

# Musterklausur Eingriffsrecht: Polizeiliche Maßnahmen gegen Einbrecher



PD Christoph Keller<sup>1</sup>,  
FHöV NRW, Abt. Münster

## Sachverhalt:

Der 25jährige drogenabhängige X erfährt von einem Freund, dass der Unternehmer U ständig größere Mengen Bargeld im Haus hat. Daraufhin beschließt er, in das Haus einzubrechen. Der Polizei in A-Stadt werden die Pläne des X anonym telefonisch mitgeteilt. X ist in den letzten vier Jahren bereits mehrfach wegen verschiedener Eigentumsdelikte in Erscheinung getreten, u.a. wurde auch bereits wegen Einbruchsdiebstähle verurteilt. Er ist arbeitslos und bewohnt – seit er von seiner Frau geschieden ist – derzeit in A-Stadt übergangsweise nach Zuweisung durch das Sozialamt von A-Stadt ein möbliertes Zimmer in einem Hotel. Seinen Beruf als Bäcker hat er aufgegeben, weil er immer so früh aufstehen musste. Verschiedene Umschulungsmaßnahmen hat er abgebrochen. Insgesamt führt er ein unstetes Leben.

Beamte des Einsatztrupps entschließen sich, sich um den „Fall zu kümmern“.

Am einem Samstag, gegen 03.00 Uhr, befinden sich PK A und PK B des Einsatztrupps auf Streifenfahrt in A-Stadt. Sie sind in ziviler Kleidung unterwegs. Ihr Hauptaugenmerk liegt in der Bekämpfung von Wohnungseinbruchdiebstählen. In einem Wohngebiet bemerken Sie den X, der sich aus Sicht der Beamten merkwürdig verhält. Die Beamten beobachten den X über einen Zeitraum von etwa 15 Minuten gezielt, verlieren ihn dann aber aus den Augen.

Gegen 04.00 Uhr erhalten die Beamten von der Leitstelle den Auftrag zum Holtenweg zu fahren. Dort sei eingebrochen worden. Der Unternehmer (U) habe eine männliche Person überrascht. Es handelt sich um X, der von U auf frischer Tat angetroffen wurde. X wird den Beamten übergeben. Er wird vorläufig festgenommen und dem Polizeigewahrsam zugeführt.

Am nächsten Morgen wird er durch KOK C verantwortlich vernommen. Eine Belehrung erfolgte nicht, X erklärt sich bereit, Angaben zu machen, verlangt aber, zuvor mit einem Verteidiger sprechen zu dürfen. KOK C lehnt dies mit der Begründung ab, X müsse schließlich selbst wissen, ob er aussagen wolle oder nicht. Daraufhin legt er ein Geständnis ab und gibt zahlreiche weitere Taten zu.

Nach der Vernehmung wird X nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft dem Haftrichter vorgeführt. Ein Untersuchungshaftbefehl wird allerdings nicht ausgestellt. X wird nach der Vorführung entlassen.

In der darauffolgenden Wochen entschließt sich der zuständige Sachbearbeiter der Kriminalpolizei (KHK D), den X erkennungsdienstlich zu behandeln. KHK D hat die Sorge, dass X auch zukünftig Einbrüche begehen werde und seine Fingerabdrücke sodann zur seiner Überführung beitragen können. D überlegt, ob er den X zum Zweck der ED-Behandlung zur Dienststelle verbringen darf oder ob es dafür eines richterlichen Beschlusses bedarf.

## Aufgaben:

- Beurteilen Sie rechtsgutachtlich die Festnahme des X
- Nehmen Sie Stellung zu der Vernehmung des X
- Darf X zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung vorgeführt werden?

**Hinweis:** Die örtliche Zuständigkeit ist nicht zu prüfen.

## Lösungshinweise:

### A. Beurteilen Sie aus eingriffsrechtlicher Sicht die Festnahme des X

#### I. Ermächtigungsgrundlage

In der Festnahme des X liegt ein Grundrechtseingriff nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 GG (Freiheit der Person).

Zielrichtung ist Strafverfolgung; Anfangsverdacht einer Straftat gegen X liegt fraglos vor (§ 152 Abs. 2 StPO).<sup>2</sup>

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW i.V.m. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO (Legalitätsprinzip).

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Als Ermächtigungsgrundlage kommen §§ 127 Abs. 2, 112 StPO in Betracht.

