

„FREIHEIT IN SICHERHEIT“ – GRUNDRECHTE ALS SCHUTZGUT UND BARRIERE IM POLIZEI- UND ORDNUNGSRECHT PROF. DR. THOMAS MANN

„Wer wesentliche Freiheit aufgeben kann um eine geringfügige vorübergehende Sicherheit zu bewirken, verdient weder Freiheit, noch Sicherheit.“ - Mit diesen Worten hat der amerikanische Staatsmann *Benjamin Franklin* (1706-1790) den ursprünglichen amerikanischen Freiheitsgedanken auf den Punkt gebracht und sich für einen grundsätzlichen Vorrang der Freiheit gegenüber der Sicherheit ausgesprochen.¹ Seine Landsleute aus dem 21. Jahrhundert sehen das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit spätestens seit den Anschlägen auf das World Trade Center 2001 offenbar anders, wie nicht zuletzt die aktuelle NSA-Affäre deutlich vor Augen geführt hat.

I. Zur Interdependenz von Freiheit und Sicherheit

Gleichwohl hat das Zitat auch weiterhin Relevanz, soweit es auf die Interdependenz von Freiheit und Sicherheit hinweist. Denn die Gewährleistung von Sicherheit ist nicht ohne Beschränkungen von Freiheiten der Bürger zu erreichen. Umgekehrt stellt aber auch erst die staatliche Gewährleistung der Sicherheit einen effektiven Freiheitsschutz der Bürger sicher.² Denn wer ständig Übergriffe seiner Mitbürger fürchten muss und sich in steter Angst um Leib, Leben, Freiheit oder Eigentum befindet, kann seine Freiheitsrechte nicht voll ausüben.³ Die

¹ *Franklin*, Bemerkungen über die Vorschläge (zum „Entwurf, wie eine dauernde Vereinigung zwischen England und seinen Pflanzungen bewirkt werden könnte“, Januar 1775, Art. 14), zitiert nach „Dr. Benjamin Franklin's nachgelassene Schriften und Correspondenz, nebst seinem Leben“, Band 3: Franklin's Leben ersten Theil enthaltend, Weimar 1818, S. 442. Im Original: „They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety.“

² Vgl. nur *Götz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 2; *Pitschas*, JZ 1993, 857 (857), jeweils m.w.N.

³ In diesem Sinne auch *Mackenroth*, Rechtsstaat in der Zwickmühle, Baden-Baden 2011, S. 40; *Vosgerau*, AöR 133 (2008), 346 (358).

Festschreibung von Freiheitsrechten in der Verfassung wäre daher ohne Gewährleistung einer Umgebung der Sicherheit, welche erst die Ausübung eben dieser Freiheiten ermöglicht, ohne Wert. Nicht ohne Grund vereint auch das Unionsrecht Art. 67 AEUV⁴ beide Aspekte im Politikziel eines Raumes „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem die Grundrechte ... geachtet werden“. In Deutschland ließ sich die politische Dimension dieses Zielkonflikts sehr plastisch am Beispiel einer Reform der Sicherheitsgesetze beobachten, als das Bundesjustizministerium, das bei der letzten Bundesregierung mit einer liberalen Ministerin besetzt war und daher tendenziell die Freiheit priorisierte, eine Verringerung der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten forderte, während das konservativ besetzte Bundesinnenministerium die Ansicht vertrat, die innere Sicherheit in Deutschland könne nur bei einer Erweiterung des staatlichen Eingriffsinstrumentariums gewährleistet werden.⁵

II. Das Konzept „Freiheit in Sicherheit“ und seine Umsetzung im Polizeirecht

Das Gleichgewicht im klassischen Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit war gegen Ende des 20. Jahrhunderts auch in Deutschland in Richtung einer Erweiterung von individuellen Freiheitsspielräumen verschoben worden; trotz unverminderter Kriminalität, organisiertem

