

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht
anhand ausgewählter Materien des Besonderen
Verwaltungsrechts**

Donnerstag, den 7. November 2002

I. Prüfungsschema für eine Polizeiverfügung

(1) Eingriffsermächtigung: Zu Beginn einer Falllösung steht die zumeist einfach zu beantwortende Frage, ob für ein Handeln von Gefahrenabwehrbehörden eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Dies richtet sich nach dem (verfassungsrechtlichen) Vorbehalt des Gesetzes.

Ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, so sind im nächsten Prüfungsschritt die in Betracht kommenden Normen zu ermitteln. Ob eine Norm in Betracht kommt, richtet sich nach ihrer Rechtsfolgenanordnung. Diese muß die zu prüfende Maßnahme decken.

Die Suche nach einer Ermächtigung für polizeiliches Handeln richtet sich nach der Unterscheidung von präventiven Maßnahmen (Rechtsgrundlagen insbesondere im ASOG) und repressivem Handeln (Rechtsgrundlagen insbesondere in der StPO). Je nach Zwecksetzung müssen inhaltlich übereinstimmende Maßnahmen, z.B. Identitätsfeststellungen (§§ 21 ASOG, 163 I StPO), auf verschiedene Rechtsgrundlagen gestellt werden.

Im präventiven Bereich erfolgt bei der weiteren Suche nach einer Ermächtigung eine dreifache Abstufung nach dem Spezialitätsgrundsatz: Befugnisnormen im besonderen Verwaltungsrecht, z.B. § 15 VersG; spezielle Befugnisnormen im ASOG (§§ 18 ff. ASOG, wobei die Regelungen zur Datenverarbeitung für die akademische Ausbildung außer Betracht bleiben); Befugnis-Generalklausel (§ 17 I ASOG), die Auffangfunktion hat und verhindern soll, daß der Staat

zur Wahrnehmung der Gefahrenabwehraufgabe aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist. Innerhalb der StPO gibt es nur besondere Befugnisnormen, keine Befugnis-Generalklausel.

Handeln der Ordnungsbehörden (im Unterschied zur Polizei) ist nur zum Zweck der Gefahrenabwehr denkbar; die StPO ist für sie irrelevant.

Nach erfolgter Auswahl einer Eingriffsermächtigung ist die formelle und die materielle Rechtmäßigkeit der Maßnahme im Hinblick auf diese Ermächtigung zu prüfen. Die formelle Rechtmäßigkeit kann nicht "abstrakt", sondern immer nur für eine konkrete Ermächtigung geprüft werden. So sieht etwa die Ermächtigung in § 29 ASOG eine Zuständigkeit von Polizei und Ordnungsbehörden vor, die Ermächtigung in § 30 ASOG dagegen nur eine Zuständigkeit der Polizei.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit: Hier stellen sich Fragen der Zuständigkeit, der Form und des Verfahrens. Die Antwort auf die Zuständigkeitsfrage richtet sich in der Regel nach den §§ 1 - 8 ASOG und bei den Ordnungsbehörden zusätzlich nach dem Zuständigkeitskatalog Ordnungsaufgaben (ZustKat Ord), einem Anhang zum ASOG. Die Antwort auf die Form- und die Verfahrensfrage richtet sich nicht nach Polizei- und Ordnungsrecht, das insoweit grundsätzlich keine besonderen Regelungen trifft, sondern nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz und dem Verwaltungszustellungsgesetz des Bundes, auf die § 5 BerlVwVfG verweist. Für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Polizei und Ordnungsbehörden ist § 4 ASOG einschlägig, wonach alles, was sich nicht vom Schreibtisch aus erledigen läßt, in die Zuständigkeit der Polizei fällt, das andere in die Zuständigkeit der Ordnungsbehörden. Zuständigkeitsabgrenzungen innerhalb der Ordnungsbehörden richten sich nach § 2 ASOG und dem ZustKat Ord.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit: Die Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit gliedert sich in die Subsumtion unter den Tatbestand der Ermächtigung (zur Rechtsfolge der Ermächtigung oben 1), weiter die Ermessens- einschließlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung (§§ 11, 12 ASOG), schließlich die Prüfung der Verantwortlichkeit des Adressaten der Maßnahme (§§ 13 - 16 ASOG). Geht es um eine Maßnahme, die auf die Generalklausel gestützt ist, so ist zu prüfen, ob ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung betroffen ist und ob dieses Betroffensein als Gefahr zu charakterisieren ist. Auf die öffentliche Ordnung ist dabei nur subsidiär zur öffentlichen Sicherheit einzugehen.