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Gem. § 127 Abs. 2 StPO sind die Beamten des Polizeidienstes zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn Gefahr im Verzuge besteht und Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls vorliegen. Die geforderte Eigenschaft der Beamten des Polizeidienstes ist bei PK C und PK D zu unterstellen.

##### a) Gefahr im Verzuge

Gefahr im Verzuge liegt vor, wenn die Festnahme wegen des Zeitverlustes, der mit der vorherigen Erwirkung des richterlichen Haft- oder Unterbringungsbefehls verbunden ist, gefährdet wäre. Es ist davon auszugehen, dass X die durch die Einholung eines richterlichen Haftbefehls entstehende Zeit dazu nutzen wird, sich dem drohenden Strafverfahren zu entziehen.

##### b) Voraussetzungen für einen Haftbefehl

Vorliegend kommen die Voraussetzungen für einen Haftbefehl nach § 112 Abs. 1 StPO in Betracht. Diese sind gegeben, wenn ein Beschuldigter einer Straftat dringend verdächtig ist, ein Haftgrund besteht und die Verhaftung verhältnismäßig ist.

##### aa) Dringender Tatverdacht des Beschuldigten

Zu prüfen ist zunächst, ob X als Beschuldigter der Tatbegehung dringend verdächtig ist. Beschuldigter ist derjenige Tatverdächtige, gegen den das Strafverfahren betrieben wird.

Dringender Tatverdacht ist dann gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass jemand eine rechtswidrige Straftat begangen hat. Angesichts des Sachverhaltes bestehen hieran keine Zweifel. X wurde auf frischer Tat von U überrascht. Er ist des Wohnungseinbruchs dringend verdächtig. Gegen ihn wird das Strafverfahren betrieben.

##### cc) Haftgrund

Als Haftgrund kommt Fluchtgefahr gem. § 112 Abs. 1 Nr. 2 StPO in Betracht. Fluchtgefahr liegt dann vor, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles die Gefahr besteht, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen wird.

X ist mehrfach kriminalpolizeilich – auch wegen Einbruchsdelikten – in Erscheinung getreten und wurde bereits verurteilt. Er hat zwar einen festen Wohnsitz in A-Stadt, wohnt aber nur in einem möblierten Zimmer, welches durch das Sozialamt zugewiesen wurde. Er lebt nicht in sicheren sozialen Verhältnissen. Er ist von seiner Frau geschieden. Seinen Beruf als Bäcker hat er aufgegeben, weil er so früh aufstehen musste. Umschulungsmaßnahme hat er abgebrochen. Offensichtlich bestreitet er seinen Lebensunterhalt sowie seinen BtM-Konsum hauptsächlich durch die Begehung von Eigentumsdelikten. Überdies

ist er bereits wegen Einbruchsdiebstählen verurteilt worden. Er hat nach mit einer erheblichen Freiheitsstrafe zu rechnen. Der Wohnungseinbruchsdiebstahl ist ein Verbrechen.<sup>3</sup>

Verdunkelungsgefahr liegt im Ergebnis nicht vor. Der Sachverhalt enthält keine „Tatsachen“.

§ 112a StPO sieht als Haftgrund Wiederholungsgefahr vor. Die §§ 243, 244 StGB sind zwar Katalogtaten nach § 112a Abs. Nr. 2 StPO. Jedoch gilt § 112a StPO (nur) nachrangig (subsidiärer Haftgrund). Die Vorschrift ist nur heranzuziehen, wenn die Verhaftung nicht schon wegen der Haftgründe aus § 112 Abs. 2 oder Abs. 3 StPO zulässig ist (§ 112a Abs. 2 StPO).

#### dd) Verhältnismäßigkeit

Zu prüfen ist, ob die vorläufige Festnahme des X entsprechend § 112 Abs. 1 StPO verhältnismäßig ist. Damit ist nach h.M. die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Angemessenheit der Maßnahme gemeint. Abzuwägen ist in diesem Zusammenhang die Schwere des Eingriffs in die Lebenssphäre des Beschuldigten gegen die Bedeutung der Strafsache und die Rechtsfolgeerwartung. X steht im dringenden Tatverdacht einen Wohnungseinbruch verübt zu haben. Er ist wegen Einbruchsdiebstähle in der Vergangenheit bereits verurteilt worden. Für die nunmehr begangene Tat ist mit einer empfindlichen Bestrafung zu rechnen. Auf Grund der beschriebenen Umstände steht der mit der Maßnahme verbunden Eingriff in das Recht auf Freiheit der Person des X nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Strafsache und der Rechtsfolgeerwartung. Insgesamt ist die vorläufige Festnahme des X damit als verhältnismäßig im engeren Sinne anzusehen.

