

II. Allgemeines zum repressiven Einschreiten

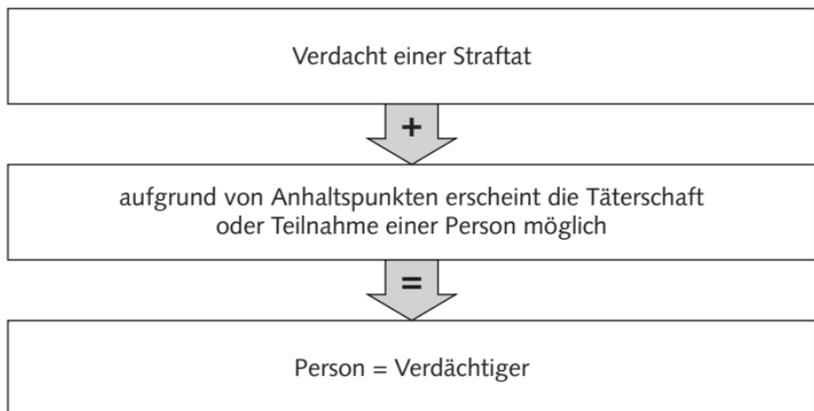
II.1 Wann darf die Polizei repressiv einschreiten?

Maßnahmen der Polizei zur Strafverfolgung sind immer dann vorzunehmen, wenn zumindest der **Verdacht einer Straftat** (Anfangsverdacht, § 152 II StPO) gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn die Polizei Kenntnisse erlangt, die den Schluss zulassen, dass eine Straftat versucht oder begangen wurde. Solche Kenntnisse können z. B. aus eigenen Beobachtungen oder Hinweisen von Bürgern herrühren.

Besteht der Verdacht einer Straftat, so hat die Polizei nach dem **Legalitätsprinzip** (§ 152 II, § 160 I und § 163 I StPO) alle erforderlichen Ermittlungen einzuleiten, mit dem Ziel, das Vorliegen einer Straftat zu veri- oder falsifizieren und den oder die Täter zu ermitteln.

II.2 Gegen wen darf die Polizei repressiv einschreiten?

Besteht der Verdacht einer Straftat, kann die Polizei aufgrund einer Vielzahl von repressiven EGL Maßnahmen ergreifen. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob es sich bei demjenigen, gegen den sich die re-



pressive Maßnahme richtet, um einen **Verdächtigen** oder **Beschuldigten** handelt, da sich nach dem jeweiligen Status der Person entscheidet, welche Eingriffe rechtlich zulässig sind und welche nicht.

II.2.1 Der Verdächtige

Eine Person ist einer Straftat **verdächtig**, wenn der **Verdacht einer Straftat** besteht und es aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte möglich scheint, dass die Person Täter oder Teilnehmer der Straftat ist.

II.2.2 Der Beschuldigte

Beschuldigter ist **jede Person, gegen die im Rahmen eines Strafverfahrens „wegen einer bestimmten Straftat ermittelt wird.“**³ Der Verdächtige wird zum Beschuldigten, wenn gegen ihn konkrete Ermittlungsmaßnahmen eingeleitet werden.⁴

Dies bedeutet, dass der **Verdächtige spätestens dann zum Beschuldigten wird, wenn gegen ihn eine strafprozessuale Maßnahme angeordnet wird, die laut Gesetz nur beim Beschuldigten zulässig ist.**⁵ Somit sind praktisch alle repressiven Eingriffe, die nur gegen Beschuldigte zulässig sind, auch gegen den Verdächtigen rechtmäßig, da dieser durch die Anordnung der Maßnahme zum Beschuldigten wird.



Kinder können niemals Beschuldigte sein (fehlende Schuldfähigkeit/Strafmündigkeit, § 19 StGB).

II.3 Wann darf die Polizei repressive Eingriffe anordnen?

Bei vielen strafprozessualen Maßnahmen ist grds. **vor** ihrer Durchführung eine richterliche Anordnung (sog. **Richtervorbehalt**) einzuholen.

