

# Musterklausur Eingriffsrecht: Einbrüche im Industriegebiet



Christoph Keller,  
LPD, HSPV NRW - Abt. Münster

## Sachverhalt

Der 25jährige drogenabhängige X erhält von einem Freund einen „sicheren Tipp“, und zwar sollen sich in der Firma des Unternehmers U ständig größere Mengen Bargeld sowie Münzsammlungen befinden. Die Firma des U befindet sich in einem kleinen Industriegebiet am Stadtrand von A-Stadt, an der Peripherie des Wohngebietes Fangkamp, am Holtenweg 100. Das Gebiet rund um den Fangkamp ist seit einigen Wochen stark kriminalitätsbelastet, vor allem aufgrund mehrerer Firmen- aber auch Wohnungseinbrüche.

Aufgrund des „sicheren Tipps“ beschließt X in das Firmengebäude des U einzubrechen. X ist in den letzten vier Jahren bereits mehrfach wegen verschiedener Eigentumsdelikte in Erscheinung getreten, u.a. wurde er auch bereits wegen Firmeneinbrüche verurteilt. X ist arbeitslos und bewohnt - seit er von seiner Frau geschieden ist - in A-Stadt ein kleines Appartement. Seinen Beruf als Bäcker hat er aufgegeben, weil er immer so früh aufstehen musste. X, der insgesamt ein unstetes Leben führt, hält sich mit Gelegenheitsjobs „über Wasser“ und ist Halter eines 14 Jahre alten VW Golf 4, der aufgrund seiner goldfarbenen Lackierung auffällt.

Der Polizei in A-Stadt werden die Pläne des X anonym telefonisch mitgeteilt. Angeblich soll X am ersten Dezemberwochenende in der Nacht von Freitag auf Samstag in die Firma des U einbrechen. Beamte des Einsatztrupps entschließen sich, sich um den „Fall zu kümmern“. Aus diesem Grund befinden sich Beamte des Einsatztrupps A-Stadt auf Streifenfahrt in A-Stadt. Ihr Hauptaugenmerk liegt auf dem Industriegebiet Nähe des Wohngebietes Fangkamp.

Gegen 01:00 Uhr bemerken sie einen goldfarbenen VW Golf, besetzt mit einer männlichen Person. Als der Pkw am Ende des Holtenweges hält, steigt der den Beamten bekannte X aus dem Fahrzeug und sucht das Wohngebiet „Fangkamp“ auf. Die Beamten beobachten den X gezielt über einen Zeitraum von etwa 20 Minuten, verlieren ihn dann aber aus den Augen. Einbrüche sind nicht festzustellen.

Gegen 04.30 Uhr erhalten mehrere Streifenwagen der Polizei A-Stadt über den Fahndungsauftrag der Leitstelle den Auftrag, zum Holtenweg 100 zu fahren. Eine Taxifahrerin (T) habe soeben beobachtet, wie eine männliche Person mit einem Werkzeug ein Fenster zur Firma des U aufgehebelt habe. In einer Seiteneinfahrt zur Firma würde überdies ein weißer Lieferwagen mit auswärtigem Kennzeichen und geöffneter Fahrertür stehen. Die Person müsste sich noch in der Firma befinden. Der den Anruf entgegennehmende Beamte auf der Leitstelle der Polizei (A-Stadt) hält die Personalien der T fest. Einer Streifenwagenbesatzung (POK A und PK B), die sich zufällig in der Nähe des Industriegebietes befindet, kommt auf dem Weg zum Tatort ein weißer Lieferwagen mit auswärtigem Kennzeichen und augenscheinlich überhöhter Geschwindigkeit entgegen.

Die Beamten können den Lieferwagen schnell einholen. Als Anhaltezeichen ignoriert werden, versucht POK A nach Abgabe eines Warnschusses durch gezielte Schüsse auf die Hinterrei-

fen den Lieferwagen zu stoppen. Die Schüsse verfehlen zwar ihr Ziel, der Fahrer des Lieferwagens stoppt aber vor Schreck das Fahrzeug. Er wird festgenommen und dem Polizeipräsidium zugeführt, seine Personalien werden festgestellt. Es handelt sich um den 30-jährigen in A-Stadt wohnhaften Z, der kinderlos verheiratet ist.

Im Handschuhfach des Lieferwagens finden die Beamten eine Münzsammlung sowie einen sog. „Kuhfuß“<sup>1</sup>. Die Gegenstände werden von den Beamten in Verwahrung genommen.

Am nächsten Morgen, samstagsvormittags, wird Z auf der Kriminalwache A-Stadt durch KOK C verantwortlich vernommen. Z verweigert die Aussage. Nach Rücksprache mit dem Eildienst der Staatsanwaltschaft soll er dem Haftrichter vorgeführt werden. KOK C erwägt die Bestellung eines Pflichtverteidigers, unterlässt dies aber, da Z die Aussage verweigert hat. Z wird dem Haftrichter vorgeführt. Ein Untersuchungshaftbefehl wird nicht ausgestellt. Z wird nach der Vorführung entlassen.

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

## Aufgaben

- A.** Nehmen Sie problemorientiert Stellung zu folgenden polizeilichen Maßnahmen:
- I. Beobachten des X über einen Zeitraum von 20 Minuten
  - II. Festhalten der Personalien der Taxifahrerin (T)
  - III. Warnschuss und gezielte Schüsse auf die Hinterreifen den Lieferwagens
  - IV. Inverwahrungnahme Münzsammlung und Kuhfuß
- B.** Nehmen Sie Stellung zur Vernehmung des Z im Hinblick auf die Nichtbeziehung eines Pflichtverteidigers.
- C.** Darf Z zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung durch KHK D vorgeführt werden?

## Hinweis

Die örtliche Zuständigkeit als formelles Erfordernis ist zu unterstellen.

Die Rechtmäßigkeit der Identitätsfeststellung und Festnahme des Z ist zu unterstellen.

## Lösung

### A.I. Beobachten des X über einen Zeitraum von 20 Minuten

Mit Blick vor allem auf die Zielgruppe der (Polizei-)Studierenden wird bei der Prüfung dieser Maßnahme das in Nordrhein-Westfalen seit 2008 gebräuchliche und bewährte Klausurschemata im Fach Eingriffsrecht zugrunde gelegt.<sup>2</sup> Die Prüfung der dann folgenden Maßnahmen erfolgt dagegen problemorientiert.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bedarf es bei einem Grundrechtseingriff einer Ermächtigungsgrundlage, welche auf ein verfassungsmäßiges Gesetz zurückzuführen ist. Ein Eingriff ist jede durch Hoheitsakt bewirkte, nicht absolut geringfügige Beeinträchtigung eines Grundrechtes. Hier könnte sich dies als Datenerhebung und damit als Beschaffung per-

sonenbezogener Daten darstellen.<sup>3</sup> Vorliegend beobachten die einschreitenden Polizeibeamten A und C gezielt das Verhalten von B. Durch das Beobachten des B werden personenbezogene Daten erhoben. Dagegen vermitteln keinen Grundrechtseingriff „planlose“, nicht zielgerichtete Datenerhebungen im öffentlichen Raum, z. B. Beobachtungen im Rahmen einer Streifenfahrt. Ein Eingriff liegt erst dann vor, wenn eine zielgerichtete, planmäßige Beobachtung erfolgt.<sup>4</sup> Von einem Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des B ist vorliegend auszugehen.<sup>5</sup> Betroffen ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

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>6</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). Zu berücksichtigen ist vorliegend, dass gegen X (noch) kein Anfangsverdacht einer Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO) vorliegt.

Die Kenntnis vom Verdacht einer Straftat deckt sich inhaltlich mit den entscheidenden Voraussetzungen des § 152 Abs. 2 StPO, wonach die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet sind, Ermittlungen einzuleiten, „sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine verfolgbare Straftat vorliegen. Diese Voraussetzungen, die allgemein als Anfangsverdacht bezeichnet werden, bilden die Schwelle, die überschritten sein muss, damit die Ermittlungsbehörde strafprozessuale Zwangsmaßnahmen einleiten darf.<sup>7</sup> „Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ begründen einen einfachen Tatverdacht (Anfangsverdacht), der weder hinreichend (§ 203 StPO) noch dringend (§ 112 StPO) zu sein braucht.<sup>8</sup> Die Rechtsprechung lässt für einen Anfangsverdacht bloße Vermutungen oder reine denktheoretische Möglichkeiten, die nicht durch konkrete Umstände belegt sind, gerade nicht genügen. Ein prozessual ausreichender Anfangsverdacht muss sich vielmehr auf konkrete Tatsachen stützen, die dafür sprechen, dass der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Straftat enthält.<sup>9</sup>

Vorliegend mag zwar eine Vermutung dahingehend bestehen, dass X in die Firma des U einbrechen will. Indes hat er zur Tat noch nicht „unmittelbar“ angesetzt (§ 22 StGB).<sup>10</sup>

Die Observation dient präventiv-polizeilichen Zwecken.