Abschließend bleibt in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass die Voraussetzungen für einen Haftbefehl nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO hier vorliegen.

## 2. Adressat

Adressat der Maßnahme ist der Beschuldigte (X).

## 3. Verfahrensvorschriften

Die Beachtung einschlägiger Verfahrensvorschriften wird unterstellt werden, insbesondere die Beachtung des Richtervorbehaltes aus § 128 Abs. 1 StPO sowie die Eröffnung des Tatvorwurfes entsprechend § 163a Abs. 4 StPO. Überdies sind gem. § 127 Abs. 4 StPO die §§ 114a bis 114c StPO zu beachten. Dem Beschuldigten ist unverzüglich (ohne schuldhaftes Verzögern) mitzuteilen, dass er vorläufig festgenommen wurde, aus welchen Grund er vorläufig festgenommen wurde und welche Beschuldigungen gegen ihn erhoben werden (§ 114a Satz 2 StPO entsprechend).<sup>4</sup>

## 4. Rechtsfolge

§ 127 Abs. 2 StPO ermächtigt zur vorläufigen Festnahme. Damit ist der Freiheitsentzug maximal bis zum Ende des nächsten Tages gemeint.

## 5. Übermaßverbot

Es bleibt in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die vorläufige Festnahme des A geeignet und erforderlich ist. Die Prüfung der Angemessenheit erfolgte bereits bei der Zulässigkeit der Maßnahme. Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit sind unstrittig.

Die vorläufige Festnahme des X ist gem. § 127 Abs. 2 StPO i.V.m. § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO rechtmäßig.

## B. Nehmen Sie Stellung zu der Vernehmung des X

Eine Vernehmung ist eine Befragung, die im Strafverfahren von einem Staatsorgan mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage durchgeführt oder veranlasst wird. Nach der Rechtsprechung gehört es zum Begriff der Vernehmung, dass die amtliche Funktion gegenüber dem Betroffenen offengelegt wird (sogenannter formeller Vernehmungsbegriff).<sup>5</sup>

X wurde verantwortlich vernommen. Eine Belehrung erfolgte nicht. Auch wurde X nicht gestattet, mit einem Verteidiger sprechen zu dürfen. Fraglich ist, welche Folgen daraus resultieren können.

## I. Unterlassene Belehrung

Die Belehrung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren richtet sich für die Polizei nach § 163a Abs. 4 StPO i.V.m. § 136 Abs. 1 Satz 2 – 6 StPO. Der Beschuldigte ist jederzeit frei in der Entscheidung, ob er Aussagen will oder nicht. Diese Freiheit ergibt sich daraus, dass die Angaben eines Beschuldigten zu seinen Lasten verwendet werden können, dass aber während des gesamten Strafverfahrens niemand gezwungen bzw. in anderer Weise entgegen seinem Willen, zu schweigen, dazu veranlasst werden darf, ein Beweismittel gegen sich selbst zu liefern und damit an seiner eigenen Strafverfolgung mitzuwirken.<sup>6</sup> Niemand ist verpflichtet, gegen sich selbst auszusagen, d.h. gegen sich selbst als Zeuge aufzutreten (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Belehrungsvorschriften dienen dazu, dem Beschuldigten seine Situation und seine Reaktionsmöglichkeiten deutlich und klar vor Augen zu führen; es soll „verfahrensrechtliche Waffengleichheit“<sup>7</sup> herrschen. Die Belehrung hat vor der ersten Vernehmung zu erfolgen. Das ist der Zeitpunkt zudem klar ist, dass eine Straftatbestandsverletzung vorliegt und ein Tatvorwurf gemacht werden kann. Bei Belehrungen ist darauf zu achten, dass das erforderliche Wissen verständlich vermittelt wird; optimal ist die wörtliche Protokollierung der Belehrung so, wie sie tatsächlich geschehen ist.<sup>8</sup> Der Rückgriff auf ein Formular sollte nur bei rechtskundigen Personen ausreichend sein.

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht(en) zu einem Verwertungsverbot führen kann. Ein solches Verwertungsverbot lässt sich den o.a. Vorschriften allerdings nicht entnehmen. Das Unterlassen einer Belehrung des (freiwillig) aussagenden Beschuldigten ist – im Gegensatz zu den unerlaubten Vernehmungsmethoden des § 136a StPO – auch nicht als besonders gravierender Verfahrensverstoß einzustufen.

