besonderen Belastungen (und damit einhergehenden Frustrationen) eine exzessivere Gewaltausübung von Polizisten zur Folge haben. Neuere Forschungen stützen diese "intuitiv-plausible" These allerdings nicht.⁵¹⁰

Polizeiliche Übergriffe, die sich in unnötiger bzw. übertriebener Gewaltanwendung, in gezielter Zufügung von Schmerzen oder Verletzungen, in Demütigungen und sexueller Nötigung zeigen, haben offensichtlich tiefere Ursachen. Als solche stehen u.a. die verstärkte Fremdenfeindlichkeit innerhalb der Polizei⁵¹¹, rassistische Einstellungen, rechtsradikale Tendenzen und das Phänomen der männerbündischen (Gruppendenken, Gewalt und Männlichkeit verschmelzenden) "cop culture"⁵¹² im Verdacht.

Doch unabhängig davon, ob es gelingt, die Ursachen von Übergriffen sicher nachzuweisen, um dann bei diesen gezielt anzusetzen, besteht die Möglichkeit, auch bekannte Umstände, die Übergriffe jedenfalls fördern können, zu ändern. Da z.B. fehlende bzw. mangelhafte Kontrolle Polizeübergriffe begünstigt, ist auch aus diesem Grund eine effektive Kontrolle polizeilicher Tätigkeit sicherzustellen.

Sogar aus der Perspektive der Herrschenden können Übergriffe ein Problem darstellen. Vor allem im Bereich politischen Handelns pflegen staatliche Regelverletzungen "nicht die Effizienz sozialer Kontrolle zu erhöhen, sondern

⁵⁰⁸ Polizisten sind regelmäßig mit Gewalt, menschlichem Leid und Tod konfrontiert.

⁵⁰⁹ vgl. Manzoni, Gewalt zwischen Polizei und Bevölkerung, S. 9

⁵¹⁰ Manzoni, Gewalt zwischen Polizei und Bevölkerung, S. 180

⁵¹¹ Beispielsweise kamen Mletzko und Weins bei einer Untersuchung im Jahre 1996, die in einer großstädtischen Polizeidirektion durchgeführt wurde, zu dem Ergebnis, dass ca. 15 % der dortigen Beamten verfestigte fremdenfeindliche Einstellungen hatten (Mletzko/ Weins, Polizei und Fremdenfeindlichkeit, MschrKrim 1999, S. 77 ff.).

⁵¹² ein spezielles subkulturelles Problem kann dabei das "Dirty-Harry-Phänomen" darstellen

Latenzen des Widerstandes zu schaffen und einen Zirkel der Konflikt- und Gewalteskalation in Gang zu setzen. Polizeiliche Übergriffe regelverletzender Art, repressive staatliche Reaktionen auf sozialen und politischen Protest der verschiedensten Art - das lässt sich historisch wie aktuell vielfach belegen - führen zur Eskalation der Gewalt, nicht immer gleich, nicht immer an Ort und Stelle, sondern manchmal erst nach Phasen der Latenz und Perioden der Friedhofsruhe. Sie wirken desintegrierend auf eine Gesellschaft, zerstören nicht Handlungssysteme, sondern bauen kollektive Identitäten auf."⁵¹³

1.5 Maßstäbe der Kontrolle

Durch den historischen Prozess der Verrechtlichung geriet die Tatsache staatlichen Zwanges und insbesondere polizeilicher Gewaltausübung sowie deren Begründbarkeit, Anlass und Reichweite zunehmend aus dem Blickfeld. Vom Staat verfügbarer Zwang und vom Staat ausgehende Gewalt verloren - da sie rechtlich geregelt waren und damit gebändigt schienen - an Dramatik. Heute wirkt jegliche Art von Polizeiarbeit so normal, dass sich kritisches Interesse hieran zumeist nur noch auf die Frage der formal-rechtlichen Vertretbarkeit von Polizeiaktionen beschränkt⁵¹⁴. Der Prozeß einer "Verrechtlichung in entrechtlichenden Formen" wird hierbei natürlich übersehen. Der Maßstab der Kontrolle wird somit lediglich in der Einhaltung der bereits beschriebenen, juristisch definierten machtbegrenzenden Regeln, die der Polizei gesetzt wurden, gesehen. Verstöße gegen diese (bestenfalls als Mindeststandards zu betrachtenden) Regeln zeigen sich in der Rechtswidrigkeit bzw. der Unzweckmäßigkeit polizeilichen Handelns oder Unterlassens, in der Missachtung von beamtenrechtlichen Dienstpflichten und auch in Straftaten von Polizisten.

1.6 Voraussetzungen effektiver Kontrolle

Um die Kontrollvorkehrungen effektiv zu gestalten, ist zunächst sicherzustellen, dass zwischen den beiden Seiten der Kontrolle eine ausreichende (auch

⁵¹³ Sack, Anmerkungen über die Kontrolle staatlichen Handelns, KrimJ 1982, 241, 245

⁵¹⁴ Der rechtliche Rahmen ist für die politische Öffentlichkeit lediglich dann von Belang, wenn neuartige polizeiliche Befugnisse diskutiert werden.

psychologische) Distanz besteht.⁵¹⁵ Der zu kontrollierende Gegenstand soll möglichst aus einer echten Gegenposition heraus betrachtet und bewertet werden. Distanz kann erneutes Durchdenken ermöglichen, Lernprozesse auslösen und (durch Mehrung der gedanklichen Schritte) die Chance der Richtigkeit erhöhen.⁵¹⁶ Um Distanz zu wahren, muss der Kontrollierte eigenständig bleiben⁵¹⁷ und der Kontrolleur möglichst unabhängig sein.

