

## MUSTERKLAUSUR

## Eingriffsrecht: Einbrüche im Gewerbegebiet

Christoph Keller, POR, FHöV NRW, Abteilung Münster

**Sachverhalt:**<sup>1</sup>

Im Industriegebiet von A-Stadt waren in den letzten Wochen vermehrt Firmeneinbrüche und insbesondere zahlreiche Pkw-Aufbrüche zu verzeichnen. Tatrelevante Zeit war meistens zwischen 21.00 Uhr und 23.00 Uhr. Erst vor einer Woche konnte ein Täter von einem Zeugen bei einem Pkw-Aufbruch beobachtet werden. Die sofort eingeleiteten Fahndungsmaßnahmen verliefen allerdings erfolglos. Der Zeuge (Z) wurde von einem Beamten des zuständigen Kriminalkommissariats (KK E) zu seinen Beobachtungen vernommen.

Heute, gegen 23.00 Uhr, befinden sich POK A und PK C auf Streifenfahrt in dem Industriegebiet. Gegen 23.05 Uhr bemerken die Beamten einen Pkw, der mit einer männlichen Person besetzt (B) ist. Als die Person vor dem Firmengelände der Fa. XYZ aus dem Fahrzeug aussteigt und auf dem nicht bewachten Parkplatz dieser Firma – offensichtlich planlos – hin und her geht und hierbei auch („interessiert“) ins Fahrzeuginnere verschiedener Pkw schaut, wird sie von den Beamten (verdeckt) gezielt beobachtet. Nach 20 Minuten entschließen sich die Beamten, die Person zu überprüfen. Die Personalien des Mannes werden festgestellt. Es handelt sich hierbei um den 30-jährigen B. Auf Befragen gibt B an, dass er auf seine Ehefrau warte, die bei der Fa. XYZ beschäftigt ist und um 23.30 Uhr Feierabend hat. Die Ehefrau des B, die etwa 10 Minuten später erscheint, bestätigt diese Angaben.

Im Zuge der Ermittlungen ergibt sich ein Tatverdacht gegen den 25-jährigen M.

M, der vor seiner verantwortlichen Vernehmung nicht belehrt wird, streitet die Taten ab, verwickelt sich aber auch in Widersprüche. Im Rahmen einer Gegenüberstellung kann M durch Z allerdings nicht als Tatverdächtiger identifiziert werden.

**Aufgaben:**

Beurteilen Sie rechtsgutachtlich folgende polizeiliche Maßnahmen.

- A. Identitätsfeststellung (B)
- B. Vernehmung des M
- C. Gegenüberstellung

**Hinweis:**

Von der örtlichen Zuständigkeit ist auszugehen. Bei Prüfung der Identitätsfeststellung wird ein Schemata zugrunde gelegt, welches (typischerweise) auch an der FHöV NRW im Fach Eingriffsrecht zugrunde gelegt wird.

Bei den anderen beiden zu prüfenden Maßnahmen erfolgt die Lösung (nur) problemorientiert.

**Lösung:****A. Identitätsfeststellung****I. Ermächtigungsgrundlage**

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es bei einem Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage, welche auf ein verfassungsmäßiges Gesetz zurückzuführen ist. Mit der Personalienfeststellung ist wiederum ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1

GG (Recht auf Anonymität) verbunden. Das Anhalten für die kurze Dauer der Befragung ist als Freiheitsbeschränkung (Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. 104 Abs. 1 GG) zu qualifizieren.

Eine polizeiliche Verfügung an eine Person (B), sich auszuweisen, stellt sich als (belastender) Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG NRW) dar.

**II. Formelle Rechtmäßigkeit****1. Zuständigkeit**

Die Zielrichtung der Maßnahme dürfte präventiver Natur sein. Maßgebend für die Zuordnung einer Maßnahme ist das objektiv zu ermittelnde Schwergewicht unter Berücksichtigung des Zwecks der Maßnahme<sup>2</sup>. Denkbar wäre zwar, dass es um die Aufklärung der (bereits) begangenen Straftaten geht, so dass vom Vorliegen einer strafverfolgenden Zielrichtung auszugehen wäre. Andererseits ist aber auch eine gefahrenabwehrende Zielsetzung der Beamten denkbar (Schutz fremden Eigentums durch potentielle Straftäter sowie Schutz der Rechtsordnung als Sicherheitsgut der Allgemeinheit). In diesem Fall ist der präventiv-polizeiliche Handlungsraum eröffnet (§ 1 Abs. 1 PolG NRW). Letztlich ist festzustellen, dass im entscheidungserheblichen Zeitpunkt ein Anfangsverdacht i.S. von § 152 Abs. 2 StPO gegen B (noch) nicht vorlag. Der „Verdacht“ ist der zentrale Terminus des Ermittlungsverfahrens. Ohne Verdacht können kein Ermittlungsverfahren eingeleitet und keine grundrechtsverkürzenden Ermittlungsmaßnahmen getroffen werden. Das Vorliegen eines Anfangsverdachts ist der „Zauberschlüssel“ für strafprozessuale Eingriffe in Bürgerrechte. Er markiert die gesetzliche Grenze, ab welcher der Staat mit dem Ziel der Strafverfolgung weit reichende und teils stark belastende Eingriffe in Grundrechte des Bürgers vornehmen kann<sup>3</sup>.

Der Anfangsverdacht muss sich auf zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, das heißt auf konkrete Tatsachen stützen, die dafür sprechen, dass gerade der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Straftat enthält<sup>4</sup>. Bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder reine denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus. Bei der Beantwortung der Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die einen Anfangsverdacht begründen, steht den Ermittlungsbehörden ein Beurteilungsspielraum zu<sup>5</sup>.