Gleichwohl hat der BGH bei unterlassener Beschuldigtenbelehrung grundsätzlich die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes ausgesprochen<sup>9</sup>, d.h. ist bei der Vernehmung des Beschuldigten durch einen Polizeibeamten nicht der Hinweis vorausgegangen, dass es dem Betroffenen freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen, so dürfen Aussagen des Beschuldigten aus dieser Vernehmung nicht verwertet werden.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat, oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zustimmt oder ihr nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat (Widerspruchslösung).<sup>10</sup> Mangels konkreter Angaben im Sachverhalt kann die Frage nach einem Verwertungsverbot nicht abschließend beantwortet werden.

## II. Verhinderung (Ablehnung) der Kontaktaufnahme des X mit einem Verteidiger

Wie sich aus § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO ergibt, kann sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens – und damit auch schon vor der ersten Vernehmung – der Hilfe eines Verteidigers bedienen. Auf dieses Recht zur Verteidigerkonsultation muss er nach §§ 163a Abs. 4 Satz 2, 136 Abs. 1 Satz 2 StPO hingewiesen werden. Der Hinweis hat in „neutraler“ Form und im Zusammenhang mit der Belehrung über die Aussagefreiheit zu erfolgen. Denn gerade im Rahmen der Vernehmung kann eine Verteidigerkonsultation ratsam sein, um zu besprechen, ob und inwieweit der Beschuldigte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht.<sup>11</sup>

Der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, dass er jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen kann (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Polizei ist verpflichtet, ernstliche Hilfe bei der Verteidigerkonsultation zu leisten. Möchte der Beschuldigte vor seiner Vernehmung einen Verteidiger befragen, sind ihm Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihm erleichtern, einen Verteidiger zu kontaktieren. Auf bestehende anwaltliche Notdienste ist dabei hinzuweisen (§ 136 Abs. 1 Satz 3, 4 StPO). Erklärt der Beschuldigte, dass er erst mit einem Verteidiger sprechen wol-

le, muss die beabsichtigte Vernehmung aufgeschoben und die weitere Entscheidung des Beschuldigten, ob er sich zur Sache einlassen will, abgewartet werden.<sup>12</sup>

Durch das „Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.8.2017“<sup>13</sup> ist das **Anwesenheitsrecht des Verteidigers** erweitert worden. Dem Verteidiger ist durch die am 5.9.2017 erfolgte Änderung von § 163a Abs. 4 Satz 3 StPO und den neu aufgenommenen Verweis auf § 168c Abs. 1 und 5 StPO nunmehr auch bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung die Anwesenheit (Abs. 1) gestattet.<sup>14</sup> Geregelt ist auch das Recht auf Benachrichtigung (Abs. 5). Nach § 163a Abs. 4 Satz 3 StPO i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO soll dem Verteidiger und der Staatsanwaltschaft nach der Vernehmung des Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, sich zu erklären oder Fragen an den Beschuldigten zu stellen. Durch einen Verweis auf § 241 Abs. 2 StPO in § 168c Abs. 1 Satz 3 StPO ist es möglich, dass der Polizeibeamten, der die Vernehmung leitet, ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen wie auch der Richter bei Vernehmungen des Angeklagten in der Hauptverhandlung zurückweisen kann.<sup>15</sup>

Es besteht ein Verwertungsverbot, wenn der Beschuldigte über das Recht der jederzeitigen Verteidigerkonsultation nicht oder nur unzureichend belehrt worden ist.<sup>16</sup> Gleiches gilt, wenn dem Beschuldigten nach korrekter Belehrung trotz seiner entsprechenden Bitte die Kontaktaufnahme mit dem Verteidiger verweigert und er stattdessen sofort vernommen wurde.