In diesem Schema finden die §§ 1 - 51 ASOG Platz, mit den beiden Ausnahmen der §§ 9 und 10. Diese Vorschriften betreffen die Aufsicht über die Gefahrenabwehrbehörden und damit Interna der Staatsorganisation, nicht das Verhältnis der Behörden zum Bürger.

Das Prüfungsschema für eine Polizeiverfügung läßt einen Großteil der Klausurtypen erkennen, welche das Polizei- und Ordnungsrecht bereithält. Deren Zahl richtet sich nach den möglichen Ermächtigungen, die zu Beginn des Schemas eingesetzt werden können. Es gibt die Generalklauselklausur. Es gibt weiter die Standardmaßnahmenklausur (§§ 18 - 41 ASOG). Die Standardmaßnahmenklausur eröffnet Übergänge zur StPO, zu polizeilichem Handeln aufgrund besonderer Befugnisnormen der StPO. Es gibt schließlich die Klausur, bei der die Ordnungsbehörden oder die Polizei aufgrund spezieller Befugnisnormen des besonderen Verwaltungsrechts tätig werden. All diese Klausurtypen können mit Fragen des Vollstreckungsrechts kombiniert werden; zu prüfen ist dabei zusätzlich die zwangsweise Durchsetzung von Maßnahmen der Ordnungsbehörden oder der Polizei. Weitere Kombinationsmöglichkeiten ergeben sich mit Entschädigungsansprüchen, etwa solchen aufgrund der §§ 59 ff. ASOG. Abseits steht ein letzter Klausurtyp: die Prüfung einer Gefahrenabwehrverordnung, etwa einer Kampfhundeverordnung.

II. Das Verhältnis von Aufgaben- und Befugnisgeneralklausel

Die Aufgaben-Generalklausel in § 1 I 1 ASOG findet sich in dem Prüfungsschema nicht, wie man es beim ersten Satz des Polizeigesetzes vermuten könnte, an erster Stelle. Auf sie ist vielmehr im Rahmen der Prüfung des formellen Rechtmäßigkeit bei der Zuständigkeit einzugehen. An erster Stelle des Schemas steht eine Befugnisnorm, die Befugnis-Generalklausel oder eine speziellere Norm. Die Prüfung mit der Aufgaben-Generalklausel zu beginnen, ist dann ein grober Fehler, wenn, wie zumeist, das zu prüfende Handeln der Gefahrenabwehrbehörden nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Eine Aufgabennorm ermächtigt nie zu einem Grundrechtseingriff; dafür ist eine Befugnisnorm erforderlich. Aufgabennormen umschreiben Verwaltungsziele und räumen Zuständigkeiten im Verhältnis zu anderen Stellen der Verwaltung ein. Befugnisnormen betreffen das Verhältnis von Staat und Bürger; sie erlauben dort Grundrechtseingriffe, die als Mittel auf die Verwaltungsziele zu beziehen sind, die in Aufgabennormen umschrieben werden.

Die strikte Unterscheidung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen hat rechtsstaatliche Gründe. Aufgabennormen sind notwendig weiter und unbestimmter, indem sie nur eine Aufgabe festlegen und nichts über die Mittel zur Aufgabenerfüllung sagen. Dies tun Befugnis-Normen; sie können darum tatbestandlich bestimmter sein und sind dies auch. Von Grundrechtseingriffen zum Zweck der Gefahrenabwehr wird verlangt, daß sie zur Erfüllung der Gefahrenabwehraufgabe gehören. Ist das nicht der Fall, so ist der Eingriff bereits formell rechtswidrig. Eingriffsmaßnahmen sind aber an weitere Voraussetzungen geknüpft, die sich aus der Befugnis-Generalklausel des § 17 I ASOG oder aus speziellen Befugnisnormen ergeben. § 17 I ist zwar, wie § 1 I 1 ASOG, eine Generalklausel, doch selbst