⁴ Ebenso, mit Blick auf den freien Personenverkehr, Art. 3 EUV. Darüber hinaus findet sich eine sprachliche Verbindung auch in den Grundrechten auf „Freiheit und Sicherheit“ gemäß Art. 6 der europäischen Grundrechtecharta und Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Über den abwehrrechtlichen Gehalt der Sicherheit im „habeas corpus“-Grundrecht hinaus soll die sprachliche Nebeneinanderstellung beider Aspekte zeigen, dass Freiheit und Sicherheit trotz ihres teilweise ambivalenten Verhältnisses im Rechtsstaat zusammengehören vgl. Tettinger/Stern/Tettinger, Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 2006, Art. 6 Rn. 24 f.; Calliess/Ruffert/Calliess, Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 6 GRCh Rn. 1 f.; a.A. im Sinne einer bloßen Ausrichtung auf hoheitliche Übergriffe Baldus, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der europäischen Grundrechte, 2006, § 14 Rn. 7 ff.

⁵ Vgl. FAZ.net vom 28.1.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/sicherheitsdienste-anti-terror-gesetze-sollen-ueberprueft-werden-12042059.html>. Siehe auch Masing, JZ 2011, 753 (753), der auf die Aussage des damaligen Bundesinnenministers Schäuble nach den gescheiterten Bombenanschlägen in Regionalzügen in NRW im August 2006 hinweist: „Wir müssen die präventiven Fähigkeiten stärken“ (vgl. FAZ vom 25.8.2006, S. 1). Vgl. auch Schäuble, ZRP 2007, 210 ff.

Verbrechen und Drogen- und Menschenhandels wurden Anstrengungen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit in Deutschland vielerorts als mehr und mehr verzichtbar angesehen. Erst die Ereignisse des 11. September 2001 haben zu Beginn des 21. Jahrhunderts ein gewisses Umdenken bewirkt und es hat sich als Direktive für die Herstellung einer zeitgerechten, gefährdungsorientierten Balance die Formel „Freiheit in Sicherheit“⁶ herausgebildet. Sie bringt zum Ausdruck, dass eine Erhöhung der inneren Sicherheit zwangsläufig zu Lasten der Freiheit gehen muss und es Aufgabe des Gesetzgebers ist, dieses Spannungsverhältnis verfassungskonform auszugestalten.

Diese einerseits Ambivalenz, andererseits Korrespondenz von Freiheitsschutz und Freiheitsbeschränkung wird nirgendwo so augenfällig wie im Polizeirecht. So bewirkt das moderne Polizeirecht vielfältige Freiheitsbeschränkungen zu Lasten des Bürgers, dies aber im Interesse und zur Gewährleistung der Sicherheit, die ihrerseits nichts anderes bewirken will als einen effektiven Freiheitsschutz des Bürgers. Den Schwerpunkt präventiv-polizeilicher Tätigkeit bildet traditionell die Abwehr von konkreten Gefahren, doch hat die seit den Anschlägen vom 11.09.2001 verschärfte Sicherheitslage die Wirkungsmechanismen der Gefahrenabwehr zunehmend in den Vorfeldbereich einer konkreten Gefahr verlagert. Es gilt, Sicherheitsrisiken für die moderne Zivilgesellschaft frühzeitig zu erkennen und Erfolg versprechende Abwehrmaßnahmen zu treffen. Unter diesen Vorzeichen wird das polizeiliche Aktionsfeld zunehmend durch vielfältige Formen der Beobachtung zur Informationsgewinnung und Informationsspeicherung bestimmt.⁷ Daneben hat aber auch die sicherheitsbezogene Aufklärung der Bürger zugenommen und es wird verstärkt auf eine „optische Präsenz“ der Polizei gesetzt, die das allgemeine Sicherheitsgefühl steigern soll. Bei alledem handelt es sich freilich nicht um eine neue, dritte Aufgabenkategorie, welche die klassischen polizeilichen Aufgabenfelder der (präventiven) Gefahrenabwehr und der (repressiven) Strafverfolgung erweitert, sondern lediglich um eine Chiffre für die besondere Akzentuierung präventiv-polizeilichen Handelns.

⁶ Siehe *Tettinger*, in: FS J. Kirchhoff, 2002, S. 281 ff mwN.

⁷ Näher zu den Maßnahmen der Videoüberwachung, Rasterfahndung, Schleierfahndung, Kfz-Kennzeichenerfassung oder der polizeilichen Internetermittlung *Mann/Fontana*, JA 2013, 734 (736 ff.).

