

A. Grundlagen des Eingriffsrechts

I. Begriff und Bedeutung des Eingriffsrechts

Das **Eingriffsrecht** umfasst die polizei- und strafverfahrensrechtlichen Normen, die den Polizeivollzugsdienst zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 1 PolG (Gefahrenabwehr und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten) zu Eingriffen in die Grundrechte ermächtigen. Das **Polizeirecht** sind alle verwaltungsrechtlichen Regelungen, die sich auf diejenige Staatstätigkeit erstrecken, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung schützt, Gefahren von ihr abwendet und eingetretene Störungen beseitigt.¹ Es ist in den Polizei- und Ordnungsgesetzen der einzelnen Bundesländer geregelt. Diese haben hierfür nach Art. 70 I GG die Gesetzgebungskompetenz.² In Baden-Württemberg ist das Polizeirecht im Polizeigesetz (PolG) enthalten. Das **Strafverfahrensrecht** dient als formelles Strafrecht der Verwirklichung des Strafverfolgungsanspruchs des Staates. Es ist das rechtliche Instrumentarium zur praktischen Umsetzung der Strafbestimmungen des materiellen Strafrechts und befasst sich mit der Art und Weise, nach der die staatlichen Strafverfolgungsorgane die Feststellung treffen, ob und wie eine Person zu bestrafen ist.³ Der Bund hat nach Art. 74 I Nr. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren und damit auch für das Strafverfahrensrecht.⁴ Das Strafverfahrensrecht ist im Wesentlichen in der Strafprozeßordnung (StPO) geregelt. Weitere strafverfahrensrechtliche Regelungen ergeben sich zusätzlich aus einer Vielzahl anderer Gesetze, wie z. B. der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG), dem Strafgesetzbuch (StGB) oder dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).⁵ Polizeibeamte müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben sowohl das Polizei- als auch das Strafverfahrensrecht beherrschen. Wegen der **großen praktischen Bedeutung** des Polizei- und des Strafverfahrensrechts für den Polizeivollzugsdienst müssen beide Gebiete innerhalb der polizeilichen Ausbildung zusammengeführt werden, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufzuzeigen.

II. Begriff des Eingriffs

Ein **Eingriff** ist jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht. Diese Wirkung kann final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich und mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgen.⁶

1 Schoch/Schoch 2. Kap. Rn. 1.

2 BVerfG NJW 2005, 2603 (2605).

3 Kramer Rn. 2.

4 BVerfG NJW 2005, 2603 (2605); NJW 2001, 879.

5 Näher zu den Rechtsquellen des Strafverfahrensrechts Roxin/Schünemann § 3 Rn. 1 ff.; Kramer Rn. 5 ff.

6 Näher hierzu Sodan/Ziekow § 24 Rn. 5 ff.; Kingreen/Poscher Rn. 259 ff.

Beispiele:

Einsatz einer Videokamera oder einer Vertrauensperson zur polizeilichen Aufgabenerfüllung.

- 3** Es liegt kein Eingriff vor, wenn die von der polizeilichen Maßnahme betroffene Person in diese freiwillig einwilligt.

Beispiel:

Durchsuchung mit Einwilligung des Betroffenen.

Die **Voraussetzungen der Freiwilligkeit** sind, die Kenntnis von der Maßnahme und der Sachlage. Außerdem darf keine Gewalt, kein Zwang, keine Drohung und keine arglistige Täuschung angewandt werden.⁷ Die **Einwilligung** kann jederzeit widerrufen werden. Die bis zum Widerruf erlangten Erkenntnisse bleiben jedoch verwertbar.⁸ In bestimmten Fällen ist eine Einwilligung nicht wirksam.

Beispiel:

Einwilligung zur Hypnose bei einer polizeilichen Vernehmung (vgl. § 136a III 1 StPO).