diese Generalklausel ist in zwei Hinsichten bestimmter: Es wird eine konkrete Gefahr verlangt; mit dem Wort "erforderlich" wird sodann der Umfang zulässigen polizeilichen Handelns durch Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Trotz seiner generalklauselartigen Weite macht § 17 I ASOG also etwas präzisere Vorgaben als § 1 I und entspricht damit dem rechtsstaatlichen Anliegen, daß gerade das Handeln von Polizei und Ordnungsbehörden sich an klaren und berechenbaren gesetzlichen Vorgaben ausrichten muß.

Die Unterscheidung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen gilt für alle Eingriffsmaßnahmen des Staates. Sie gilt mithin nicht nur im Bereich präventiv-polizeilichen Handelns, sondern auch für repressives Polizeihandeln auf der Grundlage der StPO. Auch dort wird zwischen einer Aufgaben-Generalklausel und Befugnisnormen unterschieden, nur daß es keine Befugnis-Generalklausel gibt, sondern allein spezielle Befugnisnormen. Die Aufgaben-Generalklausel ist insoweit § 163 I StPO: "Die Behörden und Beamten der Polizei haben Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunklung der Sache zu verhüten." Im Rahmen dieser Aufgabe steht Polizeibeamten z.B. gemäß § 163b StPO die Befugnis zu Identitätsfeststellungen zu.

Die Unterscheidung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen wird im ASOG durch die Überschriften über dem 1. und dem 2. Abschnitt leicht gemacht. Diese Gliederung erlaubt eine klare Zuordnung der einzelnen Normen zu den Normtypen "Aufgabennorm" und "Befugnisnorm". Dies ist nicht immer so. Zum Teil muß durch Interpretation, insbesondere durch Wortlaut- und systematische Interpretation eine Zuordnung erst ermittelt werden. Mitunter geben die Überschriften einzelner Vorschriften, so sie am Gesetzesrang teilhaben, Aufschluß. § 54 BerlBauO ist so als Befugnisnorm erkennbar. Schwieriger liegen die Dinge bei § 71 BerlBauO, in dem

Aufgaben- und Befugnisnormen vermischt sind. Noch unklarer ist § 44 StVO. Die Überschrift "sachliche Zuständigkeit" deutet auf eine Aufgabennorm, denn Aufgabennormen sind nichts anderes als Normen über die sachliche Zuständigkeit. In eine andere Richtung weist aber § 44 II StVO: "Die Polizei ist befugt, den Verkehr durch Zeichen und Weisungen und durch Bedienung von Lichtzeichenanlagen zu regeln." Der Wortlaut dieses Absatzes deutet auf eine Befugnisnorm hin. Dem widerspricht daann aber die systematische Auslegung. Denn in § 36 I StVO heißt es, die Zeichen und Weisungen der Polizeibeamten seien zu befolgen. Diese Vorschrift ist nur sinnvoll, wenn man in ihr die Eingriffsgrundlage sieht, was zur Folge hat, daß man § 44 II StVO als die ihr entsprechende Aufgabennorm einstuft. Allgemeiner gesagt: Für eine Aufgabennorm sprechen Formulierungen wie: "Die Polizei hat ... zu tun." oder "Die Polizei ist zu ... verpflichtet." Für eine Befugnisnorm sprechen Formulierungen wie: "Die Polizei kann (darf, ist berechtigt) ... (zu) tun."

