

spezifisch angepasste Neuordnung der kollektivrechtlichen Mitwirkung der Richterinnen und Richter auch unabhängig von der Einführung der kollektiven Beteiligung an Entscheidungen über die Budgetverwendung nahe. Die Verantwortung der Richterinnen und Richter auch für die Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit verlangt kurzfristig zumindest eine Ausdehnung der Mitwirkung der Richterinnen und Richter über Budgetentscheidungen hinaus auf Veränderungen der Aufbau- und Ablauforganisation auch im nichtrichterlichen Dienst zur »Optimierung« der Geschäftsabläufe, die geeignet sind, mittelbar auf die Erfüllung richterlicher Aufgaben einzuwirken, Verfahren und Formen des (operativen und strategischen) »Controlling« sowie der Organisation von Verfahren und Foren des »Erfahrungsaustausches« über Maßnahmen und Möglichkeiten der »Verfahrensoptimierung« in jenen Bereichen, die unstreitig in den Bereich der von der richterlichen Unabhängigkeit erfaßten Verfahrensgestaltung fallen.

## Fredrik Roggan

### Generalprävention bei polizeirechtlichen Entscheidungen?

Zweck des Polizeirechts ist es, Gefahren zu verhindern und bereits eingetretene Störungen zu beseitigen<sup>1</sup>. Daß sich weitere Befugnisse kaum mit grundlegenden Verfassungsprinzipien vertragen, legt schon die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nahe, denn danach ist es die ausschließliche Befugnis des Polizeigesetzgebers, diejenigen Gesetzesmaterien zu regeln, in denen der alleinige und unmittelbare Gesetzeszweck darin besteht, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten<sup>2</sup>.

In der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte zeigt sich jedoch, daß polizeirechtlichen Entscheidungen auch eine generalpräventive Funktion zugeschrieben wird. Das heißt, daß z. B. bei Freiheitsentziehungen nach Polizeirecht auch generalpräventive Erwägungen herangezogen werden dürften. So ist die sächsische Staatsregierung etwa der Meinung, daß das Polizeirecht auch von generalpräventiven Erwägungen bestimmt werde. Zwar dürfe die Polizei niemanden *nur* aus generalpräventiven Gründen in Gewahrsam nehmen<sup>3</sup>. Die Formulierung impliziert aber, daß bei der Freiheitsentziehung *auch* solche Zwecke berücksichtigt werden dürfen, also »Exempel« an einzelnen StörerInnen statuiert werden können<sup>4</sup>. Einem Verwaltungsverfahren wird damit erstmals, ohne daß eine Schuld im strafrechtlichen Sinne vorwerfbar wäre, auch abschreckende Wirkung zugeschrieben: Wer stört, kann stellvertretend auch für andere – überhaupt erst oder besonders lange – in Gewahrsam genommen werden. Diese Auffassung ist umstritten. Ihr wird entgegengehalten, daß sie einen verhältnismäßigen Rahmen der Freiheitsentziehung nicht gewährleisten könne<sup>5</sup>, sie gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 3 GG verstoße<sup>6</sup> und allgemein als schuldunab-

<sup>1</sup> Vgl. etwa Denninger, in: Handbuch des Polizeirechts (Hrsg. Liskén/Denninger), München 1996, S. 133 f.

<sup>2</sup> BVerfGE 8, 143 (150).

<sup>3</sup> Zit. nach SachsVerfGH, Urt. v. 14. 5. 1996, Vf. 44-II-94, S. 17.

<sup>4</sup> Kutscha, NJ 1994, 546.

<sup>5</sup> So die AntragstellerInnen im sächsischen Normenkontrollverfahren, zit. nach SachsVerfGH, Urt. v. 14. 5. 1996, Vf. 44-II-94, S. 9.

<sup>6</sup> Kutscha, NJ 1994, 546.

hängige, generalpräventive Inanspruchnahme von Einzelnen abzulehnen sei<sup>7</sup>, die die Grenzen zwischen repressiv ausgerichteter Ahndung von Regelwidrigkeiten und präventiv-polizeilicher Verhinderung oder Beseitigung von regelwidrigen Zuständen verwische<sup>8</sup>.

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob das genannte Verständnis mit grundlegenden Prinzipien des Polizeirechts und Verfassungsgrundsätzen vereinbar sein kann. Als Beispiel wird dafür der polizeiliche Gewahrsam herangezogen, da die generalpräventive Funktion auch<sup>9</sup> bei dieser polizeilichen Maßnahme in Erwägung gezogen wurde. Dafür ist zunächst auf den Charakter des polizeilichen Gewahrsams einzugehen, außerdem ist die Generalprävention auf die gegenständliche Untersuchung bezogen zu definieren.

### 1. Gewahrsam

Unter Gewahrsam ist die Freiheitsentziehung von StörerInnen zu verstehen, die notwendig ist, eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit zu verhindern oder eine bestehende Störung zu beseitigen. Die Polizei hat dabei jeweils den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, also etwa mildere Mittel wie den Platzverweis vorrangig zu prüfen. Die Polizeigesetze der Länder sehen hinsichtlich der Dauer der präventiven Freiheitsentziehungen sehr unterschiedliche Regelungen vor: Während einige Bundesländer überhaupt keine zeitliche Begrenzung vorsehen<sup>10</sup>, begrenzen andere den Gewahrsam auf vier<sup>11</sup>, zehn<sup>12</sup> oder gar 14 Tage<sup>13</sup>. Es dürfte kaum als Zufall anzusehen sein, daß gerade ein Polizeigesetzgeber, der eine derart lange Freiheitsentziehung eingeführt hat, generalpräventive Erwägungen anstellt, denn insbesondere eine lange, oder richtiger: längere Ingewahrsamnahme vermag eine solche Wirkung zu entfalten.

Allerdings kann nach der gesetzlichen Systematik Zweck einer Freiheitsentziehung nach Polizeirecht nur sein, einen bestimmten Störer von einem bestimmten Verhalten abzuhalten<sup>14</sup>. Darin erschöpft sich der Gewahrsamszweck.

### 2. Schuldunabhängigkeit

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß polizeiliche Maßnahmen unabhängig von einer Schuld im strafrechtlichen Sinne getroffen werden dürfen. Die Inanspruchnahme richtet sich allein nach der Maßgabe der abzuwehrenden Gefahr. Diese kann, muß aber nicht in der Begehung oder Fortsetzung einer Straftat bestehen. Das ergibt sich schon daraus, daß polizeiliche Zwangsmaßnahmen auch schon dann getroffen werden dürfen, wenn eine tatsächliche oder polizeilich angenommene Straftat das Versuchsstadium noch nicht erreicht hat, mithin (noch) keine strafrechtliche Verfolgung zu besorgen ist. Polizeiliche Kompetenz nach Gefahrenabwehrrecht kann also nur sein, die Begehung einer Straftat oder anderer Störung der öffentlichen Sicherheit

<sup>7</sup> Roggan, KritV 1998, 346 f.; ferner ders., Ansprüche Heft 1/98, S. 10.

<sup>8</sup> Roggan, KJ 1997, S. 83.

<sup>9</sup> Bei früheren Untersuchungen spielte die in Erwägung gezogene Generalprävention auch bei polizeilichen Todesschüssen eine Rolle, vgl. etwa Weßlau/Kutscha, ZRP 1990, 169 ff.; auch bei ausländerrechtlichen Fragestellungen besitzt dieser Aspekt eine große Bedeutung, vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, München 1998, S. 259.

<sup>10</sup> BremPolG, SOG MV, LVwG SH.