Zwar lässt sich das Verhalten des B sich nicht ohne weiteres erklären, gleichwohl liegt ein Anfangsverdacht („Pkw-Aufbruch“) nicht vor.

Der präventiv-polizeiliche Handlungsraum ist eröffnet. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 1, S. 1, 2 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 POG NRW.

**2. Verfahren**

Wenn die Polizei im Rahmen der Gefahrenabwehr belastende Verwaltungsakte erlassen will, so hat sie bestimmte Verfahrens- und Formvorschriften aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zu beachten.

Personalienfeststellungen als Eingriffsverwaltungsakte lösen grundsätzlich eine Pflicht zur Anhörung aus (§ 28 Abs. 1 VwVfG NRW), weil sich niemand ohne Angabe von Gründen vor einer staatlichen Stelle ausweisen muss<sup>6</sup>. Diese Verpflichtung lässt sich mithin aus § 28 Abs. 1 VwVfG NRW ableiten.

Eine bestimmte Form für die Durchführung der Anhörung ist nicht vorgeschrieben, so dass sie absolut formfrei durchgeführt werden kann. Sie kann daher sowohl mündlich als auch fernmündlich oder schriftlich erfolgen. In der polizeilichen Praxis wird in aller Regel nur die mündliche Anhörung zur Anwendung gelangen<sup>7</sup>. Der VA ist entsprechend § 41 Abs. 1 VwVfG NRW bekannt zu geben.

Es wird unterstellt, dass die in Frage kommenden Vorschriften aus dem VwVfG NRW beachtet wurden.

**3. Form**

Gem. § 37 Abs. 2 VwVfG NRW kann ein Verwaltungsakt kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden.

**III. Materielle Rechtmäßigkeit****1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

Als Ermächtigungsgrundlage könnte § 12 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW<sup>8</sup> in Betracht kommen. Dann müsste eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegen. Es handelt sich um die im einzelnen Falle bestehende, d.h. von einer in der Lebenswirklichkeit vorhandenen konkreten Sachlage ausgehende Gefahr. Eine reale Gefahr für die öffentliche Sicherheit lag indes vorliegend (objektiv) nicht vor. Gleichwohl lagen zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt aber (hinreichende) tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme einer konkreten Gefahr vor.

Im Industriegebiet waren in den zurückliegenden Wochen vermehrt Firmeneinbrüche und zahlreiche Pkw-Aufbrüche zu verzeichnen, möglicherweise war gerade der (nicht bewachte) Parkplatz der Fa. XYZ stark kriminalitätsbelastet. B hielt sich zur tatkritischen Zeit in diesem Bereich auf. Hinzu kommt, dass er auf dem Parkplatz der Fa. XYZ (planlos?) hin und her ging und sich hierbei auch für mehrere Pkw „interessierte“. Dieses Verhalten war für die Beamten nicht ohne weiteres erklärbar („Ausbaldowern“ eines Tatobjekts?). Eine (verständige) Würdigung dieser Anhaltspunkte ließ daher den Schluss auf eine reale Gefahrenlage zu<sup>9</sup>, die es aufzuklären galt.

Liegt eine reale Gefahr aber tatsächlich nicht vor, spricht man auch von einem Gefahrenverdacht oder von einer sog. Anscheinsgefahr.

In beiden Fällen können sog. Aufklärungseingriffe zwecks Sachverhaltsermittlung vorgenommen werden. Ob eine Gefahr letztendlich tatsächlich vorgelegen hat, kann ohnehin nur ex post beurteilt werden, hinsichtlich der Eingriffsermächtigungen ist aber eine ex ante Betrachtung erforderlich (entscheidungserheblicher Zeitpunkt). Das Vorliegen einer Gefahr wird mithin nicht dadurch in Frage gestellt, dass einzelne (erwartete) Folgeumstände, die (möglicherweise) zum Schaden geführt hätten, nicht eingetreten sind. Entscheidend sind die Ausgangstatsachen, auf denen die Annahme der (konkreten) Gefahr beruht. Die Annahme einer Gefahrenlage durch POK A und PHM C war gerechtfertigt.

Indes ist diese Auffassung strittig. Allein die Sammlung objektiver Anhaltspunkte reicht für die Annahme einer Anscheinsgefahr nicht aus. Dadurch erfolgt die Abgrenzung zur Putativgefahr. Vielmehr hat ein weiterer Schritt zu erfolgen. Der Sachverhalt ist dahingehend zu untersuchen, „ob es von den Beamten vernünftig

war, auf der Basis des gesamten Datenmaterials eine reale Gefahr anzunehmen. Dies geschieht mit einer einfachen Gegen- bzw. Kontrollfrage und somit mit Hilfe einer Negativdefinition. Es ist zu fragen, ob die Beamten hätten Restzweifel haben müssen. Dies ist der Fall, wenn vernünftige Erklärungsalternativen, die nicht völlig abwegig erscheinen und somit außerhalb jeglicher Lebenserfahrung liegen, die Verhaltensweise des B in einem anderen Licht erscheinen lassen. Bestehen solche Alternativen, müssen die Beamten Restzweifel haben und die Annahme einer Anscheinsgefahr ist regelmäßig ihrerseits unvernünftig. Im vorliegenden Fall zeigt gerade die 20-minütige Beobachtungsphase, dass die Beamten solche Restzweifel hatten. Dies war auch vernünftig. Denn es liegt nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass im Bereich eines Industriegebietes Ehemänner ihre Frauen von der Nachtschicht abholen. Zudem ist es nicht völlig ungewöhnlich, dass auch zu dieser Uhrzeit Spaziergänger – auch in einem Industriegebiet – unterwegs sind, die sich etwa aus privatem Kaufinteresse heraus mögliche Kaufobjekte anschauen. Hinzukommt, dass bei Pkw-Aufbrüchen die Täter im Regelfall darauf achten werden, möglichst schnell zu agieren. Insofern passte die Verhaltensweise des B nicht zum üblichen modus operandi. Darüber hinaus wäre es den Beamten vor einer Identitätsfeststellung zumutbar gewesen, das Erscheinen der Ehefrau abzuwarten, um die Angaben des B hierdurch zu überprüfen. Wäre die Ehefrau nicht erschienen, so wäre nun der Übergang zur Annahme einer Anscheinsgefahr vernünftig gewesen<sup>19</sup>. Insofern kommt man hier zum Ergebnis einer rechtswidrigen Identitätsfeststellung.