Nach § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO ist der Beschuldigte auch darüber zu belehren, dass er unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 (u.a. bei Verbrechen) die Bestellung eines **Pflichtverteidigers** nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und 3 StPO beantragen kann; zu Letzterem ist er im Falle der Bestellung eines Pflichtverteidigers darauf hinzuweisen, dass er die dadurch entstehenden Kosten ggf. insoweit zu tragen hat, als das Verfahren gegen ihn zu einer Verurteilung führt (§ 465 StPO). Das Unterbleiben des gesetzlich vorgeschriebenen Hinweises auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung bei einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung begründet kein absolutes Verwertungsverbot. Auch ein relatives, im Rahmen einer einzel-fallbezogenen Abwägung festzustellendes Verwertungsverbot scheidet in einem solchen Fall jedenfalls dann aus, wenn das staatliche Verfolgungs- und Aufklärungsinteresse besonders hoch (wie etwa beim Verdacht eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes) und das Gewicht des Verstoßes gering ist, weil er in Unkenntnis der Belehrungspflicht erfolgte.<sup>17</sup>

### C. Darf X zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung vorgeführt werden?

Im Hinblick auf die Frage, ob X zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung vorgeführt werden darf, kommt es auf die Zuordnung der Maßnahme an. Während die Ein- und Zuordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen auf polizeirechtlicher Grundlage und auf Grundlage von § 81b 1. Alt. StPO weitgehend unstrittig ist, ist der Normcharakter von § 81b 2. Alt. StPO umstritten. Erkennungsdienstlichen Zwecken i.S. des § 81b 2. Alt. StPO dienen Maßnahmen, die es erleichtern sollen, künftig tatverdächtige Personen zu identifizieren. Nach wie vor wird die Frage unterschiedlich beurteilt, ob es sich hierbei um einen polizeirechtlichen Regelungsbereich oder um Strafprozessrecht handelt. Die Frage ist von entscheidender Bedeutung für den Rechtsschutz gegen die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen sowie für die Anordnungszuständigkeit.<sup>18</sup>

Weil der Erkennungsdienst der Aufklärung noch unbekannter und unter Umständen noch gar nicht begangener Straftaten dient, betrachtet ihn insbesondere die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung als eine präventiv-polizeiliche Aufgabe, die nur wegen des Sachzusammenhangs mit in der Strafprozessordnung geregelt ist.<sup>19</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Maßnahmen nicht schon deshalb Instrumente des Polizeirechts sind, weil sie nicht der Verfolgung begangener Straftaten dienen. Der Erkennungs-

dienst ist – wie das BVerwG selbst ausführt<sup>20</sup> – ein Instrument der Strafverfolgungsvorsorge. Es sollen künftige Straftaten nicht unmittelbar verhindert, sondern ihre Aufklärung ermöglicht werden. Präventive Wirkung entfaltet die Maßnahmen nur insofern, als er das Strafverfolgungsrisiko und damit die abschreckende Wirkung der Strafdrohungen für die erkennungsdienstlich erfassten Personen erhöht (Straftatenverhütung). Die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten gehört aber – dem BVerfG folgend – zum gerichtlichen Verfahren.<sup>21</sup> Insofern hat das BVerfG auch DNA-Analysen zur Aufklärung künftiger Straftaten dem Strafprozessrecht zugeordnet.<sup>22</sup> Für § 81b Alt. 2 StPO kann aufgrund der identischen Zielsetzung konsequenterweise nichts anderes gelten<sup>23</sup> sodass die Regelung entgegen der noch herrschenden Meinung strafprozessualer Natur ist.<sup>24</sup>

Die erkennungsdienstliche Behandlung dient der Strafverfolgungsvorsorge. KHK D hat die Sorge, dass X auch zukünftig Einbrüche begehen werde und seine Fingerabdrücke sodann zur seiner Überführung beitragen können. Die Strafverfolgungsvorsorge ist neben der Verhütungsaufgabe darauf gerichtet, Vorsorge zu treffen für den Fall, dass solche Taten begangen werden. Die Strafverfolgungsvorsorge ist repressiver Teil der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung. Ihr werden Maßnahmen zugerechnet, welche die Aufklärung von Delikten oder die Ermittlung von Verdächtigen von Delikten, die in der Zukunft erwartet werden, ermöglichen oder erleichtern soll. Als Vorfeldmaßnahme ist sie weder dem traditionellen Polizeirecht noch dem überkommenen Bild des Strafverfahrensrechts zuzuordnen.<sup>25</sup> Die Strafverfolgungsvorsorge ist neben der Verhütungsaufgabe darauf gerichtet, Vorsorge zu treffen für den Fall, dass Straftaten begangen werden.<sup>26</sup> Ziel der Regelung ist es, Informationen für die Aufklärung künftiger Straftaten zu beschaffen und vorrätig zu halten. Es handelt sich deshalb um Akte der Beweissicherung für künftige Strafverfahren<sup>27</sup>, um vorbereitende Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafrechts<sup>28</sup>, und damit um Strafverfolgungsmaßnahmen.<sup>29</sup> Das BVerfG hat ausgeführt, dass den Regelungen zur DNA-Identitätsfeststellung weder nach Wortlaut noch Zweck die Funktion zukommt, künftige Straftaten präventiv abzuwehren. Der Kernsatz der Entscheidung lautet insoweit: „Dienen die Vorschriften ausschließlich der Beweisbeschaffung zur Verwendung in Strafverfahren, so sind sie dem Strafverfahrensrecht zuzuordnen“<sup>30</sup>. Damit ist die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für diese Materie nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gegeben.<sup>31</sup>