<sup>11</sup> § 21 S. 2 NGefAG, § 40 I Nr. 3 SOG LSA.

<sup>12</sup> § 22 Nr. 3 ThürPAG

<sup>13</sup> § 22 III PolG BW, Art. 20 Nr. 3 BayPAG, § 22 VII S. 3 SachsPolG.

<sup>14</sup> Vgl. nur Rachor, in: Handbuch des Polizeirechts (Hrsg. Liskén/Denninger), München 1996, S. 336

zu verhindern oder zu beenden<sup>15</sup>. Zwar ist ihr gesetzlicher Auftrag auch die Strafverfolgung, die zulässigen Maßnahmen können sich dann aber ausschließlich nach Maßgabe der Strafprozeßordnung bestimmen. Für polizeilichen Gewahrsam kann nach der Begehung einer vollendeten Straftat ohne weiterbestehende Gefahrverursachung und der tatbestandlichen Anforderungen der Polizeigesetze also kein Platz mehr sein. Polizeilicher Gewahrsam ist keine schuldabhängige Freiheitsstrafe, sondern schuldunabhängige Freiheitsentziehung zur Gefahrenabwehr.

### 3. Begriff der Generalprävention

Zur generellen Beurteilung einer Zulässigkeit von generalpräventiven Erwägungen im Polizeirecht ist außerdem auf den Begriff der Generalprävention einzugehen. Er wird in der Literatur allerdings ausschließlich als Straftheorie behandelt, was die mögliche Übertragbarkeit auf den Untersuchungsgegenstand erschwert. In der polizeirechtlichen Literatur dagegen finden sich kaum Abhandlungen zur Generalprävention<sup>16</sup>.

Es ist vorweg festzustellen, daß dabei zu unterscheiden ist zwischen der angenommenen oder auch tatsächlichen Wirkung präventiv-polizeilichen Handelns<sup>17</sup> und den berücksichtigungsfähigen Erwägungen bei polizeirechtlichen Entscheidungen. Gegenständlich wird nur der gesetzessystematisch interessante, also letzterer, Aspekt untersucht.

#### 3.1. Positive Generalprävention

Unter dem Begriff der positiven Generalprävention<sup>18</sup> wird in der strafrechtlichen Literatur verstanden, daß durch die Strafdrohung im Gesetz sowie die Verurteilung der Schuldigen, die anzeigt, daß mit der Strafdrohung ernst gemacht wird, die Legitimierung des Verbrechens verhindert und jene moralische Abneigung gegen das Unrecht hervorgerufen wird, die sich von selbst einstellt und in hohem Maß dazu beiträgt, daß die in der Bevölkerung latent vorhandene Bereitschaft zur Kriminalität in Grenzen gehalten wird<sup>19</sup>.

Diese auch als Integrationsprävention bezeichnete Wirkung von Strafe müßte auf ein Verwaltungsverfahren bzw. auf eine eingriffsverwaltungsrechtliche Entscheidung übertragbar sein, denn nur dann könnte positive Generalprävention ein Zweck des Polizeirechts sein. Die polizeirechtlichen Bestimmungen und polizeirechtliche Maßnahmen müßten also durch angemessene Anwendung die Allgemeinheit in ihrem Rechtsbewußtsein stärken und zu freiwilliger Gesetzestreue »erziehen« können. Bereits bei diesem Versuch einer Übertragung werden die Probleme eines solchen Ziels des Polizeirechts deutlich: Denn es geht bei ihm ja gerade nicht notwendigerweise um die Reaktion auf zu ahndendes Verhalten, sondern darum, Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen. Das Polizeirecht ist insofern auch keine Rechtsmaterie, zu deren Einhaltung die BürgerInnen angehalten werden können. Die »Belohnung« derjenigen, die sich an das Polizeirecht halten, erübrigt sich damit.

Eine Problematik könnte zwar darin gesehen werden, daß störendes Verhalten im

<sup>15</sup> Zur Abgrenzung von präventivem und repressivem Polizeihandeln Denninger (Fn. 1), S. 196 f.

<sup>16</sup> Eine der wenigen Ausnahmen stellen die Ausführungen von Rachor (Fn. 14), S. 256 und 435 f., sowie, hinsichtlich der ausländischen Aspekte, Graebisch, in: Drogendealer – Ansichten eines verrufenen Gewerbes (Hrsg.: Paul/Schmidt-Semisch), Freiburg i. Br. 1998, S. 110 ff., dar.

<sup>17</sup> Mit Rachor (Fn. 14), S. 256, ist davon auszugehen, daß das sog. »Sicherheitsgefühl« der Bevölkerung und generalpräventive Aspekte bereits in der polizeilichen Aufgabenstellung vollständig aufgehen.

<sup>18</sup> Zur empirischen Nachweisbarkeit Schumann, Positive Generalprävention, Heidelberg 1989.

<sup>19</sup> Vgl. statt vieler Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, Berlin 1996, S. 68 m.w.N.

polizeirechtlichen Sinn durchaus gleichzeitig eine Straftat darstellen kann. Daß die Gefahren auch in der Begehung von Straftaten liegen können (aber eben nicht müssen), ändert aber nichts daran, daß es der Polizei nicht erlaubt ist, eine ggf. auch begangene Tat bei ihren polizeirechtlichen Entscheidungen mit zu berücksichtigen. Denn das bedeutete einen Vor- bzw. Eingriff auf ein gegebenenfalls, aber unabhängig, einzuleitendes Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverfahren bzw. eine während des Verwaltungsverfahrens vorgenommene Wertung hinsichtlich dieser Ahndung.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß Generalprävention im Sinne einer Integrationsprävention nur schwer mit der polizeirechtlichen Zielrichtung vereinbaren läßt. Davon abgesehen ist aber zu konstatieren, daß polizeiliche Maßnahmen, auch wenn sie sich auf Polizeirecht stützen, im Einzelfall positiv-generalpräventive Wirkung entfalten mögen. Damit ist eine entsprechende *Berücksichtigungsfähigkeit* bei solchen Entscheidungen aber nicht zu verwechseln.

### 3.2. Negative Generalprävention

Negative Generalprävention bedeutet, daß durch die Furcht vor Strafe jeder Mensch von der Begehung von strafbaren Handlungen abgeschreckt werden soll<sup>20</sup>. Auf die ins Auge gefaßte abschreckende Wirkung von polizeirechtlichen Entscheidungen übertragen, ließe sich dieser Gesetzeszweck etwa so formulieren: Durch die Furcht vor polizeirechtlicher Reaktion sollen die Individuen davor abgeschreckt werden, (Verhaltens-)Störer darzustellen. Bereits hierbei wird deutlich, daß sich Abschreckung kaum vernünftig in die polizeirechtliche Systematik einführen läßt: Denn entweder führt dieser Gesetzeszweck zur bloßen Vorverlegung einer strafähnlichen, staatlichen Reaktion, also etwa vor dem Versuchstadium einer Straftat, oder – was noch naheliegender erscheint – dem Störer wird eine in strafrechtlich-schuldhafter Weise zu vertretende Gefahrverursachung unterstellt, von der er sich eben auch abschrecken lassen könnte.