3 BGHSt 10, 8, 12.

4 BGHSt 51, 150 = JR 2007, 300 mit zust. Anm. *Eisele*; BGH NSTZ 97, 398 mit Anm. *Rogall*.

5 OLG Karlsruhe, Die Justiz 86, 143.

Einer richterlichen Anordnung bedarf es in folgenden Fällen jedoch nicht:

- Die jeweilige **EGL sieht keine richterliche Anordnung vor** (so z. B. bei der ED-Behandlung, § 81b StPO).
- Die jeweilige **EGL lässt eine polizeiliche Anordnung bei Gefahr im Verzug zu**; dies gilt bei einem Großteil der Maßnahmen (z. B. bei Beschlagnahme, § 98 I StPO; Durchsuchung, § 105 I StPO).

Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen deutlich gemacht, dass die Anordnung von StPO-Maßnahmen aufgrund von GiV den **Ausnahmefall** darstellt. Polizei und StA müssen zuvor immer versuchen, eine richterliche Anordnung zu erreichen.⁶ Eine Anordnung aufgrund von GiV ist nur dann zulässig, wenn die richterliche Entscheidung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahmen gefährdet wird.⁷ Für die Praxis bedeutet dies, dass die Polizei vor einer eigenen Anordnung immer entscheiden muss, ob die Maßnahme (z. B. eine Wohnungsdurchsuchung) sofort durchgeführt werden muss, weil ansonsten während der Zeit, die für die Einholung einer richterlichen Anordnung benötigt wird, ein Beweismittelverlust droht.

Zudem hat das BVerfG in einem Beschluss vom 12.02.2007 ausgeführt, dass die Polizei in Fällen von GiV gegenüber der StA eine **nachrangige⁸ Anordnungscompetenz** hat. Es muss von einer generellen Bindungswirkung dieser Sichtweise ausgegangen werden. Die Polizei sollte deshalb immer versuchen, vor einer eigenen Anordnung aufgrund von GiV eine Anordnung der StA einzuholen. Letzteres sollte aufgrund der zwischenzeitlich zumeist flächendeckend eingerichteten telefonischen Bereitschaften bei den StA idR auch nachts und an Wochenenden zeitnah möglich sein.

In jedem Fall müssen die Gründe, die zur Annahme von GiV geführt haben, **schriftlich** in der Ermittlungsakte **dokumentiert** werden. Gleiches gilt für telefonisch eingeholte Anordnungen von StA

6 OLG Hamm, Urt. v. 28.04.2009 – 2 Ss 117/09; OLG Stuttgart NStZ 2008, 238.

7 BVerfGE 51, 97, 111.

8 BVerfG NJW 2010, 2864.

und/oder Gerichten bzw. erfolglose Versuche, eine staatsanwaltliche/richterliche Anordnung zu erreichen.

- Die von der Maßnahme **betroffene Person erklärt ihr Einverständnis** mit der Durchführung der Maßnahme; in diesem Fall bedarf es weder der richterlichen noch der staatsanwaltschaftlichen noch der polizeilichen Anordnung. Dabei ist jedoch zu beachten, dass jegliche Einwilligung für die Zukunft widerrufen werden kann. Spätestens dann ist wieder an die Anordnungscompetenz zu denken.

 **Fallbeispiel 2:** *Dem wegen einer Vergewaltigung beschuldigten B soll eine Speichelprobe entnommen werden. Anhand der Speichelprobe soll durch molekulargenetische Untersuchungen ein DNA-Identifizierungsmuster von B erstellt und dieses in der DNA-Analyse-Datei für Zwecke des Erkennungsdienstes gespeichert werden. Die Anordnung der Speichelprobenentnahme obliegt gem. § 81g III 1 StPO grds. dem Gericht, bei Gefahr im Verzug kann sie durch StA und Polizei (Ermittlungsbeamteneigenschaft notwendig) erfolgen. Da die Identität von B feststeht, er sich im Zugriff der Polizei befindet, es Mittwochvormittag ist und daher eine gerichtliche Entscheidung zeitnah herbeigeführt werden kann, kann GiV nicht angenommen werden. Dementsprechend müsste die gerichtliche Entscheidung über die StA herbeigeführt werden. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung der Speichelprobe obliegt gem. § 81g III 2 StPO ausschließlich dem Gericht, so dass auch diesbezüglich dessen Entscheidung eingeholt werden müsste.*

