

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

Doppelfunktionale Maßnahmen in der polizeilichen Praxis

Von Martin Nolte

I. Die praktische Tätigkeit der Polizei ist vielfältig. Die nach außen hin in Erscheinung tretenden Tätigkeiten bezeichnet man als Maßnahmen. Sie sind nur im Rahmen der gesetzlichen Aufgaben zulässig. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die polizeilichen Aufgaben beschreiben die allgemeinen Handlungsräume der polizeilichen Tätigkeit. Außerhalb dieser Handlungsräume sind polizeiliche Maßnahmen stets unzulässig. In welchem Handlungsraum sich die konkrete Maßnahme der Polizei bewegt, ergibt sich aus deren Zweck. Führt die Maßnahme zu einem Grundrechtseingriff, reicht das Vorliegen einer gesetzlichen Aufgabe allein nicht aus. Die Polizei benötigt in diesen Fällen eine gesetzliche Ermächtigung bzw. Befugnis. Aus dieser ergeben sich die Voraussetzungen und die Rechtsfolge grundrechtseingreifender Maßnahmen. Dies verlangt der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes.

II. Aufgabendualismus von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

Die Aufgaben der Polizei werden herkömmlich in zwei Kategorien eingeteilt. Deshalb spricht man von einem Aufgabendualismus. Zu unterscheiden sind präventive Gefahrenabwehr und repressive Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Die Aufgabe der präventiven Gefahrenabwehr ergibt sich aus § 1 Abs. 1 S. 1 ASOG Bln¹. Danach hat die Polizei die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Zur öffentlichen Sicherheit gehören die Funktionstüchtigkeit des Staates und seiner Einrichtungen, Individualrechte sowie die gesamte Rechtsordnung. Die Aufgabe der Gefahrenabwehr lässt sich an folgendem Vorgehen verdeutlichen:

Beispiel 1:

Auf einem Privatgrundstück befindet sich eine Linde. Nach einem heftigen Sturm drohen schwere Äste des Baumes auf einen angrenzenden Bürgersteig zu fallen. Auf dem Bürgersteig findet ein reger Fußgängerverkehr statt. Die Polizei gibt dem Eigentümer des Grundstücks auf, die Bäume abzunehmen. Die Maßnahme dient der präventiven Gefahrenabwehr. Es geht um die gefahrenfreie Benutzbarkeit des Bürgersteigs als eine staatliche Einrichtung und die Abwehr von Gefahren für Leib und Leben der Fußgänger. Die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten steht nicht in Rede.

Die Aufgabe der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten ergibt sich nicht aus § 1 ASOG Bln². Sie zählt zum gerichtlichen Verfahren. Dieses zählt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Von dieser Kompetenz hat der Bund durch Regelungen in der bundesrechtlichen Strafprozessordnung und im Ordnungswid-

rigkeitengesetz Gebrauch gemacht. Der Landesgesetzgeber beschränkt sich auf die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten (§ 1 Abs. 3 Var. 2 ASOG Bln³). Im Übrigen verweist er mit der „Brückenvorschrift“ des § 1 Abs. 3 ASOG Bln⁴ auf andere Rechtsvorschriften, aus denen sich weitere Aufgaben der Polizei ergeben. Zu diesen Rechtsvorschriften zählen die § 163 Abs. 1 S. 1 StPO und § 53 Abs. 1 S. 1 OWiG. Nach § 163 Abs. 1 S. 1 StPO hat die Polizei Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Nach § 53 Abs. 1 S. 1 OWiG haben die Beamten des Polizeidienstes Ordnungswidrigkeiten zu erforschen und dabei alle unaufschiebbaren Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Bei diesen Aufgaben handelt es sich um die repressive Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Diese Aufgabe lässt sich an folgender Maßnahme darstellen:

Beispiel 2:

A wird eines Raubes gemäß § 249 StGB verdächtigt. Die Polizei vermutet, dass sich die Beute in seiner Wohnung befindet. Deshalb durchsucht sie die Wohnung des A. Die Durchsuchung dient der repressiven Strafverfolgung. Es geht um das Auffinden von Beweisgegenständen, um den vermeintlichen Räuber A zu überführen. Polizeiliche Gefahrenabwehr steht nicht in Rede. Von der Beute und dem vermeintlichen Räuber drohen keine Gefahren.

III. Begriff und Erscheinungsformen doppelunktionaler Maßnahmen

Die Zuordnung der polizeilichen Tätigkeit zur präventiven Gefahrenabwehr oder repressiven Strafverfolgung fällt in einigen Konstellationen leicht. Dies zeigen die ersten beiden Fälle. Im ersten Fall geht es ausschließlich um Gefahrenabwehr. Die Verfolgung einer Straftat ist nicht ersichtlich. Im zweiten Fall geht es ausschließlich um Strafverfolgung. Eine Gefahr scheidet aus.

1. Erscheinungsformen („echter“) Doppelfunktionalität
Maßnahmen in der polizeilichen Praxis verfolgen jedoch vielfach mehrere Zwecke. Oft haben sie präventive und repressive Funktionen zugleich. In diesen Fällen spricht man von („echten“) doppelunktionalen Maßnahmen. Die Doppelfunktionalität bezieht sich auf die Maßnahme der Polizei (und nicht etwa auf den zugrunde liegenden Sachverhalt). Sie ist eingriffsbezogen und bezeichnet den Rechtscharakter des polizeilichen Handelns⁵.