## 2. Besondere Verfahrensvorschriften

Verstöße gegen Formvorschriften sind nicht ersichtlich. Mangels entsprechender (entgegenstehender) Anhaltspunkte im Sachverhalt ist vielmehr davon auszugehen, dass POK A und PHM C der Aufklärungspflicht gem. § 9 Abs. 6 PolG NRW entsprochen haben. Ebenso wird unterstellt, dass die in Frage kommenden Vorschriften aus dem VwVfG NRW (§§ 28, 37) beachtet wurden.

## 3. Adressatenregelung

B hat die Gefahr verursacht (§ 4 Abs. 1 PolG NRW). Polizeirechtlich verantwortlich sind auch die Personen, die lediglich den Anschein einer Gefahr hervorgerufen haben (Anscheinstörereigenschaft).

## 4. Rechtsfolge der konkret herangezogenen Ermächtigungsgrundlage

### a) Rechtsfolge entspricht der Ermächtigungsgrundlage

Ist eine Identitätsfeststellung zulässig, so darf die Polizei die erforderlichen Maßnahmen treffen (§ 12 Abs. 2 PolG NRW). § 12 Abs. 2 Satz 1 PolG NRW enthält eine („generalklauselartige“) Ermächtigung, denn es werden die zur Identitätsfeststellung erforderlichen Maßnahmen zugelassen. Diese auf den ersten Blick sehr allgemein gehaltene Befugnisnorm wird durch die nachfolgenden Sätze eingeschränkt, da das Wort „insbesondere“ in § 12 Abs. 2 Satz 2 PolG NRW die möglichen Maßnahmen begrenzt. Welche Mittel zur Legitimation ausreichen, hängt vom Anlass der Überprüfung und dem Grad der Beteiligung des Betroffenen ab. Legt der Betroffene einen gültigen Personalausweis vor, und sind keine Anhaltspunkte für dessen Fälschung, Verfälschung oder sonstige Unstimmigkeiten vorhanden, gilt die Identität als festge-

stellt. Nach § 12 Abs. 2 Satz 2 kann der Betroffene angehalten werden, und zwar für die Dauer der normalen Identitätsfeststellung am Ort des Geschehens. Hierbei handelt es sich um eine kurzfristige Freiheitsbeschränkung.

### b) Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG NRW, § 3 Abs. 2 Satz 1 PolG NRW) 11

§ 37 VwVfG NRW enthält mit dem Bestimmtheitsfordernis in Abs. 1 ein materiell-rechtliches Erfordernis. Mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot in § 37 Abs. 1 VwVfG NRW erfährt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine einfachgesetzliche Konkretisierung. Die Bestimmung trägt damit insbesondere der Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion des VA Rechnung. Die Behörde wird gezwungen, sich eindeutig und unmissverständlich gegenüber dem Adressaten zu äußern. Darüber hinaus wird durch die Forderung nach der Bestimmtheit auch deren Akzeptanz durch den Adressaten erhöht<sup>12</sup>. Bei einer mündlichen Verfügung, etwa eines Polizeivollzugsbeamten, durch die eine Handlungspflicht auferlegt wird, ist unter dem Blickwinkel der Bestimmtheit allein zu fordern, dass für den Adressaten das abverlangte Verhalten hinreichend bestimmt erkennbar ist; einer Angabe der Rechtsgrundlage oder einer näheren Bezeichnung der Rechtsnatur der mündlichen Verfügung bedarf es nicht<sup>13</sup>. Verstöße sind vorliegend hier nicht ersichtlich.<sup>14</sup>

### c) Ermessen (§ 3 PolG NRW)

Rechtsfehler hinsichtlich der pflichtgemäßen Ermessensausübung, insbesondere eine Missachtung der Grundsätze aus § 40 VwVfG NRW sowie des Differenzierungsge- und -verbotes sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

### d) Übermaßverbot (§ 2 PolG NRW)

Zu prüfen ist, ob die Identitätsfeststellung geeignet, erforderlich und angemessen war.

### aa) Geeignetheit

Geeignet ist eine Maßnahme, die rechtlich und tatsächlich möglich ist und den erstrebten Erfolg, die Abwehr der Gefahr für die öffentliche Sicherheit herbeiführt oder zumindest fördert. Zu beantworten ist die Frage der objektiven Zwecktauglichkeit. Mit dem Grundsatz der Geeignetheit wird ein allgemeines Sachlichkeitsgebot postuliert, das in seinen praktischen Auswirkungen mit dem Willkürverbot zu vergleichen ist. Die Maßnahme muss zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks geeignet sein. Ob dieser Zweck tatsächlich erreicht wird, lässt sich erst im nach hinein feststellen. Eine derartige Forderung zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt zu erheben, ist dem Gefahrenabwehrrecht fremd. Eine voraussichtlich vollständige Zweckerreichung ist mithin nicht erforderlich. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Maßnahme ein „Schritt in der richtigen Richtung“ ist.