In der Gesamtbetrachtung zeigt sich, dass es dem Gesetzgeber mit Blick auf die neuen Entwicklungen im Gefahrenabwehrbereich nicht immer leicht gefallen ist, die notwendige Balance im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit in verfassungskonformer Weise auszugestalten. Häufig hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) über die Verfassungsmäßigkeit der zum Teil neu geschaffenen Eingriffsermächtigungen zu entscheiden und hierbei die Gelegenheit genutzt, um den verfassungsrechtlichen Rahmen für eine Gewährleistung von „Freiheit in Sicherheit“ näher abzustecken; vor allem für die Datenermittlung⁸ und Datenverarbeitung sowie für Ermittlungsmaßnahmen im Internet hat das BVerfG klare Maßstäbe vorgegeben, an denen sich Gesetzgebung und Rechtsanwendung künftig zu orientieren haben.⁹

III. Die Grundrechte als Elemente zur Austarierung einer „Freiheit in Sicherheit“

Die Gewährleistung sowohl der Freiheit als auch der Sicherheit der Bürger ist Aufgabe des Staates. Die staatliche Verpflichtung zur Freiheitsgewährleistung ergibt sich vor allem daraus, dass die staatlichen Gewalten gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden sind und daher stets die grundrechtlich geschützten Freiheiten zu achten haben. Die Grundrechte entfalten in diesem Kontext ihre klassische Funktion als Abwehrrechte gegenüber dem Staat.¹⁰ Die staatliche Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit kann man hingegen aus dem staatlichen Gewaltmonopol folgern.¹¹ Nach der Beseitigung des Faust- und Fehderechts hat – wenn man die Notstandsrechte außen vor lässt – nur noch der Staat die rechtliche Befugnis, Gewalt zur Durchsetzung von Sicherheit und

⁸ Die Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten gehört längst zum „Alltagsgeschäft“ der Sicherheitsbehörden, vgl. *Kutscha*, LKV 2008, 481 (482).

⁹ Vgl. z.B. BVerfG, BVerfGE 109, 279 ff. (akustische Wohnraumüberwachung); BVerfGE 120, 274 ff. (Online-durchsuchung); BVerfGE 120, 378 ff. (KfZ-Kennzeichenerfassung); BVerfGE 125, 260 ff. (Vorratsdatenspeicherung); vgl. umfassend zur „Sicherheitsphilosophie des BVerfG“ *Mackenroth*, Rechtsstaat in der Zwickmühle, Baden-Baden 2011, S. 19.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 7, 198 (204 f.); 115, 320 (358).

¹¹ *Calliess*, ZRP 2002, 1 (3); *ders.*, DVBl. 2003, 1096 (1096); *Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497 (497); *Pitschas*, JZ 1993, 857 (858). Zu den staatsrechtlichen Grundlagen bei *Hobbes*, *Locke* und *W. von Humboldt* vgl. im Überblick *Götz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 19.

Ordnung anzuwenden.¹² Daher muss dieser auch sicherstellen, dass die Bürger ihre Grundrechte ohne Beeinträchtigung durch Dritte ausüben und damit in Sicherheit leben können. Der Staat muss sich insoweit schützend vor die Grundrechte stellen (Schutzpflichtdimension der Grundrechte).¹³

Der zur Herstellung der Balance zwischen Freiheit und Sicherheit primär berufene Gesetzgeber¹⁴ hat bei der Abwägung, wie viel Freiheit und wie viel Sicherheit er gewährleisten will, einen von der Verfassung – insbesondere den Grundrechten – bestimmten und begrenzten Spielraum. „Das Grundgesetz unterwirft auch die Verfolgung des Zieles, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu denen insbesondere das Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zählt.“¹⁵ Für den Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts folgt daraus, dass die Grundrechte hier einerseits ein polizeiliches Schutzgut darstellen und andererseits aber auch Schranken gegen allzu starke polizeiliche Eingriffe in die Individualsphäre der Bürger bilden.¹⁶ Die Grundrechte sind damit einerseits Grund und andererseits Grenze gefahrenabwehrrechtlichen Handelns.

