

darstellte. Davon kann jedoch bei der Durchsuchung der Wohnung der Klägerin und deren erkennungsdienstlichen Behandlung nicht die Rede sein.

Anders liegt es dagegen bei der ebenfalls geltend gemachten Freiheitsentziehung. Denn diese kann, sofern sie rechtswidrig und schuldhaft war, gemäß § 847 BGB bereits als solche einen Schmerzensgeldanspruch nach sich ziehen. Doch läßt sich eine Freiheitsentziehung im Sinne des § 847 BGB im Falle der Klägerin nicht feststellen. Zwar spricht sie selbst in ihrem Klagevorbringen von einer »vorläufigen Festnahme«, wobei sie auf § 127 StPO abstellt. Das ist indessen lediglich ein Rechtsbegriff, der deshalb tatsächlicher Ausfüllung bedarf, woran es dem Klagevortrag fehlt. Und auch in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin selbst auf ausdrückliches Befragen keinerlei tatsächliche Umstände angeben können, die eine Feststellung, daß die Klägerin festgenommen worden sei, rechtfertigen könnten. Vielmehr läßt sich dem Vorbringen der Klägerin lediglich entnehmen, daß sie durch Polizeibeamte aufgefordert worden ist, zur erkennungsdienstlichen Behandlung mitzugehen, und daß sie dem ohne Widerspruch, also freiwillig, nachgekommen ist. Ein solches Geschehen bedeutet jedoch weder eine vorläufige Festnahme noch sonst eine Freiheitsentziehung. Denn diese erfordert die Anwendung von Zwang, woran es im Falle der Klägerin ersichtlich gefehlt hat.

Aber auch soweit die Klägerin ihren Anspruch nunmehr mit dem Hinweis auf das gegen sie geführte Ermittlungsverfahren zu stützen sucht, kann das keinen Erfolg haben. Denn eine solche, zumal gesetzlich vorgesehene, behördliche Untersuchung – lediglich – zur Erforschung des Sachverhalts (§ 160 StPO) bedeutet jedenfalls ohne besondere Umstände, an denen es hier fehlt, keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Menschen.

[. . .]

[Az.: 9 U 701/76]

Anmerkung

zu den beiden vorstehenden Urteilen

Die beiden vorstehenden Urteile sind ein instruktives Beispiel für den zur Zeit in der ordentlichen Justiz beobachtbaren Trend, sich mit polizeilichen Übergriffen auf klassische bürgerliche Freiheitsrechte nicht mehr rechtsdogmatisch auseinanderzusetzen, sondern sie politisch gegen öffentliche Kritik abzuschirmen und justizförmig zu legalisieren. Hintergrund dieser Urteile ist die größte polizeiliche Fahndungsaktion in Berlin seit dem Ende des 2. Weltkriegs, an der unter dem Decknamen »Aktion Winterreise« über 2800 Beamte beteiligt waren – zum Teil mit Maschinenpistolen, Stahlhelmen und Tarnnetzen kriegsmäßig ausgerüstet (vgl. Dokumentation der Humanistischen Union über die Fahndungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Lorenz-Entführung, 2. Aufl., Berlin 1976, S. 62). Die durch Presse, Rundfunk und Fernsehen für die Öffentlichkeit in jeder Phase verfolgbaren Aktionen der »Bewegung 2. Juni« im Rahmen der Entführung des Berliner Parlamentsabgeordneten Peter Lorenz hatten die Berliner Polizei öffentlich in eine Defensive gedrängt, die sie nicht hinnehmen wollte. Während noch die Verhandlungen mit den Entführern liefen, wurde ein Einsatzplan ausgearbeitet, der für den Zeitpunkt, zu dem Lorenz sich lebend und frei melden würde, neben mehreren Straßenfahndun-