Die Observation ist nicht als auf Duldung gerichteter Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG NRW), sondern als sog. **Realakt** (mit Eingriffscharakter) zu qualifizieren. Der Qualifizierung einer Observation als Verwaltungsakt steht schon entgegen, dass es ihr an der einem Verwaltungsakt eigenen regelnden Wirkung und damit an der Finalität hinsichtlich einer Rechtsfolge mangelt. Die Annahme einer Verwaltungsaktsqualität (§ 35 VwVfG NRW) scheidet hier bereits an dem Bekanntgabeerfordernis des § 43 Abs. 1 VwVfG NRW (§ 41 VwVfG NRW).

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich vorliegend aus § 1 Abs. 1 Satz 1, 2 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 1 PolG NRW (Straftatenverhütung) im Rahmen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten). In A-Stadt war in den letzten Wochen ein deutlicher Anstieg von Einbruchsdelikten zu verzeichnen. Es besteht eine Gefahr für die Rechtsordnung durch Realisierung von Straftatbeständen nach dem StGB, insbesondere §§ 242 ff. StGB sowie für Rechtsgüter des Einzelnen, hier Eigentum. Insgesamt be-

steht damit eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Öffentliches Interesse liegt bei Abwehr von Gefahren für Rechtsordnung grundsätzlich vor, da Rechtsgut der Allgemeinheit. Die Beamten werden im Schwerpunkt zur vorbeugenden von Straftaten, insbesondere zur Verhütung (weiterer) Einbruchsdelikte tätig (originäre Aufgabe).

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

### 1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Gem. § 16a Abs. 3 Satz 2 PolG NRW darf die Polizei personenbezogene Daten über die in den §§ 4 und 5 PolG NRW genannten und andere Personen erheben, soweit dies zum Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1) erforderlich ist und ohne diese Maßnahme die Erfüllung der polizeilichen Aufgabe gefährdet wird.

Die Beobachtung des X durch die Beamten des Einsatztrupps dient hier dem Zweck der Gefahrenabwehr aus § 1 Abs. 1 Satz 2 PolG NRW. Der Tatbestand reduziert die Zulässigkeitsvoraussetzungen auf die Notwendigkeit zur Aufgabenerfüllung. Das zweite Tatbestandsmerkmal stellt dabei lediglich eine Verdeutlichung des Grundsatzes der Erforderlichkeit dar. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind unproblematisch. Die Observation ist auch erforderlich. Erforderlich ist eine Maßnahme dann, wenn von mehreren geeigneten Maßnahmen die ausgewählt wird, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Geeignetheit ist dann gegeben, wenn die Maßnahme dazu dient, das polizeiliche Ziel zu erreichen. Als ausreichend wird in diesem Zusammenhang angesehen, wenn sie zur Zielerreichung zumindest beitragen kann. Die Beobachtung des X dient hier der Erstellung einer Gefahrenprognose, namentlich, ob dieser sich hinsichtlich der Begehung von Einbruchsdelikten im relevanten Tatortgebiet gefahrenträchtig verhält. Mithin ist die Maßnahme Voraussetzung, um ggf. weitere gefahrenabwehrende Maßnahmen zu treffen. Sie dient damit der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten und entspricht dem Grundsatz der Geeignetheit. Die Maßnahme ist auch erforderlich. Als mildere Maßnahmen kommen die Erteilung einer Verfügung zum Unterlassen von Straftaten sein (§ 8 Abs. 1 PolG NRW), ein Platzverweis (§ 34 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW) oder eine (schlichte) Befragung (§ 9 Abs. 2 PolG NRW) in Betracht. Das setzt das Vorliegen einer konkreten Gefahr voraus (§ 8 Abs. 1 bzw. 34 Abs. 1 Satz 1 PolG NRW). Zumindest eine Befragung nach § 9 Abs. 2 PolG NRW scheidet aus, das für B keine Auskunftspflicht besteht, sie wäre nicht geeignet. Auch Platzverweis oder direkte Ansprache können unter taktischen Aspekten schwerlich als geeignetes Mittel zur Gefahrenabwehr betrachtet werden

Bei näherer Betrachtung der Befugnisnormen des § 16a Abs. 3 PolG NRW wird indessen deutlich, dass es sich nahezu um eine nahezu tatbestandlose Bestimmung mit ermächtigungsimmanenter Adressatenregelung handelt, wobei sich Einschränkungen natürlich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben. So ist der Aussageinhalt des § 16a Abs. 3 Satz 2 PolG NRW durchaus fraglich, da lediglich auf die Aufgabenzuweisungsnorm verwiesen wird. Außerdem ist die Polizei ohnehin nur dann zu Eingriffen befugt, wenn dies zum Zwecke der Gefahrenabwehr erforderlich ist. Es sei daher ein kritischer Hinweis auf die sprachliche Redundanz verschiedener Bestimmungen erlaubt. Es ist festzustellen, dass sich eingriffsbegrenzende Vorschriften auf die mehr oder weniger gelungene Umschreibung der Postulate des Verhältnismäßigkeitsprinzips erschöpfen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist indessen auch ohne explizite Erwähnung zu beachten. Insofern scheint die allzu häufige Verwendung gewisser stereotyper Elemente aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht erforderlich („Abschleifungseffekt“<sup>11</sup>).

## 2. Besondere Verfahrensvorschriften

Die in § 16a Abs. 2 PolG NRW normierte AnordnungsKompetenz ist vorliegend nicht zu beachten (§ 16a Abs. 3 Satz 1 PolG NRW). Es sind die allgemeinen Anforderungen an die Datenerhebung gemäß § 9 Abs. 4 bis Abs. 7 PolG NRW zu berücksichtigen. Die Observation kann offen oder verdeckt stattfinden, wird aber meist heimlich durchgeführt werden. Ferner sind die Vorgaben hinsichtlich des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu beachten (§ 16 PolG NRW).

## 3. Adressatenregelung

Die Maßnahme darf sich nicht nur gegen Handlungstörer (§ 4 PolG NRW), sondern gegen „andere Personen“ i.S. von § 16a Abs. 3 PolG NRW richten. Die Maßnahme richtet sich gegen B als andere Person.

## 4. Rechtsfolge der konkret herangezogenen Ermächtigungsgrundlage

### a) Rechtsfolge entspricht der Ermächtigungsgrundlage

Entsprechend § 16a Abs. 1 PolG NRW wird die Observation als Beobachtung einer Person zwecks Erhebung personenbezogener Daten definiert. Ziel ist dabei bestimmte Erkenntnisse über die Person oder aus ihrem Umfeld zu gewinnen und auf Grund der erhobenen Daten bestimmte Gefahren zu verhindern oder deren Fortdauern zu unterbinden. Für die Anwendbarkeit des § 16a Abs. 3 PolG NRW ist aus gesetzessystematischen Gründen zunächst auszuschließen, dass das polizeiliche Vorgehen als längerfristige Observation im Sinne von § 16a Abs. 1 PolG NRW zu qualifizieren ist.

Zugelassen ist mithin die zielgerichtete, planmäßige (verdeckte oder offene) Beobachtung einer Person, die nicht

- durchgehend länger als 24 Stunden oder
- an mehr als zwei Tagen

durchgeführt wird respektive durchgeführt werden soll.

Observation ist das offene oder verdeckte planmäßige Vorgehen der Polizei zur gezielten Beobachtung einer Person, um gezielt bestimmte Erkenntnisse zu gewinnen. Die Intensität kann indes sehr unterschiedlich sein. Die Palette der Observationsmaßnahmen reicht von einer kurzfristigen „Verfolgung“ in der Öffentlichkeit bis hin zu einer mehrwöchigen Beobachtung unter Einsatz moderner Technik. Der Einsatz technischer Geräte, die nicht unter § 17 und § 18 PolG einzuordnen sind, ist erlaubt (so kann z. B. ein Fernglas genutzt werden). Das Vorgehen der Beamten des Einsatztrupps ist als kurzfristige Observation im Sinne des § 16a Abs. 3 PolG NRW zu qualifizieren. Die Beobachtung des B dauerte 20 Minuten und war auch nicht planmäßig angelegt.

### b) Bestimmtheit (§ 37 Abs. 1 VwVfG NRW)

Vorliegend handelt es sich um einen Realakt; Verstöße gegen § 37 Abs. 1 VwVfG NRW sind nicht vorstellbar.