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

- 4** Das Eingriffsrecht ist sehr stark durch das Verfassungsrecht geprägt; insbesondere von den Grundrechten. Als Teil der vollziehenden Gewalt ist der Polizeivollzugsdienst nach Art. 1 III GG an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

1. Grundrechte

- 5** Die meisten Grundrechte des Grundgesetzes sind **Freiheitsrechte**. Sie schützen den Bürger vor Verkürzungen seiner Freiheit. Ihre Hauptfunktion ist die **Abwehr staatlicher Eingriffe** in den Freiraum des Bürgers. Die Freiheitsrechte begründen Ansprüche des Bürgers auf Unterlassen staatlicher Maßnahmen.⁹

Beispiel:

A wird von der Polizei festgenommen. Art. 2 II 2 GG begründet einen Anspruch von A gegen die Polizei dies zu unterlassen.

- 6** Die Freiheit des Einzelnen in der staatlichen Gemeinschaft kann nicht grenzenlos sein. Bis auf die **Menschenwürde des Art. 1 I GG** sind deswegen alle Grundrechte einschränkbar. Eingriffe in die Menschenwürde sind **verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen**. Dies gilt selbst dann, wenn der Betroffene damit einverstanden ist. Jeder Eingriff in die Menschenwürde stellt zugleich unweigerlich einen Verstoß gegen sie dar.¹⁰

⁷ Dörschuck S. 23.

⁸ Dörschuck S. 24.

⁹ Näher zur Funktion der Grundrechte Deger S. 11 ff.

¹⁰ Jarass/Pieroth Art. 1 Rn. 16.

Beispiel:

Der Polizeivollzugsdienst droht einem festgenommenen Kindesentführer die Zuführung erheblicher körperlicher Schmerzen an, wenn dieser weiterhin den Aufenthaltsort des Kindes verschweigt. Die Androhung der Folter ist ein Verstoß gegen Art. 1 I GG, der nicht mit dem Ziel der Maßnahme, das Kind zu retten, gerechtfertigt werden kann.¹¹

Für die Polizei mit ihren besonderen Aufgaben und Befugnissen gibt es immer wieder Konfliktsituationen, in denen die Achtung und der Schutz der Menschenwürde für jeden Beamten eine besonders wichtige und schwierige Aufgabe wird. Insbesondere dann, wenn sich die Tätigkeit gegen Personen richtet, die die Menschewürde anderer in verbrecherischer Weise missachten.¹²

7

2. Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung

8

Aus Art. 1 I GG hat das Bundesverfassungsgericht als absolute Grenze für polizeiliche Maßnahmen den verfassungsrechtlich gebotenen **Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung** abgeleitet.¹³ Wegen des Bezugs zu Art. 1 I GG können selbst überragend wichtige Interessen der Allgemeinheit, wie z. B. die Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität, einen Eingriff in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht rechtfertigen.¹⁴ Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung ist **unantastbar**. Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung ist besonders bei den verdeckten präventiven und repressiven polizeilichen Maßnahmen zu beachten.¹⁵ Er ist aber auch bei den offenen Maßnahmen des Polizei- und Strafverfahrensrechts zu berücksichtigen.

Sowohl im baden-württembergischen Polizei- als auch im Strafverfahrensrecht gibt es keine allgemeine gesetzliche Regelung zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung.¹⁶ Lediglich bei der repressiven und präventiven Wohnraumüberwachung existieren spezielle gesetzliche Bestimmungen zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung (§ 100c IV und V StPO sowie § 23 II und V PolG). Gleichermaßen gilt für die TKÜ zur Strafverfolgung (§ 100a IV StPO). Auch wenn für die zur polizeilichen Aufgabenerfüllung jeweils in Betracht kommende Maßnahme keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung besteht, muss dieser verfassungsrechtliche Aspekt immer beachtet werden.

9

Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakter hat. Der **höchstpersönliche Charakter** bestimmt sich danach, in welcher Art und Intensität er die Sphäre anderer oder Belange der Gemein-

10

11 Speziell hierzu EGMR NStZ 2008, 699 ff.; BVerfG EuGRZ 2004, 807f.; LG Frankfurt NJW 2005, 321 ff.; Herzberg JZ 2005, 321; Brugger JZ 2000, 164 ff.; Gebauer NVwZ 2005, 692 ff.

