

Heike Notzon

**Zum Rückgriff auf
polizeirechtliche Befugnisse
zur Gefahrenabwehr im
Rahmen der vorbeugenden
Verbrechensbekämpfung**

- Gefahren für die Geltung der StPO und
die Verfahrensherrschaft der StA bei
der Strafverfolgung? –



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Gliederung

Literaturverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Einleitung.....	1
§ 1 Gegenstand der Untersuchung	1
A. Einordnung der Verhütung von Straftaten und der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten als Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung?	1
B. Gang der Untersuchung.....	2
C. Anlass der Untersuchung	3
I. Erster Anlass: Ein Praktikum	3
II. Zweiter Anlass: Die Entscheidung zur Schleierfahndung des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 21.10.1999	4
§ 2 Fachübergreifende Berücksichtigung zahlreicher Rechtsgebiete als Notwendigkeit für das Verständnis der Thematik	4
Erster Hauptteil: Repressive und präventive Aufgaben der Polizei im Überblick.....	5
§ 3 Repressive Aufgaben der Polizei.....	5
A. Anfangsverdacht	5
B. Grundsätzliches zum Legalitätsprinzip.....	6
C. Das Legalitätsprinzip und die Polizei	7
D. Durchbrechung des Legalitätsprinzips durch das Opportunitätsprinzip.....	8
E. Konsequenzen eines Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip: Strafverfolgung durch Unterlassen.....	9
F. Sonderproblem: § 163 StPO a.F. oder § 163 StPO n.F. als bloße Aufgabenzuweisungsnorm?	10
I. § 163 StPO in der bis Ende Oktober 2000 geltenden Fassung (a.F.) als Ermächtigungsgrundlage für strafprozessuale Grundrechtseingriffe?	11
1. Schwellentheorie.....	11
2. Diskussion der Schwellentheorie	12
a) Unvereinbarkeit mit dem heutigen Grundrechtsverständnis.....	12
b) Abgrenzungsprobleme zwischen leichten und schwereren Grundrechtseingriffen	13

3. Neuere Variante der Schwellentheorie (Scholz und Pitschas).....	13
4. Diskussion der Ansicht von Scholz/Pitschas	15
5. Zur Lehre vom „Übergangsbonus“ für § 163 StPO a.F.	15
6. Hinführung zur herrschenden und zutreffenden Ansicht, § 163 StPO a.F. enthielt keine Eingriffsbefugnis	16
II. § 163 I StPO n.F. vom August 2000 als „kleine Eingriffsgeneralklausel“?.....	18
1. Analyse der Gesetzesmaterialien zu der Frage, ob § 163 StPO n.F. eine Ermächtigungsgrundlage darstellt	19
2. Meinungsstand in der Literatur zur Frage, ob und wie weit § 163 StPO n.F. eine Ermittlungsgeneralklausel darstellt	21
3. Zusammenfassende Darstellung der Interpretationsmöglichkeiten des § 163 StPO n.F.	22
4. Konsequenz für unsere Thematik der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	23
G. Gesetzgebungskompetenz.....	24
H. Resümee	24
§ 4 Präventive Aufgaben der Polizei.....	25
A. Regelfall: Polizei als Ländersache.....	25
B. Ausnahme: Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden des Bundes	26
C. Gesetzgebungskompetenz.....	27
D. Voraussetzungen der polizeilichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr	28
I. Gefahrbegriff	28
1. Gefahrenarten.....	28
a) Abstrakte und konkrete Gefahr	28
b) Anscheinsgefahr	30
c) Gefahrenverdacht.....	30
d) Putativgefahr.....	30
2. Öffentliche Sicherheit und Ordnung	30
3. Adressaten gefahrenabwehrender Maßnahmen.....	33
a) Unmittelbare Verursacher.....	33
aa) Handlungsstörer	33
bb) Zustandsstörer.....	34
cc) Anscheinsstörer.....	35
b) Mittelbare Verursacher.....	35
c) Nichtstörer.....	37
E. Opportunitätsprinzip.....	38
I. Regelfall.....	38
II. Ermessensreduzierung auf Null	38
III. Anspruch auf Einschreiten.....	40
§ 5 Schlussfolgerungen	40