B wird jedoch ausführlich über die Durchführung der Maßnahme und die beabsichtigte Speicherung seines DNA-Identifizierungsmusters belehrt und erklärt hierauf schriftlich sein Einverständnis. Ihm darf nun ohne richterliche Anordnung eine Speichelprobe entnommen, diese – wiederum ohne richterliche Anordnung – molekulargenetisch untersucht und das DNA-Identifizierungsmuster gespeichert werden.

II.4 Verhältnismäßigkeit

Damit die repressive **Rechtsanwendung nicht rechtswidrig** erfolgt, müssen PolBea darauf achten, dass neben den Voraussetzungen der EGL auch die **Verhältnismäßigkeit gewahrt** ist. Das alleinige Vorliegen der Voraussetzungen einer EGL bedingt noch nicht die Rechtmäßigkeit der angewandten Rechtsfolgen, die Erfüllung der VHM ist eine **elementare Bedingung** für die rechtmäßige Rechtsanwendung.⁹

Damit der polizeiliche Eingriff verhältnismäßig ist, muss er **geeignet, erforderlich** und **angemessen** sein (allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz).

II.4.1 Geeignetheit

Die polizeiliche Maßnahme muss tauglich sein, den gewünschten repressiven Erfolg zumindest teilweise zu erreichen; sie muss zielführend sein.

 **Fallbeispiel 3:** *Nachdem der S beim „Schwarzfahren“ erwischt wurde, stellen die PolBea seine Personalien anhand des BPA fest. Die IDF ist geeignet, das Strafverfahren gegen den S zu gewährleisten, da eine ladungsfähige Adresse bekannt ist. Auch geeignet wäre, ihn nach Dokumenten zu durchsuchen oder seine Begleitung nach seinem Namen zu fragen.*

II.4.2 Erforderlichkeit/mildestes Mittel

Es ist die Maßnahme erforderlich, die den **repressiven Erfolg mit der gewünschten Sicherheit und Tiefe gewährleistet**. (Festlegung des Grades an Sicherheit – Risikoausschluss und Inkaufnahme von Restrisiko – nach Ermessen.) PolBea haben allerdings bei der Auswahl des Eingriffs darauf zu achten, dass dieser für den Betroffenen das **mildeste Mittel** darstellt.

⁹ Zum Verfassungsrang des Grundsatzes der VHM vgl. BVerfG NJW 1986, 767, 769.

 **Fallbeispiel 3 (Fortsetzung):** *Milder wäre zwar, den S lediglich nach seinen Personalien zu befragen und nicht die Aushändigung des BPA zu verlangen. Da der S in diesem Fall jedoch beliebige Personalien angeben könnte, ist die IDF mittels des BPA erforderlich und damit das Verlangen der Aushändigung das mildeste Mittel. Es wäre auch nicht milder, ihn zu durchsuchen oder Dritte nach seinen Daten zu fragen; Personalien sind grundsätzlich beim Betroffenen selbst zu erheben. Nur wenn bei S die mildeste Maßnahme nicht zum Erfolg führt, ist die nächste weniger milde Maßnahme zu ergreifen (im Sinne einer „Stufigkeit“).*

II.4.3 Angemessenheit

Die polizeiliche Maßnahme ist angemessen, wenn **der für den Betroffenen entstehende Nachteil nicht in einem offenbaren Missverhältnis zu dem Nachteil steht, der für die Allgemeinheit bzw. einzelne andere bei Nichteinschreiten entstehen würde (Übermaßverbot)**. Es ist abzuwägen: Was (welche Umstände und Grundrechte) schütze ich? Und was beeinträchtige ich? Das, was die Polizei schützt, muss das, was sie beeinträchtigt, überwiegen.