Nicht jede polizeiliche Maßnahme muß auf eine Befugnisnorm gestützt werden. Befugnisnormen sind nur für Maßnahmen erforderlich, die in Rechte des Bürgers eingreifen und darum dem Vorbehalt des Gesetzes unterfallen. Ein Eingriff liegt immer vor, wenn die Maßnahme zur Gefahrenabwehr ein Verwaltungsakt ist, der den Adressaten belastet. Es gibt darüber hinaus belastende Realakte, z.B. ein Schlag mit dem Schlagstock oder eine öffentliche Warnung. Schließlich gibt es Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen, aber nicht in Grundrechte eingreifen. Als Beispiele seien genannt: die nächtliche Streifenwagenfahrt, die Präsenz von Polizisten in der U-Bahn, die Warnung vor Taschendieben. Anders wäre es in dem zuletzt gegebenen Beispiel, wenn nicht allgemein und ohne Bezug zu bestimmten Personen vor Taschendieben gewarnt wird, sondern vor einer bestimmten Person, die in Medien, unter Nennung ihres Namens und unter Beifügung eines Photos, als gefährlicher Straftäter bezeichnet wird; dies wäre ein Grundrechtseingriff, für den eine Befugnisnorm erforderlich

ist. Die Trennlinie wird hier, wie auch sonst, vom verfassungsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes gezogen.

III. Das Verhältnis von Befugnis-Generalklausel und spezieller Befugnisnorm

Innerhalb des so von den Aufgabennormen abgegrenzten Kreises der Befugnisnormen finden zwei weitere Einteilungen statt: Es ist erstens einzuteilen nach Befugnisnormen, die der Erfüllung der Gefahrenabwehraufgabe dienen, und Befugnisnormen, die anderen Aufgaben, insbesondere der Strafverfolgung, zuzuordnen sind. Innerhalb der ersten Gruppe ist zweitens zu unterscheiden zwischen der Befugnis-Generalklausel und speziellen Befugnisnormen. Beide Unterscheidungen sind, ebenso wie die Unterscheidung von Aufgaben- und Befugnisnorm, Teil des 1. Punktes des Prüfungsschemas.

Der zweite Abschnitt des ASOG zerfällt in zwei unterschiedlich große Teile. Es ist zu unterscheiden: die Befugnis-Generalklausel in § 17 I ASOG und die speziellen Befugnisnormen in den §§ 18 bis 51 und in weiteren Gesetzen. Ein Beispiel für eine spezielle Befugnisnorm ist § 30 ASOG, der den Gewahrsam regelt. Sowohl die Befugnis-Generalklausel als auch die speziellen Befugnisnormen sollen Polizei und Ordnungsbehörden zu Grundrechtseingriffen ermächtigen. Insoweit besteht Übereinstimmung. Die speziellen Befugnisnormen unterscheiden sich von der Befugnis-Generalklausel in zwei Hinsichten. Auf der Rechtsfolgenseite liegt der Unterschied darin, daß § 17 I ASOG zu allen Maßnahmen ermächtigt, die notwendig sind, um eine konkrete Gefahr abzuwehren, während die speziellen Befugnisnormen nur zu speziellen Maßnahmen, etwa zum Gewahrsam, ermächtigen. Dem korrespondiert auf der Tatbestandsseite, daß die Befugnis-Generalklausel nur allgemein eine Gefahr verlangt, während bei den besonderen Befugnisnormen dieses Merkmal präzisiert wird, so etwa in einem Katalog von Gewahrsams-

gründen in § 30 ASOG.

Die Maßnahmen, die aufgrund der speziellen Befugnisnormen in den §§ 18 - 41 ASOG ergehen, nennt man Standardmaßnahmen. Es handelt sich um typische Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die der Gesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen speziell geregelt hat. Diese Technik erlaubt es, die Maßnahme selbst und ihre Voraussetzungen klarer zu regeln, als dies mit der Generalklausel möglich ist. Das ist ein rechtsstaatlicher Vorzug.

Dies führt zu der Frage, warum der Gesetzgeber nicht vollständig auf eine Befugnis-Generalklausel verzichtet und mit rechtsstaatlich vorzugswürdigen speziellen Befugnisnormen operiert. Es bestünde dann aber die Gefahr von Gesetzeslücken. Die Befugnis-Generalklausel hat Auffangfunktion. Sie stellt sicher, daß zumindest eine Befugnisnorm bereitsteht, die polizeiliches Einschreiten zur Gefahrenabwehr erlaubt. Gäbe es nur Spezialermächtigungen und keine Generalklausel, so wäre der Fall denkbar, daß die Gefahrenabwehrbehörden aufgrund der Aufgaben-Generalklausel zum Handeln verpflichtet wären, daß sie zum Handeln aber nicht ermächtigt sind, weil keine Spezialermächtigung eingreift. Dieser Fall, der auf der nicht zu widerlegenden Annahme beruht, daß juristische Regelwerke die Vielfalt möglicher Sachverhalte nie vollständig erfassen können, wird durch eine auf die Aufgaben-Generalklausel bezogene Befugnis-Generalklausel ausgeschlossen.