### 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)

Die Observation ist geeignet und erforderlich. Dies wurde bereits im Tatbestand geprüft. Die Maßnahme ist angemessen, wenn der für den Betroffenen entstehende Nachteil nicht in einem offenbaren Missverhältnis zu dem Nachteil steht, der für die Allgemeinheit bzw. den Einzelnen bei Nichteinschreiten entstehen würde. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit setzt eine Güterabwägung voraus, die sich natürlich an den Umständen des Einzelfalls orientiert. Die (Güter-)Abwägung stellt die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung dar, da bei ihr der

staatliche Eingriffszweck und die Einschränkung der bürgerlichen Freiheit ins Verhältnis zueinander gesetzt werden. Hier steht der mit der Beobachtung des X verbundene Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht erkennbar außer Verhältnis zum angestrebten und erreichbaren Erfolg, über die Erstellung einer Gefahrenprognose durch Vornahme einer Verhaltensbeobachtung Straftaten vorbeugend zu bekämpfen.

## IV. Ergebnis

Die kurzfristige Observation des X war rechtmäßig.

## A.II. Festhalten der Personalien der Taxifahrerin (T)

### I. Formelle Rechtmäßigkeit

Es ist von einer strafverfolgenden Zielsetzung auszugehen. Aufgrund der Beobachtungen der T besteht der Anfangsverdacht einer Straftat nach §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Das Festhalten der Personalien der T als Zeugin dient der Aufklärung der Straftat(en). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 1 Abs. 4 PolG NRW i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW i.V.m. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO.

### II. Materielle Rechtmäßigkeit

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 163b Abs. 2 StPO in Betracht, da T einer Straftat nicht verdächtig ist. Sie ist als Zeugin vielmehr unverdächtige Person i. S. von § 163b Abs. 2 StPO. Die Identität von solchen – unverdächtigen – Personen kann festgestellt werden, wenn und soweit dies zur Aufklärung einer Straftat geboten ist. Die Maßnahme setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der (beabsichtigten) Identitätsfeststellung noch ein Aufklärungsinteresse für Strafverfolgungszwecke besteht. Genau das ist der Fall. T ist Zeugin für den Einbruch z. N. des U. Sie kann durch ihre Beobachtungen zur Wahrheitsfindung und Sachverhaltsfeststellung beitragen. Zur Aufklärung der Straftat (Verifizierung der Verdachtslage durch detaillierte Zeugenaussage, subjektiver Tatbefund) ist es daher geboten, die Personalien dieser Zeugin (T) festzuhalten.

#### 2. Verfahrensvorschriften/Sonstige Anforderungen

Hinsichtlich sonstiger (allgemeiner) Anforderungen sind keine Probleme ersichtlich, insbesondere ist davon auszugehen, dass § 69 Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechend beachtet wurde. Bei Beginn der ersten Maßnahme zur Identitätsfeststellung ist dem Nichtverdächtigen (als Begründung hierfür) zu eröffnen, zur Aufklärung welcher Tat er durch seine Identifizierung beitragen soll. Die Unterrichtung braucht nicht den Namen des Beschuldigten zu umfassen. Sie kann unterbleiben, wenn der Betroffene den Anlass der Maßnahme (weil er z. B. Augenzeuge der Tat ist) bereits kennt.<sup>12</sup> Adressat der Maßnahme ist T (Unverdächtige). Da die Maßnahme insbesondere auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, ist das Festhalten der Personalien der N ist somit rechtmäßig.

## A.III. Warnschuss und gezielte Schüsse auf die Hinterreifen den Lieferwagens

### I. Ermächtigungsgrundlage/formelle Rechtmäßigkeit

Bevor gezielt in die Hinterreifen des Pkw geschossen wurde, gab POK A einen Warnschuss ab. Ein Warnschuss ist als Androhung unmittelbaren Zwanges zu qualifizieren (§ 61 Abs. 1 Satz 3 PolG NRW). Unmittelbarer Zwang darf nur angedroht werden, wenn die tatbeständlichen Voraussetzungen für seine Anwendung gegeben sind, d. h. die Abgabe eines Warnschusses setzt die Befugnis zur Abgabe eines gezielten Schusses voraus.<sup>13</sup> Dies ist nachfolgend zu prüfen. Es ist von einer strafverfolgenden Zielsetzung auszugehen (Festnahme des Einbrechers). Die sach-

liche Zuständigkeit 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. Erforderlich ist hierzu der Anfangsverdacht einer Straftat i.S. des § 152 Abs. 2 StPO. Ein solcher ist aufgrund der Informationen der Leitstelle verbunden mit den Beobachtungen der Beamten (weißer Lieferwagen, auswärtiges Kennzeichen, Tatortnähe) gegeben. Für die Verfolgung von Straftaten sind nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 POG NRW die Kreispolizeibehörden zuständig. Dies sind nach § 2 POG NRW u.a. die Polizeipräsidenten.

## II. Materielle Rechtmäßigkeit

### 1. Zulässigkeit des Zwanges

Als mögliche Befugnisnorm kommen §§ 163b Abs. 1, 127 i. V. m. 112 §§ 57, 58, 63, 64 PolG NRW in Betracht. Ist die Polizei nach diesem Gesetz oder anderen Rechtsvorschriften zur Anwendung unmittelbaren Zwanges befugt, gelten für die Art und Weise der Anwendung die §§ 58 bis 66 und, soweit sich aus diesen nichts Abweichendes ergibt, die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes (§ 57 Abs. 1 PolG NRW<sup>14</sup>).

Die strafprozessuale Grundmaßnahme enthält auch die Befugnis zum Zwang, wenn die durchzusetzende strafprozessuale Maßnahme rechtmäßig ist. Durchgesetzt werden soll vorliegend die Identitätsfeststellung bzw. Festnahme des Z. Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen ist laut Bearbeitungshinweis zu unterstellen.

### 2. Zulässigkeit des Zwangsmittels

In Betracht kommt vorliegend (allein) der unmittelbare Zwang. Andere Zwangsmittel kommen schon deshalb nicht in Betracht, weil aufgrund des Nemo-tenetur-Grundsatzes keine Mitwirkungspflicht im Strafverfahren besteht.

Wie oben dargelegt erklärt § 57 Abs. 1 PolG NRW für die „Art und Weise“, also die Modalitäten, das „Wie“ der Anwendung unmittelbaren Zwangs, die §§ 58–66 für anwendbar. Dabei gelten die Vorschriften der §§ 58 ff. aufgrund der Anordnung in § 57 nicht nur für den Einsatz unmittelbaren Zwangs im Zusammenhang mit präventiven Maßnahmen der Gefahrenabwehr. Da die StPO (und das OWiG) keine eigenständigen detaillierten Bestimmungen zum Zwangsmitelesatz enthalten, richtet sich die „Art und Weise“ der Zwanganwendung im repressiven Handlungsfeld ebenfalls nach §§ 58 ff. PolG NRW.<sup>15</sup>

Gem. § 58 Abs. 1 PolG NRW ist unmittelbarer Zwang die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen. Als Waffen sind Schlagstock, Pistole, Revolver, Gewehr und Maschinenpistole zugelassen (§ 58 Abs. 4 PolG NRW). Es ist davon auszugehen, dass POK A eine (zugelassene) Dienstwaffe benutzt hat, so dass die - allgemeinen - Voraussetzungen des § 58 Abs. 4 PolG NRW beachtet wurden.

### 3. Anwendung des Zwangsmittels

Für den Schusswaffengebrauch gelten spezielle Vorschriften, die letztlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit präzisieren. Einzugehen ist auf die §§ 63, 64 PolG NRW. Fraglich ist zunächst, ob es sich um einen Schusswaffengebrauch gegen Personen oder (nur) gegen Sachen handelt. Nur bei einem Schusswaffengebrauch gegen Personen sind die besonderen Voraussetzungen des § 64 PolG NRW zu prüfen. Der Schusswaffengebrauch richtete sich unmittelbar gegen eine Sache, den Pkw. Im fahrenden Fahrzeug befand sich der T. Es könnte sich demnach bereits um einen Schusswaffengebrauch gegen Personen handeln, da ein Schusswaffengebrauch gegen Sachen dann nicht (mehr) vorliegt, wenn mit Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden muss, dass hierdurch Personen verletzt werden (VV 63.12, Satz 2 zu § 63 PolG NRW).

Beispiel:<sup>16</sup> Nur wenn eine Gefährdung der Insassen durch den Schusswaffengebrauch gegen das Fahrzeug nach den gesamten Umständen des Einzelfalles ausgeschlossen

werden kann, liegt ein Schusswaffengebrauch gegen Sachen vor:

- Schüsse auf die Reifen eines bereitgestellten Fluchtfahrzeugs, in dem sich noch niemand befindet
- Schüsse aus kurzer Entfernung auf die Hinterreifen eines verkehrsbedingt haltenden Fluchtfahrzeugs.