Hier kann fraglich sein, ob eine Identitätsfeststellung überhaupt ein taugliches Mittel zur Abwehr der Gefahr sein kann. Zu berücksichtigen ist, dass allein durch eine Identitätsfeststellung i.d.R. die Gefahr nicht abgewehrt werden kann. Durch Aufhebung der Anonymität wird jedoch ein gewisser Abschreckungseffekt ausgelöst, d.h. ein potentieller Straftäter wird dadurch von einer (möglichen) Tatbegehung abgehalten<sup>15</sup>. Anerkannt ist im Polizeirecht, dass die Anforderungen an den Nachweis der Eignung nicht sonderlich hoch sind, d.h., dass der Grundsatz der Geeignetheit schon dann prinzipiell gewahrt ist, wenn die Maßnahme „einen Schritt in die richtige Richtung“ darstellt. Das bedeutet letztlich, dass der Zweck zumindest gefördert werden muss.

Hierdurch wird klar, dass der Grundsatz der Geeignetheit definitorisch nur Extremsituationen ausschließt. Ein Mittel ist ungeeignet, wenn es einen Zweck überhaupt nicht fördert respektive nicht fördern kann. Ungeeignet ist eine Maßnahme auch dann, wenn sie vom Adressaten etwas rechtlich Unzulässiges oder gar Unmögliches verlangt<sup>16</sup>. Da es nicht erforderlich ist, dass die Maßnahme den gewünschten Erfolg sicher herbeiführt – es genügt vielmehr, dass sie zur Zweckerreichung förderlich ist – ist die Identitätsfeststellung geeignet.

### bb) Erforderlichkeit

Das Gebot der Wahl des milderen Mittels verlangt, dass von mehreren möglichen und geeigneten Maßnahmen diejenigen zu wählen sind, die den einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen (Gebot der Wahl des milderen Mittels). Die Polizei ist verpflichtet, von mehreren voraussichtlich gleich wirksamen Maßnahmen die am wenigsten belastende zu wählen.

Als weniger beeinträchtigende Maßnahme wäre an eine (einfache) Befragung gem. § 9 Abs. 1 PolG NRW zu denken. Fraglich wäre allerdings, ob eine bloße Befragung (auch) zur Abwehr der Gefahr geeignet wäre<sup>17</sup>. Auch ein Platzverweis wäre weder ein zur Erreichung der oben genannten Ziele geeignetes noch ein gegenüber der Personenfeststellung milderes Mittel gewesen<sup>18</sup>. Die Identitätsfeststellung ist demnach zur Gefahrenabwehr erforderlich.

### cc) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Zu prüfen ist, ob die durchgeführte Maßnahme nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck steht, d.h. die Identitätsfeststellung darf nicht zu einem Schaden führen, der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht. Eingeschränkt wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Recht auf Anonymität) i.S.v. Art 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Bewegungsfreiheit. Andererseits geht es um die Abwehr von Gefahren für Sicherheitsgüter einzelner Personen (Schutz fremden Eigentums) und um den Schutz der Rechtsordnung (Sicherheitsgut der Allgemeinheit), die einen erheblichen Stellenwert hat<sup>19</sup>. Eine Abwägung der kollidierenden Interessen bzw. Rechtsgüter führt nicht (erkennbar) zu einem Missverhältnis, d.h. die polizeilich zu schützenden Güter überwiegen in ihrer Bedeutung den Beeinträchtigungen, die B hinnehmen musste.

Die Identitätsfeststellung war daher auch verhältnismäßig.

## IV. Ergebnis

Die Identitätsfeststellung war daher auch rechtmäßig.

## B. Vernehmung des M<sup>20</sup>

Die Vernehmung ist eine der wichtigsten und häufigsten kriminaltaktischen Methoden zur Untersuchung strafrechtlich relevanter Sachverhalte sowie zur Ermittlung bei Ordnungswidrigkeiten. Allgemein gesehen ist die Vernehmung ein rechtlich geregeltes, unter Beachtung kriminalistischer Gesichtspunkte, psychologischer Anforderungen und taktischer Regeln geführtes Gespräch, dessen Verlauf an gesetzliche Vorschriften gebunden ist. In einer mündlichen Anhörung, die einem Kommunikationsprozess unter besonderen Bedingungen nahe kommt, wird das Wissen einer anderen Person zu einem rechtlich oder kriminalistisch bedeutsamen Sachverhalt einseitig durch den Vernehmungsbeamten abgefragt und in beweiswürdiger Form dokumentiert.<sup>21</sup> Der Begriff der Vernehmung wird oftmals verkannt und in unzutreffender Weise auf den Akt

der Dokumentation einer Vernehmung vereinigt. Eine Vernehmung beginnt nicht erst dann, wenn der Polizeibeamte im Dienstzimmer die entsprechenden Formulare aufruft. Eine Vernehmung ist eine (zielgerichtete) Befragung, die von Staatsorganen in amtlicher Funktion durchgeführt wird mit dem Ziel der Gewinnung einer Aussage.