Die oben angestellten Erörterungen können auf die Frage der Zulässigkeit von negativ-generalpräventiven Erwägungen bei polizeirechtlichen Entscheidungen übertragen werden. Es wird bei der Abschreckungsprävention aber noch klarer, daß sich dieses »Fernziel« (Rachor)<sup>21</sup> kaum mit dem Polizeirecht verträgt, also Zwecke außerhalb der konkreten Gefahrenlage nicht handlungsleitend sein dürfen. Denn die Berücksichtigung der Abschreckung von Nachahmern führt zur Verschiebung oder gar Aufhebung der Mittel-Zweck-Relation: Die aus Abschreckungsgründen besonders lange Ingewahrsamnahme eines Störers, also der Zulässigkeit der Fortdauer, verläßt zwangsläufig zu einem bestimmten Zeitpunkt den Zweck der Gefahrenabwehr und wird damit automatisch zur ausschließlich generalpräventiven Freiheitsentziehung, denn eigentlich wäre ja der polizeiliche Gewahrsam zu beenden, sobald die Gefahrenlage nicht mehr besteht. Das folgt daraus, daß der verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, daß eine polizeirechtliche Freiheitsentziehung nur bis zu dem Augenblick aufrechterhalten werden darf, bis zu dem die den Gewahrsam rechtfertigende Gefahr tatsächlich besteht.

Und bei der Frage der Zulässigkeit der Freiheitsentziehung vor deren Beginn ist ohnehin ausschließlich die Frage der nur durch die Freiheitsentziehung möglichen Gefahrenabwehr zu beantworten.

Besonders augenfällig wird das Verschieben der Zweck-Mittel-Relation auch bei

<sup>20</sup> Jescheck/Weigend, ebd., S. 68

<sup>21</sup> Rachor (Fn. 14), S. 435.

Geiselnahmen und der dabei u.U. in Erwägung gezogenen Erschießung des Geiselnähmers durch die Polizei. Denn die Berücksichtigung von negativer Generalprävention kann hier zu einer Erhöhung der Gefahr für das Opfer führen<sup>22</sup>, etwa bei der Überlegung, daß gerade ein polizeilicher Todesschuß besonders abschreckend wirkt. Das aber steht im unübersehbaren Widerspruch zum polizeilichen Auftrag der Gefahrenabwehr. Im übrigen gerät jede staatliche Demonstration von Unnachgiebigkeit bei Rechtsbrüchen, wenn sie zur Entscheidung über einen polizeilichen Todesschuß führt, in eine gefährliche Nähe zur Todesstrafe<sup>23</sup>. Auch letztgenanntes Beispiel zeigt, daß es sich bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verbieten sollte, generalpräventive Erwägungen in gefahrenabwehrende Entscheidungen einfließen zu lassen.

Es zeigt sich, daß jede generalpräventive Erwägung bei der polizeirechtlichen Entscheidung zum Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, also gegen das rechtstaatliche Übermaßverbot<sup>24</sup> führt.

#### 4. Zur Frage der Gesetzgebungskompetenz

Es soll zunächst untersucht werden, inwieweit sich die Behauptung des sächsischen Polizeigesetzgebers, daß die generalpräventive Motivation keinen Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes darstelle, mit Verfassungsrecht verträgt. Der Maßstab sind diesbezüglich Art 72 und 74 I GG, wonach eine Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Strafrechts nicht vorliegt. Wenn den Gewahrsamsregelungen durch die Funktionszuschreibung Generalprävention also ein sanktionsähnlicher Charakter zukäme, so läge darin ein Verstoß gegen die genannten Verfassungsbestimmungen.

Der sächsische Gesetzgeber geht davon aus, daß es sich verbiete, einen Gewahrsam als Strafe für eine begangene Tat anzuordnen<sup>25</sup>. Ein Eingriff wäre damit ausgeschlossen. Andererseits geht er davon aus, daß Generalprävention, insbesondere im Sinne der Abschreckung von Straftaten, bei polizeirechtlichen Freiheitsentziehungen mitberücksichtigt werden dürfe. Hierbei handelt es sich aber um einen Aspekt, der eigentlich nur bei sanktionierenden Entscheidungen, nämlich bei einer Verurteilung zu Strafe, einbezogen werden darf. Er besitzt dort insbesondere eine Bedeutung bei der Bemessung der Höhe der Strafe. Der Gesetzgeber schreibt damit einer erklärtermaßen nicht strafenden Maßnahme einen Zweck von Strafe zu. Um diesen möglichen Widerspruch überhaupt untersuchen zu können, ist der Gesetzgeber hier »beim Wort« zu nehmen. Dies führt dazu, daß nach der sächsischen Auffassung in die Entscheidung über die Anordnung bzw. in die Prüfung der Zulässigkeit der Fortdauer der Freiheitsentziehung eine straf(bemessungs)eigene Funktion Eingang erhalten soll. Damit erscheint der Schluß zwingend, daß dem Gewahrsam als solchem ein strafender Aspekt, mag er auch nachrangig sein, innewohnen soll. Dieser gewollte Aspekt der Ermessenentscheidung als Teil der nach der sächsischen Formulierung zu konstruierenden »mehrfunktionalen Gesamtmaßnahme« Gewahrsam besitzt Strafcharakter, und in genau diesem Moment ist ein Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für strafende staatliche Maßnahmen zu erkennen. Daran vermag auch die Behauptung nichts zu ändern, daß der Gewahrsam keine strafende Maßnahme darstellen soll, wenn gleichzeitig doch ein dem strafenden Recht ureigener Aspekt (mit-)berücksichtigt werden darf. Und, wie oben gezeigt, läßt sich General-

<sup>22</sup> Rachor (Fn. 14), S. 436.

<sup>23</sup> Rachor (Fn. 14), S. 436; Kutscha, NJ 1994, S. 547.

<sup>24</sup> Kutscha, NJ 1994, 546.

<sup>25</sup> Zit. nach SachsVerfGH, Vf. 44-II-94, S. 17.

prävention nicht vernünftig mit dem polizeirechtlichen Konzept der Gefahrenabwehr vereinbaren.

### 5. Verletzung der Menschenwürde

Neben dem Verstoß gegen das dem Rechtsstaatsprinzip entstammende Verbot, den Einzelnen unverhältnismäßig in Anspruch zu nehmen, soll im Folgenden skizzenhaft die mögliche Kollision des Maßnahmezwecks »Generalprävention« mit dem Grundrecht der Menschenwürde dargestellt werden.

Art 1 I GG gewährt allen Menschen das unveräußerliche Recht auf Wahrung der Menschenwürde. Danach widerspricht es dem Schutzbereich des Grundrechts, den Einzelnen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns zu machen<sup>26</sup>. Sofern jemandem aus generalpräventiven Erwägungen also seine Freiheit genommen wird, ist der Schutzbereich dieses Grundrechts betroffen: Am Individuum soll verdeutlicht werden, daß bestimmte Störungen nicht nur nicht geduldet werden, sondern daß die Gefahrverursachung die Konsequenz der Freiheitsentziehung nach sich ziehen kann. Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für auch aus generalpräventiven Gründen vollstreckbare Freiheitsentziehung existiert aber ausschließlich bei rechtskräftigen Verurteilungen. Es ist deshalb richtig, mit *Frister* davon auszugehen, daß Eingriffe in dieses Grundrecht aufgrund des Verbots der Zurechnung von Gefahren für die Normakzeptanz ohne rechtskräftige Verurteilung zu einer Strafe stets unzulässig sind<sup>27</sup>. Ein Gewahrsam, der aus generalpräventiven Erwägungen überhaupt erst angeordnet oder aus solchen Gründen besonders lange aufrechterhalten wird, verletzt den Schutzbereich des Grundrechts. Anders als von *Frister* aber noch angenommen, hat der Grundsatz nicht in erster Linie Bedeutung für die Ausgestaltung des Strafprozesses, sondern, wie mittlerweile leider festgestellt werden muß, auch für verschiedene verwaltungsrechtliche Entscheidungen.