12 Stephan/Deger § 4 Rn. 57.

13 BVerfG NJW 2016, 1781 (1786 ff.) m. w. N. Grundlegend BVerfG NJW 2004, 999 ff. Speziell zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung Trunuit VBIBW 2010, 424 ff.; Baldus JZ 2008, 218 ff.

14 BVerfG NJW 2016, 1781 (1786).

15 Warg NVwZ 2012, 237 (241).

16 Anders z. B. § 16 PolG NW und § 29 VI BbgPolG.

schaft berührt.¹⁷ Folgende Situationen gehören typischerweise zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung:

- Äußerungen über innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art sowie Ausdrucksformen der Sexualität;¹⁸
- Kommunikation mit dem Ehepartner und anderen engsten Familienangehörigen, etwa Geschwistern und Verwandten in gerader Linie, insbesondere, wenn sie im selben Haushalt leben;¹⁹
- Kommunikation mit anderen Personen des besonderen Vertrauens, wie z. B. Gespräche mit engen persönlichen Freunden, seelsorgerische Gespräche mit Geistlichen, Gespräche mit Strafverteidigern und im Einzelfall auch Arztgespräche.²⁰

11 Nicht zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gehören Gespräche in Betriebs- und Geschäftsräumen mit geschäftlichem Charakter²¹ und Gespräche mit Presseangehörigen und Parlamentsabgeordneten, da ihre Zeugnisverweigerungsrechte wegen der Funktionsfähigkeit der Institutionen und nicht wegen des Persönlichkeitsschutzes gewährt werden²². Auch Gespräche über begangene oder geplante Straftaten gehören nicht zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung.²³ Dies gilt jedoch nicht, wenn diese Gespräche mit einem Strafverteidiger geführt werden. Ein nichtöffentlicht geführtes Selbstgespräch, das sich auf eine Straftat bezieht, gehört nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung und begründet ein Beweisverwertungsverbot.²⁴

Beispiel:

In einem Strafverfahren wegen Verdacht des Mordes an der Ehefrau eines der drei Beschuldigten hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein für die Täterschaft sprechendes Selbstgespräch des Ehemanns zum absolut geschützten Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gehört und deswegen einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. In dem Selbstgespräch des Ehemanns, das in dessen Pkw gemäß § 100f StPO abgehört wurde, fiel u. a. die Aussage: „Wir haben sie tot gemacht.“ Für den Kernbereichsschutz des Selbstgesprächs sprechen nach dem Bundesgerichtshof die Eindimensionalität der Selbstkommunikation, die Nichtöffentlichkeit, die mögliche Unbewusstheit der Äußerung, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken und die Flüchtigkeit des Worts.²⁵

12 Eine zeitliche und räumliche **Rundumüberwachung** (auch **Totalüberwachung** genannt) ist mit dem Kernbereichsschutz nicht zu vereinbaren, weil dann alle

17 BVerfG NJW 2005, 2603 (2612).

18 BVerfG NJW 2004, 999 (1002).

19 BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

20 BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

21 BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

22 BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

23 BVerfG NJW 2004, 999 (1003); NJW 2005, 2603 (2612).

24 BGH NStZ 2012, 277 ff. Hierzu Warg NVwZ 2012, 237 ff.

25 BGH NStZ 2012, 277 (278).

Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil gemacht werden können.²⁶ In der Rechtsprechung ist bisher jedoch noch kein Fall einer verfassungsrechtlich unzulässigen Rundumüberwachung angenommen worden.²⁷ Eine Verletzung des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung hat die Rechtsprechung auch in den Fällen der sog. Rund-um-die-Uhr-Überwachung der aus der Sicherungsverwahrung entlassenen ehemaligen Sicherungsverwahrten durch offene längerfristige Observationen nicht angenommen, weil eine Beobachtung der Betroffenen in ihrer Wohnung nicht stattfand. Allerdings mussten die oberservierenden Polizeibeamten zur Gewährleistung des Schutzes des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung bei Gesprächen der Betroffenen mit Ärzten, Rechtsanwälten und Bediensteten von Behörden Abstand halten.²⁸

3. Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Aus dem in Art. 20 III GG verankerten **Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung** folgt, dass der Polizeivollzugsdienst, Grundrechtseingriffe nur aufgrund einer **verfassungsgemäßen gesetzlichen Rechtsgrundlage** (auch **Ermächtigungsgrundlage** genannt) vornehmen darf (**Vorbehalt des Gesetzes**). Weiterhin müssen die Voraussetzungen dieser Rechtsgrundlage erfüllt sein (**Vorrang des Gesetzes**). Gesetze im materiellen Sinne sind förmliche Parlamentsgesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen.²⁹ Keine Gesetze sind Verwaltungsvorschriften, wie z. B. PDV, VwV PolG und RiStBV. Diese gelten nur innerbehördlich und binden die Gerichte nicht.³⁰ Wenn das polizeiliche Handeln nicht mit einem Eingriff in Grundrechte einhergeht, ist hierfür keine Rechtsgrundlage erforderlich. Für die Maßnahme genügt dann die Aufgabenzweisungsnorm (§ 1 I PolG und § 163 I 1 StPO).³¹

Beispiele:

Streifen, schlichtes Mitführen der Dienstwaffe, Planung der Bereitstellung von Einsatzkräften für eine Razzia, zufälliges Beobachten und Mithören und Entgegennahme von Informationen von Privaten.

4. Bestimmtheitsgrundsatz

Eingriffsrechtliche Ermächtigungsgrundlagen müssen den rechtsstaatlichen Anforderungen der **Bestimmtheit** und **Klarheit** einer gesetzlichen Ermächtigung genügen (sog. **Bestimmtheitsgrundsatz**). Hierzu hat der Gesetzgeber Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.³² Außerdem muss die **im Einzelfall** von der Polizei getroffene Maßnahme hinreichend bestimmt genug sein. Eine polizeiliche Maßnahme ist dann **hinreichend bestimmt** genug, wenn sie aus sich heraus verständlich ist und ohne weitere Konkretisierung Grundlage einer Vollstreckungsmaßnahme sein kann.³³

13

14

26 BVerfG NJW 2004, 999 (1004).

27 Hierzu BGH Urteil vom 14.8.2009 – 3 StR 52/08 – juris Rn. 97 ff; NStZ 2001, 386 (388).

28 VG Freiburg VBIBW 2011, 239 (241). Hierzu auch Guckelberger VBIBW 2011, 209 (214 f.).

29 Detterbeck Rn. 88 ff.; Oberrath Rn. 8.

30 Detterbeck Rn. 100 ff.; Oberrath Rn. 721.

31 VGH BW NVwZ 1989, 279 (280).

32 BVerfG NJW 2008, 822 (827 f.) m. w. N.

33 Ruder Rn. 299.

5. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- 15** Die Verfassungsmäßigkeit einer polizeilichen Maßnahme setzt die Beachtung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** voraus. Dieser verlangt, dass der Staat mit dem Grundrechtseingriff einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und angemessenen Mitteln (**Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne**) verfolgt.³⁴ **Legitim** ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder betont, dass die Gefahrenabwehr und die Strafverfolgung zentrale Aufgaben des Rechtsstaats sind.³⁵ Die **Geeignetheit** einer Maßnahme ist gegeben, wenn sie zur Erreichung des Ziels der Maßnahme erfolgversprechend erscheint.³⁶ **Erforderlichkeit** bedeutet, dass es kein mildereres Mittel zur Erreichung des Ziels gibt.³⁷ **Angemessenheit** liegt vor, wenn durch die Maßnahme kein Nachteil herbeigeführt wird, der erkennbar außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg steht.³⁸

- 16** Für polizeirechtliche Maßnahmen ist der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** in § 5 PolG geregelt. Teilweise wird er darüber hinaus in einigen Ermächtigungsgrundlagen des PolG nochmals ausdrücklich im Tatbestand angesprochen.