Zweiter Hauptteil: Zusammentreffen von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr.....	42
§ 6 Problemstellung.....	42
§ 7 Eingriffsermächtigung im Polizeirecht.....	45
A. Lehre vom Totalvorbehalt.....	47
B. Erweiterung des Eingriffsbegriffes	48
C. Erweiterung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Freiheiten	48
D. Wesentlichkeitslehre.....	49
E. Technik des Gesetzesvorbehaltes in modernen Landespolizeigesetzen	50
§ 8 Vorbeugende Verbrechensbekämpfung als Aufgabe der Polizei?	51
A. Hinführung zur Problematik	51
B. Das Ende der konkreten Gefahr als Erfordernis polizeirechtlicher Eingriffsbefugnisse?.....	52
C. Der Inhalt der Maßnahmen der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	54
D. Gesetzgebungskompetenz der Länder?	55
§ 9 Entwicklungsgeschichte der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	57
A. Historischer Überblick.....	57
B. Resümee	58
Dritter Hauptteil: Der Polizeibegriff/Einordnung der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung.....	59
§ 10 Historische Darstellung des Polizeibegriffes.....	59
A. 15. bis 17. Jahrhundert.....	59
B. Ende des 18. Jahrhunderts.....	59
C. Weitere Entwicklung.....	60
I. Institutioneller Polizeibegriff	60
II. Materieller Polizeibegriff.....	60
III. Formeller Polizeibegriff.....	60
IV. Funktionale Bestimmung.....	61
D. Übergang zum liberalen Rechtsstaat	62
E. 20. Jahrhundert	62
I. Polizei im materiellen Sinne.....	63
II. Polizei im institutionellen Sinne.....	64
III. Polizei im formellen Sinne	64

§ 11 Einordnung der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	65
A. Vorbeugende Verbrechensbekämpfung in der Erscheinungsform	
der Verhütung von Straftaten	66
I. Heutiger Meinungsstand im Schrifttum	66
1. Mindermeinung	66
2. Herrschender Standpunkt	66
3. Eigene Stellungnahme	67
II. Standpunkt der Rechtsprechung zur Einordnung der Verhütung	
von Straftaten	68
1. Darstellung der Meinungen	68
2. Eigene Stellungnahme	69
III. Standpunkt der Landesgesetzgeber	69
IV. Bundesrecht: Darstellung der Rechtslage	70
V. Resümee	70
B. Vorbeugende Verbrechensbekämpfung in der Erscheinungsform	
der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten	70
I. Zur Rechtsnatur der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung in	
der Erscheinungsform der Vorsorge für die Verfolgung	
künftiger Straftaten	72
1. Ist diese Vorsorge ein Gegenstand der Gesetzgebungskompetenz	
des Bundes?	72
a) Zugehörigkeit zur Regelungsmaterie Strafrecht	72
b) Diskussion	73
c) Die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten als	
Regelungsgegenstand des Strafprozessrechts, weil es	
typischerweise um Informationen aus einem	
staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren geht?	74
d) Diskussion	75
e) Zugehörigkeit jener Vorsorge zur StPO, weil es um die	
„Überwindung strafprozessualer Effektivitätshindernisse“ geht?	75
f) Eigene Stellungnahme	76
g) Zugehörigkeit der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung in der	
Modalität der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten	
zur StPO wegen der Existenz von Präventivregelungen in	
dieser Kodifikation?	77
aa) Entwicklung der Rechtsprechung	78
bb) Meinungsstand in der Literatur	79
cc) Bekräftigung des Sachzusammenhangsargumentes durch	
§ 81 g StPO?	80
dd) Kammerbeschluss des BVerfG zur DNA-Identitätsfeststellung	
- „genetischer Fingerabdruck“ -	81
ee) Schlussfolgerungen	85

2. Vorsorge für die zukünftige Strafverfolgung als selbständiges drittes Gebiet polizeilicher Tätigkeit?	87
3. Eigene Stellungnahme	88
4. Vorsorge für die künftige Strafverfolgung als Unterfall der Gefahrenabwehr?	88
5. Eigene Stellungnahme	89
6. Zusammenfassung.....	89
II. Standpunkt der Rechtsprechung	90
III. Standpunkt der Gesetzgebung	90
IV. Resümee.....	91
Vierter Hauptteil: Verhältnis StA/Polizei	93