Die Einordnung der Strafverfolgungsvorsorge als Strafverfolgung ist gleichwohl nicht vollends überzeugend, weil der Strafprozess und sein Recht erst nach der Tat einsetzen können; solange eine Straftat noch nicht begangen wurde, kann ihre Begehung verhütet werden, aber eben noch nicht verfolgt werden. Erst nach Vorliegen eines Anfangsverdachts wegen einer begangenen Straftat, kann das gerichtliche Verfahren i.S. von Art. 74 Nr. 1 GG betroffen sein. Die Einbeziehung der Strafverfolgungsvorsorge in das gerichtliche Verfahren, ist mit dem Wortlaut des Art. 74 Nr. 1 GG nicht zu vereinbaren. Man kann das dem gerichtlichen Strafverfahren vorgelagerte Ermittlungsverfahren in das gerichtliche Verfahren einbeziehen; aber das diesem noch vorgelagerte Feld der Strafverfolgungsvorsorge, das es nach § 152 Abs. 2 StPO eigentlich gar nicht geben kann, noch dem gerichtlichen Verfahren zuzuschlagen, lässt die Gesetzessprache jeden Sinn verlieren.<sup>32</sup> Die der konkreten Gefahr korrespondierende Eingriffsschwelle der StPO für Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren ist der konkretisierbare Tatverdacht wegen einer begangenen Straftat i.S. von § 152 Abs. 2 StPO. Diese Eingriffsschwelle hat rechtsstaatliche Qualität, weil sie den Bürger vor Verdachtsermittlungen schützen soll.

Folgt man nun der Ansicht, dass § 81b 2. Alt. StPO dem Gefahrenabwehrrecht zuzuordnen ist, so ist der Verwaltungsrechtsrechtsweg gegeben. Die Vorschriften des Polizeirechts finden Anwendung. Für die zwangsweise Durchsetzung einer Anordnung stellt sich dann die Frage, ob sie schon vor Eintritt der Unanfechtbarkeit vollstreckt werden darf. Die Anordnung zur erkennungsdienstlichen Behandlung und eine Vorladungsverfügung fallen grundsätzlich nicht unter die Ausnahme des § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO,

sodass es regelmäßig beim Suspensiveffekt (§ 80 Abs. 1 VwGO) bleibt. Die Polizei hat aber die Möglichkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Im Einzelfall kann aufgrund überwiegenden öffentlichen Interesses eine besondere Vollziehungsanordnung getroffen werden, um den Suspensiveffekt auszuschalten. Die sofortige Vollziehung kann z.B. in Betracht kommen, wenn ein u.U. langjähriges Verwaltungsstreitverfahren den Erfolg der polizeilichen Maßnahme (Gewinnung von erkennungsdienstlichem Material) gefährden würde.<sup>41</sup> Die Anordnung ist schriftlich und mit einzelfallbezogener Begründung zu treffen (§ 80 Abs. 3 VwGO). Überdies verlangt § 10 Abs. 3 Satz 2 PolG NRW für die zwangsweise Vorführung grundsätzlich eine richterliche Anordnung (Ausnahme: Gefahr im Verzug).