Ob ein Schusswaffengebrauch gegen Sachen oder (schon) gegen Personen vorliegt, richtet sich also danach, ob mit der Abgabe des Schusses eine Verletzung des T mit Wahrscheinlichkeit zu befürchten war. Vorliegend erfolgte der Gebrauch der Schusswaffe aus dem fahrenden (sic.) Streifenwagen heraus, zudem auf ein fahrendes Fahrzeug. Es bedarf keiner eingehenden Begründung, dass in einem derartigen Fall von einer Treffsicherheit nicht auszugehen ist. Es bestand bei Abgabe des Schusses eine (hohe) Gefährdung für den Insassen des Lieferwagens.<sup>17</sup> Von einem Schusswaffengebrauch gegen Personen ist auszugehen. Der Schusswaffengebrauch ist unzulässig, wenn für den Polizeivollzugsbeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden. Das gilt nicht, wenn der Schusswaffengebrauch das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr ist (§ 63 Abs. 4 PolG NRW). Da es sich um Schusswaffengebrauch gegen Personen handelt, müssen die Voraussetzungen hierfür bei jeder im Fahrzeug befindlichen Person vorliegen, sofern nicht ein Fall des Abs. 4 Satz 2 gegeben ist.<sup>18</sup>

Gem. § 64 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW dürfen Schusswaffen gegen Personen nur gebraucht werden, um eine Person anzuhalten, die sich der Festnahme oder Identitätsfeststellung durch Flucht zu entziehen versucht, wenn sie (a)eines Verbrechen dringend verdächtig ist oder (b)eines Vergehens dringend verdächtig ist und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt. Ziel des Schusswaffeneinsatzes nach dieser Variante muss es dabei sein, die fragliche Person „anzuhalten“, also ihre Flucht endgültig zu unterbrechen bzw. zu verhindern. Insoweit geht das „Anhalten“ über das Verständnis als bloße Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit im Sinne eines Unterbrechens der Fortbewegung z. B. in § 12 Abs. 2 Satz 2 PolG NRW hinaus.<sup>19</sup> Erforderlich ist überdies, dass die fragliche Person nach § 64 Abs. 1 Nr. 3a PolG NRW eines Verbrechen dringend verdächtig ist oder nach Abs. 1 Nr. 3b eines Vergehens dringend verdächtig ist und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt. Das ist hier nicht der Fall, Der Einbruch in die Firma des U stellt sich als Vergehen dar (§ 12 Abs. 2 StGB). Auch liegen keine Tatsachen vor, die die Annahme stützen, dass der Täter Schusswaffen oder Explosivmittel mit sich führt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 64 PolG NRW liegen nicht vor.

Im Übrigen ist der Schusswaffengebrauch nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu bringen. Wenn auch die Reifen (zufällig?) getroffen werden, so bestehen grundsätzlich schwerwiegende Bedenken gegen die Geeignetheit eines solchen Schusswaffengebrauchs. Vielmehr kann bzw. wird ein Schusswaffengebrauch unter den im Sachverhalt genannten Bedingungen zu einer Erhöhung der Gefahrenlage führen. I.d.R. führt der Schusswaffengebrauch gegen Reifen auch nicht zu einem sofortigen und abrupten Stillstand des Fahrzeugs.<sup>20</sup> Es dürfte zwar eine bedingte Fahrtüchtigkeit erreicht werden, doch kann dieser Umstand ein zusätzliches Sicherheitsrisiko auch für andere Verkehrsteilnehmer darstellen. So ist gem. § 63 Abs. 4 Satz 1 PolG NRW der Schusswaffengebrauch unzulässig, wenn für den Polizeivollzugsbeamten erkennbar Unbeteiligte mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet werden.<sup>21</sup> Genau das ist aber vorliegend wohl der Fall. Gerade bei Schüssen auf fahrende Fahrzeuge wird man die Wirkungen schwerlich überblicken können. Verliert der Fahrzeugführer etwa die Kontrolle über sein Fahrzeug, so kann dies schwerwiegende Folgen für ihn<sup>22</sup> sowie für andere Verkehrsteilnehmer haben.



Auch die Erforderlichkeit ist in Frage zu stellen. Als milderes Mittel kommt etwa eine Straßensperre in Betracht.

Der Einsatz der Schusswaffe dürfte zudem nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i. e. S. entsprechen, d.h. das vorliegend gewählte Mittel (Schusswaffengebrauch) ist – angesichts der dadurch bedingten erheblichen Gefahren für andere Personen – zur Erreichung des Ziels, das von T gesteuerte Fahrzeug zu stoppen, unangemessen.

Der Schusswaffengebrauch ist nach alledem rechtswidrig.<sup>23</sup>

#### A.IV. Inverwahrungnahme Münzsammlung und Kuhfuß

##### I. Vorbemerkungen

Im Rahmen der Strafverfolgung kann die Polizei Sachen auf Grund der Befugnisse aus §§ 94 ff. (Verfahrenssicherung) und § 111b ff. StPO (Vollstreckungssicherung) sicherstellen bzw. beschlagnehmen.

##### 1. Verfahrenssichernde Sicherstellung/Beschlagnahme

Der Sicherstellung nach § 94 Abs. 1 StPO unterliegen Gegenstände, die als **Beweismittel** für die Untersuchung von Bedeutung sein können. Hierbei handelt es sich um Gegenstände oder Spuren, die zur Aufklärung oder Nachweis der Straftat(en) Beweise erbringen können.

Beweismittel sind zusammenfassend bewegliche oder unbewegliche Gegenstände,

- mit denen dem Täter die begangene Tat nachgewiesen werden kann oder
- mit denen die Unschuld des Täters bewiesen werden kann oder
- mit denen sonst Tatzusammenhänge geklärt werden können.

Beweismittel sind mithin alle Gegenstände, die für irgendeinen im Strafverfahren zulässigen Beweis im anhängigen Verfahren von Bedeutung sein können.<sup>24</sup> Maßgeblich für eine Maßnahme nach § 94 StPO ist die **potenzielle Beweisbedeutung** des Gegenstandes. Es handelt sich um eine verfahrenssichernde Maßnahme. Kommt ein Gegenstand als Beweismittel in Betracht, so besteht die Verpflichtung, Maßnahmen nach § 94 StPO zu ergreifen. Die Sicherstellung von Beweismitteln kann entweder durch Beschlagnahme (§ 94 Abs. 2 StPO) oder durch anderweitige Begründung einer staatlichen Verfügungsgewalt (§ 94 Abs. 1 StPO) erfolgen. Der in § 94 Abs. 1 StPO verwendete Begriff der „Sicherstellung“ ist Oberbegriff zu verschiedenen Arten der formlosen oder förmlichen Begründung einer staatlichen Verfügungsgewalt über Gegenstände. Eine Sicherstellung kommt in Betracht, wenn die Gegenstände gewahrsamslos sind oder von dem Gewahrsamsinhaber freiwillig herausgegeben werden. Ansonsten bedarf es der Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO. Während zur Sicherstellung nach § 94 Abs. 1 StPO jeder Strafverfolgungsbeamte befugt ist, darf eine Beschlagnahme nach

§ 94 Abs. 2 StPO nur durch einen Richter sowie bei Gefahr im Verzuge durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden (§ 98 Abs. 1 StPO). In diesem Fall sind darüber hinaus die Formvorschriften aus § 98 Abs. 2 StPO zu beachten. Mit der Beschlagnahme stehen die Gegenstände unter dem Schutz des § 136 StGB (Verstrickungsbruch; Siegelbruch).<sup>25</sup> Nach § 94 Abs. 1 StPO sichergestellte Gegenstände unterliegen dagegen (nur) dem Strafschutz des § 133 StGB (Verwahrungsbruch).<sup>26</sup>