Beispiel:

Eine Beschlagnahme ist nach § 33 I PolG nur zulässig, wenn diese erforderlich ist.

In der Strafprozessordnung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anders als in § 5 PolG nicht in einer allgemeinen Norm ausdrücklich geregelt. Einzelne strafverfahrensrechtliche Rechtsgrundlagen enthalten jedoch **spezialgesetzliche Ausprägungen der Verhältnismäßigkeit**.

Beispiel:

Eine körperliche Untersuchung ist nach § 81a I 2 StPO nur zulässig, wenn hierdurch kein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten entsteht.

Wenn eine solche Regelung fehlt, ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der jeweiligen Maßnahme zu beachten ist.

Beispiel:

Eine Durchsuchung nach §§ 102 ff. StPO muss immer verhältnismäßig sein.

IV. Unterschiede zwischen dem präventiven und repressiven Aufgabenbereich

- 17** Die Polizei hat nach § 1 PolG die Aufgaben der Abwehr von Gefahren (§ 1 I PolG = **präventiver Aufgabenbereich**) und der Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (§ 1 II PolG i. V. m. § 163 I StPO bzw. § 53 I OWiG =

³⁴ BVerfG NJW 2000, 55 (61); NJW 2004, 999 (1008); NJW 2006, 1939 (1941); NJW 2008, 822 (828).

³⁵ BVerfG NJW 2010, 833 (838); NJW 2008 822, (829 f.); NJW 2005, 1917 (1921); NJW 2003, 1787 (1789).

³⁶ BVerfG NJW 2003, 1787 (1789 f.).

³⁷ BVerfG NJW 2003, 1787 (1790).

³⁸ BVerfG NJW 2003, 1787 (1790).

repressiver Aufgabenbereich) Die Rechtsgrundlagen für die polizeiliche Aufgabenerfüllung ergeben sich aus dem Polizei- und Strafverfahrensrecht. Beide Rechtsgebiete weisen bei folgenden Aspekten erhebliche Unterschiede auf:

- Begriff und Stellung der Polizei
- Legalitäts- und Opportunitätsprinzip
- Eingriffsschwellen
- Betroffene Personen
- Formen des polizeilichen Handelns
- Verfahrens- und Formvorschriften
- Schutz privater Rechte
- Rechtsschutz.

Wegen der Unterschiede zwischen dem Polizei- und Strafverfahrensrecht stehen präventive und repressive Eingriffsbefugnisse im **Verhältnis wechselseitiger Exklusivität**. Der Polizeivollzugsdienst kann sein Handeln also nicht gleichzeitig auf polizei- und strafverfahrensrechtliche Rechtsgrundlagen stützen, sondern muss sich entscheiden, ob er hierfür eine präventive oder repressive Rechtsgrundlage heranzieht.³⁹

18

1. Begriff und Stellung der Polizei

Der polizeirechtliche **Begriff der Polizei** ist weiter als der strafverfahrensrechtliche. Nach § 59 PolG gehören die **Polizeibehörden** und die **Beamten des Polizeivollzugsdienstes** zur Polizei.⁴⁰ Im Strafverfahrensrecht wird unter der Polizei **nur der Polizeivollzugsdienst** verstanden.⁴¹ Im präventiven und repressiven Aufgabenbereich ist die **Stellung der Polizei** jeweils anders ausgestaltet. Bei der Strafverfolgung ist die Polizei an die Staatsanwaltschaft gebunden. Neben der Staatsanwaltschaft steht zwar auch der Polizei gemäß § 163 I StPO bei einem Anfangsverdacht die Befugnis zu, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten (sog. **Recht des ersten Zugriffs**). Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren ist die Staatsanwaltschaft jedoch die „Herrin des Verfahrens“. Die Beamten des Polizeidienstes sind nach § 161 I 2 StPO verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen.⁴² Dagegen kann die Staatsanwaltschaft der Polizei zu präventivpolizeilichen Maßnahmen, wie der Verhinderung von Straftaten, keine Weisungen erteilen.⁴³