Wie die vorangegangenen Erörterungen gezeigt haben, handelt es sich bei aus generalpräventiven Gründen besonders langen Ingewahrsamnahmen um genau diese Fallgruppe, denn auf eine rechtskräftige Verurteilung kann die Anordnung des Polizeigewahrsams naturgemäß nicht gestützt werden. Die Berücksichtigung dieses Zwecks führt also zur Verletzung des Grundrechts, denn ohne diese Erwägungen würde der Polizeigewahrsam unverzüglich nach Wegfall der Gefahrenlage beendet werden müssen.

### 6. Generalprävention und Gefahrenabwehr im Spiegel der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung der verschiedenen Gerichte hatte sich schon mit der Zulässigkeit der Generalprävention im Polizeirecht bzw. im Gefahrenabwehrrecht zu befassen. Im folgenden sollen die Entscheidungen von Bundesverfassungsgericht und verschiedenen Verwaltungsgerichten kurz dargestellt und anschließend einer an den vorangegangenen Erwägungen orientierten Kritik unterzogen werden. Dabei ist vorweg zu sagen, daß sich die polizeirechtliche Literatur, sofern sie den Aspekt überhaupt für erwähnenswert hält, allzu oft ohne weitere Begründung der Auffassung der Rechtsprechung anschließt. Auf eine gesonderte Darstellung konnte daher an dieser Stelle verzichtet werden.

<sup>26</sup> BVerfGE 27, 1 (6); 28, 386 (391); insbes. auch 50, 166 (175).

<sup>27</sup> *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafverfahrens, Berlin 1988, S. 93.

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in einer älteren Entscheidung mit der Frage der generalpräventiven Wirkung von ausländerrechtlichen Entscheidungen zu befassen<sup>28</sup>. Es hatte zu entscheiden, ob die auch auf solche Erwägungen gestützte Ausweisung eines rechtskräftig verurteilten Ausländers einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellt. Grundlage für die Ausweisung des Beschwerdeführers war insoweit § 10 I Nr. 2 AuslG, wonach ein Ausländer ausgewiesen werden konnte, wenn er wegen einer Straftat verurteilt wurde<sup>29</sup>. Das Gericht befand, daß keine Bedenken gegen generalpräventive Erwägungen bei der Verwaltungsentscheidung bestehen, sofern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird<sup>30</sup>. Die entsprechende ausländerrechtliche Vorschrift stelle einen Appell an alle AusländerInnen dar, im Geltungsbereich des Gesetzes keine Straftaten zu begehen. Von einer Herabwürdigung zum Objekt staatlichen Handelns könne nicht ausgegangen werden, da die staatliche Maßnahme sich als eine Folge seines Tuns darstelle.

### 6.2. Verwaltungsgerichte

Auch verschiedene Verwaltungsgerichte hatten sich bereits mit vergleichbaren Erwägungen der Verwaltungsbehörden zu befassen. Eine neben wiederum ausländerrechtlichen Entscheidungen besonders relevante Fallgruppe stellt dabei das Entfernen von verbotswidrig geparkten Kraftfahrzeugen auf Anordnung der Polizei dar. Bei den Entscheidungen der oberen Instanzen wurde dabei wiederholt betont, daß durchaus ein generalpräventiv begründetes öffentliches Interesse von erheblichem Gewicht vorliege, da bei nicht sofortigem Abschleppen andere Kraftfahrer zu gleichem verbotswidrigen Verhalten veranlaßt würden<sup>31</sup> und somit ein negatives Vorbild zu befürchten sei<sup>32</sup>. Von einem »Nachahmungseffekt« seien daher weitere Störungen zu besorgen und damit abzuwehren<sup>33</sup>.

### 6.3. Kritik der Rechtsprechung

Den Entscheidungen ist sämtlich gemein, daß die in Frage stehenden Maßnahmen, bei der die Berücksichtigung der Generalprävention zulässig sein soll, an Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten anknüpfen und diese erst die Voraussetzung für das Tätigwerden der Ordnungsverwaltung sind. Das gilt für die Ausweisung eines Ausländers nach Verurteilung wegen einer Straftat ebenso wie die Anordnung des Abschleppens von Kraftfahrzeugen, die verbotswidrig geparkt sind, denn jeweils sind bereits diese Zuwiderhandlungen gegen Gesetze straf- oder bußgeldbewehrt. Es ist unzweifelhaft, daß die staatliche Sanktion dort jeweils generalpräventive Erwägungen berücksichtigen darf, denn es ist ja gerade eine der ureigensten Zweckbestimmungen von Verboten, daß sie zu befolgen sind und daß Zuwiderhandeln sanktionsbewehrt ist.

<sup>28</sup> BVerfGE 50, 166 (st. Rspr.).

<sup>29</sup> Das AuslG wurde unterdessen verschiedenen Änderungen unterzogen, was für den hier erörterten Gegenstand aber unerheblich ist. Der weitgehend entsprechende Ausweisungstatbestand findet sich heute in § 46 Nr. 2 AuslG.

<sup>30</sup> So auch Teile der Literatur, vgl. etwa – wenngleich ohne Begründung – Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Köln 1986, S. 181, Knemeyer (Fn. 9), S. 259, und Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Göttingen 1995, S. 127.

<sup>31</sup> BVerwG DVBl. 1983, 1067.

<sup>32</sup> BVerwG NJW 1990, 931.

<sup>33</sup> OVG Koblenz, NVwZ 1988, 659; OVG Münster, NJW 1982, 2277; weitere Nachweise zur verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung finden sich bei Reiff/Wohrle, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Stuttgart 1995, § 8 Rdnr. 17.



Es stellt sich damit die Frage, ob für generalpräventive Erwägungen bei einer auf die Zuwiderhandlung folgenden Verwaltungsentscheidung überhaupt noch Platz ist. Denn bei den entsprechenden Normen verbietet sich eine straf- oder sanktionsähnliche Zuschreibung<sup>34</sup>. Mitunter behilft sich die Rechtsprechung an dieser Stelle mit der bloßen Behauptung, daß der Abschreckungsgedanke seinen anerkannten Platz in der polizeilichen Gefahrenabwehr habe<sup>35</sup> und Abschreckung dem Gesetzeszweck, also der öffentlichen Sicherheit, diene. Weder die Ausweisung von straffälligen AusländerInnen aus gefahrenabwehrenden Gründen noch das Entfernen von verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen zur Beseitigung von Gefahrenquellen im Straßenverkehr haben aber ahndenden Charakter. Ihnen ist gemein, daß sie künftigen Störungen der öffentlichen Sicherheit vorbeugen<sup>36</sup> sollen und quasi die Durchführung oder auch Konkretisierung<sup>37</sup> der generellen Verbote darstellen. Sie sind aber nicht mit denselben zu verwechseln oder stellen gar eine rechtliche Einheit dar.