gen die Durchsuchung von über 80 Wohnungen vorsah (vgl. den Artikel »Stahlhelme, Gas und blutende Polizisten« aus der Bildzeitung, Berliner Ausgabe, vom 5. März 1975). Die dann in der Nacht zum 5. März 1975 erfolgende Durchsuchung von 79 Wohnungen unter vorläufiger Festnahme von ca. 180 Personen (darunter mindestens 5 Kindern) erbrachte – soweit bekannt ist – keine Hinweise auf die Lorenz-Entführung, weshalb sie im Volksmund den Namen »Aktion Wasserschlag« erhielt. (Dokumentation . . ., a. a. O., S. 62 unter Hinweis auf den Bericht einer vom Polizeipräsidenten eingesetzten Untersuchungskommission vom 14. März 1975) Sie löste statt dessen aufgrund der von den Betroffenen in der Öffentlichkeit bekanntgemachten vielfältigen Übergriffe der Polizeibeamten eine Welle von Protesten aus, die sich justizförmig auf der einen Seite in 16 Strafanzeigen und 111 Dienstaufsichtsbeschwerden gegen Polizisten und Staatsanwälte, 17 Schadensersatzforderungen gegen das Land Berlin von zum Teil über DM 10 000,- und dem hier dokumentierten Schmerzensgeldprozeß niederschlugen, und auf der anderen Seite eine nicht bekannte Zahl von polizeilichen Anzeigen gegen Betroffene wegen Widerstandes und Beleidigung provozierten. (Vgl. Meldung des Berliner Tagesspiegel vom 14. 10. 1975)

Die strafrechtlichen Ermittlungen gegen Beamte sind inzwischen nahezu ausnahmslos von der Anklagebehörde eingestellt. Die dagegen erhobenen Beschwerden sind – soweit bisher über sie entschieden ist – erfolglos geblieben. Die Dienstaufsichtsbeschwerden gegen Staatsanwälte wurden von der Gerichtsverwaltung ausnahmslos zurückgewiesen, die hiergegen eingelegten Rechtsmittel beschied das Kammergericht mit einem einzigen Satz (ohne Kostenentscheidung): »Die Anträge auf gerichtliche Entscheidung von . . . werden verworfen, weil die Antragsteller weder für die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Maßnahmen vom 5. März 1975 noch dafür Tatsachen vortragen, daß sie ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit haben.« (Z. B.: Beschluß des Berliner Kammergerichts vom 22. 9. 1975, Az.: 2 VAs 22/23. 75) Die Dienstaufsichtsbeschwerden gegen Polizisten sind nahezu vollständig zurückgewiesen worden; über die Einleitung von Disziplinarmaßnahmen gegen Polizeibeamte ist bisher nichts bekannt. Die Schadensersatzforderungen wurden ausnahmslos verglichen.

All dies geschah, obwohl die in der Öffentlichkeit wach gewordenen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen in keiner Weise zerstreut werden konnten. Im Gegenteil: aufgrund umfangreicher Untersuchungen trat die Humanistische Union im Mai 1975 mit der oben zitierten Dokumentation an die Öffentlichkeit und stellte als Fazit ihrer Recherchen fest:

»Die Berliner Polizei hat in der Nacht vom 5. März 1975 in zahlreichen Fällen, ohne daß die Voraussetzungen nach den einschlägigen Bestimmungen der Strafprozeßordnung vorlagen, Bürger unserer Stadt festgenommen, erkennungsdienstlich behandelt und ihre Wohnungen durchsucht. Bereits die Auswahl der betroffenen Personen läßt Willkür vermuten. Es besteht daher der erhebliche Verdacht, daß die für den Einsatz Verantwortlichen die Straftatbestände Verfolgung Unschuldiger, Freiheitsberaubung, Nötigung, Hausfriedensbruch erfüllt haben. Wegen der in der Dokumentation geschilderten Exzeßhandlungen einzelner Beamter besteht ferner der Verdacht der Beleidigung, der Bedrohung, der Sachbeschädigung und der Körperverletzung im Amt.« (Dokumentation . . ., a. a. O., S. 5)

Auf diese Feststellung hat die Exekutive bisher nur mit Schweigen reagiert. Und die Dritte Gewalt hat mit Ausnahme des oben zuerst dokumentierten Urteils des Landgerichts Berlin dieses Schweigen als ausreichende Begründung akzeptiert. Die Logik dieser justizförmigen Legalisierung der gesamten Polizeiaktion wird sichtbar, wenn man die Entscheidungsgründe der vom gleichen Tatbestand ausgehenden Spruchkörper vergleicht.