19

2. Legalitäts- und Opportunitätsprinzip

Das Strafverfahrensrecht ist vom Legalitätsprinzip beherrscht.⁴⁴ Im Polizeirecht gilt dagegen das Opportunitätsprinzip.

20

a) **Das Legalitätsprinzip.** Das Legalitätsprinzip kommt in §§ 152 II, 160, 161 I, 163 I StPO zum Ausdruck. Es begründet die Pflicht der Strafverfolgungsbe-

21

39 Roggan DIE POLIZEI 2008, 112 (113); Knape/Schönrock DIE POLIZEI 2011, 245 (249).

40 Näher zum Polizeibegriff Zeitler/Trunxit Rn. 2 ff.

41 Meyer-Goßner/Schmitt Einl. Rn. 39; Kramer Rn. 106a.

42 Ausführlich zum Verhältnis zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei Roxin/Schünemann § 9 Rn. 21 ff.

43 Anl. A RiStBV A.

44 Näher hierzu Pommer JURA 2007, 662 ff.

hördern, bei Vorliegen zureichender Anhaltspunkte wegen aller strafbaren Handlungen einzuschreiten. Das Legalitätsprinzip ist über §§ 258, 258a StGB (Strafvereitelung im Amt) materiell-rechtlich abgesichert. Wegen des Legalitätsprinzips steht dem Polizeivollzugsdienst bei der Strafverfolgung **kein Ermessen** zu. Das Legalitätsprinzip zwingt den Polizeivollzugsdienst zur Strafverfolgung. Im Rahmen des Legalitätsprinzips ist der Polizeivollzugsdienst jedoch dazu berechtigt, ein Ermittlungsverfahren nach kriminaltaktischen Gesichtspunkten zu führen (sog. **Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens**).⁴⁵

Beispiel:

Erfährt der Polizeivollzugsdienst durch eine verdeckt durchgeführte längerfristige Observation nach § 163f StPO von neuen Straftaten, müssen nicht sofort Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden, die die Gefahr eines Erkennens der Observation durch den Betroffenen begründen. Das Legalitätsprinzip zwingt die Ermittler nur dazu, dafür zu sorgen, dass die neu bekannten Straftaten überhaupt verfolgt werden. Aufgrund der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens kann die Verfolgung der neu bekannt gewordenen Tatsachen zunächst zurückgestellt werden.

- 22** Eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips findet in der Strafprozeßordnung in den §§ 153 ff. StPO statt, die eine Einstellung des Verfahrens durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft nach Gesichtspunkten der Opportunität ermöglichen.⁴⁶
- 23** **b) Das Opportunitätsprinzip.** Das bei der Gefahrenabwehr geltende **Opportunitätsprinzip** begründet keine Pflicht zum polizeilichen Handeln, sondern stellt dieses in das **pflichtgemäß Ermessen** (§ 3 PolG). Für den Polizeivollzugsdienst gilt das Opportunitätsprinzip nach § 53 I 1 OWiG auch bei der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten. Im Polizeierecht kommt das Opportunitätsprinzip in den Formulierungen der polizeigesetzlichen Rechtsgrundlagen zum Ausdruck, nach denen die Polizei beim Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen handeln **kann**. Dies heißt nicht, dass sie handeln **muss** oder **soll**. Ermessen bedeutet, dass der Polizei die Entscheidung freigestellt wird, ob (**Entschließungsermessen**) und wie (**Auswahlermessen**) sie handelt. Das Ermessen begründet keine absolute Freiheit. Es muss pflichtgemäß ausgeübt werden (§ 3 PolG). Dieses ist der Fall, wenn **kein Ermessensfehler** vorliegt. Als Ermessensfehler kommen **Ermessensnichtgebrauch**, **Ermessenfehlgebrauch** oder **Ermessensüberschreitung** in Betracht.
- 24** Ein **Ermessensnichtgebrauch** liegt vor, wenn die Polizei das ihr zustehende Ermessen überhaupt nicht ausübt. Ein **Ermessenfehlgebrauch** ist gegeben, wenn sachfremde Überlegungen in die polizeiliche Entscheidung einfließen. Die Setzung einer Rechtsfolge, die die Rechtsgrundlage nicht vorsieht, wird als **Ermessensüberschreitung** bezeichnet.⁴⁷ In der polizeilichen Praxis kommt es häufig vor, dass eine sog. **Ermessensreduzierung auf Null** vorliegt. Dieses ist dann der