§ 12 Auswirkungen der Einordnung „vorbeugende Verbrechensbekämpfung“ als präventiv-polizeiliche Gefahrenabwehr auf das Verhältnis StA/Polizei?.....	93
A. Zum Verhältnis zwischen StA/Polizei im allgemeinen.....	93
I. § 163 StPO: Eigene Ermittlungstätigkeit der Polizei.....	93
II. Weisungsbefugnisse der StA	94
1. Ermittlungen von Hilfsbeamten.....	95
2. Ermittlungen von Beamten, die keine Hilfsbeamte sind.....	96
III. Resümee	96
B. Besteht die Gefahr der Umgehung der Verfahrensherrschaft der StA und der strafverfahrensrechtlichen Richtervorbehalte?	97
I. Unterschiede bei den formellen Eingriffsvoraussetzungen für Ermittlungsmaßnahmen in StPO und den Polizeigesetzen der Länder	98
1. Mitwirkung der StA bei Eingriffen zum Zwecke der Strafverfolgung auf der Grundlage der StPO.....	98
a) Einsatz Verdeckter Ermittler (VE)	98
b) Sonstige nichtoffen ermittelnde Beamte: Scheinaufkäufer, Vertrauenspersonen der Polizei, Informanten und under cover agents.....	100
aa) Scheinaufkäufer und qualifizierter Scheinaufkäufer.....	100
bb) Vertrauensperson der Polizei (V-Person)	103
cc) Informanten	105
dd) under cover agents.....	107
ee) Mitwirkung der StA bei sonstigen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen	108
(1) Beschränkung der Anordnungscompetenz auf den Richter	108
(2) Anordnungsbefugnis nur für den Richter bzw. bei Gefahr im Verzug nur die StA	108

(3) Anordnungs-kompetenz für den Richter, bei Gefahr im Verzug auch für die StA und ihre Hilfsbeamten	108
ff) Resümee	109
2. Mitwirkung der StA bei Maßnahmen iSd. Polizeigesetze der Länder?.....	109
3. Resümee	109
4. Richtervorbehalte in der StPO.....	110
a) Großer Lauschangriff iSd. § 100 c I Nr. 3 StPO.....	110
b) Lauschangriff außerhalb von Wohnungen, § 100 c I Nr. 2 StPO.....	111
c) Telefonüberwachung iSd. § 100 a StPO	112
d) Rasterfahndung iSd. § 98 a StPO.....	113
e) VE-Einsatz iSd. § 110 b II S. 1 Nr. 1, Nr. 2 StPO.....	113
f) Sonstige Maßnahmen.....	115
aa) Richtervorbehalte mit Eilkompetenz der StA und ihrer Hilfsbeamten iSv. § 152 GVG.....	115
bb) Richtervorbehalte mit Eilkompetenz nur für die StA	116
cc) Richtervorbehalte ohne Eilkompetenz der StA (und ihrer Hilfsbeamten).....	116
(1) DNA-Analyse als strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme (§§ 81 e, 81 f StPO).....	116
(2) DNA-Identitätsfeststellung gemäß § 81 g StPO und § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz (DNA-IFG) - Maßnahmen des Erkennungsdienstes -	118
(2.1.) § 81 g StPO	118
(2.2.) § 2 DNA-IFG.....	118
5. Richtervorbehalte im Polizeigesetz?	120
a) Lauschangriff auf Wohnungen	120
aa) Der allgemeine Lauschangriff auf Wohnungen als Mittel präventiv-polizeilicher Gefahrenabwehr.....	120
(1) Normierung in Art. 13 IV GG.....	120
(2) Konkretisierung dieses Rahmens durch das Landespolizeirecht	120
(3) Verwertbarkeitsregelung – Verwendung von Erkenntnissen aus dem Großen Lauschangriff nach Polizeirecht – des § 100 f II StPO	121
bb) Der spezielle Lauschangriff auf Wohnungen zum Schutz von dort ermittelnden Personen - „Sicherungs-Lauschangriff“ -.....	122
(1) Normierung in Art. 13 V GG	122
(2) Konkretisierung im Landespolizeirecht.....	122
(3) § 16 BKA-Gesetz	123
(4) Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die durch den Sicherungs-lauschangriff erlangt werden, im Strafprozess	124
(4.1.) Art. 13 V GG	124
(4.2.) § 161 II StPO n.F.....	124
b) VE-Einsatz.....	125