Diese Regelungstechnik birgt freilich ein Problem, das unter dem Stichwort der Sperrwirkung der besonderen Befugnisnorm diskutiert wird. Das Verhältnis von Generalklausel und Spezialermächtigung ist unproblematisch, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Spezialermächtigung vorliegen. In diesem Fall ist die Generalklausel subsidiär; sie tritt zurück. Anders ist es, wenn es um eine Rechtsfolge geht, die spezialgesetzlich geregelt ist, wenn aber die

tatbestandlichen Voraussetzungen dieser speziellen Befugnisnorm nicht vorliegen. Dann stellt sich die Frage, ob § 17 Abs. 1 ASOG herangezogen werden kann. Dessen Rechtsfolgenanordnung ist so weit gefaßt, daß sie in der Regel passen wird. Das würde zu dem Ergebnis führen, daß eine Maßnahme, die nach der Spezialermächtigung unzulässig ist, nach der Generalklausel zulässig ist, daß, mit anderen Worten, strengere Voraussetzungen in der Spezialermächtigung über die Generalklausel unterlaufen werden können. Dieses Ergebnis läßt sich vermeiden, wenn man § 17 I ASOG nicht erst dann zurücktreten läßt, wenn eine Spezialermächtigung nach Tatbestand und Rechtsfolge eingreift, sondern schon dann, wenn eine Spezialermächtigung nur ihrer Rechtsfolge nach eingreift.

Hierfür möchte ich zwei Beispiele geben:

(1) Demonstranten sind in die Bannmeile um den Bundestag eingedrungen und graben nun Pflastersteine aus, um damit das Parlament zu stürmen. In diesem Fall ist eine polizeiliche Auflösung der Demonstration nach § 15 II VersG zulässig, weil eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit vorliegt. § 15 II VersG macht die Rechtsfolge "Versammlungsauflösung" von dem Tatbestand einer unmittelbaren Gefahr abhängig.

(2) Ist das Geschehen in demselben Fall noch nicht so weit eskaliert, daß von einer unmittelbaren, wohl aber von einer konkreten Gefahr gesprochen werden muß, kommt eine Auflösung der Versammlung nach § 15 II VersG nicht in Betracht. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten aufgrund der Befugnis-Generalklausel wären dagegen erfüllt. Auch würde es sich bei der Auflösung einer Versammlung um eine Maßnahme handeln, die zur Gefahrenabwehr nötig ist. Gleichwohl hat ein Handeln aufgrund der Befugnis-Generalklausel, soweit es sich gegen die Demonstration richtet, auszuscheiden. § 15 II VersG entfaltet Sperrwirkung. Das heißt: Die Rechtsfolge "Auflösung der Versammlung" oder vergleichbare Rechtsfolgen werden nur freigegeben, wenn

die qualifizierten Voraussetzungen dieser Norm erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sollen nicht über die Befugnis-Generalklausel mit ihren geringeren Anforderungen unterlaufen werden.

Dies verallgemeinernd läßt die Sperrwirkung der besonderen Befugnisnorm sich wie folgt erklären: Das Besondere besonderer Befugnisnormen liegt darin, daß sie einzelne Elemente des Tatbestandes der Generalklausel im Hinblick auf eine bestimmte, auch von der Generalklausel gedeckte Rechtsfolge ändern. Sie tun das mit dem Ziel, die Anforderungen an behördliches Einschreiten zu präzisieren und - in der Regel - zu verschärfen. So verfolgt der Gesetzgeber mit der Qualifizierung des Gefahrbegriffs in § 15 II VersG das Ziel, die Auflösung einer Versammlung im Interesse eines Schutzes des Grundrechts aus Art. 8 I GG erst spät, nämlich erst dann zuzulassen, wenn eine unmittelbare Gefahr vorliegt, nicht bereits dann, wenn die Gefahr konkret ist. Die vom Gesetzgeber bezweckte Änderung der Rechtslage würde nicht eintreten, könnte die Generalklausel herangezogen werden, wenn die Qualifizierungen der besonderen Befugnisnorm nicht erfüllt sind.