 **Fallbeispiel 3 (Abwandlung):** *Da S jegliche Angaben zu seiner Identität verweigert und eine DU seiner Person ergibt, dass er keine Ausweispapiere mit sich führt, wird er zur Dienststelle verbracht und zum Zweck der IDF ED-behandelt. Es stellt sich heraus, dass von dem S keine Fingerabdrücke in AFIS einliegen; seine Identität steht folglich nicht fest. Die Person ist erkennungsdienstlich zu behandeln; auch ohne Namen. Das Verweigern der Identität stellt zudem eine Ordnungswidrigkeit, § 111 OWiG, dar. Die Personalienfeststellung richtet sich nach § 163b I StPO. Führt es wie hier zu einer Freiheitsentziehung, greift § 163c I, II StPO; Richtervorbehalt, max. Festhalten von 12 Stunden zum Zwecke der Feststellung der Identität. Da keine Möglichkeit mehr ersichtlich ist, die Personalien des S noch zu erlangen, wird ein Gericht wahrscheinlich ein weiteres Festhalten des S als unangemessen erachten, weil eine weitere FE als Einschränkung des Grundrechts auf Freiheit im offenbaren Missverhältnis zum ent-*

stehenden Nachteil für die Allgemeinheit – nämlich die Nichtbestrafung des S für ein Delikt von geringer Strafbarkeit – stünde (Angemessenheit als allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz).

II.4.4 Checkliste Verhältnismäßigkeit

Geeignetheit

- Die Maßnahme ist tauglich, den Erfolg zumindest teilweise zu gewährleisten; sie ist zielführend.

Erforderlichkeit

- Die Maßnahme gewährleistet den Erfolg mit der gewünschten Sicherheit und Tiefe.
- Die Maßnahme ist das mildeste Mittel zur Erreichung des Erfolgs.

Angemessenheit

- Der durch die Maßnahme bedingte Nachteil für den Betroffenen steht nicht im offenbaren Missverhältnis zum Nachteil für die Allgemeinheit/den Einzelnen bei Nichteinschreiten.

III. Rechtsgrundlagen nach der Strafprozessordnung

III.1 Körperliche Untersuchung des Beschuldigten, Blutprobe – § 81a StPO

Was muss vorliegen (Tatbestand)?	Was darf ich machen (Rechtsfolge)?
<ul style="list-style-type: none">– Es besteht der Verdacht einer Straftat <i>und</i>– Betroffener ist Beschuldigter <i>und</i>– es sollen Tatsachen (am Körper) festgestellt werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind.¹⁰	<ul style="list-style-type: none">– körperliche Untersuchung– Blutprobe– andere körperliche Eingriffe <p>Durch die Blutprobe/körperlichen Eingriffe darf kein Nachteil für die Gesundheit des „Beschuldigten zu befürchten sein (§ 81a I 2 StPO)!</p>

Anordnung

1. Grds. nur durch einen Richter (§ 81a II StPO).¹¹
2. Ausnahmsweise durch StA und – nachrangig – Polizei, wenn der Untersuchungserfolg durch das Abwarten einer richterlichen Anordnung gefährdet ist. Anordnende PolBea müssen Ermittlungspersonen der StA sein (§ 81a II StPO).
3. **Keine** richterliche Anordnung mehr notwendig bei dem Verdacht einer Verkehrsstrafat (§ 315a I Nr. 1, II und III, § 315c I Nr. 1a, II und III oder § 316 StGB oder OWi nach §§ 24a, 24c StVG i. V. m. § 46 IV 2 OWiG). Anordnung durch Ermittlungsperson der StA.

10 Hierunter fallen insbesondere die Beschaffenheit des Körpers des Beschuldigten, die körperlichen Bestandteile (z. B. Blut, Magensaft), das Vorhandensein von Fremdkörpern; vgl. BGHSt 5, 332, 336, und *Schmidt* NJW 1962, 664.