##### 2. Vollstreckungssichernde Beschlagnahme

Neben dieser Möglichkeit der Sicherstellung/Beschlagnahme von Gegenständen als Beweismittel, ist auch die (vollstreckungssichernde) Beschlagnahme von Gegenständen und anderen Vermögensvorteilen zulässig, welche der **Einziehung** unterliegen. In diesen Fällen kommt jedoch keine formlose Si-

cherstellung, sondern nur eine Beschlagnahme in Betracht. Das Erkennen und die Beschlagnahme von Beweismitteln bereiten in der polizeilichen Praxis keine Probleme. Dagegen bereiten die Vorschriften über die Einziehung im Einzelfall Schwierigkeiten. Es ist zu unterscheiden zwischen den materiell-rechtlichen Regelungen der §§ 73 ff. bzw. 74 ff. StGB und dem „flankierenden Prozessrecht“ der §§ 111b ff. StPO.<sup>27</sup> Ermächtigungsgrundlage in der StPO ist § 111b Abs. 1 StPO, die Norm regelt die Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung oder Unbrauchbarmachung: Ist die Annahme begründet, dass die Voraussetzungen der Einziehung oder Unbrauchbarmachung eines Gegenstandes vorliegen, so kann er zur Sicherung der Vollstreckung beschlaggenommen werden. Liegen dringende Gründe für diese Annahme vor, so soll die Beschlagnahme angeordnet werden. § 94 Absatz 3 bleibt unberührt. Gem. § 111j Abs. 1 StPO wird die Beschlagnahme durch das Gericht angeordnet. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft erfolgen. Unter der Voraussetzung des Satzes 3 sind zur Beschlagnahme einer beweglichen Sache auch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) befugt. Die Beschlagnahme einer beweglichen Sache wird dadurch vollzogen, dass die Sache in Gewahrsam genommen wird (§ 111c Abs. 1 Satz 1 StPO). Gem. § 111d Abs. 1 Satz 1 StPO hat die Vollziehung der Beschlagnahme eines Gegenstandes die Wirkung eines Veräußerungsverbotens i.S. des § 136 BGB. Verfügungen, die den Rechtsübergang des Beschlagnahmegegenstandes gegenüber dem Staat vereiteln würden, sind unwirksam. Sollte dennoch ein Rechtsgeschäft vorgenommen werden, so ist mithin der Tatbestand des § 136 StGB (Verstrickungsbruch) erfüllt. Für die Polizei ergibt sich daraus, dass bei strafprozessualen (verfahrenssichernden) Sicherstellungen / Beschlagnahmen stets zu prüfen ist, ob der in Frage kommende Gegenstand auch im Rahmen der vollstreckungssichernden Beschlagnahme in Verwahrung zu nehmen ist.<sup>28</sup> Die bloße polizeiliche Sicherstellung stellt dagegen keine Beschlagnahme in diesem Sinne dar, so dass der Betroffene wirksam über den sichergestellten Gegenstand verfügen darf.<sup>29</sup> Ermittlungsbehördliche Beschlagnahmen sind also in ihrer Zielrichtung mit Begründung unverzüglich genau zu dokumentieren.<sup>30</sup>

Die §§ 111b ff. StPO sollen sicherstellen, dass ein zu erwartendes Urteil mit dem Ausspruch der Einziehung nicht ins Leere geht, weil die Strafverfolgungsbehörden auf einen bestimmten Gegenstand keinen Zugriff mehr haben. Die Beschlagnahmeermächtigung des § 111b StPO verlangt, dass die Voraussetzungen für die Vermögensabschöpfung vorliegen. Sie sind in erster Linie dem StGB zu entnehmen. Die Ermächtigung aus § 111b erstreckt sich auf Taterträge (§ 73 ff. StGB) und Tatprodukte, Tatmittel, Tatobjekte (§ 74 ff. StGB).

Gem. § 111b Abs. 2 StPO kann allein zum Zwecke der Beschlagnahme eines Einziehungsgegenstandes auch eine Durchsuchung von Räumlichkeiten gemäß §§ 102 ff. StPO angeordnet werden. Die Beschlagnahme wirkt wie ein Veräußerungsverbot (§ 111d Abs. 1 StPO i.V.m. § 136 BGB). Verfügungen, die den Rechtsübergang des Beschlagnahmegegenstandes gegenüber dem Staat vereiteln würden, sind unwirksam. Die ordnungsgemäße Protokollierung der Beschlagnahme und die Angabe der richtigen Rechtsgrundlage ist daher von entscheidender Bedeutung. Es ist rechtlich ein Unterschied, ob ein Gegenstand nur als Beweismittel gem. §§ 94, 98 StPO oder auch als Einziehungsgegenstand gem. §§ 111b ff. StPO beschlaggenommen wird.

Bei strafprozessualen (verfahrenssichernden) Sicherstellungen/Beschlagnahmen ist stets zu prüfen, ob der in Frage kommende Gegenstand auch im Rahmen der vollstreckungssichernden Beschlagnahme in Verwahrung zu nehmen ist.<sup>31</sup> Ermittlungsbehördliche Beschlagnahmen sind also in ihrer Zielrichtung mit Begründung unverzüglich genau zu dokumentieren.

## II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Maßnahme dient in erster Linie der Strafverfolgung (§ 163 Abs. 1 Satz 1 StPO). Es geht um die repressiv ausgerichtete Entziehung des Vorteils beim Täter. Dabei ist es zweitrangig, ob der wirtschaftliche Vorteil letztlich dem Staat oder dem Geschädigten zu Gute kommt (Rückgewinnungshilfe).

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

Vorliegend ist zu prüfen, aufgrund welcher Ermächtigungen die Münzsammlung und der Kuhfuß sichergestellt bzw. beschlagnahmt werden können. Es ist davon auszugehen, dass alle Gegenstände gegen den Willen Z in Verwahrung genommen wurden.

### 1. Beschlagnahme des Tatwerkzeuges (sog. Kuhfuß)

#### a) Beschlagnahme als Beweismittel gem. §§ 94, 98 StPO

Der Kuhfuß ist ein Beweisgegenstand und nach § 94 Abs. 2 StPO (§ 98 Abs. 1 StPO) zu beschlagnahmen, da von einer freiwilligen Herausgabe nicht auszugehen ist.

#### b) Beschlagnahme als Einziehungsgegenstand gem. §§ 111 b ff. StPO

§ 74 StGB regelt die Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern. Der Kuhfuß unterliegt der Einziehung. Es handelt sich um ein Tatwerkzeug bzw. Tatmittel, welches zur Begehung einer vorsätzlichen Tat gebraucht wurde.<sup>32</sup> Anders als die Einziehung von Taterträgen (also die Vermögensabschöpfung) besitzt die „klassische“ Einziehung strafähnlichen Charakter. Voraussetzung ist deshalb grundsätzlich eine vorsätzlich (= schuldhaft) begangene Straftat, § 74 Abs. 1 StGB). Eine Ausnahme gilt insofern lediglich für die (Sicherungs-)Einziehung gefährlicher Gegenstände, § 74b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Anders als die Regelungen über die Abschöpfung von Taterträgen ist die „klassische“ Einziehung nicht zwingend, sondern fakultativ.<sup>33</sup> Die Einziehung ist nur zulässig, wenn die Gegenstände zur Zeit der Entscheidung dem Täter oder Teilnehmer gehören oder zustehen (§ 74 Abs. 3 Satz 1 StGB). Davon soll vorliegend ausgegangen werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die im Lieferwagen aufgefundenen Gegenstände unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten sichergestellt bzw. beschlagnahmt werden dürfen.

### 2. Beschlagnahme der Münzsammlung

#### a) Beschlagnahme als Beweismittel gem. §§ 94, 98 StPO

Die Münzsammlung ist Beweisgegenstand. Sie unterliegt der Beschlagnahme gem. §§ 94, 98 StPO, da von einem Einverständnis des Z nicht auszugehen ist. Die Tatsache, dass Z im Besitz der Münzsammlung des U ist, lässt Rückschlüsse auf ihn als Täter wegen der Straftat(en) gem. §§ 242, 243 StGB z. N. des U zu.

#### b) Beschlagnahme als Einziehungsgegenstand gem. §§ 111b ff. StPO

Die Münzsammlung unterliegt außerdem der Beschlagnahme zum Zweck der Einziehung gem. § 111b Abs. 1 StPO i.V.m. § 73 Abs. 1 StGB. § 73 StGB regelt die Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern, Abs. 1 normiert dabei die Grundregel: Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an. Die Münzsammlung ist als Deliktbeute durch eine rechtswidrige Tat erlangt worden und unterliegt der Einziehung. Nach § 111c Abs. 1 StPO wird die Beschlagnahme einer beweglichen Sache dadurch vollzogen, dass die Sache in Gewahrsam genommen wird. Die Münzen können können gem. § 111b Abs. 1 i. V. m. § 73 Abs. 1 StGB beschlagnahmt werden.