Diesen Mechanismus nennt man "Sperrwirkung der besonderen Befugnisnorm". Die Generalklausel ist verdrängt, wenn eine Spezialermächtigung den betreffenden Komplex abschließend regelt. Der Umfang dieser Sperrwirkung hängt von dem durch Interpretation zu ermittelnden Inhalt der Spezialermächtigung ab. Bei § 15 II VersG gilt die Sperrwirkung z.B. nur für polizeiliche Maßnahmen gegen die Versammlung selbst, nicht für polizeiliche Maßnahmen die sich im zeitlichen Vorfeld der Versammlung gegen einzelne Teilnehmer richten. Die Kontrolle anreisender Versammlungsteilnehmer ist auf der Grundlage von § 17 I ASOG zulässig (dazu BVerwGE 64, 55).

IV. Das Opportunitätsprinzip

Von der Frage, welches die richtige Eingriffsermächtigung ist, gehe ich in dem Prüfungsschema einige Schritte weiter zu einer Frage, die sich bei allen Eingriffsermächtigungen des Polizei- und Ordnungsrechts in gleicher Weise stellt und die in § 12 I ASOG eine allgemeine Regelung gefunden hat: "Die Ordnungsbehörden und die Polizei treffen ihre Maßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen." Dem entspricht das Wort "können" in den Befugnisnormen, z.B. in § 17 I und in § 20 I ASOG.

Das Ermessen der Gefahrenabwehrbehörden steht in keinem näheren Zusammenhang mit der Frage des Verhältnisses von Aufgabengeneralklausel, Befugnisgeneralklausel und speziellen Befugnisnormen. Es liegt in dieser Vorlesung eine thematische Zäsur vor, die sich aus dem Bestreben rechtfertigt, Ihnen alle Punkte des Prüfungsschemas vorzustellen. Insoweit stehen noch aus: Ermessen und Verhältnismäßigkeit; die Verantwortlichkeit; polizeiliche Handeln auf der Grundlage der StPO und das Zuständigkeitsrecht der Gefahrenabwehrbehörden.

Sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Befugnisnorm vorliegen, kann die Polizei bzw. die Ordnungsbehörde handeln, sie muß aber nicht handeln. Man nennt dies Opportunitätsprinzip. Der Gegenbegriff ist Legalitätsprinzip. Darunter versteht man eine Rechtspflicht zum Einschreiten bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ohne eigenen Entscheidungsspielraum. Eine Norm, der das Legalitätsprinzip zugrundeliegt, ist § 152 II StPO, der die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern ein Anfangsverdacht besteht. Die Gefahrenabwehrbehörden haben dagegen ein Ermessen, ob und wie sie einschreiten, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung gegeben ist (so die Generalklausel).

Das Ermessen umfaßt das Ob und das Wie des Handelns. Man unterscheidet das Entschließungsermessen, d.h. die Entscheidung über das Ob behördlichen Handelns, und das Auswahlermessen, d.h. die Entscheidung über das Wie, Wann und Gegen wen dieses Handelns. Alle diese Gesichtspunkte (Ob, Wie, Wann, Gegen wen) werden von § 12 I ASOG umfaßt und sind Gegenstand einer einheitlichen Ermessensentscheidung.

