

Die (neue) Rechtsdogmatik

des § 81b 2. Alternative StPO stärkt die Stellung von Staatsanwaltschaft und Polizei

Die bisherige Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO zum materiellen Polizeirecht ist nach bestätigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) nicht mehr ohne Weiteres zu bejahen. Erkennungsdienstliche Behandlungen zur Strafverfolgungsvorsorge, die auf der v.g. Grundlage angeordnet werden, sind nach überzeugter Auffassung des Autors demnach dem Strafprozessrecht zuzuordnen und somit in logischer Konsequenz als Justizverwaltungsakte zu qualifizieren. Beschuldigte haben die Maßnahmen zu dulden und im Widerspruchsfall im Nachgang einen Antrag gem. §§ 23ff.

Einleitung

Seit den 50er Jahren herrscht ein Meinungsstreit darüber, ob erkennungsdienstliche Behandlungen zum Zwecke des Erkennungsdienstes gem. § 81b 2. Alternative StPO dem materiellen Polizeirecht oder dem Strafprozessrecht zuzuordnen sind. Die Zuordnung ist ganz entscheidend für das weitere Verfahren, den Umgang mit Widersprüchen, die Anwendung von körperlicher Gewalt zur Durchsetzung der Maßnahme und insbesondere dem Rechtsschutz im Falle eines Widerspruches. Mit den Entscheidungen des BVerfG zum sog. genetischen Fingerabdruck vom 14. Dezember 2000¹ und der vorsorgenden/vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung vom 27. Juli 2005² hat das Gericht zwei wegweisende Entscheidungen zum Bereich der Strafverfolgungsvorsorge getroffen. Das BVerfG hat in dem zweiten Urteil seinen eigenen Standpunkt aus dem Jahre 2000 nochmals bestätigt, wonach Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge zum Bereich des Strafprozessrechtes gehören und somit zum gerichtlichen Verfahren gem. Art. 74 I Nr. 1 GG (konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit).

Die Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO muss im Lichte dieser Rechtsprechung neu bewertet werden. Zu klären wäre, inwieweit es sich bei den erkennungsdienstlichen Behandlungen zum Zwecke des Erkennungsdienstes um Maßnahmen der Strafverfolgungsvorsorge handelt und, ob die v.g. Entscheidungen auf den Regelungsbereich des § 81b 2. Alternative StPO übertragbar sind. In Anbetracht der Tatsache, dass es mittlerweile in jedem Polizeigesetz Befugnisse für erkennungsdienstliche Behandlungen gibt,³ gilt es zudem zu klären, inwieweit der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat und wie sich die Anordnungs- und Durchführungskompetenzen darstellen. Abschließend stellt sich noch die Frage des Rechtsschutzes.

Bisheriger Meinungsstand

Ein Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung, einschließlich des BVerfG und der ihm folgenden Oberwaltungsgerichte, ordnet den § 81b 2. Alternative StPO dem materiellen Polizeirecht zu. Begründet wird dies damit, dass die erkennungsdienstliche Behandlung zum Zwecke des Erkennungsdienstes keinem konkreten Strafverfahren zugerechnet werden könne. Die im Rahmen einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach der 2. Alternative gewonnenen Erkenntnisse seien für die Durchführung eines konkreten Verfahrens nicht notwendig. Wäre dies der Fall, so würden erkennungsdienstliche Maßnahmen auf der Grundlage der 1. Alternative erfolgen. Insofern liege die Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung zum Zwecke des Erkennungsdienstes gem. der 2. Alternative außerhalb eines konkreten Strafverfahrens und sei somit keine Strafverfolgung, sondern Gefahrenabwehr. Die erhobenen Daten würden insoweit primär der Informationsbeschaffung der Polizei dienen. § 81b 2. Alternative StPO wird aus den vorstehenden Gründen u. a. als „Fremdkörper“, in der StPO betrachtet, dessen Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz bezweifelt wird.⁴ Die allgemeine Rechtsprechung betrachtet die 2. Alternative ebenfalls nicht als typische strafprozessuale Norm.⁵

Die entgegenstehende Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO zum Strafprozessrecht wird damit begründet, dass die Gefahrenabwehr als der zentrale Punkt des materiellen Polizeirechtes immer nur bis zu einem Schadenseintritt möglich sei. Erkennungsdienstliche Behandlungen zum Zwecke des Erkennungsdienstes dienen nicht der Gefahrenabwehr, sondern dazu, in zukünftigen Strafverfahren Täter schneller und einfacher zu ermitteln. Insofern seien derartige Maßnahmen als logische Konsequenz dem Strafprozessrecht zuzuordnen.⁶

Die Rechtsnatur des § 81b 2. Alternative lässt sich nur mit einer Qualifizierung der Strafverfolgungsvorsorge zweifelsfrei klären, die insbesondere im Lichte der neueren Rechtsprechung des BVerfG zu betrachten ist.

Beschluss zum „genetischen Fingerabdruck,“



Die Entnahme eines „genetischen Fingerabdrucks“, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt er entnommen wird – während des Verfahrens beim Beschuldigten oder nach Abschluss des Verfahrens beim Verurteilten –, diene der Identitätsfeststellung in zukünftigen Strafverfahren, so das *BVerfG* in seinem Beschluss. Dies sei der Grund für die Durchführung von molekulargenetischen Untersuchungen. Das *BVerfG* hat ausgeführt, dass der § 81g StPO weder vom Wortlaut noch vom Zweck geeignet sei, Straftaten zu verhüten. Zudem könnten Straftaten auch tatsächlich nicht verhindert werden. Insofern diene die Vorschrift der ausschließlichen Beweisführung in Strafverfahren. Die Gesetzgebungszuständigkeit für die Bereiche des „Strafrechtes und des Strafvollzuges“, sowie des „gerichtlichen“, Verfahrens gehören zur konkurrierenden Gesetzgebung gem. Art. 74 I Nr. 1 GG. Zudem weist das Gericht darauf hin, dass es keine Einschränkung dahin gehend gibt, dass Maßnahmen, die sich auf zukünftige Strafverfahren beziehen, von der konkurrierenden Gesetzgebung ausgenommen sind. Maßgeblich für die Zuordnung sei der Gegenstand des Gesetzes und nicht sein Anknüpfungspunkt⁷ oder die inhaltliche Rechtmäßigkeit.⁸ Ferner sei der § 81g StPO in einem Regelungszusammenhang mit den §§ 81e und 81f zu sehen, sodass inhaltlich ein einheitliches strafprozessuales Gesetzeswerk vorliege. Insofern sprechen auch systematische Überlegungen für eine Zuordnung zum Strafprozessrecht.

Unabhängig von einer späteren Zweckänderung sei der Zweck somit die künftige Strafverfolgung und nicht die Gefahrenabwehr, sodass es sich um genuines Strafprozessrecht bzw. um Strafverfolgungsmaßnahmen in weiterem Sinne handele. Der Regelungsbereich des „genetischen Fingerabdrucks“, verstoße auch inhaltlich nicht gegen das geltende Verfassungsrecht, so die Ausführungen des *BVerfG*.⁹

Urteil zur vorsorgenden/vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung

Im Rahmen einer Überprüfung des § 33a I Nr. 2 u. 3 ndsSOG hat das *BVerfG* in der Sache seine Kammerentscheidung aus dem Jahre 2000 nochmals bekräftigt. Der niedersächsische Gesetzgeber hatte die Polizei dazu ermächtigt, personenbezogene Daten zur Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten mittels Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation zu erheben. Das *BVerfG* hat hierzu ausgeführt, dass die Verhütung von Straftaten in der Gesetzgebungskompetenz der Länder liege. Dies gelte auch für Maßnahmen, die vorbeugend für den Zeitraum vor der Begehung einer konkreten Straftat vorgesehen seien. Der Zeitpunkt-/raum im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung sei dabei eine Frage des materiellen Rechts und berühre nicht die Gesetzgebungszuständigkeit.