Das Landgericht weist aufgrund seiner rechtsdogmatisch durchaus vertretbaren

Fassung des Schmerzensgeldbegriffs die Klage ab, begründet aber ausführlich die Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahme. Es weicht dabei an keinem Punkt von der herrschenden Grundrechtsinterpretation ab und verzichtet auch auf jede restriktive Interpretation der Strafprozeßordnung. Das Urteil wird zum Dokument eines polizeirechts- und justizpolitischen Skandals, weil es trotz der in ihm dargelegten eindeutigen Rechtslage die einzige »selbstkritische« staatliche Reaktion auf die Vorgänge bleibt und bezüglich dieses selbstkritischen Aspektes dann auch noch vom Kammergericht ohne jede inhaltliche Auseinandersetzung kassiert wird.

Diese »Maßnahme« (von »Begründung« kann man beim besten Willen eigentlich nicht mehr sprechen) des Kammergerichts bedarf in zwei Punkten eines juristischen Kommentars, weil hier Weichen in einer Weise gestellt werden, die eine Legalisierung polizeilicher Maßnahmen in noch viel größerem Umfang zulassen, als er nach der bisherigen Rechtsprechung zum Polizei- und Strafverfahrensrecht möglich zu sein schien. Zum ersten reduziert das Gericht unter der Hand und praktisch ohne jede Begründung die Schrankensystematik des Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) auf den Rahmen, den die Verfassung in Art. 2 Abs. 1 GG für das allgemeine Persönlichkeitsrecht setzt. Indem es feststellt, daß es für die Rechtswidrigkeit der zur Nachtzeit und ohne polizeilichen Durchsuchungsbefehl erfolgten Wohnungsdurchsuchung »keinen Anhalt« gäbe, obwohl die Polizei bis heute nicht einen einzigen plausiblen Grund dafür angegeben hat, warum sie gerade diese Wohnung und nicht jede beliebige andere in Berlin durchsucht hat, gibt es die Unverletzlichkeit der Wohnung jedem überhaupt noch mit polizeilichen Aufgaben in Zusammenhang zu bringenden Zugriff der Polizei frei. Solange die Polizei abstrakt plausibel machen kann, daß sie zur Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung (und damit im Rahmen der »verfassungsmäßigen Ordnung« im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG) tätig wird, kann sie zu jeder Zeit jede Wohnung betreten, wenn sie die Aktion nur großflächig genug angelegt und deshalb wegen der Vielzahl der in Betracht kommenden Wohnungen ein richterlicher Durchsuchungsbeschluß nicht rechtzeitig erwirkt werden kann. Wie die Richter des Berliner Kammergerichts diese Realität mit dem klaren Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 GG vereinbaren wollen, wird wohl ewig ihr Geheimnis bleiben.

Ebenso uneinsichtig ist der Weg, auf dem das Kammergericht zu dem Schluß kommt, der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt des polizeilichen Vorgehens die Freiheit entzogen worden. In der fraglichen Nacht sind aufgrund einer strikten Anweisung der Staatsanwaltschaft, daß alle in den durchsuchten Wohnungen anwesenden Personen, an deren Identität auch nur geringste Zweifel bestehen konnten, erkennungsdienstlich zu behandeln seien, über 180 Personen von der Polizei abtransportiert und bis zu 13 Stunden festgehalten worden. Der Abtransport der Betroffenen erfolgte in mehreren Fällen noch während der Durchsuchung der Wohnung (vgl. Dokument 1., 7., 8., 14. etc. der Dokumentation . . ., a. a. O.) und damit unter Verstoß gegen § 106 Abs. 1 StPO, wonach dem Betroffenen gestattet werden muß, bei der Durchsuchung anwesend zu sein. Angesichts dieser Umstände liegt es auf der Hand, daß die Polizei in keinem Falle bereit gewesen wäre, von einer für notwendig gehaltenen erkennungsdienstlichen Behandlung nur deshalb abzusehen, weil der Betroffene mit ihr nicht einverstanden gewesen ist. Wenn das Gericht – dem diese Umstände ja nicht entgangen sind – trotzdem meint, wer sich der erkennungsdienstlichen Behandlung »ohne Widerspruch« unterzöge, handele »freiwillig« und werde dementsprechend in seiner persönlichen Bewegungsfreiheit nicht behindert, so ist dies eine Interpretation des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, die jede Art von kurzfristiger Freiheitsentziehung praktisch aus dessen Schutzbereich ausschließt. Diese Interpretation des Art. 104 GG ist sowohl in der Literatur wie auch