Trotz aller (berechtigten) Kritik handelt es sich bei der Strafverfolgungsvorsorge unter Zugrundelegung der Rspr. des BVerfG und genuines, also echtes Strafprozessrecht.<sup>33</sup> Besonders deutlich als Maßnahme der antizipierten Repression gekennzeichnet ist auch die DNA-Identitätsfeststellung eines Beschuldigten gem. § 81g Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 StPO, wird doch der Zweck, dessentwegen Körperzellen entnommen und molekulargenetisch untersucht werden dürfen, ausdrücklich mit der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren bezeichnet. Dies entspricht den erkennungsdienstlichen Zwecken des § 81b 2. Alt. StPO.<sup>34</sup>

In Ansehung der strafprozessrechtlichen Natur von § 81b 2. Alt. StPO überzeugt es nicht, ein förmliches – und mithin überflüssiges – Verwaltungsverfahren durchzuführen. Vielmehr handelt es sich um eine strafprozessuale Eingriffsmaßnahme, die zugleich den Rechtsgrund für eine zwangsweise Durchsetzung enthält. Aus dem Sinn und Zweck des § 81b 2. Alt. StPO ergibt sich, dass der Betroffene zur erkennungsdienstlichen Behandlung vorgeführt werden darf. Die Vorführung ist eine Freiheitsbeschränkung. § 81b 2. Alt. StPO ist das förmliche Gesetz i.S. des Art. 104 Abs. 1 GG, das diese Freiheitsbeschränkung zulässt. Die Bestimmungen der Polizeigesetze sind nicht anzuwenden, weil § 81b StPO als materielles Bundesrecht diesen Bestimmungen vorgeht.<sup>35</sup> Das OLG Hamm hat 2012 festgestellt, dass im Falle des § 81b 2. Alt. StPO ein Vorführbefehl gem. § 10 Abs. 3 PolG NRW von einem Richter nicht erlassen werden kann, weil § 81b StPO die Zwangs-anwendung bereits beinhaltet und somit ein Landesrecht nicht zur Ausgestaltung einer bundesrechtlichen Norm herangezogen werden kann.<sup>36</sup> Für die zwangsweise Verbringung des Betroffenen zur Polizeidienststelle zwecks Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung bedarf es im Anwendungsbereich des § 81b 2. Alt. StPO keiner richterlichen Anordnung nach Polizeirecht. Auf die polizeirechtlichen Bestimmungen des Verwaltungszwanges muss im Zusammenhang mit einer auf § 81b 2. Alt. StPO gestützten erkennungsdienstlichen Maßnahme nicht zurückgegriffen werden.<sup>37</sup>

§ 81b 2. Alt. StPO selbst bildet die Ermächtigungsgrundlage auch für eine zwangsweise Vorführung des Beschuldigten, ohne dass es hierzu einer gerichtlichen Anordnung bedarf. Dies folgt überdies bereits aus dem Gesetzeswortlaut („auch gegen seinen Willen“). Für die zwangsweise Verbringung des Betroffenen zur Polizeidienststelle zwecks Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung bedarf es im Anwendungsbereich des § 81b 2. Alt. StPO mithin keiner richterlichen Anordnung.<sup>38</sup> Das OLG Hamm geht also offenbar von Strafprozessrecht aus. Davon gehen (mittlerweile) auch Teile der Literatur aus.<sup>39</sup>

kommt die Regelung des § 114a Satz 2 StPO zum Tragen: Ist die Aushändigung einer Abschrift und einer etwaigen Übersetzung nicht möglich, ist ihm unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache mitzuteilen, welches die Gründe für die Verhaftung sind und welche Beschuldigungen gegen ihn erhoben werden.

- 1 Christoph Keller ist hauptamtlicher Dozent an der FHöV NRW, Abteilung Münster in den Fächern Eingriffsrecht und Einsatzlehre.
- 2 Studienliteratur zur Festnahme durch Polizeibeamte: Keller, PSp 3/2012, 17 ff.
- 3 Durch das 55. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung – Wohnungseinbruchdiebstahl ist am 22.7.2017 u.a. § 244 Abs. 4 StGB in Kraft getreten, wonach es sich bei dem Einbruchdiebstahl in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung um ein Verbrechen handelt, BT-Drs. 18/12729.
- 4 Nach § 114a Satz 1 StPO wäre grundsätzlich der Haftbefehl in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache auszuhändigen. Ein Haftbefehl liegt in den Fällen des § 127 StPO jedoch nicht vor. Dementsprechend