Die hier behandelten Ermessensentscheidungen hätten zu berücksichtigen gehabt, daß das in den Ahndungen liegende Unwerturteil tatbestandliche Voraussetzung ist und das (Straf-)Gesetz die für zulässig zu haltende Generalprävention bei Tatbestand und Rechtsfolge schon berücksichtigt hat. Die gefahrenabwehrende Verwaltungsentscheidung baut auf die Feststellung des sanktionsbewehrten Verhaltens nur auf, und es erschiene bedenklich, wenn ihr eine Ergänzungsfunktion zugeschrieben würde, denn das bedeutete eine nicht vorgesehene Ausweitung des Ermessens. In ihr sind ausschließlich die effektive Gefahrenabwehr hinsichtlich des Gefahrverursachers, also der Zweck der Ermächtigung (§ 114 VwGO), und die Belange der Inanspruchzunehmenden gegeneinander abzuwiegen. Polizeiliche Gefahrenabwehr zielt *ausschließlich* auf die Verhinderung oder Beseitigung von Gefahren, die von Störenden ausgehen<sup>38</sup>. Das verkennen die Gerichte, wenn sie auch der auf eine vorangegangene Sanktion folgenden, gefahrenabwehrenden Verwaltungsentscheidung nochmals normbestätigende oder abschreckende Funktion gesetzessystematisch zuschreiben. Ein Umkehrschluß mag zu Klarheit verhelfen: Denn es wäre unzulässig, ohne daß gegen irgendein Verbot verstoßen worden wäre, bei der Ausübung des polizeirechtlichen Ermessens normverdeutlichende Aspekte zu berücksichtigen. Wie oben gezeigt wurde, darf diese mögliche Wirkung nicht berücksichtigt werden.

Sofern von den Gerichten auf die Zweckbestimmung des Gesetzes abgestellt wird, so übernehmen sie kritiklos die Wertung des Gesetzgebers, ohne die Legitimität derselben zu untersuchen<sup>39</sup>. Wie aber die vorangegangenen Erwägungen zeigen, besteht durchaus Anlaß, an der Zulässigkeit von solchen Zweckzuschreibungen von seiten der Gesetzgebung zu zweifeln. Zwar sind gesetzgeberische Zweckbestimmungen zu beachten, eine schlichte Übernahme sollte sich aber nicht nur für die GesetzesanwenderInnen, sondern auch für die Rechtsprechung, verbieten<sup>40</sup>.

In positiv wie negativ generalpräventiver Hinsicht wirken die sanktionierenden staatlichen Reaktionen auf Rechtsbrüche; der Generalprävention ist daher aus-

34 Vgl. hinsichtlich der ausländerrechtlichen Problematik ausführlich und überzeugend begründet Graebisch (Fn. 16), S. 110 ff.; zum Charakter der ausweisungsrechtlichen Norm auch Kanein/Renner, *Ausländerrecht*, Kommentar, München 1993, § 45 Rdnr. 2; BVerwGE 42, 138.

35 BVerwGE 42, S. 140.

36 Kanein/Renner (Fn. 34), § 45 Rdnr. 2.

37 Rachor (Fn. 14), S. 396.

38 Statt vieler vgl. nur Rachor (Fn. 14), S. 336.

39 So BVerwGE 35, S. 294 f.; 42, S. 138 ff.; 59, S. 113 ff.; 60, S. 76 f.; 78, S. 288 ff.

40 In der ausländerrechtlichen Literatur finden sich durchaus auch kritische Stimmen zu diesem Gesetzeszweck, vgl. etwa Franz, DVBl. 1973, S. 662; Huber, NJW 1976, S. 1008 und Zuleeg, JZ 1980, S. 424.



schließlich strafrechtlicher Charakter zuzuschreiben<sup>41</sup>. Das zeigt, daß solchen Überlegungen nicht nur rechtssystematische Bedenken begegnen, sondern daß auch überhaupt keine Notwendigkeit für Normverdeutlichung und Abschreckung im Verwaltungsverfahren besteht<sup>42</sup>. Gegen generalpräventive Überlegungen im Polizeirecht bestehen also Bedenken, da allein den Straf- und Bußgeldandrohungen, die in der Regel durch Verhaltensgebote und -verbote flankiert werden, eine solche Funktion zugeschrieben werden sollte<sup>43</sup>. Es ist deshalb mit *Heldmann* davon auszugehen, daß sich die Präventionslehre in behandelte Hinsicht aus dem Strafrecht ableitet und dem Gefahrenabwehrgedanken des Ordnungsrechts als systemfremd zu begreifen ist<sup>44</sup>. Um auf den Untersuchungsgegenstand der Zulässigkeit von generalpräventiven Erwägungen bei polizeilichen Freiheitsentziehungen zurückzukommen, ist noch einmal in Erinnerung zu rufen, daß es sich beim Polizeigewahrsam grundsätzlich um eine unabhängig von sanktionsbewehrtem Verhalten vornehmbare Maßnahme handelt. Da die polizeilichen Freiheitsentziehungen tatbestandlich nicht notwendigerweise an solches Verhalten anknüpfen, sind die Ausführungen der Gerichte also nur von mittelbarer Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand und können demnach nicht ohne weiteres für die Zulässigkeit von generalpräventiven Erwägungen bei polizeilichen Entscheidungen über schuldunabhängige Freiheitsentziehungen herangezogen werden. Gleichwohl ist festzustellen, daß die Rechtsprechung auch bestimmten verwaltungsrechtlichen Ermessensentscheidungen diese Funktion zuschreibt und dieser damit eine strafähnliche bzw. strafergänzende, allerdings von der entsprechenden Rechtsmaterie – nämlich dem Strafrecht – nicht vorgesehene Funktion für vertretbar hält.

## 7. Mögliche Konsequenz der Zuschreibung: Terror

Im Folgenden sind die Konsequenzen, die die behandelte Zuschreibung hat, zu beleuchten. Es sei nochmals gesagt, daß sie zur Folge hat, daß Menschen, denen kein hinreichender Schuldvorwurf für eine anderweitige Freiheitsentziehung gemacht werden kann, stellvertretend für andere in Gewahrsam genommen werden dürften. An ihnen können im Einklang mit der sächsischen Auffassung Exempel statuiert werden<sup>45</sup>, und die Gesetzesbegründung zeigt, daß der Gesetzgeber dabei (auch) politisch agierende Menschen im Blick hat, dort als »Rechts- und Links-extremisten« verstanden<sup>46</sup>.

### 7.1. Möglichkeit der politischen Intervention

Es ist davon auszugehen, daß die Abschreckungswirkung auf diejenigen zielen soll, die vergleichbare Mittel der politischen Auseinandersetzung unterstützen oder sich an bestimmten Aktionsformen orientieren bzw. auf andere Weise agitiert werden können. Bei diesen Aktionsformen (etwa Demonstrationen u.a.) handelt es sich nicht, wie aber die Begründung für die Funktionszuschreibung glauben machen will, notwendigerweise um Straftaten, geschweige denn solche, die zu Inhaftierungen nach

<sup>41</sup> Rachor (Fn. 14), S. 252.

<sup>42</sup> Rachor (Fn. 14), S. 256.

<sup>43</sup> Rachor (Fn. 14), S. 256.

<sup>44</sup> Heldmann, *Ausländergesetz*, Kommentar, Frankfurt/Main 1993, § 46 Rdnr. 5; davon, daß dieser Gesichtspunkt nur dem Polizeirecht fremd sei, geht auch Knemeyer (Fn. 9), S. 259, aus.

<sup>45</sup> Kutscha, NJ 1994, S. 546.