in der Rechtsprechung beispiellos. Bisher war vielmehr allgemein anerkannt, daß es für das Vorliegen einer hoheitlich ausgesprochenen polizeilichen Sistierungsanordnung nicht darauf ankomme, ob dieser freiwillig oder unter Zwang Folge geleistet wird (vgl. z. B. Hoffmann DVBl 1967, S. 751; Koschwitz, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, Berlin 1969, S. 30 ff.; Verwaltungsgericht Berlin, DÖV 1972, S. 93). Jede andere Auffassung wäre auch mit dem klaren Wortlaut des Art. 104 GG nicht vereinbar. Von einem freiwilligen Verzicht auf die Möglichkeit, »sich nach seinem Belieben« zu bewegen (Holzkotten, in: Bonner Kommentar – 1. Bearbeitung – Art. 104 Anm. II C 1) kann immer nur dann die Rede sein, wenn die Vollzugsbeamten eindeutig zum Ausdruck bringen, daß sie mit einem solchen freiwilligen Verzicht rechnen und andernfalls ihrerseits auf die geplante Maßnahme verzichten. Das Verwaltungsgericht Berlin hat in dem oben zitierten Urteil zutreffend ausgeführt, daß selbst der Umstand, daß ein Polizeibeamter »bittet«, mit zur Wache zu kommen, den Tatbestand der Freiheitsentziehung in keiner Weise aus der Welt schafft. Wenn das Kammergericht in dem dokumentierten Urteil ohne jede Begründung eine andere Meinung vertritt, so beruht das nicht allein auf einer anderen Auslegung des Art. 104 GG, sondern ist Ausdruck eines politischen Programms. Die Polizei soll im Rahmen der »objektiv« nicht erheblich ins Gewicht fallenden Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Sphäre des Bürgers so weit wie möglich freie Hand haben und nicht durch kleinliche Verfahrensvorschriften an einer wirksamen Strafverfolgung und präventiven Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung gehindert werden. Im unerschütterlichen Glauben daran, daß die Polizei schon ihre guten Gründe haben wird, zu tun, was sie tut, verzichtet das Kammergericht auf eine exakte und objektive Beschreibung der im Grundgesetz gegen staatliche Willkür aufgerichteten Schranken. Legalität heißt dann nicht mehr Festlegung der Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Maßnahmen vorab, sondern nachträgliche Einpassung der staatlichen Maßnahmen in einen vom Gericht selbst definierten Zusammenhang grundsätzlich vermuteter Rechtsstaatlichkeit. Selbst mit viel Phantasie vermag man sich kaum noch eine polizeiliche Aktion vorzustellen, die nach Meinung des Kammergerichts in diesen Zusammenhang nicht mehr hineingehören würde.