c) Durchsuchung von Wohnungen	125
d) Telefonüberwachung	126
e) Resümee	127
II. Unterschiede bei den materiellen Eingriffsvoraussetzungen in der StPO und den Polizeigesetzen	127
1. Straftatkataloge in der StPO	127
a) Abhören innerhalb von Wohnungen, § 100 c I Nr. 3 StPO	127
b) Abhören außerhalb von Wohnungen, § 100 c I Nr. 2 StPO	128
c) Schleppnetzfahndung, § 163 d StPO	128
d) Rasterfahndung (§ 98 a StPO), Einsatz von VE (§ 110 a StPO), längerfristige Observation (§ 163 f StPO), Einsatz technischer Mittel für Observationszwecke (§ 100 c I Nr. 1 b StPO) etc.: Erfordernis einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“	129
2. Straftatkataloge in den Polizeigesetzen	129
a) Lauschangriff zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	129
(1) Verfassungsrechtliche Vorgaben gemäß Art. 13 IV GG	129
(2) Konkretisierung in den Polizeigesetzen der Länder: - Katalogtaten für den Großen Lauschangriff zur Gefahrenabwehr -	130
(3) Vergleich mit § 100 c I Nr. 3 StPO	130
b) Lauschangriffe außerhalb von Wohnungen zur Gefahrenabwehr	131
(1) Katalogtaten nach Landespolizeirecht	131
(2) Vergleich mit § 100 c I Nr. 2 StPO	131
c) VE-Einsatz zur Gefahrenabwehr	132
(1) Materielle Voraussetzungen	132
(2) Die Regelung des § 110 a I StPO	132
d) Identitätsfeststellung	132
3. Resümee	133
§ 13 Vorschläge zur Lösung der Umgehungsproblematik	133
A. Hinführung zur Problemlösung	133
B. Kollision von Aufgaben der Strafverfolgung mit Aufgaben der Gefahrenabwehr	134
I. Die erste Kollisionslage: Eine gleichzeitige Wahrnehmung beider Aufgaben (Gefahrenabwehr und Strafverfolgung) ist möglich	135
1. Generelle Einschränkung der Berufung auf die vorbeugende Verbrechensbekämpfung?	136
2. Ist eine unverzügliche Einschaltung der StA in dieser Konstellation sachgerecht?	136
a) Ungeschriebener Grundsatz	136

b) Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der Organisierten Kriminalität	137
c) Gemeinsame Richtlinie der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwaltes	138
d) Konsequenz	138
II. Die zweite Kollisionslage: Eine gleichzeitige angemessene Wahrnehmung beider Aufgaben ist nicht möglich; es überwiegt das Strafverfolgungsinteresse	139
1. Generelle Untersagung der Berufung auf die vorbeugende Verbrechensbekämpfung?	139
2. Unverzügliche Einschaltung der StA?	140
3. Nur lediglich vorübergehendes Zurückstellen von Maßnahmen der Gefahrenabwehr	140
III. Dritte Kollisionslage: Eine gleichzeitige Wahrnehmung der Staatsaufgaben Strafverfolgung und vorbeugende Verbrechensbekämpfung ist nicht möglich, aber es überwiegt die Gefahrenabwehr	141
1. Keine unverzügliche Einschaltung der StA?	141
2. Unverzügliche Einschaltung der StA	141
IV. Umgestaltung der StPO als Konsequenz?	142
C. Sollte das staatsanwaltliche Weisungsrecht aus § 152 GVG bzw. aus § 161 StPO auch auf Maßnahmen zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung ausgedehnt werden?	143
Fünfter Hauptteil: Lauschangriff	145
§ 14 Der vorbeugende Lauschangriff.....	145
A. Einleitung	145
B. Der große Lauschangriff zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung? ..	146
I. Strafprozessualer Lauschangriff.....	146
1. Außerhalb von Wohnungen i.S. des Art. 13 GG - § 100 c I Nr. 2 StPO	146
2. Großer Lauschangriff als Strafverfolgungsmaßnahme - Strafprozessualer Lauschangriff auf Wohnungen -	147
II. Lauschangriff nach Polizeirecht - Art. 13 IV, V GG mit den einschlägigen Regelungen der Landespolizeigesetze -	148
1. Darstellung der einzelnen landesrechtlichen Regelungen	150
a) Niedersachsen	150

b) Rheinland-Pfalz	151
c) Mecklenburg-Vorpommern	152
d) Thüringen.....	152
e) Brandenburg.....	153
f) Bayern.....	154
g) Sachsen	155

§ 15 Analyse des Urteils des Sächsischen

Verfassungsgerichtshofs zur Unzulässigkeit des

vorbeugenden Lauschangriffes auf Wohnungen..... 157

A. Verfassungsmäßigkeit des Lauschangriffes zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung?	160
I. Der Große Lauschangriff als Instrument der präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr - keine „Durchsuchung“ i.S. des Art. 30 II der Sächsischen Verfassung -	160
II. Würde die umstrittene Regelung vom Gesetzesvorbehalt in Art. 30 III der Sächsischen Landesverfassung gedeckt?.....	162
III. Sonstige Verstöße?	164
B. Untersuchung der vom Sächsischen Verfassungsgerichtshof dargelegten Argumente.....	165
I. Eigene Meinung zur Rechtslage vor der Reform des Art. 13 GG v. 1998.....	165
II. Eigene Meinung unter Berücksichtigung der Neufassung von Art. 13 III bis VI GG.....	168
C. Resümee	169