Das Entschließungsermessen erscheint im Hinblick auf die Aufgabe der Gefahrenabwehr als problematisch. Die Pflicht zur Gefahrenabwehr und das Ermessen im Angesicht einer konkreten Gefahr scheinen nicht zusammenzupassen. Der Schein trägt jedoch. Das Ermessen ist nämlich kein Mittel zur Vernachlässigung, sondern ein Mittel zur zweckmäßigen, optimalen Erfüllung der Gefahrenabwehraufgabe. Die Behörden sollen vor allem die Möglichkeit erhalten, das Wichtigere vor dem weniger Wichtigen zu tun, weil ihre Kapazität begrenzt ist. Das Ermessen verschafft also einen Spielraum, der nötig ist, um Schwerpunkte zu setzen und Bagatellen zu vernachlässigen. Das Ermessen ermöglicht es weiterhin, Zurückhaltung zu üben, wo ein sofortiges und massives Einschreiten die Situation nur verschlimmern könnte. Das Ermessen berechtigt darum nicht zu Untätigkeit bei Gefahren und zu Nachsichtigkeit gegenüber Störern. Bleibt eine Gefahrenabwehrbehörde untätig, ohne daß dafür rechtfertigende Gründe vorliegen, liegt ein Ermessensfehler vor: Ermessensmißbrauch, weil von dem Ermessen nicht in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die dem Zweck der Ermessensgewährung entspricht, oder Ermessensnichtgebrauch.

Bei Gefahren für Leib und Leben oder für erhebliche Werte kann das Ermessen, zumindest das Entschließungsermessen, ausnahmsweise auf Null reduziert sein. Die zuständige Behörde ist dann zum Einschreiten verpflichtet. Ob das Ermessen in dieser Weise reduziert ist, ist eine Frage des einzelnen Falles.

Die Ermessensreduzierung möchte ich an Beispielsfällen demonstrieren. Der erste entstammt nicht dem Polizei- und Ordnungsrecht, sondern dem Verfassungsrecht. Er ist Gegenstand der Entscheidung BVerfGE 46, 160 (Fall Schleyer). Der Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Hanns Martin Schleyer wurde im September 1977 von Terroristen der Roten Armee Fraktion entführt. Die Terroristen drohen, Schleyer zu ermorden, wenn die Bundesregierung nicht andere Mitglieder der RAF, die sich bereits in Haft befanden, freiläßt. Das BVerfG hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Bundesregierung verpflichtet sei, die Terroristen freizulassen, um Schleyer zu retten. Bei der Lösung des Falles ist davon auszugehen, daß der Staat, also auch die Bundesregierung, durch Art. 2 II GG verpflichtet wird, nicht nur eigene Eingriffe in das Leben oder die körperliche Unversehrtheit von Bürgern grundsätzlich zu unterlassen, sondern auch nach pflichtgemäßem Ermessen tätig zu werden, um diese Rechtsgüter gegen rechtswidrige Übergriffe Dritter zu schützen. Die grundrechtliche Schutzpflicht ist hinsichtlich des Ermessens mit der polizeilichen Gefahrenabwehraufgabe vergleichbar.

Fraglich ist, ob das Ermessen, das der Bundesregierung bei der Erfüllung der Schutzpflicht grundsätzlich zusteht, aufgrund der Besonderheit des vorliegenden Falls auf Null reduziert ist. Die Bundesregierung wäre dann durch Art. 2 II GG verpflichtet, die Terroristen freizulassen. Die Möglichkeit einer Ermessensreduzierung wird vom BVerfG konzediert. Zwar sei es grundsätzlich Sache der jeweils zuständigen grundrechtsgebundenen Staatsorgane, in eigener Verantwortung zu entscheiden, wie sie die Verpflichtung aus Art. 2 II GG effektiv erfüllen. Diese Freiheit der Mittelwahl könne sich aber in bestimmten Situationen auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen, wenn effektiver Lebensschutz auf andere Weise nicht erreichbar sei. Entgegen

"der durchaus verständlichen Meinung des Antragstellers", des Sohnes von Schleyer, sei ein solcher Fall hier jedoch nicht gegeben. Die Eigenart des Schutzes gegen lebensbedrohende terroristische Erpressungen sei dadurch gekennzeichnet, daß die gebotenen Maßnahmen der Vielfalt singulärer Lagen angepaßt sein müssen. Sie könnten weder generell im voraus normiert noch aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden. Das Grundgesetz begründe eine Schutzpflicht nicht nur gegenüber dem Einzelnen, der von Terroristen entführt worden ist, sondern auch der Gesamtheit aller Bürger, die von den freizulassenden Terroristen bedroht würden. Eine wirksame Wahrnehmung dieser letzteren Pflicht setzt voraus, daß die zuständigen Organe in der Lage sind, auf die Umstände des Einzelfalls angemessen zu reagieren, und daß das Handeln des Staates für die Terroristen nicht berechenbar ist. Beides schließt eine Festlegung auf ein bestimmtes Mittel und damit eine Ermessensreduzierung aus.