Dies zeigen folgende Beispiele:

Beispiel 3:

Die Polizei observiert einen mutmaßlichen (Serien-)Brandstifter durch Video-Überwachung. Ihre Absicht ist es, weitere Brandstiftungen zu verhindern und den Überwachten als Brandstifter zu

überführen. Die Observation dient der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung zugleich.

Beispiel 4:

Die Polizei beschlagnahmt eine Schusswaffe, die ein Teilnehmer an einer öffentlichen Versammlung mit dem Ziel der Verletzung von Personen mit sich führt. Die Beschlagnahme der Schusswaffe dient Beweis Zwecken im Rahmen der Strafverfolgung (vgl. § 27 VersammlG) und der Abwehr von Gefahren für Leib und Leben von Personen.

Beispiel 5:

Die Polizei nimmt den Schwiegersohn fest, der sich in einer hohlen Gasse auf die Lauer gelegt hat, um seine gerade erscheinende Schwiegermutter zu erschießen. Die Festnahme dient der Aufklärung der versuchten Tötung und dem Schutz der Schwiegermutter. Die Maßnahmen in den Beispielen 3 bis 5 haben doppelfunktionalen Charakter. Sie dienen einem doppelten Zweck: Zum Einen zielen sie auf präventive Gefahrenabwehr, zum anderen bezwecken sie Strafverfolgung. Im Übrigen zeigen die Beispiele die tatsächlichen Umstände und Gegebenheiten für doppelfunktionale Maßnahmen. Sie werden als Gemengelagen oder als tatsächlicher Bezugsrahmen bezeichnet⁶. Mit Blick auf das jeweilige Entwicklungsstadium einer strafbaren Handlung sind drei Konstellationen zu unterscheiden:

- Die Straftat ist vollendet und beendet und eine weitere Straftat droht (Beispiel 3).
- Die Straftat ist vollendet, aber nicht beendet. Eine weitere Gefahr besteht (Beispiel 4).
- Das Handeln ist in das Stadium des strafbaren Versuchs getreten und die Rechtsgutverletzung droht (Beispiel 5).

Wichtig bei alledem ist, dass sich der Begriff der Doppelfunktionalität nicht auf den tatsächlichen Bezugsrahmen, sondern den Rechtscharakter der polizeilichen Maßnahme bezieht.

2. Fälle keiner („unechter“) Doppelfunktionalität

Das Phänomen der doppelfunktionalen Maßnahme ist von drei Konstellationen abzugrenzen. Keine Doppelfunktionalität liegt erstens vor, wenn sich die gefahrenabwehrende Zwecksetzung auf die Auslösung der general- oder spezialpräventiven Effekte der Strafverfolgung beschränkt und lediglich eine „Begleiterscheinung“ ist. Denn jede Strafverfolgung dient zugleich der Abschreckung potenzieller Täter und der Besserung aktueller Straftäter. Dies reicht aber für die Annahme einer doppelfunktionalen Maßnahme nicht aus. Erforderlich ist vielmehr eine darüber hinaus gehende eigenständige präventive Wirkung der Maßnahme⁷.

Keine Doppelfunktionalität liegt zweitens vor, wenn mehrere zusammenhängende Maßnahmen vorgenommen werden, von denen einige ausschließlich der Gefahrenabwehr und einige ausschließlich der Strafverfolgung dienen. Dies zeigt Beispiel 6:

Beispiel 6:

Zur Beendigung einer Hausbesetzung werden mehrere Personen durch die Polizei zum Verlassen des Hauses aufgefordert. Die Personen weigern sich, das Haus zu verlassen. Deshalb werden sie weggetragen. Anschließend werden sie wegen Hausfriedensbruchs vernommen. Im Beispiel 6 stehen alle Maßnahmen in einem Lebenszusammenhang. Sie können klar voneinander getrennt werden und dienen für sich genommen entweder der Gefahrenabwehr (Platzverweis und Wegtragen) oder der Strafverfolgung (anschließende Vernehmung). Eine doppelfunktionale Maßnahme liegt nicht vor. Und drittens liegt keine Doppelfunktionalität vor, wenn die Bewältigung eines Sachverhalts zugleich zwei Maßnahmen zur Erledigung von Aufgaben unterschiedlicher Zielrichtung – einerseits präventiven, andererseits repressi-

ven Zielen – erfordert und die Polizei außerstande ist, beide Maßnahmen vorzunehmen. In diesem Fall spricht man von einer Aufgabenkollision⁸. Diese kann an Beispiel 7 dargestellt werden:

Beispiel 7:

Der PKW-Fahrer P hat nachts einen Unfall verursacht. Bei diesem ist der PKW-Fahrer F lebensgefährlich verletzt worden. P ist flüchtig. Kurze Zeit später erscheint der Polizist O an der Unfallstelle. Er kann F „erste Hilfe“ leisten, um möglicherweise dessen Leben zu retten, oder P zwecks Verfolgung von Straftaten (§§ 142, 229 StGB) sofort nacheilen.

Im 7. Fall muss sich O zwischen zwei unterschiedlichen Maßnahmen mit unterschiedlicher Zielrichtung entscheiden („entweder-oder“). Im Falle einer doppelfunktionalen Maßnahme stünde für ihn nur eine Maßnahme in Rede („sowohl-als-auch“). Deshalb ist der Fall der Aufgabenkollision nicht mit Doppelfunktionalität zu verwechseln. Nur beiläufig sei bemerkt, dass die Aufgabenkollision im Einzelfall durch einfallbezogene Güter- und Pflichtenabwägung unter Einbeziehung des Legalitätsprinzips zu lösen ist⁹. Danach gilt folgendes Prinzip: Je bedeutender das betroffene Rechtsgut und je gravierender und lebensbedrohlicher die Verletzungen für das Opfer, desto eher ist dem Prinzip der Prävention der Vorrang einzuräumen. Erforderlichenfalls müssen Verfolgungsmaßnahmen zurückgestellt werden oder gänzlich unterbleiben. So ist es hier. F ist lebensgefährlich verletzt. O kann möglicherweise das Leben des F retten. Deshalb muss er zunächst „erste Hilfe“ leisten. Ggf. kann er über Funk die Ermittlung des P veranlassen.