1. Grundrechte als Barriere polizeilichen Handelns

Von den soeben benannten Funktionen der Grundrechte im Polizeirecht ist die Barriereneigenschaft die praktisch bedeutsamere. Um diese Funktion genauer zu erläutern, bedarf es eines kurzen Blicks auf die deutsche Grundrechtsdogmatik.

In den Art. 1 bis 19 GG werden nicht nur die Grundrechte mit ihren jeweiligen Schutzbereichen umschrieben, sondern es wird auch die Einschränkungbarkeit der einzelnen Grundrechte konkret bestimmt. Diese sogenannten Regelungs- bzw. Schrankenvorbehalte können

¹² *Hoffmann-Riem*, ZRP 2002, 497 (497).

¹³ BVerfGE 96, 56 (64); zur Staatsaufgabe Sicherheit ausführlich *Thiel*, „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, Tübingen 2011, S. 149 ff.

¹⁴ *Papier*, in: Festschrift für Schenke, Berlin 2011, S. 263 (265 f.).

¹⁵ BVerfGE 115, 320 (358).

¹⁶ Vgl. *Tettinger/Erbuguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 408.

allgemein gefasst sein und verlangen dann lediglich, dass Grundlage der Einschränkung des jeweiligen Grundrechts ein Gesetz sein muss. Teilweise enthalten Schrankenvorbehalte aber auch detaillierte Anforderungen an das einschränkende Gesetz. So muss etwa ein Gesetz, das einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit in Form der Enteignung zulässt, die Art und das Ausmaß der Entschädigung regeln (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG). Demgegenüber unterliegen einige Grundrechte keinem ausdrücklichen Schrankenvorbehalt, wie z.B. Art. 4 Abs. 1 GG (Glaubens- und Gewissensfreiheit) und Art. 5 Abs. 3 GG (Kunst- und Wissenschaftsfreiheit). Auch die Ausübung solcher Grundrechte ist aber nicht völlig schrankenfrei. Das BVerfG hat hierzu festgestellt: „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise im Stande, auch uneingeschränkte Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.“¹⁷ Die vom BVerfG benannten Rechtspositionen werden üblicherweise als sog. verfassungsimmanente Schranken bezeichnet. Einschränkende Gesetze müssen stets eine Konkretisierung der jeweiligen verfassungsimmanenten Schranke sein.¹⁸

Sind in Konsequenz dieser Sichtweise also sämtliche Grundrechte des Grundgesetzes beschränkbar, so muss gerade das Recht der polizeilichen Gefahrenabwehr als besonders eingriffsintensives Recht diesen Schrankenvorbehalten Rechnung tragen. Dies geschieht im deutschen Recht durch ein abgestuftes System von Ermächtigungsgrundlagen. Zunächst finden sich Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe in Grundrechte im besonderen Gefahrenabwehrrecht. Hierzu gehören etwa das Versammlungs-, das Presse- oder das Gaststättenrecht. Die einfachgesetzlichen Regelungen enthalten eine Vielzahl von Voraussetzungen für das polizeiliche Handeln, wodurch die grundrechtlichen Schrankenvorbehalte erfüllt werden. Soweit eine Regelung aus dem besonderen Gefahrenabwehrrecht auf den konkreten Fall anwendbar ist, darf die Polizei ihre Eingriffsmaßnahmen nur auf diese Ermächtigungsgrundlage stützen. Ein Rückgriff auf Rechtsgrundlagen aus

¹⁷ BVerfG, BVerfGE 28, 243 (261), seitdem st. Rpr.

¹⁸ BVerfG, BVerfGE 83, 130 (142); 108, 282 (311).

dem sonstigen Gefahrenabwehrrecht ist nicht zulässig (sog. Sperrwirkung abschließender Spezialermächtigungen).