<sup>46</sup> Sächs. LTDrucks. 1/4095, Begründung, S. 6. Ähnliche Termini finden sich auch in der Bayrischen Begründung zur Verlängerung des Bayrischen Gewahrsams auf bis zu 14 Tage, vgl. dazu Hirsch, ZRP 1989, S. 81 ff.

den §§ 112 ff StPO Anlaß bieten würden. Denn in solchen Fällen könnten die Betroffenen ohnehin in Haft genommen werden, ggf. aus Gründen der Wiederholungsgefahr von bestimmten, also besonders schweren, Delikten (§ 112 a StPO). Wenn aber solche Gründe für eine Freiheitsentziehung nicht vorliegen, die bloße Gefahrverursachung also nicht für eine Ingewahrsamnahme ausreichen oder ein Unterbindungsgewahrsam besonders lange aufrechterhalten werden soll, so gerät die generalpräventive Maßnahme in eine unvermeidliche Nähe zur politischen Intervention. Die Polizei läuft unweigerlich Gefahr, den Boden der Gefahrenabwehr zu verlassen, selbst zur politischen Akteurin und damit zur Partei in der politischen Auseinandersetzung zu werden. Denn wer aus (auch) abschreckenden Gründen in Gewahrsam genommen werden soll, unterliegt dann auch der politischen Wertung bzw. dem Ziel, bestimmte politische Gruppen oder Strömungen von bestimmtem störenden Verhalten abzuschrecken. An dieser Möglichkeit, nimmt man die sächsische Gesetzesbegründung ernst, kommt man nicht vorbei. Dieser Gesetzeszweck ist aber, wie oben untersucht wurde, nicht legitim, denn die polizeiliche Gefahrenabwehr darf solche Ziele schon aus Gründen der Neutralität nicht verfolgen.

### 7.2. *Das polizeiliche Schutzgut »öffentliche Ordnung« als Einfallstor*

Ein Einfallstor für solche generalpräventiven Erwägungen der Polizei kann das in der Polizei-Praxis heute wenig relevante Schutzgut »öffentliche Ordnung« darstellen<sup>47</sup>. Unter öffentlicher Ordnung werden alle *ungeschriebenen Regeln* verstanden, die nach den jeweiligen, also zeitlichen und räumlichen, herrschenden Auffassungen für das »gedeihliche Zusammenleben« der Menschen unerlässlich sind<sup>48</sup>. Dieses Schutzgut unterliegt einer wohl immer weiter zunehmenden, allerdings auch differenzierten, Kritik in der Literatur<sup>49</sup>, ist jedoch in fast allen Polizeigesetzen der Länder, so auch in Sachsen<sup>50</sup>, auch heute noch enthalten und wurde in die Gesetze sämtlicher »neuer Bundesländer« aufgenommen.

Die öffentliche Ordnung unterliegt einer zeitlichen und räumlichen Wandelbarkeit. Ihre Eigenart besteht gerade darin, daß sie nicht die geschriebenen Gesetze, die das Zusammenleben der Menschen regeln, schützen soll, sondern im weitesten Sinne sozialetische, religiöse, weltanschauliche/politische Auffassungen. Sie besitzt also eine unbestimmte Auffangfunktion<sup>51</sup>. Sie ist damit nicht nur unter Bestimmtheitsgesichtspunkten bedenklich, sondern auch aufgrund ihrer Wandelbarkeit<sup>52</sup> in kürzesten Zeiträumen<sup>53</sup> und der Abhängigkeit von lokalen Gegebenheiten<sup>54</sup>. Die Polizei besitzt mit der entsprechenden Aufgabenzuweisung also eine flexible Möglichkeit zur Ausfüllung des Begriffs und damit der Eingriffsoption.

Generalpräventive Erwägungen bei der polizeilichen Entscheidung über eine Maßnahme können bei einer angenommenen Betroffenheit des Schutzguts der öffentlichen Ordnung in der Weise eingeführt werden, daß ein bestimmtes Verhalten über-

47 Vgl. dazu nur Denninger (Fn. 1), S. 140 f.

48 Die Definition geht im Ursprung auf die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgericht, PrOVGE 91, 139, 140 (1933) zurück, wird jedoch auch heute noch so oder in diesem Sinne verwendet, BVerfGE 69, 352; vgl. auch die Legaldefinitionen des § 3 Nr. 2 SOG LSA und des § 54 Nr. 2 ThürOBG.

49 Vgl. dazu Denninger (Fn. 1), S. 141 ff.; Gotz (Fn. 30), S. 54 ff.; Gusy, aaO, S. 53 ff.; Prumm/Sigrist, Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht, Neuwied 1997, S. 38 ff.; vorsichtiger Knemeyer (Fn. 9), S. 60.

50 § 1 I SächsPolG.

51 Prumm/Sigrist (Fn. 49), S. 38.

52 Denninger (Fn. 1), S. 141.

53 Als Beispiel mag insofern die Rechtsprechung des preußischen OVG dienen, das innerhalb eines Jahres Damenboxkämpfe unter dem Einfluß nationalsozialistischer Ideologie seine Rechtsprechung zur öffentlichen Ordnung den neuen Weltanschauungen anpaßte, vgl. dazu Prumm/Sigrist (Fn. 49), S. 40.

54 Vgl. etwa das Beispiel bei Prumm/Sigrist (Fn. 49), S. 41.

haupt erst und/oder durch ein besonders »entschlossenes Durchgreifen« der Polizei »quasi-sanktioniert« werden soll. Betroffen wären dann wiederum das *Ob* und das *Wie* des Eingreifens. Die öffentliche Ordnung ist damit das Einfallstor für diejenigen Wertungen und Anschauungen, die unabhängig von einer tatsächlichen Gefährdung der gesetzlich geschützten (und zu schützenden!<sup>55</sup>) Rechtsgüter sind, mithin für die Definitionsmacht der Polizei<sup>56</sup>. Abgeschreckt werden dürfte dann auch von schlicht unerwünschten Verhaltensweisen, die je nach Zeit und Ort ganz unterschiedlich und damit unberechenbar sein können.

### 7.3. Eine neue Schutzhaft<sup>57</sup>?

Die Berücksichtigungsfähigkeit von Generalprävention verschafft der polizeirechtlichen Freiheitsentziehung einen neuen Charakter, bei dem insbesondere politische Aspekte kaum zu übersehen sind und vom sächsischen Gesetzgeber ja durchaus auch gewollt werden. Im übrigen finden sich ähnliche Erwägungen auch bei der Begründung der neuen Gewahrsamsregelung im bayrischen Polizeiaufgabengesetz (Bay-PAG). Schon dort wurde dem Verdacht der Einführung einer neuen, allerdings aus der Zeit des NS-Faschismus durchaus auch bekannten, Schutzhaft entschieden widersprochen<sup>58</sup>.

Es soll an dieser Stelle die Schutzhaft historischer Prägung im Hinblick auf Ähnlichkeiten mit der sächsischen Konzeption dargestellt werden. Vorab ist aber zu sagen, daß es dabei natürlich nicht um einen direkten Vergleich der Schutzhaft des NS-Faschismus mit der Gewahrsamsregelung mit sächsischer Zielrichtung geht; das verbietet sich schon wegen der unvergleichbaren politischen Verhältnisse, in denen sie ihre Funktion erfüllen sollen. Vielmehr geht es bei aller Unterschiedlichkeit darum, die Gefahren dieser Bestimmung anhand von faschistischen präventiv-polizeilichen Freiheitsentziehungen zu verdeutlichen<sup>59</sup>.