IV. Rechtsfragen doppelfunktionaler Maßnahmen und ihre Lösung

Doppelfunktionale Maßnahmen haben erhebliche Auswirkungen auf die polizeiliche Praxis. Dabei werden sie unter vier verschiedenen Aspekten diskutiert¹⁰. Aus Sicht des handelnden Polizisten stellt sich zunächst die Frage nach der in Betracht kommenden Befugnisnorm bzw. Ermächtigungsgrundlage für sein Handeln. Liegt der Schwerpunkt im Gefahrenabwehrrecht, kommt ausschließlich eine gefahrenabwehrrechtliche Befugnisnorm in Betracht. Damit verbunden ist die mitunter strittige Verteilung der Weisungsbefugnis zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft. Richtet sich das Handeln des Polizisten nach Gefahrenabwehrrecht entscheidet der Polizeipräsident; ist das Handeln Strafverfolgung, so erteilt der Staatsanwalt die maßgeblichen Weisungen. Die Doppelfunktionalität der Maßnahme wird drittens relevant bei dem Rechtsweg, den der von der Maßnahme betroffene Bürger zur Überprüfung derselben beschreiten muss. Handelt es sich um Gefahrenabwehr, so ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet. Bei repressiven Maßnahmen entscheidet hingegen die ordentliche Gerichtsbarkeit gemäß § 23 EGGVG bzw. analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO. Und schließlich wirkt sich der Schwerpunkt auch auf die Kostenpflicht für die Maßnahme aus. Handelt es sich um eine Gefahrenabwehrmaßnahme, gelten zumindest auch landesgesetzliche Ausgleichsansprüche. Bei repressiven Verfolgungsmaßnahmen gilt ausschließlich Bundesrecht.

1. Lösung nach Schwerpunkt („Schwerpunktformel“)

Die Lösung der aufgezeigten Rechtsfragen bemisst sich nach dem Schwerpunkt der doppelfunktionalen Maßnahme. Über diese Feststellung herrscht weitgehend Einigkeit¹¹. Der Schwerpunkt der Maßnahme soll darüber entscheiden, ob sich der doppelfunktionale Eingriff allein auf eine gefahrenabwehrrechtliche oder strafprozessuale Befugnisnorm stützt, der Polizeipräsident

oder der Staatsanwalt weisungsbefugt ist, der Bürger den Verwaltungsrechtsweg oder den ordentlichen Rechtsweg beschreiben muss und landesgesetzliche Ausgleichsansprüche in Betracht kommen oder ausschließlich Bundesregelungen.

Umstritten ist jedoch, wie der Schwerpunkt einer Maßnahme zu bestimmen ist¹². Theoretisch kann dies aus zwei Blickwinkeln erfolgen. Zum Ersten könnte man auf die Sicht des handelnden Beamten abstellen etwa in ihrer Manifestation gegenüber dem Bürger. Zum Zweiten könnte man vom Standpunkt des von der Maßnahme betroffenen Bürgers oder eines außenstehenden objektiven Dritten urteilen. Dies zeigt Beispiel 8:

Beispiel 8:

Der 18-jährige Schüler S kündigt über das Internet sehr glaubhaft an, dass er am nächsten Tag mit einer Schusswaffe ein „Blutbad“ mit zahlreichen Toten in der Schule anrichten wolle. Der Polizist P stößt durch planmäßige Recherche auf die Ankündigung des S. Er veranlasst noch am selben Tag eine Durchsuchung im Wohnhaus von S. Dabei wird die Schusswaffe beschlagnahmt. Auf Nachfrage des S begründet P die Durchsuchung und die Beschlagnahme vor allem damit, dass gegen S der Verdacht des illegalen Besitzes einer Schusswaffe bestehe und die Maßnahmen der Verfolgung einer möglichen Straftat (§ 51 Waffengesetz) dienen. S ist verwundert, da er eine Erlaubnis zum Besitz der Schusswaffe hat. Er nahm an, dass bei der Durchsuchung und der Beschlagnahme die Verhinderung des „Blutbades“ im Vordergrund gestanden hätte.

Das 8. Beispiel macht das Problem bei der Bestimmung des Schwerpunktes deutlich. Aus Sicht des handelnden P steht die Strafverfolgung im Vordergrund. Sein subjektiver Wille hat sich in der Begründung gegenüber S manifestiert. Ihm geht es im Schwerpunkt um die Verfolgung des möglichen illegalen Waffenbesitzes. Aus Sicht des S steht jedoch die Verhinderung des „Blutbades“ im Vordergrund. Diese Auffassung würde auch von einem objektiven Betrachter geteilt. Subjektive Einschätzung des P und Perspektive des betroffenen Bürgers S sowie außenstehender Dritte divergieren.

Aus diesem Umstand erwächst ein Dilemma. Unklar ist, nach welchen Befugnisnormen der Polizist gehandelt hat, wer weisungsbefugt war, welchen Rechtsweg S möglicherweise zu beschreiten hat und nach welchen Bestimmungen sich etwaige Ausgleichsansprüche des S richten. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt Rechtsklarheit. Der Schwerpunkt der Maßnahme ist deshalb eindeutig zu bestimmen.