- 5 Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. F, Rn. 27, m.w.N.
- 6 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 549.
- 7 BVerfG, NJW 2007, 499: Belehrung ausländischer Beschuldigter über Recht auf konsularischen Beistand.
- 8 Artkämper, Kriminalistik 2010, 23 (25).
- 9 BGH, NJW 1992, 1463 ff.
- 10 OLG Stuttgart, NSTZ 1997, 405. Zur Anwendbarkeit der Widerspruchslösung (im OWI-Verfahren) Rebler, NZV 2018, 209 ff.
- 11 Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. F, Rn. 44.
- 12 Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 136 Rn. 10.
- 13 BGBl I, S. 3295. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 1).
- 14 Von Häfen, in: Graf, BeckOK StPO, § 163a Rn. 31.
- 15 Das Zurückweisungsrecht betreffend unzulässige und nicht zur Sache gehörender Fragen ähnelt dem Beanstandungsrecht des Vorsitzenden im Rahmen der Hauptverhandlung (vgl. §§ 240, 241 StPO) und dürfte hier wie dort zu Unstimmigkeiten und verbalen Streitigkeiten führen. Auch wird die Einschätzung einer Frage als beanstandungswürdig in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens eher schwer fallen, so dass zu prognostizieren ist, dass dieses Beanstandungsrecht eher ein Schattendasein führen wird, Artkämper/Schilling, Vernehmungen, 5. Aufl. 2018, Rn. 711.
- 16 BGH, NSTZ 2008, 55.
- 17 BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 2 StR 163/17.
- 18 Ausführlich: Keller, Kriminalistik 2014, 103 ff.
- 19 BVerwG, Beschl. v. 18.5.2011 – 6 B 1/11, NVwZ-RR 2011, 710, Anm. Hebel, JA 2011, 959 ff.; BVerwG, Beschl. v. 14.7.2014 – 6 B 2/14, NVwZ-RR 2014, 848. Entsprechend auch Trück, Münchener Kommentar zur StPO, § 81b, Rn. 4; Goers, in: Graf, BeckOK StPO, § 81b, Rn. 2 f. 2014
- 20 BVerwG, Beschl. v. 18.5.2011 – 6 B 1/11, NVwZ-RR 2011, 710.
- 21 BVerfG, Ur. v. 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, NJW 2005, 2603: Vorbeugende/vorsorgende TKÜ gegen Straftaten.
- 22 BVerfG, Beschl. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879; dazu Wollweber, NJW 2011, 2304.
- 23 So bereits Keller, Kriminalistik 2004, 190 ff.
- 24 Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. F, Rn. 287.
- 25 Graulich, NVwZ 2014, 685 (686).
- 26 Grundlegend zur polizeilichen Vorfeldarbeit Kniesel, Kriminalistik 1987, 369 (371 ff.).
- 27 Senge, NJW 1999, 253 (255).
- 28 Volk, NSTZ 1999, 165.
- 29 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 6.11.1998 – 1 Ws 556–98, NJW 1999, 300.
- 30 BVerfG, Beschl. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879: DNA-Identitätsfeststellung, Anm. Senge, NSTZ 2001, 331.
- 31 Senge, NSTZ 2001, 328 (331).
- 32 Kritisch insofern Kniesel/Paeffgen/Keppel/Zenker, Die Polizei 2011, 333 (339); Kniesel, Die Polizei 2017, 189 (195).
- 33 Baumanns, Die Polizei 2008, 79 (81); Eisenberg/Puschke, JZ 2006, 729 (732); Schweckendieck, ZRP 1989, 125, dazu auch Hermes, Die Polizei 2010, 277; Katzidis, Die Kriminalpolizei 1/2012; Kramer, JR 1994, 228; Bock, ZIS 2007, 129.
- 34 Bock, ZIS 2007, 129.
- 35 Mayer, Kriminalistik 2015, 520 (524); Kaefer, Kriminalistik 1993, 709 (711).
- 36 OLG Hamm, Beschl. v. 13.4.2012 – 1-15 W 131/12, NSTZ-RR 2012, 254.
- 37 OLG Naumburg, Beschl. v. 6. 12. 2005 – 10Wx 14/05, NSTZ-RR 2006, 179.
- 38 OLG Naumburg, NSTZ-RR 2006, 179.
- 39 Frister, in: Lisken/Denninger, Kap. F, Rn. 283; Benfer/Bialon, Rn. 1048; Kramer, Rn. 185: Die künftigen Strafverfahren dienende 2. Alt. des § 81b StPO ist ein typischer Fall der Strafverfolgung i.w.S. (= Strafrechtspflege), zu der über den Einzelfall hinaus solche Maßnahmen zählen, welche die Strafverfolgung vorbereiten und ermöglichen; Mayer, Kriminalistik 2015, 520: Abschied von der These vom „materiellen Polizeirecht“; zusammenfassend auch Keller, PSp 1/2016, 3 ff.