

Privatisierung grundrechtsintensiver Polizeiaufgaben verfassungswidrig

Von Bernhard Weiner

Art. 33 IV GG und das staatliche Gewaltmonopol stellen hohe Hürden für Privatisierungsvorhaben dar. Beide Kriterien ermöglichen neben einer Beurteilung der Privatisierungsfähigkeit individueller Aufgaben die rechtlich fundierte Festlegung exklusiv staatlicherseits wahrzunehmender Aufgaben. Diese zentralen Aussagen sind Ergebnisse einer kürzlich an der Universität Osnabrück vorgestellten rechtswissenschaftlichen Dissertation mit dem Titel "Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben".

Veränderung der "Privatisierungslandschaft"

Das Thema der Privatisierung von Staatsaufgaben, welches in den vergangenen Jahren immer mehr an Aktualität gewann, erscheint in einem anderen Gewand. Seit einiger Zeit geht es dabei nicht mehr nur um die Verlagerung wirtschaftlicher Staatstätigkeit, sondern auch um solche Aufgaben, die bis dahin als staatlicherseits "sakrosankt" wahrzunehmen behandelt wurden: die staatlichen Sicherheitsaufgaben. Mittlerweile wird bereits davon gesprochen, dass die Privatisierungswelle im Sinne eines "Dominoeffektes" nicht einmal mehr vor dem staatlichen Gewaltmonopol Halt macht.

Bei dieser Entwicklung ist auffällig, dass häufig Aufgabenverlagerungen auf Private erfolgen, obwohl keine oder keine ausreichenden Rechtsgrundlagen dafür vorliegen. Dies führt(e) zu rechtswidrigen Verfahrensweisen, die teilweise erst aufgrund gerichtlicher Entscheidungen eingestellt wurden. Insgesamt betrachtet besteht erheblicher Klärungsbedarf, weil es an überzeugenden rechtlichen Begründungen und Beurteilungsmaßstäben mangelt. Damit stellte sich dem Verfasser der Untersuchung, Dr. iur. Bernhard Weiner, Diplom-Verwaltungswirt (FH) und KOK a. D., neben der Gewinnung positivrechtlicher Privatisierungsgrenzen zur Beurteilung einzelner Vorhaben als ein weiteres Untersuchungsziel die rechtlich fundierte Festlegung nicht privatisierbarer Sicherheitsaufgaben.

Nur wenig wirkliche Privatisierungshürden

Das Grundgesetz bietet einerseits nicht nur einen großen Spielraum für Privatisierungsvorhaben, sondern zieht diesen andererseits gleichzeitig Grenzen. Dabei gibt es nur einige wenige Kriterien, die für eine individuelle Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit des "Ob" einer Privatisierung zur Verfügung stehen. Als relevante Privatisierungshindernisse kommen neben Art. 33 IV GG das staatliche Gewaltmonopol, staatstheoretische und gemeinschaftsrechtliche Einflüsse, die grundrechtlichen Schutzpflichten sowie Sozialstaats- und Demokratieprinzip in Betracht.

Alle genannten Kriterien bilden zunächst eine absolute bzw. äußere Grenze für den theoretisch denkbaren, realiter aber mehr als unwahrscheinlichen Fall einer totalen Aufgabe der Sicherheitsgewährleistung seitens des Staates. Zu beachten ist im Weiteren eine graduelle inhaltliche Abstufung bezüglich der praktischen Anwendbarkeit.

Die staatstheoretisch motivierte Frage, ob der Staat für bestimmte exklusive Aufgaben ein Erfüllungsmonopol haben muss, wird mit einer vielschichtigen Terminologie umschrieben. Der dabei übliche Rückgriff auf derartige Bezeichnungen von Staats- bzw. Sicherheitsaufgaben (zum Beispiel

"originäre, genuine, unaufgebbare") ist jedoch nicht geeignet, eine Privatisierungsgrenze darzustellen.

Ein ähnliches Resümee ist tendenziell für die gemeinschaftsrechtlichen Einflüsse zu ziehen. Gerade auch vor dem Hintergrund der staatslegitimierenden Wirkung der Gewährleistung von Sicherheit ist zwar eine bemerkenswerte Veränderung festzustellen. Das, was bislang Gegenstand bi- und multilateraler Vereinbarungen und praktischer Kooperation war, wird nunmehr Teil der integrativen Ziele der Union und damit eines etablierten Europarechts. Trotz zahlreicher Veränderungen wird jedoch der Anspruch auf nationale Souveränität besonders an den Art. 64 I EG und Art. 33 EU deutlich. Danach wird die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit nicht berührt. Es besteht nach wie vor eine "mitgliedstaatliche Reservatkompetenz" für die Bereiche öffentliche Ordnung und Schutz der inneren Sicherheit. Die Nationalstaaten haben sich von ihrer Kompetenz-Kompetenz der Wahrnehmung staatlicher Sicherheitsaufgaben, zumindest derer, die mit dem staatlichen Gewaltmonopol einhergehen, (noch) nicht verabschiedet.

Das Sozialstaatsprinzip ist ebenfalls nicht Privatisierungsgrenze für den Einzelfall. Das gilt selbst dann, wenn man hieraus eine Verpflichtung des Staates entnimmt, Sicherheitsleistungen für den Bürger in lebensnotwendigen Bereichen langfristig sicherzustellen. Es bleibt dem Staat grundsätzlich unbenommen, zur Erfüllung staatlicher Aufgaben Private einzusetzen, sofern er die Sicherheit als solche letztlich gewährleistet. Insofern beschränkt das Sozialstaatsprinzip Überlegungen, große Bereiche der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu ersetzen oder ganze Bereiche ohne den erforderlichen polizeilichen Schutz zu stellen. Die Rolle des Sozialstaatsprinzips reduziert sich demgemäß auf den Grenzfall einer Infragestellung der Funktionsfähigkeit ganzer Sicherheitsbereiche.

Niveaueverschlechterung des Grundrechtsschutzes

Im Ergebnis führen Privatisierungen zu einer Niveaueverschlechterung des Grundrechtsschutzes. In diesen Fällen gehen Grundrechtsgefährdungen primär von Privaten aus. Der Staat ist aufgrund der grundrechtlichen Schutzpflichten berufen diese zu unterbinden. Die Schutzpflicht erfordert in der Regel ein staatliches Tätigwerden. Der Staat kann seiner Verpflichtung zum Beispiel durch Erlass entsprechender materieller Vorschriften nachkommen, beispielsweise sowohl im allgemeinen Polizeirecht als auch im Straf- und im Ordnungswidrigkeitenrecht. Auch die Notwehr- und Nothilfeschutzpflichten sind Ausdruck dessen. Die grundrechtlichen Schutzpflichten bilden zumindest ein Hindernis für die Privatisierung dergestalt, dass ein Aufgabenverzicht nicht den Verzicht auf die Einflussnahme zur effektiven Durchsetzung der grundrechtlichen Schutzpflichten mit sich bringen darf oder ein vorhandenes Schutzniveau auf rechtlich vertretbare Weise nicht mehr gehalten werden kann.

In der hier relevanten Ausformung besagt das Demokratieprinzip, dass alle staatlichen Entscheidungen demokratisch gerechtfertigt sein müssen. Zum einen muss die Entscheidungskompetenz des jeweiligen Amtswalters durch eine ununterbrochene Kette von Berufungsakten auf den Volkswillen zurückzuführen sein. Zum anderen müssen die Entscheidungsmaßstäbe, in der Regel die anzuwendenden Normen, eine entsprechende demokratische Qualität besitzen.

Die inhaltlichen Anforderungen an eine effektive Gestaltung der demokratischen Legitimation bemessen sich nach dem Entscheidungsgehalt des aufgetragenen Handelns und damit nach der Bedeutung der übertragenen Aufgabe: Je höher die grundrechtliche Relevanz des amtlichen Handelns ist, umso höher muss das zu fordernde Niveau der demokratischen Legitimation sein. Eine effektive Sicherstellung dieser Forderung ist in der Regel jedoch nur dann möglich, wenn die Recht- und Zweckmäßigkeit des abgeleiteten Verwaltungshandelns überprüft und gegebenenfalls durchgesetzt werden kann. Das Demokratieprinzip stellt insoweit eine Privatisierungsgrenze dar, als

es verletzt wäre, wenn maßgebliche Aufgaben zur selbstständigen Erledigung an Private überantwortet würden, ohne dass diese ihrerseits einer inhaltlichen Kontrolle ihrer Tätigkeit durch demokratisch legitimierte Instanzen unterworfen wären.

Besondere Relevanz von Art. 33 IV GG und Gewaltmonopol

Art. 33 IV GG sowie das Gewaltmonopol ermöglichen ganz präzise Aussagen für den Einzelfall und stellen damit die wesentlichen Privatisierungsgrenzen dar.

Das im Rechtsstaatsprinzip verankerte staatliche Gewaltmonopol wird überwiegend in dem Sinne verstanden, dass dem Staat die Fähigkeit vorbehalten sei, seine Bürger gegen deren Willen rechtlich zu verpflichten, und dass diese Pflichterfüllung mit eigenen Mitteln, notfalls mit physischer Gewalt, durchgesetzt werden kann. Die Existenz von begrenzten Ausnahmetatbeständen privater Gewaltanwendung (zum Beispiel Notwehr und Nothilfe) zeigt zunächst, dass es insgesamt nicht als allumfassendes Monopol zu verstehen ist. Der dafür geprägte Begriff der "Gewaltgestattung" besagt, dass nur der Staat physischen Zwang ausüben und dass jede nichtstaatliche Gewaltanwendung nur aufgrund einer staatlichen Gewaltgestattung erfolgen darf. Im Rahmen der prinzipiell eröffneten Gewaltgestattung wird zwischen Gewaltübertragung (zum Beispiel durch Beilehung) und Gewaltermächtigung (zum Beispiel private Gewalt auf der Basis der von Staats wegen eingeräumten privat- und strafrechtlichen Notrechtsbefugnisse) unterschieden.

Insbesondere sind die unterschiedlichen Ebenen des Gewaltmonopols zu beachten. Vorstehende Aussagen zur privaten Gewaltanwendung gelten nicht für die Ebene des Sanktions- und Durchsetzungsmonopols, wodurch der Staat einerseits in der Lage ist, auf abweichendes Verhalten der Bürger zu reagieren; andererseits ergibt sich die Legitimation, gerichtlich festgestellte private und staatliche Ansprüche staatlicherseits durchzusetzen. Hier bestand und besteht ein unumstrittenes ausschließlich staatliches Ausübungsmonopol zur Einhaltung staatlich gesetzten Rechts.

Dem staatlichen Gewaltmonopol lässt sich als wesentliches Ergebnis ein Regel-Ausnahme-Gehalt entnehmen. Die Gewaltgestattung ist eine gesetzlich zu regelnde und begrenzt zulässige Ausnahme, woraus folgt, dass private Gewaltanwendung nur im Rahmen dafür konzipierter Normen zulässig ist. Gegen das staatliche Gewaltmonopol und damit im Ergebnis gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen somit solche staatlich veranlassten Privatisierungen, deren verlagerte Wahrnehmung aufgrund von Rechtsgrundlagen erfolgt, die den rechtlichen Ausnahmebereichen der Not- und Nothilferechte zuzurechnen sind.

Art. 33 IV GG stellt die gewichtigste Grenze für Privatisierungen staatlicher Sicherheitsaufgaben dar und ist, allerdings in deutlich abgeschwächter Form, personelle Stütze des Rechtsprechungsmonopols von Art. 92 GG. Gemäß des einheitlich und durchgängig als Funktionsvorbehalt bezeichneten Art. 33 IV GG ist die "Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlichrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen". Damit sind nach allgemeiner Ansicht nicht die im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeiter und Angestellten, sondern nur die Beamten gemeint. Die Norm bezieht sich nicht nur auf das "Wer" und "Wie", sondern auch auf das "Was" der von Beamten wahrzunehmenden Tätigkeiten.

Insoweit umfasst Art. 33 IV bereits einen garantierten Mindestbestand hoheitlicher Befugnisse. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse heißt Einsatz des staatlichen Gewaltmonopols und regelmäßig Einschränkung oder Ausformung grundrechtlicher Freiheit, wobei dieser Vorgang demokratische Kontrolle, rechtsstaatliche Verfahrens- und Formgebung sowie gerichtliche Überprüfbarkeit am Maßstab der Grundrechte verlangt. Die herausgehobene Bedeutung als Privatisierungsgrenze

staatlicher Sicherheitsaufgaben ergibt sich somit daraus, dass alle übrigen Privatisierungshindernisse verfassungsstrukturell in die "hoheitlichen Befugnisse" des Art. 33 IV GG "eingebettet" sind. Nur so erschließt sich die rechtsstaatliche Sicherungsfunktion des Art. 33 IV GG, die den Staat und seine Identität sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht durch die Gewährleistung einer gewissen Unabhängigkeit auch der Beamten vor dem Einfluss gesellschaftlicher Kräfte schützen will.

Aus der Gesamtwürdigung des Regel-Aussage-Gehaltes von Art. 33 IV GG folgt, dass ein Einsatz von Privaten umso weniger in Betracht kommt, je intensiver aufgrund der potenziellen Befugnisse in die Grundrechte der Bürger eingegriffen werden kann. Mit anderen Worten: Je höher die grundrechtliche Eingriffsintensität ist, desto weniger kommt ein Einsatz Privater in Betracht. Daraus ergibt sich ein konkreter Bewertungsmaßstab zur Beurteilung von Einzelvorhaben: die potenzielle Eingriffsintensität in die Grundrechte der Bürger, zu der die jeweiligen Befugnisse äußerstenfalls berechtigen.

Exklusive staatliche Sicherheitsaufgaben

Vom Grundsatz her gebietet Art. 33 IV GG eine exklusive staatliche Wahrnehmung für diejenigen hoheitlichen Befugnisse der Eingriffsverwaltung, die mit grundrechtlicher Intensität verbunden sind. Zur Bestimmung exklusiver Aufgaben ist bedeutsam, dass Art. 33 IV GG in solchen Situationen relevant wird, die aufgrund staatlichen Zwanges eintreten und/oder die mit dem vorhersehbaren Risiko des Einsatzes von staatlichen Gewaltmitteln oder staatlichen Sanktionsinstrumenten verbunden sind. Im Weiteren ist in erster Linie auf den Hauptbewertungsmaßstab des Art. 33 IV GG zurückzugreifen, der für eine Identifizierung solcher staatsvorbehaltener Aufgaben an die potenzielle Eingriffsintensität in die Grundrechte der Bürger anknüpft, zu der die jeweiligen Befugnisse äußerstenfalls berechtigen. Folglich ist Art. 33 IV GG für die so ermittelten und "daran hängenden" Aufgaben als Privatisierungsverbot zu klassifizieren, wobei diese dann als exklusive Sicherheitsaufgaben angesehen werden können.

Diesem Ansatz zufolge können unter anderem die Aufgabenbereiche, die auf einen Schusswaffengebrauch ausgerichtet sind, als exklusiv staatlicherseits wahrzunehmen qualifiziert werden. Das höchste Rechtsgut ist auch mit der höchsten Prägnanz staatlichen Handelns und staatlicher Identität zu schützen. Beides kann nur auf dem Weg der kategorischen Anwendung des Art. 33 IV GG erreicht werden, da sich in dieser Norm die grundlegenden Prinzipien von Rechtssicherheit und staatlicher Identität vereinen.

Als weitere Eingriffsmaßnahmen mit einer vergleichsweise zwar geringeren, jedoch nicht unerheblichen grundrechtlichen Intensität sind auch die Maßnahmen anzusehen, die die körperliche Unversehrtheit, die Bewegungsfreiheit, die Unverletzlichkeit der Wohnung und das Eigentum betreffen. Die besondere "Wertschätzung" des Staates für diese Grundrechte wird nicht nur durch die einzelnen Grundrechte und den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Gesetzesmediatisiert, sondern ist auch den entsprechend abgefassten Eingriffsbefugnissen immanent, die an mögliche Beeinträchtigungen erhöhte Anforderungen stellen. Diese Normen befinden sich vorwiegend in der Strafprozessordnung, den Polizeigesetzen sowie den Bestimmungen über die Anwendung von unmittelbarem Zwang. Die Regelungskomplexe erlauben nur unter bestimmten und eng umgrenzten Voraussetzungen Eingriffe in die geschützten Rechtsgüter der Bürger. Die "daran hängenden" Aufgabenbereiche unterliegen ebenfalls grundsätzlich dem Wahrnehmungsvorbehalt des Art. 33 IV GG und bilden folglich einen Bereich exklusiver staatlicher Betätigung. Die unmittelbare Ausführungshandlung wirkt dabei "system- und aufgabenimmanent" direkt auf den Betroffenen ein. Von dieser "Schlussposition" ausgehend kann der Weg über das dahinter stehende Gesetz letztlich zur Aufgabe zurückverfolgt werden. Auf diese Weise ist eine noch präzisere Identifikation konkreter exklusiv staatlicherseits wahrzunehmender Aufgabenbereiche möglich. Das primär Neue dieses Ansatzes ist nicht die Benennung von Aufgabenbereichen an sich,

sondern die Art der rechtlichen Begründung.

Privatisierung von Polizeiaufgaben nur durch Verfassungsänderung

Trotz der aufgezeigten Grenzen bleibt es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, sowohl Staatsaufgaben neu zu definieren, als diese auch zu verlagern. Im Regelfall ist dafür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen. Für den Fall, dass Private mit der Wahrnehmung der vom Regel-Aussage-Gehalt erfassten hoheitlichen Befugnisse im Sinne von Art. 33 IV GG beauftragt werden sollen, ist allerdings eine eigene verfassungsrechtliche Ermächtigung erforderlich. Dasselbe gilt für Privatisierungsvorhaben, die zu den exklusiven staatlichen Sicherheitsaufgaben zählen. Ansonsten läge ein Verstoß gegen Art. 33 IV GG vor.

(aus [DEUTSCHE POLIZEI 2/2001](#))