Die Schutzhaft war integraler Bestandteil der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung auch und gerade im Hinblick auf politisch Oppositionelle im Dritten Reich<sup>60</sup>. Mittels ihrer sollten Verbrechen von Kommunisten und anderen »Staatsfeinden« noch vor ihrer Begehung wirksam unterbunden werden. Dabei war es grundsätzlich unerheblich, ob die abzuwehrende Gefahr aus einer straftatbestandlichen oder nicht-straftatbestandlichen Verhaltensweise zu erwachsen drohte<sup>61</sup>. Rechtssystematisch wurde sie durch ihren Charakter als Vorbeugemaßnahme von Strafen und strafähnlichen Maßnahmen abgegrenzt<sup>62</sup>. Die Dauer der Schutzhaft nach Maßgabe der Schutzhaftverordnung war zunächst auf acht Tage begrenzt, wenn nicht die oberste Landesbehörde den Schutzhaftbefehl bestätigte, später wurde das Verfahren insofern modifiziert, als daß eine vorläufige Festnahme im Sinne der Schutzhaftverordnung (§ 3 SchutzVO) eine Zeit von zehn Tagen nicht überschreiten durfte. Danach war die

<sup>55</sup> Vgl. dazu ausführlich und überzeugend Denninger (Fn. 1), S. 142.

<sup>56</sup> Zum Begriff Feest/Blankenburg, Die Definitionsmacht der Polizei, Düsseldorf 1972, S. 19 ff.

<sup>57</sup> Bisweilen findet der Begriff auch heute noch gelegentlich Verwendung durch Polizisten, so pikanterweise bei der mündlichen Begründung einer Ingewahrsamnahme von AntifaschistInnen, die sich auf dem Weg zu den offiziellen Gedenkfeierlichkeiten anlässlich des fünfzigsten Jahrestages der Befreiung des ehemaligen Frauen-Konzentrationslagers Ravensbrück befanden, vgl. Tageszeitung Junge Welt v. 23. 7. 1998. Mittlerweile hat sich die Polizei für die Ingewahrsamnahme beim Termin vor dem Verwaltungsgericht formlich entschuldigt, vgl. Tageszeitung Junge Welt v. 27. 7. 1998.

<sup>58</sup> Vgl. dazu Blankenagel, DOV 1989, S. 692.

<sup>59</sup> Die wohl ausführlichste Untersuchung stammt diesbezüglich wohl von Werle, anhand dessen Werkes »Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung« (Berlin 1989) hier das Rechtsinstitut der Schutzhaft in seiner systematischen Stellung skizziert werden soll.

<sup>60</sup> Werle, ebd., S. 532.

<sup>61</sup> Werle, ebd., S. 565.

<sup>62</sup> Werle, ebd., S. 533.

präventive Freiheitsentziehung ohne ausdrücklichen Schutzhaftbefehl und unter Einhaltung eines bestimmten »Geschäftsganges« unzulässig<sup>63</sup>. Das allgemeine Verhältnis von strafjustizieller und polizeilicher Prävention war geprägt von der umfassenden Polizeikompetenz außerhalb des engen Bereiches der Gefahrenabwehr durch strafjustizielle Entscheidungen<sup>64</sup>, also etwa durch strafrechtliche Verurteilungen. Das heißt, daß außerhalb der Anknüpfungsfähigkeit der staatlichen Maßnahme an eine Straftat die polizeiliche Generalzuständigkeit begann.

Auch in der Freiheitsentziehung sächsischer Prägung ist die Berücksichtigung politischer Aspekte von Seiten des Gesetzgebers beabsichtigt, und, wie gezeigt wurde, entspricht ein Zweck bzw. eine »Fernziel« des sächsischen Gewahrsams einem Strafzweck, der nach der gesetzlichen Konzeption nur in der Strafgerichtsbarkeit Berücksichtigung finden sollte. Sofern im NS-Faschismus allgemein die polizeilichen Befugnisse immer weiter in den Bereich der Strafgerichtsbarkeit eindringen<sup>65</sup>, so läßt sich durch das besprochene Verständnis der Freiheitsentziehung mit *generalpräventivem Element* auch hier eine entsprechende Tendenz feststellen.

Nach diesen Erwägungen ist dem Ansatz von jeglichem Gesetzgeber, bei polizeirechtlichen Entscheidungen über Freiheitsentziehungen auch generalpräventive Erwägungen einfließen zu lassen, mit größter rechtspolitischer Entschlossenheit entgegenzutreten. Er verändert den Charakter des polizeilichen Gewahrsams in Richtung strafähnlicher Maßnahme und vermag die Option zu *politischer* Intervention nicht zu verschließen. Durch das sächsische Verständnis ist polizeistaatlicher Terror nicht mehr zu verhindern.

## 8. Einzelmeinung?

Um die gegenwärtige Bedeutung der dargestellten Zweckzuschreibung beurteilen zu können, ist noch zu untersuchen, inwieweit die beschriebene Auffassung verbreitet ist bzw. in welchen Bundesländern solche Erwägungen in polizeirechtlichen Ermessenentscheidungen für zulässig gehalten werden. Es sei hier vorangestellt, daß der sächsische Polizeigesetzgebung mit Recht eine Schrittmacherfunktion zugeschrieben wird, wie sich nicht zuletzt in der vielbeachteten Entscheidung des sächsischen Verfassungsgerichtshofes gezeigt hat. Allerdings erscheint es diesbezüglich auch umso zweifelhafter, daß sich das Gericht nicht mit gegenständlichem Gesetzeszweck ausführlich befaßt hat.

### 8.1. Umfrage bei Innenministerien

Zum Zweck der Beurteilung, wie weit das besprochene Verständnis bei den verschiedenen Länderpolizeien ist, wurde vom Verfasser eine Umfrage bei allen anderen Innenministerien gemacht. Es wurde gefragt, wie in den Bundesländern mit generalpräventiven Erwägungen bei polizeirechtlichen Entscheidungen umgegangen wird, ob die genannte Auffassung für vereinbar mit grundlegenden gesetzlichen Konzeptionen (also etwa dem Verhältnis von Straf(verfahrens-)recht und Polizeirecht) gehalten wird und welche rechtspolitische Auffassung zum genannten Themenkreis vertreten wird.

Von den angefragten 15 antworteten bis sechs Monaten nach dem Tag der Anfrage alle Ministerien, an der Repräsentanz der Reaktionen bestehen also keine Zweifel. Die

<sup>63</sup> Werle, ebd., S. 551.

<sup>64</sup> Werle, ebd., S. 566.

<sup>65</sup> Boldt in: Handbuch des Polizeirechts (Hrsg.: Lisk/Denninger), München 1996, S. 26.

Stellungnahmen unterscheiden sich in der Präzision der Antwort hinsichtlich der Fragen zwar ganz erheblich, dennoch war allen Stellungnahmen die grundlegende Auffassung zu generalpräventiven Erwägungen bei polizeirechtlichen Freiheitsentziehungen zu entnehmen. Das galt auch dann, wenn sich einige weitgehend mit der Zitierung des länderspezifischen Gesetzestextes begnügten. In diesen Fällen wird hier unterstellt, daß dort die Meinung vertreten wird, daß alleiniger Zweck eines Polizeigewahrsams die Abwehr einer konkreten Gefahr sein kann und generalpräventive Erwägungen bei der polizeilichen Entscheidung keine Rolle spielen dürfen.

## 8.2. Die Auffassungen im einzelnen

Die Innenministerien stellen nahezu ausnahmslos fest, daß bei polizeirechtlichen Entscheidungen über Freiheitsentziehungen kein Raum für generalpräventive Erwägungen sei. Anknüpfungspunkt sei insoweit ausschließlich die Störereigenschaft des Betroffenen. Die Stellungnahmen stellen darauf ab, daß es insoweit nur auf die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen ankomme<sup>66</sup>.