Zum Begriff der Vernehmung i.S. der StPO gehört, dass der Vernehmende der Auskunftsperson in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr eine Auskunft verlangt (formeller Vernehmungsbegriff).<sup>22</sup>

## I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es bei einem Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage, welche auf ein verfassungsmäßiges Gesetz zurückzuführen ist. Durch die Vernehmung des M werden personenbezogene Daten erhoben. Von einem Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des M ist auszugehen. Betroffen ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Die Vernehmung des Beschuldigten dient dazu, Straftaten zu erforschen i.S. des § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO und ist ein Justizverwaltungsakt (§ 23 Abs. 1 EGGVG).

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt ergibt sich im Zuge der Ermittlungen ein Tatverdacht gegen M. Mangels näherer Angaben im Sachverhalt muss davon ausgegangen werden, dass ein Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) gegen M vorliegt. Die sachliche Zuständigkeit der Polizei ergibt sich aus § 1 Abs. 4 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW i.V.m. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO.<sup>23</sup>

Als Verfahrensvorschriften sind die §§ 163a Abs. 4 Satz 1, 136 Abs. 1 Satz 2-4 StPO zu beachten.<sup>24</sup>

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Befugnis zur Vernehmung des Beschuldigten im Strafverfahren ergibt sich aus § 163a Abs. 4 StPO. Beschuldigter ist der Tatverdächtige, gegen den das Verfahren als Beschuldigter betrieben wird, gegen den sich also erkennbar die Ermittlungstätigkeit richtet. Es ist also erforderlich, dass gegen diese Person gerade als Beschuldigter ermittelt wird. Die Beschuldigteneigenschaft setzt nicht nur das objektive Bestehen eines Verdachts, sondern auch den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde hinsichtlich einer Verdachtshypothese voraus, der sich in einem Willensakt manifestiert. Wird gegen eine Person förmlich ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Aber auch ohne förmliche Verfahrenseröffnung gegen die Person ist die konkludente Zuweisung der Rolle als Beschuldigter möglich.<sup>25</sup> Das ist der Fall, wenn die Ermittlungsbehörde eine Maßnahme trifft, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild darauf abzielt, gegen jemanden strafrechtlich vorzugehen.<sup>26</sup>

Exkurs: Der Beginn des Beschuldigtenstatus ist nur scheinbar theoretisch eindeutig. Mangels Definition des Beschuldigtenbegriffs in der StPO haben sich mehrere Ansichten diesbezüglich herausgebildet. Während die Anhänger des materiellen Begriffs denjenigen als Beschuldigten ansehen, gegen den objektiv der Tatverdacht besteht (objektiver, materieller Beschuldigtenbegriff)<sup>27</sup>, geht die h. M. unter formeller Betrachtung davon aus, dass zum Tatverdacht ein inkulpirender Willensakt der Strafverfolgungsbehörden hinzutreten muss, in welchem zum Ausdruck kommt, dass sie das Strafverfahren gegen den Betroffenen

als Beschuldigten betreiben will<sup>28</sup>. Für die h. M. lässt sich anführen, dass schon das Bestehen eines Anfangsverdachts nicht ohne weiteres objektiv festgestellt werden kann, sondern den Strafverfolgungsbehörden ein Beurteilungsspielraum zusteht<sup>29</sup>. Die Problematik hat sich dadurch etwas entschärft, „dass der BGH die Begründung der Beschuldigteneigenschaft auch durch die Art und Weise einer Vernehmung für möglich hält. Insofern kann auch die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO nicht die Beschuldigtenbelehrung nach § 136 StPO ersetzen“<sup>30</sup>.

Der Beschuldigte hat Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, sowohl belastende als auch entlastende Tatsachen zur Erforschung der Wahrheit zu sammeln. Damit wird die Vernehmung zu einer wesentlichen Maßnahme des Ermittlungsverfahrens.<sup>31</sup>

Der Beschuldigte ist jederzeit frei in der Entscheidung, ob er aussagen will oder nicht. Niemand ist verpflichtet, gegen sich selbst auszusagen, d.h. gegen sich selbst als Zeuge aufzutreten (§ 136 Abs. 1 StPO). 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>32</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.

Mangels konkreter Angaben im Sachverhalt kann die Frage nach einem Verwertungsverbot nicht abschließend beantwortet werden<sup>33</sup>.

## C. Gegenüberstellung

Die Gegenüberstellung erfolgte erkennbar aus strafverfolgenden Gründen. Problematisch ist allein, welche Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt.<sup>34</sup>

Gem. § 58 Abs. 2 StPO ist eine Gegenüberstellung mit anderen Zeugen oder mit dem Beschuldigten im Vorverfahren zulässig, wenn es für das weitere Verfahren geboten scheint.

§ 58 Abs. 2 StPO regelt die sog. Vernehmungsgenüberstellung und die Identifizierungsgenüberstellung.<sup>35</sup> Bei der Vernehmungsgenüberstellung sollen Widersprüche zwischen einer Zeugenaussage und den Angaben des Beschuldigten oder eines anderen Zeugen durch Rede und Gegenrede, Fragen und Vorhalte geklärt werden.<sup>36</sup> Bei der Identifizierungsgenüberstellung wird die zu identifizierende Person in Augenschein genommen und nur der andere Teil als Zeuge vernommen.<sup>37</sup> Nicht einheitlich beantwortet wird in diesem Zusammenhang die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage die Duldungspflicht des Beschuldigten gründet. Z.T. wird die Gegenüberstellung mangels ausdrücklicher Ermächtigung gar für unzulässig erklärt.<sup>38</sup>

## § 58 Abs. 2 StPO?

Teilweise wird § 58 Abs. 2 StPO als Rechtsgrundlage angenommen.<sup>39</sup> Der BGH stützt die Gegenüberstellung auch für den Beschuldigten unmittelbar auf § 58 Abs. 2 StPO.<sup>40</sup>