§ 73 StGB ist die zentrale Grundvorschrift der Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern; § 73 Abs. 1 StGB: Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet das Gericht dessen Einziehung an (§ 73 Abs. 1 StGB). Der Täter oder Teilnehmer hat einen Vermögenswert durch eine rechtswidrige Tat erlangt, wenn ihm dieser durch die Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er die tatsächliche Verfügungsgewalt über ihn ausüben kann.<sup>34</sup> Rechtswidrige Tat ist gem. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Die Tat kann also von einem ohne Schuld handelnden Täter bzw. Teilnehmer begangen sein. Es genügt die objektiv rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes. Ist die rechtswidrige Tat nur bei vorsätzlicher Begehungsweise strafbar, muss der entsprechende Vorsatz beim Täter/Teilnehmer vorliegen. Einziehung ist auch möglich, soweit die Straftat fahrlässig begehrbar und begangen ist. Eine rechtswidrige Tat ist auch der mit Strafe bedrohte Versuch. Der Täter/Teilnehmer hat etwas erlangt, sofern er die tatsächliche oder faktische Verfügungsgewalt, wenn auch nur über einen kurzen Zeitpunkt, über das „etwas“ ausüben kann.<sup>35</sup> Dabei genügt es, dass der Täter wenigstens die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das Taterlangte hat.<sup>36</sup> Das Wort „etwas“ drückt aus, dass das Bruttoprinzip gilt. Das heißt, der Einziehung unterliegt der gesamte Taterlös. Der Täter/Teilnehmer kann Gegenleistungen/Aufwendungen oder Kosten, die er zur oder bei der Tatausführung aufgewendet hat, nicht in Abzug bringen.<sup>37</sup> Ist das Taterlangte § 73 Abs. 1 StGB definiert, muss im nächsten Schritt zur Bestimmung dessen, was als Taterlangtes abgeschöpft werden kann, geprüft werden, ob das Erlangte noch originär in Form eines bestimmten Gegenstandes oder Rechtes beim Tatbeteiligten vorhanden ist. Ist dies der Fall, unterliegt der originär erlangte Gegenstand der Einziehung nach § 73 StGB. Ist das Erlangte hingegen originär nicht mehr vorhanden oder ist es z. B. durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung erheblich verändert worden, ist gem. § 73c StGB der Wert des Erlangten zu bestimmen.<sup>38</sup>

Das Recht der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zielt darauf ab, dem Täter von gewinnorientierten Straftaten die Früchte des deliktischen Tuns zu entziehen („crime must not pay“).<sup>39</sup> Dies ist der Grundsatz, auf welchem die Regeln der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung beruhen und die deshalb zu vermeiden suchen, dass ein strafbar erlangter Vermögensvorteil beim Täter verbleibt.<sup>40</sup> Insbesondere bei Vermögensdelikten sind die Vorschriften über die Vermögensabschöpfung unverzichtbar, um dem Anreiz zur Begehung einer derartigen Straftat zu minimieren.<sup>41</sup> Insofern sind die Strafverfolgungsorgane um eine effektivere Abschöpfung von Vermögensvorteilen aus Straftaten bemüht. Der Straftäter wird dort getroffen, wo es ihm am meisten „weh tut“, nämlich an seinem Geldbeutel. Dem Täter – und auch der Allgemeinheit – soll nicht das Gefühl vermittelt werden, dass Straftaten sich lohnen. Dieser Eindruck könnte aber dann entstehen, wenn dem Täter etwa das aus der Tat Erlangte verbleibt.

Wird die Einziehung eines Gegenstandes angeordnet, so geht das Eigentum an der Sache oder das Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat über, wenn der Gegenstand dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit gehört oder zusteht oder einem anderen gehört oder zusteht, der ihn für die Tat oder andere Zwecke in Kenntnis der Tatumstände gewährt hat (§ 75 Abs. 1 StGB).

## B. Nehmen Sie Stellung zur Vernehmung des Z im Hinblick auf die Nichtbeziehung eines Pflichtverteidigers

Das Recht der Pflichtverteidigung ist mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019<sup>42</sup> neu geregelt worden.<sup>43</sup> Der Gesetzgeber verfolgt vor allem das Ziel, die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (PKH-Richtlinie<sup>44</sup>) umzusetzen.

Die wesentlichen Vorschriften des Rechts der notwendigen Verteidigung befinden sich in den §§ 140, 141 StPO. Mit dem neuen Katalog der Fälle notwendiger Verteidigung in § 140 Abs. 1 StPO wollte der Gesetzgeber einen Perspektivenwechsel „weg von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren“ kodifizieren, der die wachsende Bedeutung des Ermittlungsverfahrens im Recht der notwendigen Verteidigung adäquat berücksichtigt.<sup>45</sup>

Gem. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn der Beschuldigte nach den §§ 115, 115a, 128 Absatz 1 oder § 129 einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorzuführen ist. Die Annahme notwendiger Verteidigung ist dabei nicht an die Vollstreckung von Untersuchungshaft oder einstweiliger Unterbringung geknüpft. Eine notwendige Verteidigung liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der Beschuldigte einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorzuführen ist.<sup>46</sup> Erfasst sind Vorführungen aufgrund eines erlassenen Haft- oder Unterbringungsbefehls gem. §§ 115, 115a StPO, aber auch bei Vorführungen nach vorläufiger Festnahme gem. §§ 128 f. StPO.<sup>47</sup>

Gem. § 141 Abs. 1 StPO wird in den Fällen der notwendigen Verteidigung dem Beschuldigten, dem der Tatvorwurf eröffnet worden ist und der noch keinen Verteidiger hat, unverzüglich ein Pflichtverteidiger bestellt, wenn der Beschuldigte dies nach Belehrung ausdrücklich beantragt. Über den Antrag ist spätestens vor einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung mit ihm zu entscheiden. Unabhängig von einem Antrag wird dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, in den Fällen der notwendigen Verteidigung ein Pflichtverteidiger bestellt, sobald er einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorgeführt werden soll (§ 141 Abs. 2 Nr. 1 StPO).<sup>48</sup>

Dabei ist in Fällen der vorläufigen Festnahme der Pflichtverteidiger erst zu bestellen, wenn eine Entscheidung über die Vorführung und die Beantragung eines Haftbefehls getroffen worden ist.<sup>49</sup> Damit wird ein Zeitfenster eröffnet, in dem eine Vernehmung des Beschuldigten ohne vorherige Bestellung eines Pflichtverteidigers möglich ist.<sup>50</sup> Die Gesetzesbegründung geht insoweit davon aus, dass nur bei EntschlieÙung über die Vorführung auch ein Fall notwendiger Verteidigung vorliege.<sup>51</sup>

Die Formulierung in § 141 Abs. 2 Nr. 1 StPO wirft Fragen auf, da ein Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO (erst dann) vorliegt, wenn die betroffene Person einem Gericht „vorzuführen ist“. Sowohl Art. 6 Abs. 6 Unterabsatz 2 lit. a als auch Art. 4 Abs. 4 Satz 2 lit. a der EU-RL 2016/1919 knüpfen daran, dass die betroffene Person einem Gericht vorgeführt wird. Die RL (EU) 2016/800 und (EU) 2016/1919 verlangen also nur eine Bestellung (irgendwann) vor der Vorführung. Nach dem Wortlaut des § 141 Abs. 2 Nr. 1 StPO müsste also bereits ein Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn die Polizei eine Person vorläufig festnimmt, weil sie ihn einem Gericht vorführen will. Zu diesem Zeitpunkt wird der Staatsanwalt, der darüber zu befinden hat, ob der Erlass eines Haftbefehls beantragt werden soll, aber regelmäßig noch gar nicht eingebunden sein. Es erscheint daher sachgerecht, die Bestellung von der Entscheidung des Staatsanwalts abhängig zu machen und da-

rauf abzustellen, dass eine Vorführung tatsächlich erfolgt.<sup>52</sup> Die kriminalistische Sachbearbeitung im Zusammenhang mit sog. „Haftsachen“ erfolgt (auch) mit dem Ziel der Feststellung, ob dringender Tatverdacht gegeben ist und ob Haftgründe vorliegen (§ 112 StPO).<sup>53</sup> Erst bei positiver Feststellung aller Punkte wird durch die ermittelnden Polizeibeamten – unter Einbindung des Bereitschaftsdienstes der Staatsanwaltschaft („Eildienst“) – eine Entscheidung im Hinblick auf die Anregung der Beantragung eines Haftbefehls für den Beschuldigten getroffen.<sup>54</sup>

Es stellt sich die Frage, wie die Verwertbarkeit der geständigen Einlassung eines Beschuldigten ohne Rechtsbeistand zu bewerten ist, die zur Herleitung des dringenden Tatverdachts und damit zur positiven Entscheidung im Hinblick auf die Anregung eines Haftbefehls geführt hat. Nach Auffassung des Gesetzgebers kann in Fällen der vorläufigen Festnahme „so lange mit der Bestellung zugewartet werden, bis die Entscheidung darüber gefallen ist, ob vorgeführt und Haftbefehl beantragt werden soll oder hiervon abgesehen wird; denn nur bei EntschlieÙung zur Vorführung liegt auch ein Fall der notwendigen Verteidigung vor“<sup>55</sup>. Diese Verfahrensweise führt allerdings dazu, dass ein Pflichtverteidiger zu konsultieren und die Vernehmung abubrechen ist, wenn der Beschuldigte Angaben macht, die einen dringenden Tatverdacht begründen und damit die Grundlage für eine richterliche Vorführung vorhanden ist, wodurch wiederum die Bestimmung des § 141 Abs. 2 Nr. 1 StPO einschlägig wäre.<sup>56</sup>

Im Sachverhalt soll Z dem Haftrichter vorgeführt werden. KOK C erwägt zwar die Bestellung eines Pflichtverteidigers, unterlässt dies aber, da Z die Aussage verweigert hat. Z wird sodann dem Haftrichter vorgeführt. Die Aussageverweigerung durch Z ist mithin kein Grund, von der Pflichtverteidigerbestellung abzusehen.