Existiert kein solches Spezialgesetz, so kann die handelnde Behörde ihre Maßnahme auf eine der sogenannten Standardmaßnahmen stützen. Die Standardmaßnahmen sind in den Landespolizeigesetzen¹⁹ festgeschrieben und regeln als Sondertatbestände häufiger vorkommende und/oder besonders schwerwiegende Eingriffe in die grundrechtliche Freiheitssphäre des Bürgers, wie die Hausdurchsuchung oder die Ingewahrsamnahme. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der entsprechenden Normen sollen insbesondere sicherstellen, dass die speziellen Schrankenvorbehalte einzelner Grundrechte hinreichend beachtet werden. Da nicht sämtliche Gefahrenabwehrmaßnahmen im Vorhinein vom Gesetzgeber erahnt und typisiert geregelt werden können, beinhalten die Gefahrenabwehrgesetze der Länder zudem noch eine polizeirechtliche Generalklausel, die typischer Weise am Anfang der Abschnitte über die polizeilichen Befugnisse zu finden ist. Diese Generalklauseln ermächtigen die Behörden zu allen Maßnahmen, die notwendig sind, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder öffentliche Ordnung abzuwehren. Diese Generalklauseln sind streng subsidiär gegenüber allen vorstehend genannten Eingriffsermächtigungen (Spezialgesetzen oder Standardmaßnahmen), damit die dort geregelten Voraussetzungen nicht durch den Umweg über die Generalklausel umgangen werden können.²⁰

Das Verhältnis von Spezialgesetz zu den Standardmaßnahmen bzw. zur Generalklausel lässt sich besonders gut am Versammlungsrecht illustrieren. Da die Versammlungsfreiheit ein für die freiheitlich demokratische Grundordnung sehr wichtiges Grundrecht ist, muss

¹⁹ Da das Polizei- und Ordnungsrecht in Deutschland in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt, haben alle 16 deutschen Länder hierzu ihre eigenen Gesetze erlassen. Allzu große landesspezifische Unterschiede sind dennoch nicht zu beobachten, da die Landesgesetze auf einem bundeseinheitlichen Musterentwurf eines Polizeigesetzes beruhen, der erfolgreich einer zu starken föderalen Zersplitterung des Polizei- und Ordnungsrechts entgegengewirkt hat, vgl. *Knemeyer*, ZG 1987, 228 (238); *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 374 f..

²⁰ Diese Subsidiarität ist zumindest für das Verhältnis von Generalklausel und Standardmaßnahmen regelmäßig im Kontext der Generalklausel normiert und folgt ansonsten aber auch bereits aus dem Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“.

dieses in besonderem Maße vor staatlichen Eingriffen geschützt werden.²¹ Dieser Schutz wird durch spezielle Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder gewährleistet, die strenge Voraussetzungen für eine polizeiliche Beschränkung oder das Verbot einer Versammlung enthalten. Beispielsweise kann nach § 8 Abs. 2 des niedersächsischen Versammlungsgesetzes eine Versammlung nur verboten und aufgelöst werden, wenn ihre Durchführung die öffentliche Sicherheit unmittelbar gefährdet und die Gefahr nicht anders abgewehrt werden kann. Wäre es der Gefahrenabwehrbehörde nun aber möglich die Auflösung der Versammlung auf die Standardmaßnahme „Platzverweis“ oder gar auf die polizeiliche Generalklausel mit ihren jeweils deutlich geringeren tatbestandlichen Voraussetzungen zu stützen, so könnten die strengen Vorschriften des Versammlungsgesetzes umgangen werden. Dadurch würde die grundrechtliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit missachtet. Daher ist im Anwendungsbereich des speziellen, zum Schutz der Versammlungsfreiheit geschaffenen Versammlungsrechts ein Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht nicht möglich. Man spricht insoweit auch von einer „Polizeifestigkeit der Versammlung“.²²

Als Folge des verfassungsrechtlichen Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG), welches bei allen freiheitsrechtseinschränkenden Gesetzen die Benennung der beeinträchtigten Grundrechte verlangt, enthalten die deutschen Gefahrenabwehrgesetze immer auch eine Vorschrift, welche die durch das Gesetz eingeschränkten Grundrechte explizit bezeichnet. Dieses Zitiergebot führt gewissermaßen zu einer Besinnung und Selbstwarnung des Gesetzgebers und hält diesen damit zu einer Beachtung der Freiheitsrechte an.²³

²¹ Siehe dazu etwa BVerfG, NJW 1985, 2395 (2396).