Auch in kriminalistischen Lehrbüchern wird diese Auffassung vertreten.<sup>41</sup> Diese Norm betrifft indes nicht die Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung (Rekognition), sondern die Konfrontation von Personen bei einer richterlichen Vernehmung.<sup>42</sup> § 58 Abs. 2 StPO erhält gegenüber dem Beschuldigten keine Eingriffsermächtigung und regelt nach ihrer Entstehungsgeschichte allein die Vernehmungsgenüberstellung. Nach der Systematik des Gesetzes regelt § 58 Abs. 2 StPO eine Ausnahme von § 58 Abs. 1 StPO und damit nur den Vorgang der Konfrontation.<sup>43</sup>

## § 81b StPO?

Andererseits wird für die Identifizierungsgenüberstellung auch § 81b StPO herangezogen.<sup>44</sup> § 81b StPO soll zwar nicht direkt, wohl aber analog angewendet werden können. Hierfür spricht etwa, dass die Vorschrift erlaubt, Lichtbilder gegen den Willen des Beschuldigten zu fertigen und diese dann – auch gegen den Willen des Beschuldigten – einem Zeugen vorzulegen. Dann muss es aber auch zulässig sein, den Beschuldigten direkt von einem Zeugen betrachten zu lassen.<sup>45</sup> Auch unterliegt es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Gegenüberstellung Zeugen auf der Grundlage der verfassungsrechtlich unbedenklichen Vorschrift des § 81b StPO mit einem Videogerät aufgenommen worden ist.<sup>46</sup>

## § 81a StPO? 47

Überwiegend wird § 81a StPO als Ermächtigung gesehen<sup>48</sup>, da die Gegenüberstellung, bei welcher der Beschuldigte zum Zwecke der Wiedererkennens Zeugen vorgeführt wird, eine körperliche Untersuchung i.S. von § 81a StPO sein soll.<sup>49</sup> Es handelt sich um einen „Sonderfall der einfachen körperlichen Untersuchung“<sup>50</sup>. Wenn das Gesetz selbst Eingriffe zulässt, so ist nicht einzusehen, warum die vergleichsweise weniger belastende bloße Beschauung des Beschuldigten unzulässig sein soll. Die Zulässigkeit einer zwangsweisen Gegenüberstellung ergibt sich infolge dessen aus § 81a StPO (sog. Erst-Recht-Schluss).<sup>51</sup> Insofern beruht die Gegenüberstellung als Sonderfall der einfachen körperlichen Untersuchung auf einer erweiternden Auslegung des § 81a StPO. Der Beschuldigte muss die Gegenüberstellung – entsprechend § 81a StPO – dulden. Dies schließt zur Durchführung bestimmte Maßnahmen ein, die Verzerrungen des Erscheinungsbildes gegenüber denjenigen zur Tatzeit beseitigen und die – ebenso wie die Teilnahme an der Gegenüberstellung – erforderlichenfalls durch Zwangsanwendung werden dürfen.<sup>52</sup>

## Ergebnis

Die Frage nach der Rechtsgrundlage für eine Gegenüberstellung wird nicht einheitlich beantwortet.<sup>53</sup> Diskutiert werden v.a. § 81a StPO<sup>54</sup> und § 81b StPO<sup>55</sup>. Ein Eingriff in die Rechte des Beschuldigten, der mir der Gegenüberstellung zum Zweck des Wiedererkennens verbunden ist, hat bei genauerer Betrachtung keine Rechtsgrundlage.<sup>56</sup>

Nach hier vertretener Auffassung kommt § 81a StPO zumindest dann in Betracht, wenn es erforderlich ist, z.B. die Haar- oder Bartracht gegen den Willen des Beschuldigten zu verändern.<sup>57</sup> Derlei Maßnahmen werden von der Duldungspflicht des § 81a StPO umfasst. Auch nach dem BVerfG handelt es sich um eine im Rahmen der