Besteht eine Pflicht zur Vorführung vor den Haftrichter, besteht auch die Pflicht, dem Beschuldigten einen Verteidiger von Amts wegen beizuordnen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Ist bereits ein Haftbefehl erlassen, entsteht die Verpflichtung zum Zeitpunkt der Ergreifung des Beschuldigten, wie sich schon aus §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1 StPO ergibt.<sup>57</sup> Bei einer vorläufigen Festnahme durch die Polizei, steht die Verpflichtung zur Vorführung vor den Haftrichter unter dem Vorbehalt der Entscheidung der Ermittlungsbehörden gegen eine Freilassung, wie sich aus § 128 Abs. 1 Satz 1 StPO ergibt. Mit der Entscheidung der Ermittlungsbehörden gegen eine Freilassung und für die Vorführung des vorläufig festgenommenen Beschuldigten, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung gem. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO und daran anknüpfend eine Verpflichtung zur Pflichtverteidigerbestellung gem. § 141 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor.<sup>58</sup>

## C. Darf Z zwecks erkennungsdienstlicher Behandlung durch KHK D vorgeführt werden?

Im Hinblick auf die Frage, ob Z 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 Strafrecht handelt. Die Frage ist von entscheidender Bedeutung für den Rechtsschutz gegen die Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen sowie für die Anordnungszuständigkeit.<sup>59</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>60</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Maßnahmen nicht schon deshalb Instrumente des Polizeirechts sind, weil sie nicht der Verfolgung begangener Straftaten dienen. Der Erkennungsdienst ist - wie das BVerfG selbst ausführte<sup>61</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>62</sup> Insofern hat das BVerfG auch DNA-Analysen zur Aufklärung künftiger Straftaten dem Strafprozessrecht zugeordnet.<sup>63</sup> Für § 81b Alt. 2 StPO kann aufgrund der identischen Zielsetzung konsequenterweise nichts anderes gelten<sup>64</sup> sodass die Regelung entgegen der noch herrschenden Meinung strafprozessualer Natur ist.<sup>65</sup>

Die erkennungsdienstliche Behandlung dient der Strafverfolgungsvorsorge. KHK D hat die Sorge, dass Z 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>66</sup>

Die Strafverfolgungsvorsorge ist neben der Verhütungsaufgabe darauf gerichtet, Vorsorge zu treffen für den Fall, dass Straftaten begangen werden.<sup>67</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>68</sup>, um vorbereitende Maßnahmen auf dem Gebiet des Strafrechts<sup>69</sup>, und damit um Strafverfolgungsmaßnahmen.<sup>70</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>71</sup>. Damit ist die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für diese Materie nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gegeben.<sup>72</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 Gesetzesprache jeden Sinn verlieren.<sup>73</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 Suspensiv-effekt (§ 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 überwiegender öffentlichen Interesses eine besondere Vollziehungsanordnung getroffen werden, um den Suspensiv-effekt 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>74</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>75</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>76</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 Zwanganwendung bereits beinhaltet und somit ein Landesrecht nicht zur Ausgestaltung einer bundesrechtlichen Norm herangezogen werden kann.<sup>77</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>78</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>79</sup> Das



OLG Hamm geht also offenbar von Strafprozessrecht aus. Davon gehen (mittlerweile) auch Teile der Literatur aus.<sup>80</sup>

### Literatur (Selbststudium):

**Bialon/Springer**, Eingriffsrecht. Eine praxisorientierte Darstellung, 7. Auflage 2022

**Keller**, Fälle und Lösungen zum Eingriffsrecht in Nordrhein-Westfalen, Band 1: Aufbauschemata, Standardmaßnahmen, 4. Auflage 2021

**Keller**, Fälle und Lösungen zum Eingriffsrecht in Nordrhein-Westfalen, Band 2: Zwang, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, Verdeckte Eingriffsmaßnahmen, 4. Auflage 2021