45 BVerfG NJW 1996, 771 (772); LR/Rieß § 163 Rn. 31; KK/Wache § 163 Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt § 163 Rn. 47.

46 Hierzu Roxin/Schünemann § 14 Rn. 5 ff.

47 Näher hierzu Zeitler/Trurnit Rn. 216 ff.; Ruder Rn. 293 ff.

Fall, wenn zum Schutz von besonders wichtigen Rechtsgütern sich nur die Entscheidung zum Einschreiten als richtig erweist.⁴⁸

Beispiel:

A droht damit, B umzubringen. Um das Leben von B zu schützen, muss die Polizei handeln.

3. Eingriffsschwellen

Die Zulässigkeit strafverfahrensrechtlicher Maßnahmen wird an das Vorliegen eines Verdachts geknüpft. In der Strafprozeßordnung gibt es drei Stufen des Verdachts: den **Anfangsverdacht**, den **hinreichenden Tatverdacht** und den **dringenden Tatverdacht**. Im Polizeirecht wird die Schwelle für die Zulässigkeit einer polizeilichen Maßnahme (**Eingriffsschwelle**) dagegen grundsätzlich durch die **Gefahr** markiert. Einige polizeigesetzliche Rechtsgrundlagen erstrecken die polizeiliche Aufgabenerfüllung aber auch auf die **vorbeugende Bekämpfung** von Straftaten.

25

a) Der **Verdacht als strafverfahrensrechtliche Eingriffsschwelle**. Die Strafprozeßordnung knüpft die Strafverfolgungspflicht von Staatsanwaltschaft und Polizei an das Vorliegen eines **Anfangsverdachts** (§ 152 II StPO). Wenn ein Anfangsverdacht besteht, ist ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Ein **Anfangsverdacht** liegt vor, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat vorliegen. Aus konkreten **Tatsachen** muss sich ergeben, dass möglicherweise eine Straftat vorliegt. **Kriminalistische Erfahrungen** können berücksichtigt werden. **Bloße Vermutungen** reichen nicht aus. Bei der Frage, ob ein Anfangsverdacht vorliegt, haben Staatsanwaltschaft und Polizei einen gewissen **Beurteilungsspielraum**.⁴⁹

26

Beispiel:

Nach einem Überfall auf eine Tankstelle flüchtet der verummerte Täter mit der Beute im Pkw. Der Tankwart erkennt das Kennzeichen. Eine Anfrage der Polizei beim Kraftfahrzeugbundesamt ergibt, dass V der Halter des Fahrzeugs ist. Diese Tatsache berechtigt zu dem Verdacht, dass V den Überfall auf die Tankstelle (§§ 249 ff. StGB) begangen haben könnte.

Richtet sich der Verdacht noch nicht gegen eine bestimmte Person ist das **Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt** zu führen.⁵⁰

27

Beispiel:

A zeigt bei der Polizei den Diebstahl seines Fahrrads an. Er hat keine Ahnung, wer das Fahrrad gestohlen hat.

Für die Feststellung des Anfangsverdachts tritt zur Prüfung des Sachverhalts eine rechtliche Prüfung.⁵¹ Der Anfangsverdacht muss sich auf **alle Elemente einer Straftat** (Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld) beziehen.