²² Der Begriff der „Polizeifestigkeit“ wurde insbesondere für den Schutz der Presse- und der Versammlungsfreiheit entwickelt, letztlich sind aber alle Grundrechte im oben bezeichneten Sinne „polizeifest“, ausführlich dazu *Rasch*, DVBl. 1987, 194 (197 ff.).

²³ Epping/Hillgruber/*Enders*, GG, München 2013, Art. 19 Rn. 15; *Ipsen*, Staatsrecht II, 15. Aufl. 2012, Rn. 203; zur gebotenen engen Auslegung, damit das Zitiergebot nicht zum bloßen Formalismus verkommt vgl. BVerfG, BVerfGE 28, 36 (46); *Kugelmann* in: Härtel (Hrsg.), Handbuch Föderalismus, Bd. 3, Berlin 2012, § 52 Rn. 27; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 29. Aufl. 2013, Rn. 324.

2. Grundrechte als Schutzgut polizeilichen Handelns

Grundrechte setzen den polizeilichen Eingriffen in die Individualsphäre nicht nur Grenzen, sondern bilden auch essentielle Elemente des zentralen polizeilichen Schutzguts der „öffentlichen Sicherheit“. Nach deutscher Dogmatik beinhaltet die öffentliche Sicherheit drei Schutzgüter; sie zielt auf den Schutz der Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, den Schutz des Staates und seiner Veranstaltungen und Einrichtungen sowie - drittens - auf den Schutz der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des einzelnen.²⁴ Da die Grundrechte die geradezu idealtypische Verkörperung von subjektiven Rechten darstellen, wird der Schutz der Grundrechte vor einer Beeinträchtigung durch Dritte, wie es einige Polizeigesetze der Länder sogar ausdrücklich normieren,²⁵ auch als unmittelbare Aufgabe des Gefahrenabwehrrechts angesehen.²⁶ Demgemäß unterfällt beispielsweise der Schutz einer legalen friedlichen Versammlung vor einer Beeinträchtigung durch Dritte sub signo „öffentliche Sicherheit“ dem Aufgabenkreis der Polizei.

Insoweit sind jedoch drei Aspekte in Erinnerung zu bringen, die einer vorschnellen Gleichsetzung von Grundrechtsbetroffenheit und polizeilicher Eingriffsbefugnis entgegen zu halten sind. Zum einen muss bedacht werden, dass Grundrechte in ihrer Primärfunktion als Abwehrrechte gegen den Staat ausgestaltet sind. Individuelle Grundrechte können daher nur zu einem Schutzgut staatlichen Handelns werden, sofern man eine generelle staatliche Schutzpflicht annimmt, die effektive

²⁴ Vgl. statt aller *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 53 ff.; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 440 ff.; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 79 ff.; *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, 5. Kap. Rn. 35 ff.

²⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 Polizeigesetz Baden-Württemberg; Die Polizei hat ... „die ungehinderte Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte zu gewährleisten“; § 1 Abs. 1 S. 2 Polizeigesetz Sachsen: Die Polizei hat „die ungehinderte Ausübung der Grundrechte und der staatsbürgerlichen Rechte zu gewährleisten“.

²⁶ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 59a; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4 Rn. 18; *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 84; *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, 5. Kap. Rn. 59; *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, Rn. 169; A.A. *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2012, § 8 Rn. 17 ff.

Ausübung der Grundrechte zu gewährleisten²⁷ oder im Anschluss an die Dogmatik der mittelbaren Drittwirkung von einer zumindest mittelbaren Bindung Privater an die Grundrechte ausgeht. Wenn aber nach traditioneller Grundrechtslehre eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des Zivilrechts zur Geltung kommt,²⁸ dann werden, wenn diese privatrechtlichen Generalklauseln nicht beachtet werden, streng genommen nur diese verletzt, nicht aber die Grundrechte selbst, die nach der Konzeption der mittelbaren Drittwirkung lediglich mit ihren Wertungen bei der Auslegung dieser Generalklauseln zu berücksichtigen sind.²⁹