Verhältnismäßigkeit zulässige Maßnahme gem. § 81a StPO.<sup>58</sup>

- 1 Sachverhalt in Anlehnung an Keller, Eingriffsrecht Nordrhein-Westfalen: Fallsammlung mir Einführung und Aufbauschemata, 3. Aufl. 2010, S.104 ff.
- 2 OVG Münster, JZ 1979, 806.
- 3 Braun/Keller, Kriminalistik 2014, 283.
- 4 BGH, NSTZ 1994, 499.
- 5 BVerfG, NJW 2014, 3085; Sebastian Edathy; kritisch dazu Braun/Keller, Kriminalistik 2014, 283 ff.; Hoven, NSTZ 2014, 361 ff. Zur „Edathy-Affäre“ Braun/Keller, AnwZert ITR 6/2014, Anm. 3
- 6 OLG Hamm, NVwZ 1982, S. 156 /157 = NSTZ 1982, 76: Bei einer polizeilichen Personalienfeststellung muss dem Betroffenen der Anlass für die Überprüfung mitgeteilt werden, wenn sich dieser nicht aus den auch dem Betroffenen erkennbaren Umständen ergibt
- 7 Schütte/Braun/Keller, Eingriffsrecht, 2016, Rn. 65.
- 8 Denkbar wäre auch die Alternative des § 12 Abs. 1 Nr. 2 a PolG NRW (Identitätsfeststellung an sog. gefährlichen oder verrufenen Orten). Zu erörtern wäre dann, ob das gesamte (!) Industriegebiet oder der Parkplatz der Fa. XYZ als Teil des Industriegebietes als verrufener/gefährlicher Ort i.S. des § 12 Abs. 1 Nr. 2 a PolG NRW qualifiziert werden kann. Gefordert wird jedenfalls ein einheitliches (zusammenhängendes) Bild eines gefährlichen/verrufenen Ortes. Ort i.S.v. § 12 Abs. 1 Nr. 2 a PolG NRW kann daher nicht ein ganzer Stadtbezirk, sondern nur eine (relativ) begrenzte (!) Örtlichkeit sein, da ansonsten die Identitätsfeststellungen uferlos ausgeweitet werden könnten. Die in § 12 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW geforderten konkreten Anhaltspunkte (Tatsachen) müssen den Rückschluss auf einen generellen, zumindest zu bestimmten Zeiten vorhandenen Missbrauch der Örtlichkeit zulassen (Kay/Böcking, Polizeirecht Nordrhein-Westfalen, 1. Aufl. 1992, Rn. 131). Legt man § 12 Abs. 1 Nr. a PolG NRW als Rechtsgrundlage zugrunde, müsste der Parkplatz der Fa. XYZ als verrufener/gefährlicher Ort entsprechend subsumiert werden.
- 9 Die Tatsache, dass sich B zu einer tatkritischen Zeit auf dem Parkplatz der Fa. XYZ aufhält, begründet (allein) wohl noch keine (konkrete) Gefahrenlage. Durch sein Verhalten auf dem Parkplatz erregte er jedoch Verdachtsmomente, die eine (konkrete) Gefahrenlage begründeten.
- 10 Beital, Kriminalistik 2002, 340 (341).
- 11 Die Bestimmtheit des VA ist Voraussetzung für die materielle Rechtmäßigkeit, also allgemeines Rechtmäßigkeitsfordernis; vgl. Vahle/Buttgereit, Eingriffsrechte der Polizei, 1. Aufl. 1983, S. 211, Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 500.
- 12 Vertiefend: Weber, VR 2008, 181: Zur Bestimmtheit von Entscheidungen im Verwaltungs- und Vollstreckungsverfahren.
- 13 VGH Mannheim, NJW 1989, 1180.
- 14 Zu etwaigen Formfehlern in diesem Zusammenhang Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 5. Aufl. 2013, Rn. 465 ff.
- 15 VG Freiburg v. 05.02.2009 – 4 K 961/08: Eine Personenfeststellung kann ein geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr sein, weil sie potentielle Störer aus ihrer Anonymität reißen und so von der Begehung (weiterer) Störungen abhalten kann. In diesem Zusammenhang wird auch von der sog. Hemmschwellentheorie gesprochen; Chemnitz, Polizeirecht in Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 1996, S. 326.
- 16 Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, § 11, Rn. 22.
- 17 Zwar können auch im Rahmen des § 9 PolG NRW (Abs. 2) die Personalien eines Betroffenen festgestellt werden, jedoch verfolgt die Identitätsfeststellung i.S.v. § 9 PolG NRW eine andere Zielrichtung; vgl. Riotte/Tegtmeyer, NR-WVBl 1990, 145 ff.
- 18 VG Freiburg v. 05.02.2009 – 4 K 961/08.
- 19 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht des Bundes und der Länder, Köln, 9. Aufl. 1986, S. 392.
- 20 Mit einer Fallbearbeitung zur Vernehmung Bialon/Springer, Fälle zum Eingriffsrecht, 2015, S. 11 ff.
- 21 Ackermann, in: Ackermann/Clages/Roll, Handbuch der Kriminalistik, 4. Aufl. 2011, Kap. 13, Rn. 1.
- 22 Artkämper/Schilling, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 53. Nach a. A. wird von einem materiellen Vernehmungsbegriff ausgegangen. Hier nach muss der Vernehmende nicht nach außen erkennbar als solcher auftreten. Dagegen spricht aber, dass man diverse Ermittlungsmethoden – z. B. Einsatz von sog. V-Personen – in nicht wünschenswerter Weise eingeschränkt würden. Denn dann müsste z. B. die V-Person Belehrungspflichten nachkommen. Dann aber würde der Einsatz keinen Sinn mehr machen, Schütte/Braun/Keller, Eingriffsrecht, 2016, Rn. 118.
- 23 Thiel, PSP 4/2015, 37, der darauf hinweist, dass diese Normenkette umstritten ist. Gelegentlich wird hiergegen vorgebracht, im repressiven Bereich sei das PolG NRW nicht anwendbar, sodass auch § 1 Abs. 4 PolG NRW bereits nicht zur Anwendung kommen könne, vgl. Pieper, Polizei-info-report 2011, S. 42.
- 24 Hinsichtlich der übrigen Verfahrensvorschriften wird verwiesen auf Bialon/Springer, Eingriffsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 289 ff.
- 25 BGH, NSTZ 2015, 291: Begründung der Beschuldigteneigenschaft; Unterlassen der Beschuldigtenbelehrung. Ergänzend zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft auch Mosbacher JUS 2015, 701 ff.