28

48 Zeitler/Trurnit Rn. 221 ff.; Ruder Rn. 295 f.

49 BGH NStZ 1988, 510; BVerfG NJW 1984, 1451.

50 LR/Rieß § 152 Rn. 23; Meyer-Goßner/Schmitt § 152 Rn. 5.

51 Joecks § 152 Rn. 10; Meyer-Goßner/Schmitt § 152 Rn. 4c.

Beispiel:

Gegen ein erkennbar strafunmündiges Kind kann kein Anfangsverdacht bestehen (§ 14 StGB). Wenn also ein 10-jähriger Junge bei einem Ladendiebstahl entdeckt wird, sind strafverfahrensrechtliche Maßnahmen grundsätzlich unzulässig. Etwas anders gilt nur dann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Junge von Strafmündigen als Werkzeug benutzt worden ist. Zum Schutz der Rechte des Ladeninhabers sind allenfalls polizeirechtliche Maßnahmen (§§ 2 II i. V. m. 26 I Nr. 1, 32 PolG) möglich.

- 29** Innerhalb des Anfangsverdachts gibt es eine Abstufung, die durch den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** bewirkt wird. Je intensiver der Grundrechtseinriff ist, desto konkreter muss der Tatverdacht sein. Es ist immer zu prüfen, ob der im Einzelfall vorliegende Verdacht zu dem in Aussicht genommenen Eingriff in einem angemessenen Verhältnis steht.⁵²
- 30** Nach der Rechtsprechung löst auch das **private Wissen** eines Polizeibeamten oder eines Staatsanwalts von einer Straftat einen die Strafverfolgungspflicht begründenden Anfangsverdacht aus, wenn durch Art und Umfang der Straftat Belange der Öffentlichkeit in besonderem Maße berührt werden.⁵³ Hierbei kann auf den Katalog des § 100a II StPO zurückgegriffen werden.⁵⁴
- 31** Einige strafverfahrensrechtliche Maßnahmen sind nur bei einem **dringenden Verdacht** zulässig (z. B. §§ 112 ff., 127 I StPO). Ein **dringender Tatverdacht** ist gegeben, wenn mit **großer Wahrscheinlichkeit** eine Straftat vorliegt.⁵⁵ Dies ist z. B. bei gesicherten Zeugenaussagen oder bei entsprechenden objektiven Beweisen der Fall.
- Beispiel:**
 Bei einer Kontrolle nach § 26 I Nr. 4 PolG wird ein Pkw durchsucht. Die Polizeibeamten finden im Handschuhfach einen Schlagring und 400 g Cannabis. Aufgrund dieser Tatsachen ist der Fahrer dringend verdächtig, ein Verbrechen nach § 30a II Nr. 2 BtMG verübt zu haben.
- 32** Am Ende des Ermittlungsverfahrens entscheidet die Staatsanwaltschaft, ob ein **hinreichender Tatverdacht** vorliegt. Ein hinreichender Tatverdacht besteht, wenn eine **überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit** besteht.⁵⁶ Ist das der Fall, hat die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zu erheben (§ 170 I i. V. m. § 203 StPO). Wenn kein hinreichender Tatverdacht besteht, stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein (§ 170 II StPO).
- 33** Der Verdacht ist im Strafverfahrensrecht nur maßgeblich für das Ermittlungs- und Zwischenverfahren (§§ 199 ff. StPO). Im Hauptverfahren (§§ 212 ff. StPO) tritt nach § 261 StPO die freie, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpfte **Überzeugung des Gerichts** von der Täterschaft des Angeklagten an

52 BVerfG NJW 2012, 833 (843) m. w. N.

53 BGH NStZ 1993, 383.

54 Ausführlich hierzu Kramer Rn. 177.

55 KK/Graf § 112 Rn. 3.

56 Meyer-Gofßner/Schmitt § 203 Rn. 2.