In anderen Fällen ist die Begründung für polizeiliche Untätigkeit nicht so überzeugend. So hat sich die Polizei in den 80er Jahren geweigert, sogenannte Hausbesetzungen zu beenden, weil ein Einschreiten zu einer Eskalation der Gewalt führen würde. Hier sind zwei Fragen zu unterscheiden: Die Frage, ob ein Einschreiten, wenn es erfolgt unverhältnismäßig, ist; diese Frage ist zu verneinen, weil anderenfalls der Rechtsbrecher es in der Hand hat, den Staat zur Untätigkeit zu zwingen, indem er weitere Rechtsbrüche androht. Weiterhin die Frage, ob Untätigkeit der Polizei ermessensfehlerhaft ist; dies ist zu verneinen, wenn dafür sachliche Gründe, etwa Nutzungskonzepte für die besetzten Häuser, vorliegen.

IV. Anspruch auf polizeiliches Handeln

Aus dem Opportunitätsprinzip folgt, daß es grundsätzlich keinen Anspruch auf polizeiliches oder ordnungsbehördliches

Einschreiten gibt. Der Einzelne hat kein materielles subjektives öffentliches Recht auf polizeiliches Einschreiten. Er hat grundsätzlich nur ein formelles subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensbetätigung. Auch dieses Recht wäre mit einer Verpflichtungsklage geltend zu machen, diese aber nicht in der Form der Vornahmeklage, sondern der Bescheidungsklage.

Ein Anspruch auf polizeiliches Einschreiten kommt nur unter der Voraussetzung in Betracht, daß deren Ermessen auf Null reduziert ist. Anspruchsgrundlage ist die polizeiliche Befugnisnorm, die das Ermessen eröffnet. Anspruchsvoraussetzungen sind:

1. daß die tatbestandlichen Voraussetzungen der Befugnisnorm erfüllt sind;
2. daß das Ermessen, welches die Befugnisnorm eröffnet, auf Null reduziert ist;
3. daß die Befugnisnorm nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern zumindest auch Interessen des Anspruchstellers zu dienen bestimmt ist (Schutznormtheorie).

Die letzte Frage kann für § 17 I ASOG nicht pauschal beantwortet werden. Es muß nach den einzelnen Schutzgütern differenziert werden. Soweit es um die öffentliche Ordnung und bei der öffentlichen Sicherheit um den Bestand, die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates geht, dient die Norm nur öffentlichen Interessen. Ein Anspruch einer Einzelperson auf polizeiliches Einschreiten kommt hier nicht in Betracht. Anders ist es, soweit private Rechte oder Rechtsgüter gefährdet sind. Hier kann der Inhaber des Rechts oder Rechtsguts einen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten haben. **Beispiel:** In einem U-Bahn-Wagen befinden sich nur noch ein Polizist, ein Skinhead und ein Ausländer. Der Skinhead beginnt grundlos, auf den Ausländer einzuschlagen. In dieser Situation darf der Polizist nicht untätig bleiben, und hat der Ausländer einen Anspruch auf polizeiliche Hilfe. Gleiches könnte man aus dem Merkmal der

Unverletzlichkeit der Rechtsordnung ableiten, da hier drittschützende Rechtsnormen abgeleitet werden. Einigen Normen des besonderen Gefahrenabwehrrechts ist die drittschützende Wirkung leichter zu entnehmen als § 17 I ASOG. Hingewiesen sei auf § 25 II BImSchG: "Wenn die von einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage hervorgerufenen schädlichen Umwelteinwirkungen das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder bedeutsame Sachwerte gefährden, **soll** die zuständige Behörde die Errichtung oder den Betrieb der Anlage ... untersagen, soweit die Allgemeinheit oder die **Nachbarschaft** nicht auf andere Weise ausreichend geschützt werden kann."