2. Bestimmung des Schwerpunktes („Dominanzentscheidung“)

Die Bestimmung des Schwerpunktes erfolgt stets durch den handelnden Beamten im Zeitpunkt der Maßnahme. Er macht sich klar, ob seine Maßnahme von gefahrenabwehrrechtlichen oder strafprozessualen Zwecken dominiert wird. Diese Überlegung nennt man Dominanzentscheidung. Dabei hat er zwar eine gewisse Definitions- und Gestaltungsmacht. Diese ist aber nicht mit Willkür zu verwechseln. Die Dominanzentscheidung beruht vielmehr auf einer umfassenden Bewertung der beteiligten Interessen im Rahmen einer Güter- und Pflichtabwägung. Das Ziel der Entscheidung besteht in der Auflösung des Spannungsfeldes zwischen dem vom Ermessen geleiteten Schutzauftrag einerseits und dem in den §§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO verankerten Legalitätsprinzip andererseits. Entscheidend sind dabei objektive, aus der Verfassung ableitbare Abwägungskriterien¹³.

Für eine Dominanzentscheidung zugunsten der Gefahrenabwehr sprechen etwa die Art und Höhe bzw. der Umfang des

drohenden Schadens, der Rang und die Bedeutung bzw. Gewichtung der bedrohten Rechtsgüter und der Grad der Gemeenschädlichkeit und die Zahl der betroffenen Rechtsgutträger. Weiterhin maßgeblich ist das Ausmaß der Bedrohung, die Unmittelbarkeit bzw. Gegenwärtigkeit der Gefahr bzw. Störung und die Dringlichkeit der Gefahren- bzw. Störungsbeseitigung und Prognosewahrscheinlichkeit. Auch die Gefahr der Begehung oder Fortsetzung einer Straftat, das Maß der Gefährlichkeit bzw. Entschlossenheit des Störers und die Unvollständigkeit der Gefahren- bzw. Störungsbeseitigung bei Anwendung einer strafprozessualen Befugnisnorm sind für die Gefahrenabwehr entscheidend.

Für eine Dominanzentscheidung zugunsten der Strafverfolgung streiten demgegenüber das Vorliegen eines Anfangsverdachts, die Stärke des Tatverdachts, die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. StPO. Weiterhin von Bedeutung sind das Begehungsstadium der Straftat (Versuch, Vollendung, Beendigung; in letzterem Fall scheidet Prävention in Gestalt der Verhütung der begangenen Straftat aus) sowie die Schwere bzw. Intensität der Straftat, die Bedeutung des staatlichen Strafanspruchs und die Höhe der im Einzelfall zu erwartenden Strafe. Schließlich sind auch der Umfang des Schuldvorwurfs und das Vorliegen eines ggf. erforderlichen Strafantrags zu berücksichtigen.

Die vorgenannten Kriterien gelten nicht absolut. Erforderlich ist vielmehr eine umfassende und flexible Gesamtschau nach dem Prinzip „je-desto“. Das bedeutet, je bedeutender das gefährdete Rechtsgut und der diesem drohenden Schäden, desto eher steht die Gefahrenabwehr im Vordergrund. Oder umgekehrt: Je stärker der Tatverdacht und die Schwere und Intensität der Straftat, desto eher steht die Strafverfolgung im Vordergrund. Weicht die subjektive Festlegung des handelnden Polizisten von dem Standpunkt eines pflichtgemäßen Durchschnittsbeamten ab, so ist die Dominanzentscheidung rechtswidrig.

Bezogen auf den 8. Fall bedeutet dies Folgendes: P handelt vor allem zum Zwecke der Strafverfolgung. Im Vordergrund steht der möglicherweise illegale Besitz der Schusswaffe. Ein pflichtgemäßer Durchschnittsbeamte würde demgegenüber den gefahrenabwehrrechtlichen Aspekt in den Vordergrund stellen. Dies ergibt sich aus mehreren Umständen. S kündigt ein „Blutbad“ mit zahlreichen Toten an. Die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter (Leib und Leben) sowie der Umfang der ihnen drohenden Schäden (Zerstörung), die Zahl der betroffenen Rechtsgutträger (zahlreich) sowie die Gegenwärtigkeit der Gefahr (am nächsten Tag) und deren Wahrscheinlichkeit (sehr glaubhafte Ankündigung) sprechen eindeutig für einen gefahrenabwehrrechtlichen Schwerpunkt. Denn auf der anderen Seite ist unklar, ob S überhaupt eine Straftat begangen hat. Dies wird von P lediglich vermutet. Zwar handelt es sich bei dem illegalen Besitz einer Schusswaffe um ein Verbrechen, das mit einer Freiheitsstrafe von einem bis fünf Jahren bestraft wird. Allerdings wiegt diese Straftat im Verhältnis zu den drohenden Verbrechen („Blutbad“) weniger schwer. Hinzu kommt schließlich, dass der S auch bei illegalem Besitz einer Schusswaffe wegen seines Alters mit einer tendenziell geringeren Strafe zu rechnen hätte. Der Schwerpunkt der Maßnahme liegt also auf der Gefahrenabwehr. Die Dominanzentscheidung des P ist daher fehlerhaft. Die von ihm getroffenen Maßnahmen sind deshalb rechtswidrig¹⁴.

3. Zweifelsfälle („Prädominanz der Prävention?“)

Schließlich gibt es Zweifelsfälle, in denen ein eindeutiger Schwerpunkt auch nach pflichtgemäßer Güter- und Interessenabwägung entweder nicht feststellbar ist oder zumindest Zweifel an ei-

nem eindeutigen Schwerpunkt verbleiben. Eine klare und häufig zeitige Dominanzentscheidung im Wege einer Abwägungsentscheidung misslingt.

In dieser Situation plädieren einige für eine Prädominanz der Prävention: Prävention gehe im Zweifel vor¹⁵. Zur Begründung verweisen sie auf den staatlichen Schutzauftrag. Dieser sei in der Verfassung verankert. Hinzu komme der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz. Dieser sei gegenüber demjenigen der Strafprozessordnung effektiver. Andere lehnen wiederum einen prinzipiellen Vorrang der Prävention ab¹⁶. Sie verweisen auf Aussagen des Bundesverfassungsgerichts. Danach sei die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs neben wirksamer Gefahrenabwehr von erheblicher Bedeutung. Gleiches gelte für eine funktionsfähige Strafrechtspflege. Beide Aspekte gehörten zum Gebot der Rechtsstaatlichkeit. Dieses Gebot habe Verfassungsrang. Die pauschale Annahme einer Prädominanz der Prävention würde darüber hinaus der Aufweichung fundamentaler strafprozessualer Grundsätze Vorschub leisten. Tatverdächtige könnten mit Mitteln des Polizeirechts gegen ihren Willen zu Beweissicherungszwecken gezwungen werden und sich damit selbst belasten. Dies widerspreche strafprozessualen und rechtsstaatlichen Grundsätzen.

Die vorgetragenen Argumente sind zwar richtig. Ein prinzipieller Vorrang zugunsten von Prävention oder Repression ist ihnen allerdings nicht zu entnehmen¹⁷. Entscheidend sind vielmehr die Aussagen der Verfassung. Danach bestehen in bestimmten Fällen gefahrenabwehrrechtliche Schutzaufträge genauso wie das staatliche Interesse an effektiver Strafverfolgung. Beide Interessen kollidieren miteinander. Ist eine Kollision nach Bedeutung und Grad der betroffenen Interessen und Güter nicht auflösbar, so hat der Beamte ein Wahlrecht. Starre Prinzipien, die ihm in der gleichwertigen Kollision von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung ein bestimmtes Handeln befahlen, sind der Verfassung fremd. Das in den §§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO verankerte Legalitätsprinzip schreibt zwar die Pflicht zum Einschreiten vor. Allerdings besteht die Aufgabe des Legalitätsprinzips nicht darin, den verfassungsrechtlichen Konflikt zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu lösen. Den Wirkungsbereich präventiver Befugnisse soll es nicht einschränken. Daher verfügt der Beamte über ein Wahlrecht. Dessen Ausübung ist jedenfalls unter dem Blickwinkel der Dominanzentscheidung nicht zu beanstanden.

V. Konsequenzen der Schwerpunktbestimmung

Die Bestimmung des Schwerpunktes hat erhebliche Rechtsfolgen. Zum Ersten bestimmt sie den Aufgabenkreis der maßgeblichen Ermächtigungsgrundlage. Zum Zweiten richtet sich der Rechtsweg nach dem Zweck der polizeilichen Maßnahme.

1. Aufgabenkreis der Ermächtigungsgrundlage

Die Dominanzentscheidung bestimmt zunächst den Aufgabenkreis der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage. Nimmt der Polizeibeamte eine pflichtgemäße Güter- und Interessenabwägung vor und trifft auf deren Grundlage eine (ordnungsgemäße) Dominanzentscheidung, so stehen ihm entweder gefahrenabwehrrechtliche oder strafprozessuale Ermächtigungsgrundlagen zur Verfügung. Mit anderen Worten: Nach der Entscheidung über den Schwerpunkt der Maßnahme steht ihm ein Wahlrecht über die Anwendung einer gefahrenabwehrrechtlichen oder strafprozessualen Ermächtigungsgrundlage nicht mehr zu¹⁸. Diese Grundsätze gelten auch für die Zweifelsfälle nach Festlegung auf einen bestimmten Zweck. Hätte sich P also im 8. Fall nach ordnungsgemäßer Güter- und Pflichtenabwägung für die Gefahrenabwehr als Schwerpunkt seines Handelns entschieden, so stün-

den ihm ausschließlich gefahrenabwehrrechtliche Eingriffsbefugnisse (etwa §§ 36, 38 ASOG Bln¹⁹) zur Verfügung. Auf vergleichbare strafprozessuale Eingriffsbefugnisse (§§ 94 ff., 102 StPO) darf er sich nicht berufen.

Einige Stimmen plädieren zwar in dieser Situation für eine alternative Befugnisabstützung der Maßnahme (sog. Doppelprüfungslehre²⁰). Der Polizist habe auch nach der Dominanzentscheidung ein Wahlrecht, Befugnisse aus dem Gefahrenabwehrrecht oder der Strafprozessordnung heranzuziehen. Es komme lediglich darauf an, dass sich die Rechtmäßigkeit einer doppelunktionalen Maßnahme aus einer Befugnisnorm der beiden Aufgabenkreise ergebe. Der Polizist wolle im Zweifel rechtmäßig handeln. Deshalb sei es irrelevant, ob sich die Rechtmäßigkeit seiner Maßnahme auf eine gefahrenabwehrrechtliche oder strafprozessuale Befugnis zurückführen lasse. Zur Begründung dieser Auffassung wird auf die Vorschrift des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG verwiesen. Danach entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.

Diese Ansicht vermag jedoch nicht zu überzeugen. So gibt es erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Doppelprüfung²¹. Im Wesentlichen lassen sich fünf Gegenargumente finden. Zum Ersten wird die verfassungsrechtlich vorgegebene Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit konterkariert. Gefahrenabwehr ist im Grundsatz Landeskompetenz, Strafverfolgung gehört zur Bundeskompetenz. Zum Zweiten wird das zentrale Motiv der Normsetzung, polizeiliches Handeln verfassungsorientiert zu steuern, unterlaufen. Zum Dritten werden die verfassungsrechtlichen Prinzipien von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung verwässert. Gefahrenabwehr beruht auf einer Prognose, ist primär ereignisbezogen und dient unter Ausblendung der persönlichen Schuld des Störers einer möglichst effektiven Gefahrenbeseitigung zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes. Repression ist demgegenüber vergangenheits-, täter- und schuldorientiert, auf Einzelfallgerechtigkeit gerichtet und dient der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Zum Vierten besteht die Gefahr, mit einer alternativen Befugnisabstützung strafprozessuale Verfahrensgarantien, insbesondere Verfahrens- und Formerfordernisse, zu unterlaufen. Und fünftens widerspricht die alternative Befugnisabstützung der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Der Bürger muss vor Erhebung der Klage wissen, worauf sich das polizeiliche Handeln stützt. Die Annahme einer alternativen Befugnisabstützung könnte ihn im Unklaren über die anwendbare Norm lassen. Aus diesen Gründen hat die alternative Befugnisabstützung keinen Eingang in das einfache Recht gefunden. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG belegt nicht die Doppelprüfung. Die Vorschrift spricht vielmehr gegen sie. Die Norm knüpft an den Begriff des Rechtsstreits an. Um welchen Rechtsstreit es sich handelt, ob die Maßnahme im Schwerpunkt Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung darstellt, ist jedoch eine der Prüfung vorgelagerte Frage. Erst nach dieser Festlegung beginnt die Rechtswegkonzentration. Mit anderen Worten: § 17 Abs. 2 S. 1 GVG knüpft an die Dominanzentscheidung an und gibt dem Gericht vor, ob es die doppelunktionale Maßnahme entweder unter gefahrenabwehrrechtlichen oder strafprozessualen Gesichtspunkten prüft.

2. Bestimmung des Rechtsweges

Der Schwerpunkt der doppelunktionalen Maßnahme entscheidet schließlich auch über den einzuschlagenden Rechtsweg²². Liegt der Schwerpunkt der doppelunktionalen Maßnahme bei der Gefahrenabwehr, so ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß

§ 40 Abs. 1 VwGO eröffnet. Liegt der Schwerpunkt auf Repression, so hat der Bürger die ordentliche Gerichtsbarkeit gemäß § 23 EGGVG bzw. analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO anzurufen. Hält also S im Fall 8 die Durchsuchung und die Beschlagnahme für rechtswidrig, so müsste er aufgrund des objektiven Schwerpunkts den Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 VwGO beschreiten. Lässt sich S indes von der subjektiven Zielsetzung des P (ver-)leiten und ruft die ordentlichen Gerichte an, so würden diese den Rechtsstreit von Amts wegen an das zuständige Verwaltungsgericht verweisen. Es gilt der Grundsatz des § 17a Abs. 2 S. 1 GVG. Die vor dem falschen Gericht erhobene Klage des S würde nicht als unzulässig abgewiesen.

Einige Vertreter der Rechtslehre räumen zwar dem von der doppelfunktionalen Maßnahme betroffenen Bürger ein Wahlrecht über den einzuschlagenden Rechtsweg ein²³. Zur Begründung verweisen sie auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes und das Interesse an Rechtssicherheit. Andere verknüpfen das Wahlrecht weiterhin mit der Voraussetzung, dass der Schwerpunkt des Polizeihandelns für den Bürger nicht erkennbar sei. Daher könne es ihm nicht angelastet werden, wenn er sich für den einen oder anderen Rechtsweg entscheide.

Diese Ansichten sind jedoch abzulehnen. Ein uneingeschränktes Wahlrecht widerspricht dem Grundsatz der Gewährleistung des gesetzlichen Richters. Dieser findet seinen Ausdruck in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Der Grundsatz verlangt unter anderem die Einhaltung des gesetzlich bestimmten Rechtswegs (§ 40 Abs. 1 VwGO oder § 23 EGGVG). Ein Wahlrecht über den Rechtsweg zugunsten des von der Maßnahme betroffenen Bürgers würde diesem Grundsatz entgegenstehen²⁴. Schließlich kann auch der Hinweis auf den effektiven Rechtsschutz nicht verfangen. So verweist das unzuständige Gericht von Amts wegen. Eine Minderung des Rechtsschutzes ist daher im Normalfall nicht zu befürchten.

Ein Wahlrecht zugunsten des von der Maßnahme betroffenen Bürgers ist daher aus Rechtsschutzgesichtspunkten nur in seltenen Ausnahmefällen zu bejahen. Ein solcher liegt etwa vor, wenn ein objektiver Schwerpunkt fehlt und der Polizist auch keine nach außen hin erkennbare Entscheidung über den Hauptzweck getroffen hat. In diesem (eher theoretischen) Fall dürfte der Bürger ein Wahlrecht über die Bestimmung des Rechtswegs nach dem Rechtsgedanken des § 17a Abs. 2 S. 2 GVG haben.

Anmerkungen:

- 1 Vgl. Art. 2 I BayPAG; § 1 I S. 1 PolG BW; § 1 I S. 1 BbgPolG; § 1 I S. 1, S. 2 PolG BR; § 3 I SOG HH; § 1 I S. 1 HSOG; § 1 I SOG M-V; § 1 I S. 1, S. 2 Nds. SOG; § 1 I S. 1 PolG NRW; § 1 I S. 1 RpfPOG; § 1 II SPolG; § 1 I S. 1 Sächs-PolG; § 1 I S. 1 SOG LSA; § 163 I LVwG SH; § 2 I S. 1 THPAG.
- 2 Siehe Fn. 1.
- 3 Vgl. § 1 I S. 2 Var. 1 BbgPolG; § 1 IV Var. 2 HSOG; §§ 1 II, 7 I Nr. 4 Var. 2 SOG M-V; § 1 I S. 3 Var. 1 Nds. SOG; § 1 I S. 2 Var. 2 PolG NRW; § 1 I S. 3 Var. 2 RpfPOG; § 1 I S. 2 Nr. 2 Var. 2 SächsPolG; § 2 I Var. 2 SOG LSA; § 1 I S. 2 Var. 1 THPAG; nicht explizit geregelt in: Bayern, Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Saarland und Schleswig Holstein.
- 4 Vgl. Art. 2 IV BayPAG; § 1 II PolG BW; § 1 IV PolG BR; § 1 IV BbgPolG; § 1 II HSOG; § 2 II S. 1 SOG M-V; § 1 V Nds. SOG; § 1 IV PolG NRW; § 1 II RpfPOG; § 1 II SächsPolG; § 1 III SOG LSA; § 163 II S. 1 LVwG SH; § 2 IV THPAG; nicht explizit geregelt in: Hamburg und dem Saarland.
- 5 Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (738).
- 6 Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (738); unklar demgegenüber: Dörschuk, Polizeiliches Eingriffsrecht, 2000, S. 28, der die Termini wohl synonym verwendet; Haurand/Vahle, NVwZ 2003, S. 513 ff. (513, 514).
- 7 Schwan, VerwArch Bd. 70 (1979), S. 109 ff. (128); Götz, Allgem. Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage, 2001, Rn. 426; Ders., 12. Auflage, 1995, Rn. 565; Ders., NVwZ 1994, S. 658 ff. (658); Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (738).
- 8 Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (738 f.) m.w.N.

- 9 Heesen/Hönle, Bundesgrenzschutzgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2000, § 14 Rn. 52; Dohr/Windfuhr, Staat, Verfassung, Politik, 15. Auflage, 2001, S. 224; Keller, Kriminalistik 2002, S. 135 ff. (135); Haurand/Vahle, NVwZ 2003, S. 513 ff. (523).
- 10 Instrukтив hierzu Baller, in: Ders./Eiffler/Tschisch (Hrsg.), Allgem. Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin, Kommentar, 2004, § 1 Rn. 63 f.
- 11 BVerwG, Urt. v. 03.12.1974 – I C 11/73 –, in: BVerwGE 47, S. 255 ff. (264) = NJW 1975, S. 893 f. mit Anm. von Schenke, NJW 1975, S. 1529 f., = JZ 1975, S. 523 ff. mit Anm. von Amelung, = DÖV 1975, S. 275 mit Anm. von Naumann, = JR 1975, S. 208, = MDR 1975, S. 517, = BayVBl. 1975, S. 708, = DVBl. 1975, S. 581, = JuS 1975, S. 468 (L) mit Anm. von Weber.
- 12 Vgl. zu den verschiedenen „Spielarten“ bzw. Varianten Schenke, Anm. zu BVerwGE 47, S. 255 ff., in: NJW 1975, S. 1529; VGH München, NJW 1984, S. 2235 ff. und NVwZ 1986, S. 655, = BayVBl. 1986, S. 337, 338, = JA 1986, S. 336 mit Anm. von Schloer; VGH Baden-Württemberg, DÖV 1989, S. 171 f., Kriminalistik 1988, S. 612; OVG Münster, DÖV 1980, S. 574 = NJW 1980, S. 855 (OVG Münster spricht vom „doppelseitigen Tätigwerden der Polizei“); OLG Nürnberg, GA 1987, S. 270; OLG Nürnberg, BayVBl. 1987, S. 411 ff. mit Anm. von Niethammer, = JA 1988, S. 49 mit Anm. von Schloer; OLG Karlsruhe, NJW 1976, S. 1417; OVG Lüneburg, NJW 1984, S. 940 (auch das OVG Lüneburg spricht von „Doppelgleisigkeit“); BayObLG, NVwZ 1990, S. 1954 ff.; BGH, NStZ 1992, S. 44 ff.; BayVGH, BayVbl. 1993, S. 429 ff.; Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Kommentar zur StPO, 26. Auflage, 2006, § 23 EGGVG Rn. 23 ff. m.w.N.; Kissel, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Auflage, 2003, § 23 EGGVG Rn. 18; Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Kommentar zum Versammlungsrecht, 1992, § 17 a VersG Rn. 37; Aulehner, BayVBl. 1988, S. 709 (710) (dieser verwendet auch den Begriff „Doppelspurigkeit polizeilichen Handelns“); Achenbach, JA 1981, S. 660 (661); Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage, 2004, Rn. 122 ff., mit Beispiel; Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht – Rechtsfälle in Frage und Antwort -, 2. Auflage, 1994, S. 26 ff. (Knemeyer differenziert anhand des „Schwergewichts“ der Maßnahme); Gornig/Jahn, Sicherheits- und Polizeirecht, 3. Auflage, 2006, S. 190; Götz, Allgem. Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage, 2001, Rn. 594; Pausch, Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen, 4. Auflage, 2005, S. 81 ff.; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgem. Polizeirecht, 9. Auflage, 1986, S. 139; Reichert/Ruderl/Fröhlich, Polizeirecht, 5. Auflage, 1997, Rn. 723 f.; Wolf/Stephan, Kommentar zum Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 4. Auflage, 1995, § 1 Rn. 5; Belz/Mußmann, Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 5. Auflage, 1996, § 1 Rn. 55; Bernet/Groß/Mende, Polizeifachhandbuch, Bd. 2, La 6 – 11 – 0 (Loseblatt, Stand: Okt. 2002) § 1 Rn. 8.
- 13 Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (741 f.).
- 14 Zu dieser weitgehenden Rechtsfolge zu Recht Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (742).
- 15 Vgl. etwa Czarniecki, Kriminalistik 1996, S. 143 ff. (145).
- 16 So etwa Heesen/Hönle, Bundesgrenzschutzgesetz, Kommentar, 3. Auflage, 2000, § 14 Rn. 52.
- 17 Ebenso Baller, in: Ders./Eiffler/Tschisch (Hrsg.), Allgem. Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin, Kommentar, 2004, § 1 Rn. 62 m.w.N.
- 18 Ehrenberg/Frohne, Kriminalistik 2003, S. 737 ff. (741).
- 19 Vgl. Art. 23, 25 BayPAG; §§ 31, 32 PolG BW; §§ 21, 23 PolG BR; §§ 23, 25 BbgPolG; §§ 14, 16 SOG HH; §§ 38, 40 HSOG; §§ 59, 61 SOG M-V; §§ 24, 25 Nds. SOG; §§ 41, 43 PolG NRW; §§ 20, 22 RpfPOG; §§ 19, 21 SPolG; §§ 25, 26 SächsPolG; §§ 43, 45 SOG LSA; §§ 208, 210 LVwG SH; §§ 25, 27 THPAG.
- 20 Vertreter dieser Lehre sind Götz, Allgem. Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Auflage, 2001, Rn. 548 ff.; Götz, NVwZ 1994, S. 658 (658); Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2003, Rn. 232, unter Hinweis auf: Wolter, Jura 1992, S. 520 ff. (526); Dörschuk, Polizeiliches Eingriffsrecht, 2000, S. 33 f.; Ders., Kriminalistik 1997, S. 740 ff. (744 f.); Schnur, Polizeilicher Zwang zur Gefahrenabwehr, 2000, S. 14 f.; Ders., Kriminalistik 2001, S. 606 ff. (607).
- 21 Vgl. Geppert, DAR 1988, S. 12 ff. (13); Rübner/Muckel, Polizei- und Ordnungsrecht/Kommunalrecht, 2. Auflage, 2002, 1. Teil: Polizei- und Ordnungsrecht, S. 18 (Fall 3); Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, 2007, E, Rn. 171 f.
- 22 Vgl. zu h.M.: BVerwGE 47, S. 255 ff. (264); BayObLG, NVwZ 1990, S. 194 ff. (195); BayVGH, BayVbl. 1993, S. 429 ff. (430); VGH Baden-Württemberg, DÖV 1989, S. 171 ff., siehe auch: Kriminalistik 1988, S. 612; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgem. Polizeirecht, 9. Auflage, 1986, S. 139; Liskén, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage, 2001, K, Rn. 110 f.; Kissel, Kommentar zum Gerichtsverfassungs-

- gesetz, 2. Auflage, 1994, § 23 EGGVG Rn. 24, der im Übrigen darauf hinweist, dass kein gesetzlicher Vorrang für den einen oder anderen Rechtsweg bestehe; *Kissel*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO* (Hrsg. Pfeiffer), 4. Auflage, 1999, § 23 EGGVG Rn. 18; *Heesen/Hönle*, *Bundesgrenzschutzgesetz*, Kommentar, 3. Auflage, 2000, § 14 Rn. 52; *Riegel*, *Bundesgrenzschutzneuregelungsgesetz*, 1996, § 51 Rn. 10; *Fischer/Hitz/Laskowski/Walter*, *Kommentar zum Bundesgrenzschutzgesetz*, 2. Auflage, 1996, § 12 Rn. 3; *Czarnecki*, *Kriminalistik* 1996, S. 143 ff. (144 f.).
- 23 Vgl. *Dörschuk*, *Kriminalistik* 1997, S. 740 ff. (745); *Ders.*, *Polizeiliches Eingriffsrecht*, 2000, S. 34; sowie unter Einschränkung *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: *Steiner* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, 2003, 2. Abschnitt, Rn. 231; *Gornig/Jahn*, *Sicherheits- und Polizeirecht*, 3. Auflage, 2006, S. 192; *Czarnecki*, *Kriminalistik* 1996, S. 143 ff. (144 f.); *Götz*, *Allgem. Polizei- und Ordnungsrecht*, 13. Auflage, 2001, Rn. 565, bzgl. der von ihm sog. echten doppelunktionalen Maßnahme, bei welcher die Polizei sich gleichzeitig auf polizeirechtliche und strafrechtliche Grundlagen stütze.
- 24 So auch *Artzt*, *Kriminalistik* 1998, S. 353 ff. (355): Die Einräumung des Wahlrechts befinde sich außerhalb einer gesetzlichen Grundlage; auch erscheine es zumindest fraglich, ob die Einführung einer Wahlmöglichkeit de lege ferenda die erwünschte Wirkung im Hinblick auf mehr Rechtssicherheit entfalten würde.