- 26 BGH, StV 2015, 337, Anm. Vahle, Kriminalistik 2015, 452.
- 27 Es ist zu fragen, ob gegen die Person objektiv ein Tatverdacht besteht. Die Beschuldigteneigenschaft wird also durch das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte begründet, die nach kriminalistischer Erfahrung auf die Begehung einer Straftat durch diese Person hinweisen (§ 152 Abs. 2 StPO). Diese Auffassung hat den Vorzug, dass die Beschuldigteneigenschaft der Definitionsmacht der Strafverfolgungsbehörden entzogen ist und damit keine Möglichkeit besteht, einer Person den Beschuldigtenstatus und die aus diesem Status fließenden Rechte vorzuenthalten; Murmann Ad Legendum 2/2013, 130 (133).
- 28 Pommer, JA 2007, 621 (626).
- 29 Murmann, Ad Legendum 2/2013, 130 (133).
- 30 Schütte/Braun/Keller, Eingriffsrecht, 2016, Rn. 120.
- 31 Bialon/Springer, Eingriffsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 283.
- 32 BGH, NJW 1992, 1463 ff. Zu den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Belehrung vgl. insbesondere Artkämper, Kriminalistik 1996, 471 ff.: Fehlerquellen der Beschuldigtenvernehmung.
- 33 War die Belehrung über das Schweigerecht des Beschuldigten bewusst unterblieben, kann eine Täuschung i.S.v. § 136a Abs. 1 StPO (i.V.m. § 163a Abs. 4 StPO) bejaht werden (LG Stuttgart, NSTZ 1985, 568).
- 34 Zu kriminaltaktischen Aspekten Keller/Mühlbauer, PSP 4/2015, 13 ff.
- 35 Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 58, Rn. 9.
- 36 KG, JR 1979, 347.
- 37 Zur Identifizierung durch Gegenüberstellung de Vries, Einführung in die Kriminalistik für die Strafrechtspraxis, 2015, Rn. 53.
- 38 Vgl. Grünwald, JZ 1981, 423 ff. Grünwald legt dar, dass sich eine Rechtsgrundlage für eine Gegenüberstellung weder in § 58 Abs. 2 StPO, der nur die „Konfrontation“ bei Vernehmungen regelt, noch in §§ 81a und 81b StPO finde. Aus dem Fehlen einer Eingriffsermächtigung (Vorbehalt des Gesetzes) folgert Grünwald dann, dass die zwangsweise Gegenüberstellung unzulässig sei. Kritisch dazu Dencker, NSTZ 1982, 152 (154).
- 39 Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 58, Rn. 9. Von § 58 StPO gehen offenbar auch aus Busse/Baldarelli/Mohr, Kriminalistik, 2011, 56 (62); Frings, Kriminalistik 2010, 332; Kaefer, Kriminalistik 1999, 427; Gniech/Stadler, StV 1981, 565. Ergänzend Wiegmann, StraFo 1998, 37. Vgl. auch KG, NJW 1979, 1668, JR 1979, 347; OLG Karlsruhe, NSTZ 1983, 377.
- 40 BGHSt 34, 49; BGH v. 20.7.1970 – 1 StR 653/70. Teilzitat: „Der Beschuldigte muss eine Gegenüberstellung mit Zeugen gemäß § 58 Abs. 2 StPO dulden, er ist insoweit „passiv feststellungspflichtig“. Nach Meyer-Goßner, § 58 Rn. 9, folgt aus § 58 Abs. 2 StPO die Rechtspflicht des Beschuldigten, sich einem Zeugen gegenüberstellen zu lassen. Das ist allerdings fragwürdig, weil sich der 6. Abschnitt der StPO (§§ 48 – 71) auf Zeugen erstreckt und die Ansicht insoweit nicht der gesetzlichen Systematik entspricht.
- 41 Weihmann/Schuch, Kriminalistik, 12. Aufl. 2011, S. 74.
- 42 Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 186.
- 43 Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Kap. F, Rn. 76.
- 44 Trüg, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht StGB-StPO-Nebengesetze, 1. Aufl. 2008, § 58, Rn. 7; König, S. 213; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 184.
- 45 Lang, Kriminalistik 1999, 767 (768).
- 46 Malek/Wohlens, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl. 2001, Rn. 381; Walther/Löffelmann, in: Löffelmann/Walther/Reitzenstein, Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren, 1. Aufl. 2007, § 2, Rn. 151.
- 47 Braun/Stienkemeier, PSP 2/2012, 27 ff.
- 48 Senge, in: Karlsruher Kommentar, 7. Aufl. 2013, § 58, Rn. 8: Die Gegenüberstellung zum Zwecke der Identitätsfeststellung ist für den Zeugen, der sie feststellen soll, eine Vernehmung, die er aber gem. § 52 StPO verweigern kann. Der Beschuldigte, an dem sie festgestellt werden soll, muss sie – zumindest entsprechend § 81a StPO – dulden, auch wenn er keine Angaben zur Sache macht.
- 49 Leitner/Michalke, Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, 1. Aufl. 2007, Rn. 729: Der Zeuge verschafft sich mittels optischer Wahrnehmung einen Eindruck vom äußeren Erscheinungsbild des Beschuldigten.
- 50 König/Trurnit, Eingriffsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 221; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 186a.
- 51 Soyka, StPO, 18. Aufl. 2015, Rn. 99.
- 52 Eisenberg, Kriminalistik 1995, 458 (462).
- 53 Zu den unterschiedlichen Auffassungen Keller, Kriminalistik 2014, 263 (264 ff.).
- 54 Joecks, Studienkurs StPO, 3. Aufl. 2011, § 81b, Rn. 6.
- 55 Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, S. 64.
- 56 Benfer/Bialon, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Aufl. 2010, Rn. 1113.
- 57 Keller, Kriminalistik 2006, 139 (142 ff.); Odenthal, NSTZ 1985, 433 (435); letzterer will aber § 81a Abs. 1 Satz 2 StPO anwenden (körperlicher Eingriff), sodass die Maßnahme nur durch einen Arzt vorgenommen werden kann. Nach a.A. soll § 81b StPO hierfür Rechtsgrundlage sein, Volk, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, S. 64.
- 58 BVerfG, NJW 1978, 1149.