Wie aktuell dieses politische Programm ist, zeigt sich nicht nur in den verschiedenen Vorschlägen zur Ausweitung der polizeilichen Befugnisse in bestimmten Einzelfällen und durch Extensivierung der »Generalklausel«, die der von der Innenministerkonferenz verabschiedete Musterentwurf für neue Landespolizeigesetze enthält (vgl. dazu Funk/Werkentin, KJ 4/76, S. 412–414). Entscheidender dokumentiert sich dieses Programm der Unterwerfung der formellen Legalität unter die Erfordernisse einer mit dem Begriff des »Notstands« unterstellten zwingenden Notwendigkeit materieller Wirksamkeit polizeilicher Maßnahmen in der öffentlichen Diskussion über die seit der Spiegelveröffentlichung über den Fall »Traube« bekannt gewordenen Abhörpraktiken der Kripo und des Verfassungsschutzes. Das Kammergericht hat in dem hier abgedruckten Urteil vom Dezember 1976 bereits in der Form seiner Begründung vorweggenommen, was nun in den Stellungnahmen der Exekutive auch inhaltlich zum Ausdruck kam: daß die Verwalter des Rechtsstaats die von der Rechtsdogmatik entwickelten Systeme zur Beschränkung staatlicher Machtausübung und zur Freihaltung einer »Intimsphäre« bürgerlicher Individualität von staatlicher Einmischung nicht als absolute, sondern nur als relative Begrenzung ihrer Maßnahmen akzeptieren. Es ist kein Zufall, daß gerade die »liberalen« Exponenten der Rechtsdogmatik dabei die ersten waren, die diese Relativität besonders herausstellten und den »übergesetzlichen« Notstand zum Programm erhoben. Bereits das Urteil des Kammergerichts zeigt, daß die »liberale«

Rechtsdogmatik angesichts der Realität des Polizeiwesens seit 1972 nur zwei Möglichkeiten hat: sie kann – wie in dem dokumentierten Urteil – abdanken und das Feld justizförmig kanalisiertem Opportunitätserwägungen überlassen. Oder sie muß die Realität als »Ausnahme« in das System inkorporieren, wobei dann die Frage nach dem Verhältnis von Ausnahme und Regel und dem Sinn der Ausnahme nicht mehr gestellt werden darf. Und der frühere liberale Strafrechtler und jetzige Berliner Justizsenator Baumann hat für solche Bürger, die wie der Vorstand der Humanistischen Union in einer viertelseitigen Zeitungsanzeige im Hinblick auf das dokumentierte Urteil des Kammergerichts fragen, ob solche Überlegungen noch »Rechtsprechung« seien und im »Namen des Volkes« erfolgen dürfte auch gleich die richtige Antwort parat:

»Mit der . . . Anzeige haben die Initiatoren . . . auch bei Anlegung großzügiger Maßstäbe und vollem Verständnis für engagiertes Verteidigen von Freiheitsrechten den Boden nützlicher Auseinandersetzung verlassen. Mit ihrer Behauptung, Berliner Gerichte hätten es nicht gewagt, »rechtswidriges Verhalten der Polizei zu ahnden«, gleiten sie in billige, wenn nicht gefährliche Polemik ab.« (Berliner Tagesspiegel vom 11. Februar 1977, S. 10).

Wie man aber angesichts von Vorfällen wie beispielsweise denen vom 5. März 1975 in Berlin einerseits und einer Rechtsprechung wie beispielsweise der dokumentierten andererseits die Freiheitsrechte noch verteidigen soll, ohne den »Boden nützlicher Auseinandersetzungen« nicht zu verlassen, darüber schweigt der Senator sich aus.

Martin Jacobs

Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 18. August 1976

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache
des Diplom-Handelslehrers [. . .], Klägers,
gegen
das Land Berlin, [. . .], Beklagten,

hat das Verwaltungsgericht Berlin, VII. Kammer, aufgrund der mündlichen Verhandlung am 18. August 1976 durch den Vorsitzenden Richter Bitzer, den Richter Rauskolb, die Richterin Citron-Piorkowski, die ehrenamtliche Richterin Krüger, die ehrenamtliche Richterin Ueberrick für Recht erkannt:

Der Beklagte wird unter Aufhebung der Bescheide des Senators für [. . .] vom 22. April 1975 und vom 19. Juni 1975 verpflichtet, den Kläger – sofern bei ihm die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen – unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zum nächsten Einstellungstermin zum Studienreferendar zu ernennen und in den Vorbereitungsdienst für das Amt des Studienrats (kaufmännischer Bereich) aufzunehmen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar.