

# Die Abgrenzung hoheitlichen und nicht-hoheitlichen Handelns im japanischen Polizeirecht

*Philipp Schneider*

- I. Einführung
- II. Geschichte der japanischen Polizei
- III. Aufgabe, Handlungsformen und Befugnisse der japanischen Polizei
- IV. Die Abgrenzung hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Maßnahmen
  - 1. Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei auf ausdrückliche Bitte, Wunsch oder Verlangen des Adressaten vornimmt
  - 2. Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei mit ausdrücklicher Einwilligung des Adressaten vornimmt
  - 3. Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei mit stillschweigender Einwilligung des Adressaten vornimmt
- V. Schlußfolgerung

## I. EINFÜHRUNG

Die japanische Polizei unterlag in ihrer Entstehung und Entwicklung vielfältigen Einflüssen aus dem Ausland. Eine formalisierte Polizei entstand erstmals im Zuge der Meiji-Reform ab 1868, wobei die entscheidenden Impulse von der französischen und deutschen Polizei des 19. Jahrhunderts ausgingen. Deutschland war insbesondere in der Entwicklung der Polizeirechtslehre prägend. Mit der Niederlage im Zweiten Weltkrieg wurde die japanische Polizei nach amerikanischem Vorbild umgeformt.

Trotz dieser Vorgaben aus dem Ausland entwickelte das japanische Polizeirecht nach dem Zweiten Weltkrieg eigene Rechtsformen und eigene Kriterien zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit polizeilicher Handlungen. Hierbei spielen *gyōsei shidō*<sup>1</sup> und insbesondere die sogenannte „freiwillige Untersuchung“ eine große Rolle.

Die japanische Polizei unterliegt als Teil der japanischen Verwaltung dem Rechtsstaatsprinzip. Umstritten ist jedoch, wie weit der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts (*hōritsu no ryūho*) reicht. Dieser wird im Unterschied zur deutschen Wesentlichkeitstheorie in Japan anhand der Gewaltvorbehaltslehre (*kenryoku ryūho-setsu*) ausgelegt.

---

1 Nach Pape: „Ein Verwaltungsorgan wirkt mit nicht-hoheitlichen Mitteln und ohne Rechtsverbindlichkeit auf einen Adressaten ein, um ihn unter seiner Zustimmung und Mitwirkung zu Tätigkeiten oder Unterlassungen zur Verwirklichung von Verwaltungszwecken zu veranlassen“, W. PAPE, *Gyōseishidō* und das Antimonopolgesetz in Japan (Köln 1980) 17.

Die Gewaltvorbehaltslehre besagt, daß nur hoheitliches Handeln der Verwaltungsorgane einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Hierzu gehören alle Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Bürger. Hingegen ist z.B. für *gyôsei shidô* keine gesetzliche Grundlage notwendig, weil jene von der Verwaltung in der Form nicht-hoheitlichen Handelns vorgenommen wird.<sup>2</sup> Damit benötigt die Verwaltung für hoheitliches Handeln eine gesetzliche Grundlage, für nicht-hoheitliches Handeln dagegen nicht.<sup>3</sup>

Eine Maßnahme ist als hoheitlich zu qualifizieren, wenn das Verwaltungsorgan dem Bürger einseitig Pflichten auferlegt und ihm Rechte nimmt. Hoheitliche Verwaltungstätigkeit kann gegen den Willen des Bürgers mit Gewalt durchgesetzt werden. Sie ist durch den Gebrauch öffentlicher Gewalt gekennzeichnet. Hierzu gehören der Verwaltungsakt und der Verwaltungszwang. Aber auch die Leistungsverwaltung ist hier anzusiedeln, da die Verwaltung hier einseitig gegenüber dem Bürger handelt (z.B. durch die Vergabe von Subventionen).<sup>4</sup>

Demgegenüber ist nicht-hoheitlich nach der Lehre diejenige Tätigkeit, bei der kein Zwang ausgeübt werden kann, falls der Bürger den Gehorsam verweigert. Eine zwangsweise Durchsetzung der Ziele der Verwaltung ist nicht möglich, denn der Gebrauch von Gewalt gehört nicht zu den Elementen nicht-hoheitlichen Handelns.<sup>5</sup> Der Bürger hat also bei nicht-hoheitlichem Vorgehen der Verwaltung die Wahl, ob er der Aufforderung der Verwaltung folgen bzw. die Handlung der Verwaltung erdulden will. Die Verwaltung steht nach der Lehre auf einer Ebene mit dem Bürger, und beide verhandeln gleichberechtigt miteinander. In diesen Bereich gehören z.B. *gyôsei shidô* und der Verwaltungsvertrag.<sup>6</sup> Bis heute wurde der Anwendungsbereich nicht-hoheitlichen Handelns kontinuierlich ausgedehnt.

Ziel dieses Beitrags ist es, die Entwicklung der japanischen Polizei nach dem Zweiten Weltkrieg zu skizzieren und dabei insbesondere den für die japanische Polizei typischen Begriff der „freiwilligen Untersuchung“ darzustellen. Gerade hier hat das japanische Polizeirecht eine eigenständige Kategorie entwickelt, die sich in dieser Form in anderen Ländern nicht findet. Problematisch ist dabei in der Praxis die Abgrenzung der „freiwilligen Untersuchung“ als nicht-hoheitliche Maßnahme von hoheitlichem Handeln.<sup>7</sup>

---

2 N. HARADA, *Gyôsei-hô yôron* [Grundzüge des Verwaltungsrechts] (Tokyo 1998) 83 ff.; M. KANEKO, *Gyôsei hôgaku* [Verwaltungsrechtswissenschaft] (Tokyo 1992) 58 ff.; H. SHIONO, *Gyôsei-hô I* [Verwaltungsrecht I] (Tokyo 1994) 60 (*Shiono* nennt sie „Theorie des totalen Vorbehalts bei hoheitlichem Handeln [*kenryoku-teki zenbu ryûho riron*]).

3 HARADA (Fn. 2) 83.

4 T. ISHIKAWA, *Kihon ronten gyôsei-hô* [Grundlegende Diskussionsthemen des Verwaltungsrechts] (Tokyo 1997) 70.

5 ISHIKAWA (Fn. 4) 70.

6 Y. SHIBAIKE, *Gyôsei-hô sôron kôgi* [Vorlesung zum Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts] (Tokyo 1992) 49.

7 Siehe zu dieser Problematik auch P. SCHNEIDER, *Polizei und Gefahrenabwehr in Japan – aus Sicht der deutschen Polizeirechtslehre*, Veröffentlichungen der DJJV, Bd. 14 (Hamburg 2001).

## II. GESCHICHTE DER JAPANISCHEN POLIZEI

Bis zur Meiji-Zeit war in Japan ein formalisierter Polizeidienst, wie wir ihn heute kennen, nicht bekannt. Friedensrichter mit Samuraistatus nahmen polizeiähnliche Funktionen wahr,<sup>8</sup> aus Nachbarn gebildete Bürgergruppen übten die soziale Kontrolle aus.<sup>9</sup>

Mit der Meiji-Restauration erfolgte eine völlige Neugestaltung des staatlichen Systems. Hierzu gehörte auch die Errichtung einer modernen Polizei.<sup>10</sup> Ein erster Versuch bestand 1871 darin, eine *rasotsu* genannte Einheit nach englischem Vorbild zu gründen. Nachfolger der *rasotsu* war 1874 die Polizeibehörde (*keishi-chô*) in Tokyo. Mit der Gründung der Polizeibehörde wurden die Justizpolizeiverordnung und die Verwaltungspolizeiverordnung erlassen, die die Aufgaben der Polizei regelten. Nach diesen Vorschriften war die Polizei dafür zuständig, dem Volk drohenden Schäden vorzubeugen und die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten. Damit übernahm Japan den französischen Polizeibegriff des 19. Jahrhunderts.<sup>11</sup>

In den 1880er Jahren wandte sich Japan verstärkt dem preußischen Recht zu. Dies führte unter anderem zu einer starken Ausweitung der polizeilichen Befugnisse. War bei der Gründung der Polizei das Polizeiziel noch rein passiv auf die Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens beschränkt, so erhielt die Polizei mit ihren erweiterten Befugnissen auch die Möglichkeit, aktiv für das öffentliche Wohl zu sorgen.<sup>12</sup> Dies war verbunden mit einem weiten Ermessensspielraum für die Verwaltungsorgane. In der Folge wurde der Mißbrauch dieser umfassenden Befugnisse durch die Polizei jedoch zum Problem.<sup>13</sup> Um diesem Mißbrauch wiederum Einhalt zu gebieten, wurde die Theorie entwickelt, daß nur diejenige Verwaltungstätigkeit als „polizeilich“ zu qualifizieren sei, die die Rechte und Freiheiten des Bürgers auf der Grundlage des allgemeinen Herrschaftsrechts mit dem Ziel einschränke, die öffentlichen Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten. Die Ausübung der Befugnisse bzw. die Ausübung der Befugnis zum Erlaß von Verordnungen durch die „Polizei“ waren dabei durch den Grundsatz der

---

8 L.C. PARKER, *The Japanese Police System Today* (Tokyo 1984) 30.

9 W.L. AMES, *Police and Community in Japan* (Berkeley 1981) 9.

10 Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Polizei von Tokyo in der Meiji-Zeit unter organisatorischen Gesichtspunkten gibt E. WESTNEY, *The Emulation of Western Organizations in Meiji Japan: The Case of the Paris Prefecture of Police and the Keishi-chô*, in: *J.Japan.Stud.* Bd. 8 Nr. 2 (1982) 306–341.

11 J. TAGAMI, *Keisatsu-hô* [Polizeirecht] (Tokyo 1983) 17; H. WORM, *Die Polizei als Kindermädchen der Nation: Analysen zur Modernisierung der Meiji Polizei*, in: *Oriens Extremus* Bd. 33 (1990) 141–152, 146.

12 H. TAMIYA/K. KAWAKAMI (Hrsg.), *Dai-konmentâru keisatsu-kan shokumu shikkô-hô* [Großkommentar zum Gesetz über die Ausführung der Dienstpflichten der Polizisten] (Tokyo 1993) 26.

13 M. TAMURA, *Keisatsu gyôsei-hô kaisetsu* [Kommentar zum Polizeiverwaltungsrecht] (Tokyo 1993) 37. Beispielsweise wurden Personen von Polizeistation zu Polizeistation verschoben, um die zeitliche Beschränkung für das Festhalten von Personen zu umgehen.

natürlichen Vernunft beschränkt. Diese Auslegung des Polizeirechts stammte aus Deutschland.<sup>14</sup>

Nach der Niederlage im Zweiten Weltkrieg klassifizierten die Siegermächte Japan – ähnlich wie auch Deutschland – als einen „Polizeistaat“, dessen Strukturen abgeschafft werden müßten.<sup>15</sup> In der Folge wurden auf Druck von amerikanischer Seite die Polizeibefugnisse auf die aus amerikanischer Sicht eigentlichen Pflichten der Polizei beschränkt – wie etwa die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, den Schutz von Leben und Eigentum, die Festnahme von Personen, die gegen Gesetze und Verordnungen verstoßen, die Verhütung und Ermittlung von Straftaten und die Vollstreckung anderer Gesetze und Verordnungen.<sup>16</sup> Diese Verschiebung der polizeilichen Aufgaben fand 1947 mit dem Polizeigesetz<sup>17</sup> ihre gesetzliche Form.

Gleichzeitig wurden die gegen die neue Verfassung verstoßenden Vorschriften aus der Vorkriegszeit aufgehoben, womit es notwendig wurde, das Polizeidienstpflichtgesetz<sup>18</sup> als neues Befugnisgesetz zu erlassen. Dieses gibt der Polizei in sehr beschränktem Umfang Befugnisse zur Verhinderung von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

### III. AUFGABE, HANDLUNGSFORMEN UND BEFUGNISSE DER JAPANISCHEN POLIZEI

Die Aufgaben der Polizei sind in Art. 2 PG umschrieben: „Aufgabe der Polizei ist der Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum des Einzelnen und die Vorbeugung, Unterdrückung und Untersuchung von Straftaten, sowie die Festnahme von Verdächtigen, die Durchführung von Verkehrskontrollen und andere Angelegenheiten, die den Erhalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betreffen.“

Zur Erfüllung dieser Aufgabe kann die Polizei auf verschiedene Art und Weise tätig werden. Es erscheint sinnvoll, die Handlungsformen der japanischen Polizei in Anwendung der Gewaltvorbehaltslehre in hoheitliche und nicht-hoheitliche Formen zu unterteilen.

Soweit die japanische Polizei hoheitlich tätig wird, benötigt sie eine besondere gesetzliche Grundlage. Dies gilt sowohl für polizeiliche Maßnahmen, wie Befehle oder Erlaubnisse, als auch für den Verwaltungszwang. Im Rahmen des Verwaltungszwangs sind für die japanische Polizei allerdings lediglich die Ersatzvornahme und der sofortige Zwang von Bedeutung. Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang sind in Japan praktisch

---

14 K. SEKINE, *Keisatsu no gainen to keisatsu no ninmu II* [Der Begriff der Polizei und die Pflichten der Polizei II]: *Keisatsu-gaku Ronshû* [Gesammelte Aufsätze der Polizeirechtswissenschaft] Bd. 18 Nr. 5 (1965) 137-156, 151; TAMURA (Fn. 13) 37 f., 57 f.

15 W. RÖHL, *Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht* (Frankfurt/M. 1959) 33.

16 TAGAMI (Fn. 11) 22; TAMIYA/KAWAKAMI (Fn. 12) 4.

17 *Keisatsu-hô*, Gesetz Nr. 162/1954, i.d.F.d. Ges. Nr. 30/2001 (im folgenden abgekürzt zitiert als PG).

18 *Keisatsu-kan shokumu shikkô-hô*, Gesetz Nr. 136/1948, i.d.F.d. Ges. Nr. 163/1954.

nicht existent. Bei der Vornahme der verschiedenen hoheitlichen Maßnahmen bedarf die japanische Polizei jeweils einer speziellen gesetzlichen Befugnis, nur für die Ersatzvornahme existiert eine Generalklausel. Die einzelnen Befugnisnormen ergeben sich aus dem Polizeidienstpflichtgesetz oder aus Spezialgesetzen. Beispielfähig zu nennen sind die Befugnisse zum Schutz von geistig Verwirrten, zur Vornahme von Maßnahmen in gefährlichen Situationen, zur Vorbeugung gegen Straftaten, zum Betreten von Räumen in gefährlichen Situationen oder zum Waffengebrauch (Artt. 3 bis 7 Polizeidienstpflichtgesetz).

Die japanische Polizeigesetzgebung scheint in diesem Zusammenhang jedoch recht lückenhaft. Wichtige Maßnahmen, die in Deutschland ganz selbstverständlich geregelt sind, spiegeln sich in der Gesetzgebung nicht wider. Beispielsweise hat die japanische Polizei keine allgemeine Befugnis zum Anhalten und zur Vorladung von Personen, zur Untersuchung von Gegenständen, welche eine Person mit sich führt, zur Fahrzeugkontrolle, zur Sicherstellung von Gegenständen oder zur Datenerhebung. Nach dem Gesetzeswortlaut darf die japanische Polizei diese Maßnahmen nicht sofort auf hoheitlichem Weg zwangsweise durchsetzen.<sup>19</sup>

Derartige Maßnahmen, für deren Vornahme es der japanische Polizei an einer rechtlichen Befugnis mangelt, können daher nur auf nicht-hoheitlichem Weg vorgenommen werden.

Im Rahmen des Polizeirechts erscheint es sinnvoll, die nicht-hoheitlichen Handlungsformen der Polizei in Serviceleistungen, *gyôsei shidô* im engeren Sinne und die freiwillige Untersuchung zu unterteilen.

Zu den Serviceleistungen gehören Maßnahmen, die den Bürger nicht direkt zu einem besonderen Verhalten bewegen sollen. Sie können daher zunächst auch keinerlei negative Auswirkung auf den Adressaten haben. Im allgemeinen Verwaltungsrecht werden sie als Untergruppe der *gyôsei shidô* unter der Bezeichnung „vorschlagende“ (*jogen-teki*) *gyôsei shidô* aufgeführt. Sie werden abgegrenzt zur „regulierenden“ (*kisei-teki*) und zur „ausgleichenden“ (*chôsei-teki*) *gyôsei shidô*, welche den Bürger direkt zu einem Verhalten bewegen sollen.<sup>20</sup> Unter Serviceleistungen fallen beispielsweise Wegbeschreibungen oder Straßenverkehrsinformationen.

Um *gyôsei shidô* im engeren Sinne handelt es sich, wenn die Polizei den Bürger zu einem Tun oder Unterlassen auffordert, ohne jedoch Zwang auszuüben. Da die Verwaltung hierbei vom Adressaten eine Handlung oder Unterlassung erwartet, führt dies nach der Auffassung *Tamuras* meist dazu, daß dem Bürger „eine Bürde auferlegt“ wird. Der Bürger wird zwar nicht verpflichtet, aber im Ergebnis wird von ihm erwartet, daß er

---

19 M. SHISHIDO/R. MIYAWAKI, *Chûkai keisatsu-kan shokumu shikkô-hô* [Kommentar zum Gesetz über die Ausführung der Dienstpflichten der Polizisten] (Tokyo 1994) 16.

20 SHIBAIKE (Fn. 6) 256 f.

eine bestimmte Last auf sich nimmt.<sup>21</sup> Zu denken ist etwa an die Warnung vor einer gefährlichen Situation oder die Aufforderung zur Vorlage des Führerscheins.

Freiwillige Untersuchungen (*nin'i chōsa*) stellen das Hauptbetätigungsfeld der Polizei dar. Hiermit ist gemeint, daß die Verwaltung vom Bürger Informationen sammelt, auf deren Grundlage sie ihr weiteres Vorgehen ausrichtet. Bei der freiwilligen Untersuchung fordern die Verwaltungsorgane vom Bürger nicht primär ein Handeln, vielmehr nehmen sie selbst einen Akt vor, den der Bürger erdulden und an dem er mitwirken soll. Ein Beispiel ist die Befragung von Personen.<sup>22</sup>

#### IV. DIE ABGRENZUNG HOHEITLICHER UND NICHT-HOHEITLICHER MAßNAHMEN

Für nicht-hoheitliches Handeln benötigt die Polizei keine gesetzliche Grundlage. Dies gilt jedenfalls, solange sie innerhalb ihres Aufgabengebietes tätig ist. Es bleibt aber zu klären, auf welche Art und Weise die Polizei nicht-hoheitlich tätig werden darf. Dies gilt insbesondere für Situationen, in denen der Polizei keine Befugnis zu hoheitlichem Vorgehen verliehen ist. In diesen Fällen ist zu definieren, wann die Grenze zu rechtswidrigem hoheitlichen Handeln überschritten wird.

Wie oben gezeigt wurde, können nicht-hoheitliche Mittel dem Bürger auch eine „Bürde“ auferlegen. Als Beispiel sei der Fall genannt, daß der Polizist den Bürger auffordert, ihn zum Polizeirevier zu begleiten. Der Bürger ist nicht verpflichtet, hierauf einzugehen, tut er es aber, entsteht ihm hierdurch eine „Last“.<sup>23</sup> Die Rechtsprechung hat hierzu eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Im Folgenden soll versucht werden, die Grundzüge dieser Rechtsprechung darzustellen und zu systematisieren. Dabei erscheint es sinnvoll, eine Abstufung nach der Schwere dieser „Bürde“ vorzunehmen.<sup>24</sup>

##### 1. Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei auf ausdrückliche Bitte, Wunsch oder Verlangen des Adressaten vornimmt

Die erste Gruppe umfaßt die nicht-hoheitlichen Maßnahmen, die auf ausdrückliche Bitte, Anregung, Wunsch oder Verlangen des Adressaten vorgenommen werden. Die Initiative geht in diesem Fall vom Bürger aus, der die Polizei um etwas bittet oder von sich aus ein Angebot der Polizei annimmt. Diese Gruppe entspricht den unter „Serviceleistungen“ genannten Mitteln der *gyōsei shidō*.

---

21 TAMURA (Fn. 13) 120.

22 TAMURA (Fn. 13) 19.

23 TAMURA (Fn. 13) 117 f.

24 Diesen Weg gehen *Shishido* und das Nationale Polizeiamt. M. SHISHIDO, *Keisatsu-kan kengenhō kaisetsu (jō)* [Kommentar zum Gesetz über die Polizeibefugnisse (Band 1)] (1977) 14 f.; SHISHIDO/MIYAWAKI (Fn. 19) 7 f.; ABTEILUNG FÜR ALLGEMEINE ANGELEGENHEITEN DES NATIONALEN POLIZEIAMTS (Hrsg.), *Chūkai keisatsu-kan shokumu shikkō-hō* [Kommentar zum Gesetz über die Ausführung der Dienstpflichten der Polizisten] (Tokyo 1999) 10 f.

All diese Maßnahmen sind rechtmäßig. Da die Polizei definitiv nicht in die Rechte irgendeiner Person eingreift, und auch niemand durch diese Maßnahmen belästigt wird, kann die Polizei diese Maßnahmen jederzeit vornehmen. Allerdings muß darauf geachtet werden, daß eine solche Maßnahme, auch wenn sie nicht in die Rechte des Adressaten eingreift, keine anderen Personen beeinträchtigt.<sup>25</sup>

2. *Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei mit ausdrücklicher Einwilligung des Adressaten vornimmt*

Auf der nächsten Stufe stehen nicht-hoheitliche Maßnahmen, die mit ausdrücklicher Einwilligung des Adressaten vorgenommen werden. Hier geht die Initiative nicht vom Bürger, sondern von der Polizei aus. Insofern wird dem Bürger eine „Bürde“ auferlegt. Soweit der Bürger allerdings einwilligt, ist das Vorgehen der Polizei aus japanischer Sicht rechtmäßig. Beispielsweise möchte der Polizist ein Haus betreten, ohne daß er dafür eine Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung hat. Er fragt: „Entschuldigen Sie, darf ich eintreten?“ Und der Adressat antwortet mit „Ja, bitte.“, worauf der Polizist das Haus des Adressaten betritt. Oder der Polizist fragt den Adressaten: „Was befindet sich in Ihrer Tasche?“ Die Antwort lautet „Nichts Besonderes, bitte, schauen Sie.“, worauf der Polizist in die Tasche schaut.<sup>26</sup> In diesem Bereich liegt der Schwerpunkt der Alltagsarbeit der Polizei.

Auch in diesem Fall werden von Rechtsprechung und Praxis keine Probleme gesehen. Eine solche von der Polizei vorgenommene Handlung ist grundsätzlich rechtmäßig. Wenn der Adressat jedoch auf Rechte verzichten soll, die besonders geschützt sind, gelten erhöhte Anforderungen. Z.B. reicht nach Tamura die Einwilligung des Adressaten in das Betreten der Wohnung dann nicht aus, wenn das Betreten überhaupt nicht notwendig ist oder das Betreten in unangemessener Weise erfolgt.<sup>27</sup>

In der Literatur wird auch der Fall erörtert, daß der Adressat zwar explizit einwilligt, innerlich aber Vorbehalte hat. Wenn der Polizist den Adressaten höflich zum Stehenbleiben auffordert, und dieser daraufhin stehen bleibt, so tut er dies freiwillig. Dies gilt auch dann, wenn der Adressat innerlich gar nicht stehen bleiben oder nicht auf die Fragen antworten will. Denn der Adressat begibt sich, wie *Kataoka* sagt, mit der (nicht erzwungenen) Einwilligung „der Freiheit abzulehnen“. Von daher ist aus Sicht *Kataokas* kein Eingriff in die Rechte und Freiheiten des Adressaten zu erkennen.<sup>28</sup>

---

25 TAMURA (Fn.13) 122.

26 Beispiele bei SHISHIDO (Fn. 24) 14.

27 TAMURA (Fn. 13) 73.

28 S. KATAOKA, *Keisatsu-ken kôshi no genkai* [Die Grenzen der Ausübung der Polizeigewalt] (Tokyo 1982) 119.

3. *Nicht-hoheitliche Maßnahmen, welche die Polizei mit stillschweigender Einwilligung des Adressaten vornimmt*

Wenn der Adressat seine Einwilligung nicht durch Worte, Taten oder Schriftstücke klar zum Ausdruck gebracht hat, aber aufgrund der Umstände des Falles objektiv davon auszugehen ist, daß eine Einwilligung vorliegt, handelt es sich um eine nicht-hoheitliche Maßnahme, die mit stillschweigender Einwilligung des Adressaten vorgenommen wird. Hierzu gehören auch die Fälle, daß die Polizei einen stummen Schwerverletzten ins Krankenhaus bringt oder ein Kind, daß sich verirrt hat, in ihre Obhut nimmt. Ferner fallen hierunter das Betreten von Kaufhäusern, Ladengalerien, öffentlichen Konzerten usw., wenn die Polizei von der stillschweigenden Einwilligung des Hausherrn ausgehen kann. Aus japanischer Sicht ist in diesen Fällen, in denen eine stillschweigende Einwilligung in die Vornahme der Maßnahmen anzunehmen ist, das Vorgehen der Polizei rechtmäßig – vergleichbar den nicht-hoheitlichen Maßnahmen, welche die Polizei mit ausdrücklicher Einwilligung des Adressaten vornimmt.<sup>29</sup>

Fälle, in denen der Adressat erst nach Überredung in die Maßnahme einwilligt, liegen im Grenzbereich zum Zwang mit der Folge, daß Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen.

Den Ausgangspunkt dieser Gruppe bildet die Situation, daß sich eine Person durch die Polizei als Staatsgewalt belästigt fühlt und daher nicht in das Anliegen eines Polizisten einwilligt. Das ist nach Shishido aber noch kein Grund, sofort Zwangsmittel zu ergreifen. Vielmehr kann der Adressat überredet werden, seine Einwilligung doch noch zu erteilen.<sup>30</sup> Hierbei sind insbesondere die Fälle kritisch, in denen der Polizei nach dem Gesetz gar keine Befugnisse zur Ausübung von Zwangsmitteln zustehen, die Polizei ihre Aufgabe aber trotzdem erfüllen muß.

Es ist allerdings sehr umstritten, bis zu welchem Grad die Polizei auf den Adressaten Druck ausüben darf, um ihre Ziele zu erreichen. Dieser Grad bestimmt gleichzeitig die Grenze zwischen nicht-hoheitlichem und hoheitlichem Handeln. In der Praxis sind insbesondere diejenigen Maßnahmen problematisch, die mangels gesetzlicher Befugnisse nicht zwangsweise durchgesetzt werden können, deren Durchführung für die tägliche Arbeit der Polizei jedoch notwendig ist. Umstritten sind in diesem Zusammenhang vor allem das Anhalten von Personen, die Untersuchung von Gegenständen und die Fahrzeugkontrolle.

Den Schlüsselbegriff für die Abgrenzung zwischen freiwilligem Handeln und erzwungenem Handeln des Adressaten bildet in Rechtsprechung und Literatur der Terminus „*jitsuryoku kôshi*“. „*Jitsu*“ bedeutet „Wahrheit, Wirklichkeit“, „*ryoku*“ steht für „Kraft, Körperkraft, Geisteskraft, Macht, Können, Gewalt“. *Jitsuryoku* kann daher mit „wirkliche Fähigkeiten, Leistung, Tüchtigkeit, Macht“ übersetzt werden.

---

29 SHISHIDO (Fn. 24) 14.

30 SHISHIDO (Fn. 24) 15.

„*Kôshi*“ bedeutet „(Gewalt) anwenden, (Recht) ausüben“. *Schinzinger* übersetzt den Begriff *jitsuryoku kôshi* mit „Macht zeigen, streiken“.<sup>31</sup> Dies scheint insofern richtig, als das Wort im Alltag im Zusammenhang mit Streiks gebraucht wird, durch welche die Arbeitnehmer den Arbeitgebern ihre Macht demonstrieren. Die Übersetzung trifft aber nicht die Fälle, in denen der Begriff im Zusammenhang mit dem Polizeirecht verwendet wird. Hier erscheint „Ausübung von tatsächlicher Gewalt“ eine sinnvolle Übersetzung. Diese ist zu unterscheiden von der „Ausübung von Zwang“ (*kyôsei*). Denn hier wird Zwang als die Ausübung psychischer (willensbeugender) Gewalt auf den Adressaten verstanden, wohingegen die Ausübung tatsächlicher Gewalt die Anwendung körperlicher Gewalt meint.

Die erste gerichtliche Entscheidung, die eine gewisse „Überredung“ des Adressaten erlaubte, erging bereits 1952:

Ein Polizist hielt den Angeklagten aufgrund seines ungewöhnlichen Verhaltens und anderer Umstände für verdächtig und wollte ihn anhalten und befragen. Der Angeklagte hatte sich auf erste Ansprache hin nicht einmal umgedreht; auf den zweiten Anruf hin drehte er sich ein wenig um und lief weiter. Nach dem dritten Anruf blieb er stehen und nannte auf Befragung den Ort, zu dem er zu gehen beabsichtigte. Weitere Informationen gab er nicht, sondern schien fliehen zu wollen. Daraufhin legte ihm der Polizist die Hand auf die Schulter, um ihn davon abzuhalten. Das Obergericht Sapporo stand hier vor der Schwierigkeit, daß das Polizeidienstpflichtgesetz in dieser Situation die Anwendung von Zwang eindeutig nicht gestattet. Art. 2 Polizeidienstpflichtgesetz (Befragung) bestimmt in seinem Absatz 1, daß ein Polizeibediensteter eine verdächtige Person zum Anhalten veranlassen und befragen kann. Absatz 3 regelt allerdings, daß eine Person, die entsprechend Absatz 1 behandelt wird, nicht in ihrer Freiheit beschränkt oder gegen ihren Willen zur Polizeistation abgeführt oder mit Gewalt zur Beantwortung von Fragen gezwungen werden soll, es sei denn die das Strafverfahren regelnden Gesetze gestatten dies. Das Gericht urteilte jedoch, daß „der Polizist rechtmäßig gehandelt hatte. Der Polizist hatte vernünftig im Sinne von Art. 2 I Polizeidienstpflichtgesetz gefolgert, daß es sich bei dem Angeklagten um eine verdächtige Person handelte. Daher mußte er ihn in Erfüllung seiner Dienstpflicht anhalten und befragen. Voraussetzung für eine polizeiliche Befragung ist, daß der Verdächtige anhält. Dabei geht aus Artt. 2 und 1 Polizeidienstpflichtgesetz zwar klar hervor, daß es nicht erlaubt ist, den Verdächtigen wie bei einer Vorführung mit Gewalt zu internieren und ihn zur Antwort zu zwingen oder etwa eine Gewalttat vorzunehmen. Es handelt sich aber um rechtmäßige Dienstausbübung, wenn tatsächliche Gewalt ausgeübt wird, soweit sie auf eine dem konkreten Fall angemessene Art und Weise vorgenommen wird und es sich nicht um eine Gewalttat han-

---

31 Die Übersetzungen sind übernommen aus W. HADAMITZKY, Handbuch und Lexikon der japanischen Schrift (Berlin 1980) 95, 81, sowie aus R. SCHINZINGER U.A. (Hrsg.), *Gendai wadoku jiten* [Modernes japanisch-deutsches Wörterbuch] (Tokyo, 1994) 100 (Stichwort *chikara*) und 428.

delt.<sup>32</sup> Die erste Instanz war noch zu dem Schluß gekommen, daß der Polizist den rechtmäßigen Bereich der Dienstausbübung überschritten habe, als er dem Angeklagten die Hand auf die Schulter legte.<sup>33</sup>

*Shigeta* nennt dies die „Theorie der normativen Freiwilligkeit“ (*kihan-teki nin'i-setsu*). Die Bedeutung des Begriffs „Freiwilligkeit“ im Rahmen der freiwilligen (nicht-hoheitlichen) Mittel wird weit und normativ gefaßt. Die Abgrenzung zwischen Freiwilligkeit und Zwang erfolgt bei dieser Theorie zunächst anhand der Frage, ob der Adressat eingewilligt hat oder nicht. Jedoch wird nicht nach der psychischen Situation, sondern aus einer normativen Wertung heraus entschieden, ob gegen den Willen des Adressaten gehandelt wird oder nicht.<sup>34</sup>

Einen Schritt weiter als diese „Theorie der normativen Freiwilligkeit“ geht jedoch beispielsweise die folgende Entscheidung:

Ein Polizist hielt aufgrund der äußeren Umstände zwei Autofahrer, darunter den Angeklagten, für hochgradig verdächtig, einen Banküberfall begangen zu haben. Beide schwiegen auf Befragung hin, zeigten aber den Inhalt ihres Kofferraums. Da der Verkehr sich staute, wurden sie gebeten, mit in das Büro eines nahegelegenen Geschäfts zu kommen. Nachdem der Angeklagte dort immer noch behauptete, er müsse seinen Namen und seine Adresse nicht nennen, bat die Polizei, die Bowlingtasche, die beide bei sich führten, zu öffnen. Beide weigerten sich, die Tasche zu öffnen. Nachdem diese Situation 30 Minuten andauert hatte und es 0,45 Uhr morgens war, stellte die Polizei fest, daß ein gewisser Verdacht bestünde. Beide sollten mit zur nächsten Polizeistation kommen, da es notwendig sei, die Befragung fortzusetzen. Beide weigerten sich, wurden aber mit Gewalt in Polizeiautos verbracht und zur Polizeistation gefahren. Dort wurden sie mehrmals aufgefordert, die Bowlingtasche zu öffnen, was sie aber verweigerten. Um 1,40 Uhr öffnete der Chef der Polizeistation selbst den Reißverschluß der Bowlingtasche und entdeckte darin eine große Menge Banknoten.

Auch hier existierte nach dem Wortlaut des Polizeidienstpflichtgesetzes keine Befugnis zur zwangsweisen Durchsuchung. Der Oberste Gerichtshof hielt diese Untersuchung von Gegenständen als Begleithandlung zur polizeilichen Befragung nach Art. 2 I Polizeidienstpflichtgesetz für angemessen, obwohl eine Befugnis nicht klar im Gesetz geregelt sei. Nach den Worten des Obersten Gerichtshofs seien diese Begleithandlungen nämlich notwendig, um die Wirkung der polizeilichen Befragung zu stei-

---

32 Obergericht Sapporo, Außenstelle Hakodate, vom 15.12.1952: KEISATSU-CHÔ CHÔKAN KANBÔ KIKAKU-KA [Planungsabteilung des Sekretariats des Präsidenten des Nationalen Polizeiamts] (Hrsg.), *Keisatsu-kan shokumu shikkô-hô kankei hanrei-shû* [Rechtsprechungsammlung in bezug auf das Polizeidienstpflichtgesetz] (Tokyo 1992) 3.

33 Distriktgericht Hakodate vom 1.9.1952, in: KEISATSU-CHÔ CHÔKAN KANBÔ KIKAKU-KA (Fn. 32) 4.

34 T. SHIGETA, *Keisatsu katsudô ni okeru kyôsei shudan to nin'i shudan* [Die Zwangsmittel und die freiwilligen Mittel der Polizeitätigkeit]: *Keisatsu-gaku Ronshû* [Gesammelte Aufsätze der Polizeirechtswissenschaft] Nr. 2 (1982) 27 ff., 47.

gern. Es sei „in Anbetracht der Pflicht der Verwaltungspolizei, Straftaten zu verhüten und zu unterdrücken, nicht richtig, die Untersuchung von Gegenständen zu untersagen, wenn der Adressat nicht einwilligt. Es müsse so verstanden werden, daß es Fälle gibt, in denen Handlungen, die nicht den Grad einer Durchsuchung (*sôsa*)<sup>35</sup> erreichen, als Untersuchung von Gegenständen erlaubt sind, soweit sie nicht in Zwang resultieren“. „... die betreffende Handlung ist in einzelnen Fällen, unter Erwägung der Notwendigkeit und Dringlichkeit der Untersuchung von Gegenständen und unter Abwägung zwischen dem Schaden für das Rechtsgut des Einzelnen und dem zu schützenden Wohl der Allgemeinheit, nur bis zu dem Grad zu erlauben, der der konkreten Situation als angemessen erscheint.“ Diese Voraussetzungen waren hier nach Ansicht des Gerichts erfüllt.<sup>36</sup>

Rechtswidriger Zwang wurde dagegen in folgendem Fall festgestellt:

Ein Polizist wollte eine Person polizeilich befragen. Obwohl man sich frühmorgens an einem Ort befand, an dem fast keine Leute vorbeikamen, forderte er die Person auf, ihn zur Polizeistation zu begleiten. Als der Befragte floh, verfolgte ihn der Polizist etwa 150 m. Gleichzeitig rief er: „Wenn du nicht anhältst, nehme ich dich fest!“ und „Wenn du fliehst, schieße ich!“ Schließlich legte der Polizist dem in die Enge Getriebenen die Hand auf die Schulter. Dies wurde als rechtswidrige Handlung gewertet, da der Adressat der Maßnahme nicht freiwillig stehen geblieben sei.<sup>37</sup>

Shigeta sieht in den Fällen, in denen gegen den Willen des Betroffenen gehandelt wird (wie in dem Fall, in dem die Polizei die Bowlingtasche öffnete), die Grenze der normativen Auslegung des Begriffs „Freiwilligkeit“ überschritten. Nach seiner Ansicht folge die Rechtsprechung zwar grundsätzlich der Theorie der normativen Freiwilligkeit. In diesen besonderen Fällen habe der Oberste Gerichtshof das Kriterium der Freiwilligkeit jedoch nicht mehr berücksichtigt. Daher hält es Shigeta für angemessener, die Auslegung der Rechtsprechung als „Theorie der normativen Rechtmäßigkeit“ (*kihan-teki tekihô-setsu*) zu bezeichnen.<sup>38</sup> Denn die Rechtsprechung beurteile die Rechtmäßigkeit der Handlung nicht mehr anhand einer normativen Auslegung des Begriffs „Freiwilligkeit“, sondern nur noch an Hand von Verhältnismäßigkeitserwägungen. Auch andere Autoren betrachten das Vorgehen der Polizei als Zwang.<sup>39</sup> Diese Interpretation

35 Gemeint ist hier die Durchsuchung nach Artt. 189 ff. StrPG (Strafprozessgesetz [*Keiji soshô-hô*] Gesetz Nr. 131/1948 i.d.F.d. Ges. Nr. 41/2001).

36 Oberster Gerichtshof vom 20.6.1978: Hanrei Jihô 896 (1978) 16; KEISATSU-CHÔ CHÔKAN KANBÔ KIKAKU-KA (Fn. 32) 123.

37 Distriktgericht Osaka vom 20.9.1968: Hanrei Taimuzu 228 (1969) 229, Hanrei Yoroku 2.104, 129.

38 SHIGETA (Fn. 34) 47.

39 Beispielsweise K. TAKESHIMA, *Hanrei chûshin keisatsu-kan kengen-hô kaisetsu* [Kommentar zum Gesetz über die Polizeibefugnisse anhand der Rechtsprechung] (Tokyo 1992) 81. Zu diesen Autoren gehört auch Shishido. Konsequenterweise geht er in seiner Unterteilung davon aus, daß zu dieser Gruppe nur Maßnahmen gehören, in die der Adressat nach Überreden einwilligt: SHISHIDO (Fn. 24) 14; SHISHIDO/MIYAWAKI (Fn. 13) 8. Jedoch lassen

widerspricht jedoch der Wortwahl der Rechtsprechung. Während diese Autoren von Zwangsmitteln ausgehen, betont die Rechtsprechung regelmäßig, Gegenstand der Beurteilung seien freiwillige (nicht-hoheitliche) Maßnahmen, bei denen der Polizist gerade keinen Zwang auf den Adressaten ausübe.

Nach der Ansicht von Kataoka, die sich mit der Rechtsprechung deckt, komme es nicht darauf an, ob der Adressat sich weigert oder nicht. Letzten Endes sei Beurteilungsmaßstab, ob der Adressat die Chance hatte, sich zu weigern. So habe der Angeklagte in dem Fall mit der Bowlingtasche durchaus noch die Möglichkeit gehabt, den Polizisten am Öffnen des Reißverschlusses zu hindern. Dagegen habe der mit der Pistole bedrohte Adressat aufgrund der Warnung „Wenn Du fliehst, schieße ich!“ keine Chance mehr erkennen können, das Stehenbleiben selbstbestimmt zu verweigern.

Kataoka stellt fest, daß man in solchen Fällen durchaus von Eingriffen in die Rechte und Freiheiten der Bürger sprechen müsse. Die Grenze zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme werde durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gezogen.<sup>40</sup>

## V. SCHLUSSFOLGERUNG

Die japanische Polizei unterlag bis zum Zweiten Weltkrieg französischem und insbesondere im Bereich der Polizeirechtslehre deutschem Einfluß. Mit der Niederlage im Zweiten Weltkrieg wurden sowohl Aufgabengebiet als auch Befugnisse der Polizei eingeschränkt. Zusätzlich wurde der Polizei die Aufgabe der Strafverfolgung übertragen.

Neben die klassischen Formen des Verwaltungshandelns, wie z.B. den Verwaltungsakt oder den sofortigen Zwang, treten in Japan zunehmend nicht-hoheitliche (informelle) Maßnahmen, die unter dem Oberbegriff *gyōsei shidō* zusammengefaßt werden. Die Einordnung solcher Maßnahmen erfolgt in Japan anhand der Gewaltvorbehaltslehre.

Soweit die japanische Polizei hoheitlich tätig wird, benötigt sie eine besondere gesetzliche Grundlage. Dies gilt sowohl für polizeiliche Maßnahmen, wie Befehle oder Erlaubnisse, als auch für den Verwaltungszwang, wie z.B. die Ersatzvornahme. Für all diese Maßnahmen benötigt die japanische Polizei jeweils eine spezielle gesetzliche Befugnis, denn nur für die Ersatzvornahme existiert eine Generalklausel.

Der japanischen Polizei fehlen jedoch wichtige Befugnisse für Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Bürger. Beispielsweise hat sie keine allgemeine Befugnis zum Anhalten und zur Vorladung von Personen, zur Untersuchung von Gegenständen, die eine Person bei sich führt, zur Fahrzeugkontrolle oder zur Sicherstellung von Gegenständen. Diese Maßnahmen darf die japanische Polizei nach dem Wortlaut des Gesetzes

---

sich die Entscheidungen der Rechtsprechung, in denen auch gegen den Willen des Adressaten gehandelt wurde, nicht ignorieren. Sie werden deshalb in diesem Abschnitt mit abgehandelt.

40 KATAOKA (Fn. 28) 118 ff.

nicht sogleich auf hoheitlichem Weg mit Zwang durchsetzen, sondern nur als nicht-hoheitliche Maßnahmen im Rahmen ihres Aufgabengebiets vornehmen.

Während man nach der Definition bei nicht-hoheitlichen Maßnahmen ursprünglich von einem Konsens zwischen Verwaltung und Bürger ausging, hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich für nicht-hoheitliche Maßnahmen inzwischen stark ausgedehnt. Die Tendenz geht dahin, nicht mehr „Freiwilligkeit“ zu fordern, die ursprünglich Begriffsinhalt des „nicht-hoheitlichen Handelns“ war. Die Rechtsprechung prüft heute statt dessen nur noch, ob die nicht-hoheitliche Maßnahme unter Berücksichtigung ihrer Notwendigkeit und Dringlichkeit und unter Abwägung des Schadens für das Rechtsgut des Einzelnen und des Nutzens für das öffentliche Wohl angemessen ist. Die von der Rechtsprechung auch heute noch zitierte Grenze zum Zwang läßt sich nicht mehr erkennen, einziges Kriterium für die Abgrenzung ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.

Die japanische Rechtsprechung hat damit neben dem klassischen System der Verwaltungsvollstreckung in Verbindung mit sofortigem Zwang und Verwaltungsstrafe ein zweites System zur Durchsetzung der Polizeiziele errichtet. Das erste klassische System ist auf die aus Deutschland importierte Konzeption zurückzuführen und ähnelt im Aufbau sehr der deutschen Polizeirechtslehre. Es findet auf Fälle Anwendung, in denen die Polizei eine gesetzliche Befugnis zu zwangsweisem Eingriff besitzt. Das zweite System gründet dagegen auf einer eigenen japanischen Entwicklung. Es greift dann ein, wenn aus dem Gesetz keine Befugnis zur Anwendung von Zwang abgeleitet werden kann, die Maßnahme aber unter Berücksichtigung von Notwendigkeit und Dringlichkeit verhältnismäßig erscheint.