11 Vgl. auch BVerfG NJW 1963, 1597.

Besondere Verfahrens- und Formvorschriften

- ▶ körperliche Untersuchung:
 - Um die Verletzung des Schamgefühls zu verhindern, ist die körperliche Untersuchung grds. durch einen gleichgeschlechtlichen PolBea oder einen Arzt vorzunehmen (§ 81d I 1 StPO).
 - Dem Wunsch der beschuldigten Person, von einer Person/einem Arzt bestimmten Geschlechts untersucht zu werden, soll bei berechtigtem Interesse entsprochen werden (§ 81d I 2 StPO).
 - Bei der körperlichen Untersuchung soll auf Verlangen der beschuldigten Person eine Person des Vertrauens zugelassen werden (§ 81d I 3 StPO).
 - Der Beschuldigte ist über seine Rechte nach § 81d I 2 und 3 StPO zu belehren (§ 81d I 4 StPO).



Die Vorschriften des § 81d I StPO sind auch zu beachten, wenn die Person in die Untersuchung einwilligt (§ 81d II StPO).

- ▶ Blutprobe und körperliche Eingriffe:
 - Dürfen **nur von einem Arzt** nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden (§ 81a I 2 StPO).
 - Blutproben/sonstige Körperzellen des Beschuldigten dürfen nur für die „Zwecke des zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens“ verwendet werden (§ 81a III 1. Hs. StPO).
 - Blutproben/sonstige Körperzellen sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie weder für das zugrundeliegende noch für ein anderes anhängiges Strafverfahren benötigt werden (§ 81a III 2. Hs. StPO).

Sonstiges

- Der Beschuldigte hat die körperliche Untersuchung zu **dulden**, sich – soweit erforderlich – zu entkleiden und die erforderliche Körperhaltung einzunehmen.¹² Zur **aktiven Beteiligung** (z. B. ge-

¹² Vgl. LG Düsseldorf NJW 1973, 1931; *Geppert* DAR 1980, 318.

hen, drehen im Rahmen einer ärztlichen Untersuchung zwecks Feststellung des Alkoholisierungsgrades) kann er **nicht gezwungen** werden.¹³

- Von nach § 81a StPO entnommenem Blut/sonstigen Körperzellen darf mit Hilfe molekulargenetischer Untersuchungen ein DNA-Identifizierungsmuster erstellt werden. Dieses Muster kann mit dem DNA-Identifizierungsmuster verglichen werden, das aus Spurenmaterial vom Tatort oder vom Opfer gewonnen wurde (Blut, Haare, Sperma, § 81e I StPO); selbiges ist zur Feststellung der Abstammung oder des Geschlechts möglich. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung obliegt grundsätzlich dem Gericht, bei GiV steht sie auch der StA und ihren Ermittlungspersonen zu. Willigt der Betroffene in die molekulargenetische Untersuchung **schriftlich** ein, bedarf es keiner gerichtlichen, staatsanwaltlichen oder polizeilichen Anordnung (§ 81f I 1 StPO). Die einwilligende Person ist darüber zu belehren, für welchen Zweck die zu erhebenden Daten verwendet werden (§ 81f I 2 StPO). Liegen zusätzlich die Voraussetzungen des § 81g StPO vor, darf das DNA-Identifizierungsmuster des Beschuldigten in der DNA-Analysedatei beim BKA gespeichert werden (§ 81g V 2 Nr. 1 StPO). Der Beschuldigte ist von der Speicherung unverzüglich zu unterrichten. Er ist darauf hinzuweisen, dass er die gerichtliche Entscheidung über die Speicherung beantragen kann (§ 81g V 4 StPO).
- Die Veränderung der Haar- oder Barttracht eines Beschuldigten stellt grundsätzlich keinen körperlichen Eingriff i. S. d. § 81a StPO dar, sondern ist lediglich eine Vorbereitungshandlung für eine körperliche Untersuchung oder erkennungsdienstliche Behandlung. § 81a StPO ist jedoch EGL für die zwangsweise Veränderung der Haar- und Barttracht eines Beschuldigten (bis hin zu Eingriffen in die Substanz).¹⁴
- Hypnose, Narkose und andere Veränderungen des seelischen Zustandes des Beschuldigten sind unzulässig, § 136a StPO.

13 U. a. BGHSt 34, 39, 46.

14 BVerfGE 47, 239 ff.