Daneben werden aber weitere Überlegungen angestellt, die hier ebenso zusammenfassend dargestellt werden sollen. So wird etwa angenommen, daß der sog. Unterbindungsgewahrsam, also eine Freiheitsentziehung zur Verhinderung einer unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Straftat von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit, auf die Verhinderung von Normverstößen abziele und somit eine »generalpräventiv-ähnliche Wirkung« entfaltet werden kann<sup>67</sup>. Diese Wirkung sei aber nicht handlungsleitend und besitze, wie eine andere Stellungnahme sagt, allenfalls den Charakter einer nicht beabsichtigten »mittelbaren Begleiterscheinung«<sup>68</sup>. Ein Zweck der Maßnahme sei darin jedenfalls nicht zu sehen. Zudem wird vermutet, daß eine polizeirechtliche Freiheitsentziehung mittelbar generalpräventive Wirkung haben möge, wenn eine Ingewahrsamnahme angedroht wird<sup>69</sup>. Schließlich wird der Versuch unternommen, die Generalprävention zu differenzieren in eine »im engeren Sinne« und eine »im weiteren Sinne«. In letztgenanntem Sinn sei »die Summe aller staatlichen Maßnahmen zu verstehen, die von ihrer Zielsetzung oder Wirkung darauf gerichtet seien, die Begehung von Straftaten zu verhindern«. Insofern komme dem präventiv-polizeilichen Tätigwerden eine solche Wirkung zu. Allerdings seien Begriffe wie Spezial- und Generalprävention »strafrechtlich besetzt und sollten in Zusammenhang mit dem Polizeirecht zur Vermeidung von Mißverständnissen besser nicht gebraucht werden«<sup>70</sup>.

66 So oder in diesem Sinne die Stellungnahmen des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 29. 5. 1998; des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 11. 8. 1998; der Senatsverwaltung für Inneres Berlin vom 6. 9. 1998; des Senators für Inneres der Freien Hansestadt Bremen vom 7. 7. 1998; der Behörde für Inneres der Freien Hansestadt Hamburg vom 20. 4. 1998; des Hessischen Ministeriums des Innern und für Landwirtschaft, Forsten und Naturschutz vom 14. 5. 1998; des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 30. 4. 1998; des Niedersächsischen Innenministeriums vom 21. 4. 1998; des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 11. 5. 1998; des Ministeriums des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz vom 6. 4. 1998; des Saarlandischen Ministeriums des Innern vom 3. 4. 1998; des Ministeriums des Innern des Landes Sachsen-Anhalt vom 16. 6. 1998; des Innenministeriums des Landes Schleswig-Holstein vom 25. 3. 1998 und des Thüringer Innenministeriums vom Mai 1998.

67 Stellungnahme des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 30. 4. 1998, ähnlich auch die Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 11. 8. 1998, die von einer Ausnahme dann ausgeht, wenn die Abwehr einer konkreten Gefahr gerade dadurch möglich wird, daß eine polizeirechtliche Maßnahme gegen einen Störer in der konkreten Gefahrensituation andere mögliche Störer von entsprechenden Verhaltensweisen abhalte.

68 Stellungnahme des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 29. 5. 1998.

69 Stellungnahme des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 11. 5. 1998.

70 Stellungnahme des Ministeriums des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz vom 6. 4. 1998.

### 8.3. Bewertung

Die Bewertung der Stellungnahmen knüpft an letztgenanntem Punkt an: Die Verwendung des Begriff der Generalprävention wird nämlich ganz offensichtlich in durchaus unterschiedlicher Weise verstanden. Dabei werden Differenzierungen bemüht, die der (Polizei-)Rechtswissenschaft, soweit ersichtlich, bislang völlig unbekannt sind. Genannt seien hier nur generalpräventiv-ähnliche Wirkungen oder auch die Unterscheidung zwischen Generalprävention im engeren und weiteren Sinne. Zuletztgenannte Wirkung scheint im übrigen nichts anderes zu sein als die originäre Polizeiaufgabe der Gefahrenabwehr, denn diese beinhaltet ohnehin auch die Verhinderung von Straftaten, wengleich nicht durch die Berücksichtigung von Generalprävention bei gefahrenabwehrenden Entscheidungen. Diese als identisch mit Abschreckung oder Normbestätigung in einem weiteren Sinne zu begreifen, erscheint aber aufgrund der vorangegangenen Erörterungen kaum nachvollziehbar, denn damit wird die Grenze zwischen Prävention und legitimer Wirkung von strafenden Maßnahmen schlicht aufgegeben. Diese Differenzierung trägt also eher zu einer Verschleierung bei.

Auch die Vermutung einer generalpräventiven Wirkung bei der Androhung einer Ingewahrsamnahme erscheint bei näherer Betrachtung kaum nachvollziehbar, denn wie sollte eine solche Androhung auch aussehen? Sofern sie einem Individuum bzw. einem eingrenzbaaren Personenkreis gegenüber angedroht wird, so entfaltet sie allenfalls eine spezialpräventive Wirkung bei den Adressaten der Ankündigung. Von einer handlungsleitenden Wirkung auf die Allgemeinheit kann also nur bei einer öffentlichen Verbreitung der Androhung (z. B. im Radio, Fernsehen oder durch die Verwendung von Lautsprechern) ausgegangen werden. Diese dürfte aber sowieso lediglich ankündigen, daß eine Ingewahrsamnahme nur bei der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Eingriffsnorm möglich sei. Die Einschätzung der Gefahrenlage obliegt aber ausschließlich der Polizei und wird – anders als Verbote – von der Allgemeinheit im Vorfeld nicht gewußt und muß auch nicht gewußt werden. Folglich kann sich an die Verhinderung der Entstehung einer bloßen Gefahrenlage, die nicht auch Gesetzesverstöße beinhaltet, nicht gehalten werden. Die Aufforderung, keine Straftaten zu begehen, ist dagegen völlig legal, solange nicht die Ingewahrsamnahme als Quasi-Sanktion angedroht wird. Andernfalls läge der Verdacht allzu nahe, daß doch unmittelbar bei der polizeirechtlichen Entscheidung abschreckende Erwägungen eine Rolle spielen. Wie aber die Stellungnahme selber richtigerweise sagt, ist eine solche Berücksichtigung unzulässig. Auch diese Spekulation verhilft daher kaum zur besseren Greifbarkeit des Problems.

Zusammenfassend soll hier festgehalten werden, daß die bloße Verwendung des Begriffs Generalprävention zur Mißverständlichkeit führt, da es sich, wie vereinzelt richtig gesagt wird, um eine ausschließlich strafrechtliche Terminologie handelt, die im Polizeirecht nichts zu suchen hat. Ihre Nutzung führt unweigerlich zu Verschleierungen der vorzunehmenden Ermessenserwägungen bei der Entscheidung z. B. über Ingewahrsamnahmen. Nur auf diese Weise kann im übrigen den Gesetzesanwendern verdeutlicht werden, daß sie sich an die unmittelbaren gesetzlichen Vorgaben zu halten haben. Sofern die Polizei dennoch nicht erkennbare Ermessensverstöße begeht, die z. B. im Polizeibericht nicht erwähnt werden, so handelt es sich dabei um Problematiken des Disziplinar- und ggf. des Strafrechts, die an dieser Stelle aber nicht genauer betrachtet werden sollen.

Es ist zu konstatieren, daß die Polizeigesetzgeber außerhalb von Sachsen eine (Mit-)Berücksichtigung von generalpräventiven Erwägungen bei polizeirechtlichen Freiheitsentziehungen ablehnen und sich die sächsische Auffassung damit (bislang) als Einzelmeinung darstellt.