- 1 Ein sog. Kuhfuß ist ein auch für Einbrüche häufigsten verwendetes Hebelwerkzeug, mit dem man – im Vergleich mit einem Schraubendreher – bis zur 10-fachen der Hebelwirkung erzeugen kann.
- 2 Mit Erläuterungen zu diesem Schemata und weiteren Fällen Keller, Fälle und Lösungen zum Eingriffsrecht in Nordrhein-Westfalen, Band 1: Aufbauschemata, Standardmaßnahmen, 4. Aufl. 2021, passim.
- 3 Personenbezogene Daten sind in Art. 3 Nr. 1 JI-RL identisch zu Art. 4 Nr. 1 DSGVO legal definiert. Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass der Begriff der Identifizierbarkeit, wie auch in der DSGVO, weit ausgelegt wird. Identifizierbarkeit muss so verstanden werden, dass eine Information zwar für sich genommen nicht ausreicht, um sie einer Person zuzuordnen, dies aber gelingt, sobald die Information mit weiteren Informationen verknüpft wird, Müller-ter Jung CR 2019, 643 (645).
- 4 **Braun**, Staatsrecht für Polizeibeamte, 2. Aufl. 2022, S. 124.
- 5 Seit dem Urteil des BVerfG zum Volkszählungsgesetz v. 15.12.1983 (BVerfGE 65, 1) hat sich die Erkenntnis etabliert, dass jeder Umgang mit personenbezogenen Daten grundrechtsrelevant ist, d. h., es ist (im Zweifel) von einer Eingriffsqualität auszugehen (NJW 1984, 419).
- 6 OVG, Münster JZ 1979, 806.
- 7 Grundlegend zum Anfangsverdacht **Hoven**, NSTZ 2014, 361 ff.
- 8 **Soine**, Ermittlungsverfahren und Polizeipraxis, 2. Aufl. 2019, S. 30.
- 9 **Bosch**, JURA 2020, 36 (37).
- 10 Es liegen allenfalls vorliegend straflose Vorbereitungshandlungen vor, die zeitlich vor dem Versuch liegen und die Phase bezeichnen, in denen der Täter entweder seinen Entschluss endgültig fasst oder seinen bereits festen Tatentschluss noch nicht in die Tat umgesetzt hat, vgl. **Cornelius**, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 54. Edition (1.8.2022), § 22, Rn. 10.
- 11 **Vahle**, Kriminalistik 1990, 189 (256).
- 12 **Griesbaum**, in: Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 163b, Rn. 32.
- 13 **Borsdorff/Kastner**, Musterklausuren Einsatzrecht für die Bundespolizei, 4. Aufl. 2010, S. 213. Diese Konnexität wird in der polizeilichen Praxis nicht immer hinreichend bedacht, mit der Konsequenz, dass sich die voreilige Abgabe von polizeilichen Warnschüssen bei genauer Betrachtung gelegentlich als widerrechtlich erweist.
- 14 Insoweit wiederholt § 57 (lediglich) die Anordnung des § 55 Abs. 1 Satz 2 PolG NRW.
- 15 **Thiel**, in: Möstl/Kugelmann, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 13. Edition, Stand: 1.6.2022, § 57 PolG, Rn. 5.
- 16 **Neuwirth**, Polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen Personen, 2. Aufl. 2006, S. 67.
- 17 Instruktiv zum Schusswaffengebrauch gegen Pkw, **Neuwirth**, SWG, S. 66 f.
- 18 **Thiel**, in: Möstl/Kugelmann, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 13. Edition, Stand: 1.6.2022, § 63 PolG, Rn. 10.
- 19 **Thiel**, in: Möstl/Kugelmann, Beck'scher Online-Kommentar Polizei- und Ordnungsrecht Nordrhein-Westfalen, 13. Edition, Stand: 1.6.2022, § 64 PolG, Rn. 13.
- 20 Dies ist durch Untersuchungen belegt, vgl. z. B. **Roos**, Kriminalistik 1986, 607 ff.; **Falke/Peters**, Kriminalistik 1994, 53 ff.: Schussspuren, Untersuchungen zur Wirkung von Geschosstreffern auf Autoreifen.
- 21 Nach h. M. sind Unbeteiligte diejenigen Personen, bei denen die Voraussetzungen für den Schusswaffengebrauch nicht vorliegen; statt vieler: **Thiel**, in: BeckOK POR NRW, § 63 PolG, Rn. 27; **Kay/Böcking** PolR NRW, Rn. 438.
- 22 Vgl. BGH Kriminalistik 1989, 565 (Beifahrer als Unbeteiligter?).
- 23 Zur Geeignetheit eines Schusswaffengebrauchs auch **Roos**, Kriminalistik 1993, 637 ff.
- 24 **Park**, Durchsuchung, Rn. 460.
- 25 OLG Zweibrücken NSTZ 1989, 268: Voraussetzungen einer wirksamen dienstlichen Beschlagnahme; polizeiliche Sicherstellung eines Fahrzeugs.
- 26 BGH NSTZ 1988, 552: Nichtweitergabe von Asservaten durch Sachbearbeiter der Kriminalpolizei.
- 27 Zum Regelungsgefüge instruktiv **Kempf/Schilling**, StraFo 2006, 180 (182).
- 28 **Tetsch**, ER Bd. 2, S. 157; s. auch OLG Düsseldorf NJW 1995, 2239.
- 29 LG Flensburg StV 2004, 644: Abtretung sichergestelltes Geldes an den Verteidiger.
- 30 **Jung**, StV 2004, 644 (647).
- 31 BGH NJW 2015, 1238: Herausgabe von beschlagnahmten Bargeld an die letzten Besitzer.
- 32 Zum Begriff des Tatwerkzeugs OLG Düsseldorf CR 1993, 377.
- 33 BGH, Beschl. v. 8.5.2018 – 5 STR 65/18; instruktiv (klassischen) Einziehung **Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert**, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, 2019 S. 85 ff.
- 34 BGH NZWiSt 2019, 321.
- 35 BGH NJW 2006, 2500.
- 36 BGH NSTZ 2003, 198.
- 37 BGH NSTZ 2001, 312.
- 38 **Reitemeier/Koujouie**, Vermögensabschöpfung, S. 7.
- 39 Zur „Idee der Vermögensabschöpfung“ BKST Vermögensabschöpfung, S. 3 ff.; **Savini**, Vermögensabschöpfung, S. 11 ff.
- 40 Grundlegend **Bittmann**, NSTZ 2019, 383 ff.
- 41 **Schulz-Merkel**, jurisPR-StrafR 16/2017, Anm. 2.
- 42 BGBl. I S. 2128, 2129.
- 43 Zur Abgrenzung zwischen notwendiger Verteidigung und „Pflichtverteidigung“ **Klaas**, JA 2020, 262 (264).
- 44 ABl. EU 2016 Nr. L 197 S. 1.
- 45 BT-Drucks. 19/13829, 31; grundlegend kritisch **Kraft/Girkens**, NSTZ 2021, 454 (462). Nach Auffassung von **Kraft/Girkens** lässt sich der Regelungsgehalt dieser Normen dergestalt zusammenfassen, dass § 140 StPO Gründe für die Bestellung eines notwendigen Verteidigers benennt, während § 141 StPO den Zeitpunkt der Bestellung regelt, was auch durch die amtliche Überschrift des § 141 StPO nahegelegt wird. Dieser Grobvermessung werden die möglichen Auswirkungen der Neuregelung jedoch nicht gerecht, wie die zu besprechende Entscheidung des BGH belegt; vgl. **Schladitz**, HRRS 2022, 283 (284).
- 46 Hierzu **BöB**, NSTZ 2020, 185 (187).
- 47 **Krawczyk**, in: BeckOK StPO, 44. Edition (1.7.2022), § 140, Rn. 8.
- 48 Zur zwingenden Pflichtverteidigerbestellung im Falle der Vorführung **Galneder/Ruppert**, StV 2021, 202.
- 49 BT-Drs. 19/13829, 37.
- 50 Vgl. auch **BöB**, NSTZ 2020, 185 (189); Elobied, StraFo 2022, 230; **Galneder/Ruppert**, StV 2021, 202 (204).
- 51 BT-Drs. 19/13829, 33 und 37. Ob Abweichendes gilt, wenn die vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO erfolgt, d. h. wenn die Voraussetzungen für den Haftbefehl von den Strafverfolgungsbehörden bejaht werden, ist deshalb fraglich, weil auch in diesem Fall die Vorführung nicht zwangsläufig ist. Es bleibt vielmehr auch dann Raum für eine Entscheidung über die Vorführung, die unterbleiben kann, wenn die Voraussetzung des Haftbefehls zu Unrecht angenommen oder nachträglich weggefallen sind; **Krawczyk**, in: BeckOK StPO, 44. Edition (1.7.2022), § 141, Rn. 15.
- 52 **Sommerfeld**, ZJJ 2018, 296 (307).
- 53 Im Übrigen ist es eine gängige polizeiliche Arbeitshypothese, dass Beschuldigte besonders in der Frühphase der Ermittlungen dazu bewegt werden können, Angaben zur Sache zu machen. Dies betrifft insbesondere den ersten Zugriff des Beschuldigten, in dem dieser unvorbereitet (und unverteidigt) auf die Polizei trifft und vernommen

- wird; vgl. zu den Auswirkungen der Neuregelungen im Bereich der Pflichtverteidigung vor diesem Hintergrund *Laustetter/Voigt*, Kriminalistik 2021, 227 ff.
- 54 Zum Verfahrensablauf *Keller*, Basislehrbuch Kriminalistik, 2019, S. 398 ff.
- 55 BT-Drs. 19/13829, 37.
- 56 Instrukтив *Keller*, Kriminalistik 2020, 178 ff.
- 57 *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl. 2022, § 141, Rn. 12.
- 58 *BöB*, NSTZ 2020, 189.
- 59 Ausführlich: *Keller*, Kriminalistik 2014, 103 ff.
- 60 BVerwG, Beschl. vom 18.5.2011 – 6 B 1/11, NVwZ-RR 2011, 710, Anm. *Hebeler*, JA 2011, 959 ff.; BVerwG, Beschl. vom 14.7.2014 – 6 B 2/14, NVwZ-RR 2014, 848. Entsprechend auch *Trück*, in: *Kudlich/Schneider*, Münchener Kommentar zur StPO, 2019, § 81b, Rn. 4; *Goers*, in: Graf, BeckOK StPO, 44. Edition (01.07.2022), § 81b, Rn. 2.
- 61 BVerwG, Beschl. vom 18.5.2011 – 6 B 1/11, NVwZ-RR 2011, 710.
- 62 BVerfG, Urt. vom 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, NJW 2005, 2603: Vorbeugende/vorsorgende TKÜ gegen Straftaten.
- 63 BVerfG, Beschl. vom 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879; dazu *Wollweber*, NJW 2011, 2304.
- 64 So bereits *Keller*, Kriminalistik 2004, 190 ff.
- 65 *Frister*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018, Kap. F, Rn. 287.
- 66 *Graulich*, NVwZ 2014, 685 (686).
- 67 Grundlegend zur polizeilichen Vorfelddarbeit *Kniesel*, Kriminalitätsbekämpfung durch Polizeirecht, 2022, passim; ders. bereits in Kriminalistik 1987, 369 (371 ff.).
- 68 *Senge*, NJW 1999, 253 (255).
- 69 *Volk*, NSTZ 1999, 165.
- 70 OLG Zweibrücken, Beschl. vom 6.11.1998 – 1 Ws 556–98, NJW 1999, 300.
- 71 BVerfG, Beschl. vom 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879: DNA-Identitätsfeststellung, Anm. *Senge*, NSTZ 2001, 331.
- 72 *Senge*, NSTZ 2001, 328 (331).
- 73 Kritisch insofern *Kniesel/Paeffgen/Keppel/Zenker*, Die Polizei 2011, 333 (339); *Kniesel*, Die Polizei 2017, 189 (195).
- 74 *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.
- 75 *Bock*, ZIS 2007, 129.
- 76 *Mayer*, Kriminalistik 2015, 520 (524); auch bereits *Kaefer*, Kriminalistik 1993, 709 (711).
- 77 OLG Hamm, Beschl. vom 13.4.2012 – 1–15 W 131/12, NSTZ-RR 2012, 254.
- 78 OLG Naumburg, Beschl. vom 6.12.2005 – 10Wx 14/05, NSTZ-RR 2006, 179.
- 79 OLG Naumburg, NSTZ-RR 2006, 179.
- 80 *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2014, Rn. 195: 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.