Dem entspricht der allgemeine Grundsatz der Subsidiarität polizeilichen Handelns: Alle Polizeigesetze der Länder sehen vor, dass zum Schutz privater Rechte in erster Linie die Zivilgerichte und die zur Durchsetzung der Entscheidungen dieser Gerichte berufenen Vollstreckungsorgane, also insbesondere die Gerichtsvollzieher, berufen sind. Ein polizeiliches Handeln ist nur dann erlaubt, „wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.“³⁰ Hintergrund dieses Subsidiaritätsgrundsatzes ist der Gedanke, dass die Polizei, wenn sie zum Schutz privater Rechte einschreitet, im Zuständigkeitsbereich der Judikative tätig wird, was als Durchbrechung der Gewaltenteilung dann aber auf ein geringes Maß beschränkt bleiben muss.³¹

Darüber hinaus ist zu beachten, dass Grundrechte als Schutzgut polizeilichen Handelns nicht bemüht werden müssen, soweit

²⁷ So etwa *Kugelmann*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, 5. Kap. Rn. 59. Allgemein zu staatlichen Schutzpflichten *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 29. Aufl. 2013, Rn. 110 ff.; *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 146 ff.; *Classen*, JöR n.F. 36 (1987), S. 29 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, passim.

²⁸ St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 25, 256 (263); 73, 261 (269); 89, 214 (229 f.).

²⁹ So zu Recht *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 59a.

³⁰ So § 1 Abs. 2 des Musterentwurfs für ein einheitliches Polizeigesetz des Bundes und der Länder, abgedruckt als Anhang II in: *Tettinger/Erbguth/Mann*, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 446; ebenso z.B. § 1 Abs. 2 PolG NRW oder § 1 Abs. 3 Niedersächsisches SOG.

³¹ Vgl. näher *Habermehl*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 1993, Rn. 95; *Schoch*, JuS 1994, 570 (573).

Grundrechtspositionen durch Strafgesetze geschützt sind und in dem gefährdenden Verhalten zugleich eine Verletzung dieser Strafrechtsnormen liegt. Das ist offensichtlich der Fall, soweit das Leben oder die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), die persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder einzelne Eigentumsrechte (Art. 14 GG) betroffen sind. Der Verstoß gegen die entsprechenden Strafrechtsnormen (§§ 211 ff., 240, 242 ff. StGB) stellt bereits als Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung eine Verletzung des Schutzgutes der öffentlichen Sicherheit dar.³² Vergleichbares gilt aber etwa auch mit Blick auf das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), wenn Hausbesetzer fremdes Eigentum unerlaubt in Gebrauch nehmen. Auch hier kann ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit bereits aus der rechtswidrigen und schuldhaften Begehung eines Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) gefolgert werden, ohne dass es eingehender Reflexionen über die Grenzen und die Reichweite eines polizeilichen Handelns zum Schutze der Grundrechte aus Art. 13 und 14 GG bedürfte.³³

3. Abwägung der Grundrechte in der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Soweit die Grundrechte einerseits Barriere und andererseits Schutzgut im Polizei- und Ordnungsrecht sein können, stellt sich zwangsläufig die Frage, wie auf der Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte vorzunehmen ist. Zur Verdeutlichung soll ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg dienen:³⁴ Dort hatte es sich ein religiös motivierter Abtreibungsgegner zur Aufgabe gemacht, Frauen vor dem Betreten einer Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle (ProFamilia) auf dem Bürgersteig anzusprechen und diesen unaufgefordert Bilder, Broschüren und Gegenstände zum Thema Schwangerschaft zu überreichen. Er berief sich dabei auf seine Religions- und Meinungsfreiheit. Die angesprochenen Frauen, die vor der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs zum Besuch einer solchen Beratungsstelle gesetzlich verpflichtet sind (§§ 218a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. §

³² Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 4 Rn. 18.

³³ Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2012, Rn. 447; Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, Rn. 92.

³⁴ VGH Mannheim, NJW 2011, 2532.

219 Abs. 2 StGB), fühlten sich durch diese „Gehsteigberatung“ bedrängt und in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt. Die zuständige Gefahrenabwehrbehörde untersagte daher dem Abtreibungsgegner die „Beratung“ im näheren Umkreis der Konfliktberatungsstelle. Dass die Behörde in diesem Beispielsfall vor ihrem Einschreiten eine Abwägung zwischen der beeinträchtigten Meinungs- und Religionsfreiheit einerseits und dem geschützten Allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits vornehmen musste, ist augenscheinlich. Dogmatisch loziert ist diese Abwägung im Rahmen der Prüfung, ob der staatliche Eingriff verhältnismäßig gewesen ist.

Nach dem im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Übermaßverbot) bedarf jeder staatliche Eingriff in Grundrechtspositionen eines legitimen Zwecks und muss geeignet, erforderlich und angemessen sein. Alle Polizeigesetze der deutschen Länder haben die Bindung an diesen Verfassungsgrundsatz darüber hinaus auch noch einmal ausdrücklich einfachgesetzlich normiert. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung muss die Behörde insbesondere alle betroffenen Interessen und Rechtspositionen gewichten und gegeneinander abwägen. Im Beispielsfall sind dies konfligierende Grundrechtspositionen - die Meinungs- und Religionsfreiheit des Verbotsadressaten sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Frauen, zu deren Schutze die Maßnahme erging -, die einer praktischen Konkordanz zugeführt werden müssen. Wenn die Behörde mit Billigung des Gerichts im Beispielsfall dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Schwangeren ein höheres Gewicht eingeräumt hat, so geschah dies aus der Erwägung, dass die schwangeren Frauen aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Schwangerschaftsberatung keine andere Wahl haben, als die Konfliktstelle zu besuchen und daher der Bedrängung auf dem Bürgersteig nicht entgehen können. Zudem befinden sich die Schwangeren ohnehin in einer besonders schützenswerten Lebenssituation. Der Abtreibungsgegner hingegen kann seine religiöse Überzeugung und seine Meinung zum Thema Schwangerschaftsabbruch hingegen auch an anderen Stellen innerhalb der Gemeinde kundtun, ohne dass dies seine Grundrechte auf Religions- oder Meinungsfreiheit intensiv beeinträchtigen würde.³⁵

³⁵ VGH Mannheim, NJW 2011, 2532 (2535).

II. Fazit

Dieses Beispiel zeigt, wie durch Abwägungserwägungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die geschützte Grundrechtsposition und die beeinträchtigte Grundrechtsposition in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können. Durch das für einen bestimmten Umkreis geltende Verbot wurde im wahrsten Sinne des Wortes ein Raum der Sicherheit vor Bedrängung und damit einhergehende Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der schwangeren Frauen geschaffen. Dafür musste zwar, weil Grundrechte wie gezeigt nicht nur Schutzgut, sondern auch eine Grenze der Gefahrenabwehr bilden, in die Meinungs- und Religionsfreiheit des Abtreibungsgegners eingegriffen werden. Jedoch wurde der Bedeutung dieser Freiheitsrechte dadurch Rechnung getragen, dass die Kundgabe der Meinung und der religiösen Überzeugung nicht gänzlich verboten, sondern nur in örtlicher Hinsicht begrenzt wurde.

Wie dieses einfache Beispiel erkennen lässt, steht die tägliche Rechtsanwendung im Polizeirecht vor der Daueraufgabe, die Wechselbezüglichkeit von Freiheit und Sicherheit in jedem Einzelfall neu austarieren zu müssen. Die polizeirechtliche Dogmatik bewältigt diese Aufgabe, indem sie den einerseits als Schutzgut, andererseits als Grenze des behördlichen Handelns involvierten Grundrechtspositionen durch eine behutsame Abwägung innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung trägt. Anders als der eingangs zitierte *Benjamin Franklin*, der einseitig der Freiheit einen Vorrang einräumen wollte, hat daher dessen Zeitgenossen *Wilhelm von Humboldt* (1767-1835) das heutige Konzept der „Freiheit in Sicherheit“ bereits besser getroffen, als er 1792 lapidar festgestellt hat: „Ohne Sicherheit ist keine Freiheit“.³⁶

³⁶ von Humboldt, Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792), 1967, S. 58, vgl. auch S. 100 ff.: Sicherheit als „Gewißheit der gesetzmäßigen Freiheit“.