Sechster Hauptteil: Schleierfahndung..... 170

§ 16 Die sogenannte Schleierfahndung..... 170

A. Das Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 21.10.1999 betreffend die Schleierfahndung.....	171
I. Grenzgebiete bis zu einer Tiefe von 30 Kilometern	173
II. Durchgangsstraßen außerhalb des Grenzgebietes	174
III. Gesetzgebungskompetenz der Länder?	178
1. Art. 73 I Nr. 1 GG, Art. 73 Nr. 5 GG	178
2. Bundesgesetzgebungskompetenz wegen vergleichbarer Befugnisse des Bundesgrenzschutzes?.....	179
3. Bedeutung des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit für die Schleierfahndung	180
4. Resümee	180
B. Eigene verfassungsrechtliche Überprüfung der Schleierfahndung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	181

I. Verstoß gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung / Historischer Überblick über das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung	182
1. Rechtslage vor dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes im historischen Überblick.....	182
2. Rechtslage seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes im Überblick - Grundaussagen des Volkszählungsurteils -	185
• a) Personenbezogene Daten.....	187
b) Statistische Daten	187
3. Bedeutung des Volkszählungsurteils für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Schleierfahndung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung	188
a) Allgemeines	188
b) Der Sonderfall der Schleierfahndung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung / Verhältnismäßigkeitsprüfung	189
aa) Das informationelle Selbstbestimmungsrecht	189
bb) Handelt es sich außerhalb eines Grenzgebietes um eine geringfügige Maßnahme?	189
cc) Zweck-Mittel-Relation der Maßnahme außerhalb des Grenzgebietes.....	190
c) Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Maßnahmen der vorbeugenden Schleierfahndung innerhalb des Grenzscheiters	192
aa) Zweck-Mittel-Relation.....	192
bb) Geeignetheit.....	192
cc) Erforderlichkeit.....	193
dd) Resümee.....	193
II. Die Schleierfahndung zum Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung auf Durchgangsstraßen außerhalb des Grenzgebietes und das rechtsstaatliche Bestimmtheitserfordernis	194
III. Verstößt die vorbeugende Schleierfahndung außerhalb des Grenzgebietes gegen die generelle Vermutung der Unschuld?	194
1. Argumente für einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung	195
2. Zwischenergebnis	195
3. Bedarf es überhaupt der Prüfung eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung?	196
4. Resümee	197

**§ 17 Verstoß der Maßnahmen der Schleierfahndung zum
Zwecke der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung?..... 198**

A. Historische Darstellung des Schengener Durchführungs- übereinkommens: Vom Schengener Übereinkommen zum Schengener Durchführungsübereinkommen	198
B. Verstoß gegen das Schengener Durchführungsübereinkommen?	199
I. Verstoß gegen Art. 2 I SDÜ?	199
II. Verstoß gegen Art. 2 II SDÜ?.....	200
III. Verstoß gegen Art. 2 III SDÜ?	201
C. Resümee	201

**Siebter Hauptteil: Sonderproblem der staatlichen
Tatprovokation..... 202**

§ 18 Begriff der staatlichen Tatprovokation

- Lockspitzeleinsatz -	202
A. Hinführung zur Problematik	202
I. Notwendigkeit der Offenheit staatlichen Handelns	202
1. Demokratieprinzip	202
2. Rechtsstaatsprinzip	204
3. Der nemo tenetur se ipsum accusare Grundsatz	205
4. Art. 5 I S. 1 HS 2 GG: Das Grundrecht der Informationsfreiheit	206
5. Zusammenfassung	206
B. Stand der Rechtsprechung.....	207
II. Konsequenz	211
C. Einsatz qualifizierter Scheinaufkäufer.....	212
I. Begriff.....	212
II. Sperrung qualifizierter Scheinaufkäufer gemäß § 110 b III S. 3 StPO analog	214
III. Tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel	215
1. Praxis von Tatprovokation durch Scheinaufkäufe	215
2. Einordnung des Einsatzes von Lockspitzeln als präventivpolizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme oder strafprozessuale Ermittlungsmaßnahme	216
Wesentliche Ergebnisse	218
Zusammenfassung.....	225