Durch die Unabhängigkeit des Kontrolleurs kann sichergestellt werden, dass zwischen Kontrolleur und Kontrolliertem die ebenfalls erforderliche Zieldifferenz besteht. Unter Zieldifferenz ist hierbei die grundsätzliche Verschiedenheit der angestrebten Ziele der Tätigkeiten der beiden Seiten zu verstehen. Wenn aber z.B. ein Kriminalbeamter gegen einen Polizeikollegen in einer Strafsache ermitteln "muss", dann befinden sich sowohl Ermittler als auch Beschuldigter (jedenfalls zum Teil) auf derselben Seite, da beiden bei der Durchführung der Ermittlungen an der Wahrung des Ansehens der Polizei, der sie ja gemeinsam angehören, gelegen ist. Eine wichtige Mindestvoraussetzung für die Gewährleistung der Zieldifferenz ist daher die organisatorische Trennung von Kontrolleur und Kontrolliertem. Die organisatorische Trennung ist hierbei nicht nur innerbehördlich, sondern in einem weitergehenden Sinne zu verstehen. Dies bedeutet, dass z.B. eine staatliche Organisation durch eine möglichst staatsferne Institution kontrolliert werden sollte. Die damit geförderte Unabhängigkeit des Kontrolleurs ist auch Bedingung für die notwendige Objektivität bei der Kontrolltätigkeit. Mit Objektivität ist in diesem Zusammenhang gemeint, dass die Kontrolleure nicht voreingenommen und nicht einseitig an die zu überprüfenden Sachverhalte herangehen.

Bei der Beurteilung polizeilicher Vorgänge ist es zudem erforderlich, dass die Kontrolleure eine ausreichende fachliche Kompetenz besitzen, da in diesem Bereich u.a. regelmäßig komplizierte rechtliche Einschätzungen getroffen werden müssen.⁵¹⁸

⁵¹⁵ Fehlt es an der notwendigen Distanz, liegt (bei künftigen Handlungen) keine Kontrolle, sondern Mitentscheidung vor (vgl. Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 10).

⁵¹⁶ Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 10

⁵¹⁷ Zuviel an Kontrolle (insbesondere "Einmischungsaufsicht") führt letztlich nur zu einer Verschiebung der wahren Urheberschaft der Entscheidungen auf den Kontrolleur, der dann seinerseits stärker kontrolliert werden müsste.

⁵¹⁸ Hinsichtlich der Kontrolle von Europol erachtet auch Grote Distanz, sachliche Unabhängigkeit, Objektivität und (juristische) Kompetenz als Anforderungen an die Kontrollinstanz (Grote, in: Gleß/ Grote/ Heine, Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, S. 632 f.).

Daneben sind Kontrolleure darauf angewiesen, dass ihnen weitgehende Aufklärungsbefugnisse⁵¹⁹ und Informationsrechte zustehen.

Zudem müssen angemessene Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.⁵²⁰

Um aber in der Praxis ein ausgewogenes Kontrollniveau erreichen zu können, muss die Kontrolle auf der "sachlich-bürokratischen Ebene" auch durch angemessene organisatorische und personelle Kapazitäten abgesichert werden.

Das Zusammenspiel all dieser Parameter gewährleistet dann eine hinreichende Intensität und Nachhaltigkeit⁵²¹ der Kontrolle, wodurch diese effektiv wirken kann.

1.7 Zusammenfassung

Eingangs wurde am Beispiel des Bernauer Polizeiskandals eindrucksvoll verdeutlicht, welche praktischen Auswirkungen es haben kann, wenn keine wirksame Kontrolle stattfindet und Polizisten sich weitestgehend selbst überlassen bleiben.

Zu diesem auch emotional belastenden "Fall" wurde anschließend ein gewisser Abstand gewonnen, indem ganz allgemein die Eigenheiten des "Monopols physischer Gewaltsamkeit" erläutert wurden. Dies erschien im Hinblick auf die noch folgende Analyse der einzelnen Kontrollprozesse hilfreich.

Im weiteren wurde dargelegt, von welchem Polizeibegriff im Sinne der Fragestellung ausgegangen wird. Sodann wurden zur Gewinnung eines theoretischen Überblicks auch die Organisation der Polizei, die Regelungen für deren Handeln, die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse dargelegt.

Besonderer Wert wurde auf die Erörterung der machtbegrenzenden Regelungen gelegt, wobei zum einen klar geworden ist, dass die Polizei mit einer ganzen Reihe solcher Regelungen konfrontiert ist, sie aber zum anderen auch zunehmend in Widerspruch zu diesen gerät.

Dieser Konflikt zwischen "rechtsstaatlichem" Anspruch und der ernüchternden Wirklichkeit wurde systematisch unter der Fragestellung "Gründe für eine Kontrolle" behandelt.

⁵¹⁹ In einigen Bereichen werden jedoch Aufklärungsbefugnisse von vornherein u.a. durch Geheimhaltungsvorschriften beschränkt.

⁵²⁰ Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 41
vgl. auch Sack, Anmerkungen über die Kontrolle staatlichen Handelns, KrimJ 1982, 241, 241

⁵²¹ vgl. Schmidt-Aßmann, in Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, S. 40

Anschließend konnten Maßstäbe und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer effektiven Kontrolle herausgearbeitet werden. Diese sollen als Ausgangspunkt der Analyse von Kontrollschwächen im folgenden Kapitel dienen.