Dem niedersächsischen Gesetzgeber ging es aber gerade bei der Neuregelung des ndsSOG auch um die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten und nicht nur um die Verhütung von Straftaten. Die Vorsorge für die Verfolgung von zukünftigen Straftaten gehört nach Auffassung des *BVerfG* zum gerichtlichen Verfahren i.S.d. Art. 74 I Nr. 1 GG. Im Sachbereich der Telekommunikationsüberwachung hat der Bundesgesetzgeber dabei abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Dies gehe zwar nicht ausdrücklich aus der Vorschrift selber hervor, aber aus der Gesamtbetrachtung der strafprozessualen Vorschriften zu diesem Sachbereich, namentlich der §§ 100a, 100b, 100g, 100h und 100i StPO. Eine weitere Ausdehnung der Regelungen im Vorfeld einer konkreten Straftat hat der Bundesgesetzgeber bewusst nicht vorgenommen. Auch sei nicht zu erkennen, dass der Bundesgesetzgeber parallele Regelungen und Überschneidungen hätte in Kauf nehmen wollen. Zudem würde im Falle zusätzlicher Länderregelungen die Gefahr widersprüchlicher Normen bestehen. Gem. Art. 72 I GG seien die Länder im Bereich der Telekommunikationsüberwachung zur Vorsorge für die Strafverfolgung von der Gesetzgebung ausgeschlossen und die niedersächsische Regelung im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal „Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten“, sei damit verfassungswidrig.¹⁰

Auch wenn das *BVerfG* beim „genetischen Fingerabdruck“, die tatsächlichen Wirkungen verkennt (die Verhütung von Straftaten ist faktisch sehr wohl möglich, insbesondere im Bereich der Sexualdelikte), kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, dass der Bereich der Vorsorge für die Verfolgung zukünftiger Straftaten nach gefestigter Rechtsprechung des *BVerfG* dem Kompetenzbereich des gerichtlichen Verfahrens i.S.d. Art. 74 I Nr. 1 GG zuzuordnen ist und somit unmissverständlich Strafprozessrecht darstellt.¹¹

Übertragbarkeit der vorstehenden Entscheidungen

Im nächsten Schritt gilt es nun zu klären, ob erkennungsdienstliche Behandlungen zum Zwecke des Erkennungsdienstes ebenfalls dem Zweck der Strafverfolgungsvorsorge dienen oder andere Zielrichtungen haben. Erkennungsdienstliche Unterlagen werden zwar heute auch gezielt zur Gefahrenabwehr eingesetzt, allerdings ist ihr dominierender Zweck die Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten. Dieser Zweck ist unstrittig. Selbst die Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte sehen im § 81b 2. Alternative StPO die Ermächtigung zur Strafverfolgungsvorsorge in Form der Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die Erforschung und Aufklärung zukünftiger Straftaten.¹² Bekräftigt wird diese Ansicht durch die ständige Rechtsprechung des *BVerfG*, dass die Zielrichtung der erkennungsdienstlichen Behandlungen zum Zwecke des Erkennungsdienstes ebenfalls in der Strafverfolgungsvorsorge sieht.¹³ Im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist man bisher davon ausgegangen, dass die Strafverfolgungsvorsorge Teil der Gefahrenabwehr und somit Polizeirecht darstellt. Dieser Standpunkt ist nunmehr mit der neueren und gefestigten Rechtsprechung des *BVerfG* hinfällig. Die Strafverfolgungsvorsorge gehört zum gerichtlichen Verfahren und ist somit Teil des Strafprozessrechtes. Für den § 81b 2. Alternative StPO kann in logischer Konsequenz nichts anderes gelten. Die für eine Zuordnung zum materiellen Polizeirecht angeführten Argumente, dass es sich dabei um eine traditionelle Aufgabe der Polizei handelt,¹⁴ dass die erkennungsdienstlichen Behandlungen nicht für ein konkretes Strafverfahren genutzt werden¹⁵ und eine „generelle abschreckende Wirkung“, haben¹⁶ sind zum einen nicht überzeugend und können zum anderen unbeachtet bleiben. Auch die Argumentation, dass der Beschluss des *BVerfG* zum

„genetischen Fingerabdruck, nicht übertragbar sei, kann nicht überzeugen.¹⁷ Für die Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO spielt es ebenso wenig eine Rolle, ob sich das *BVerfG* nur mit der Gesetzgebungskompetenz beschäftigt hat und nicht mit dem materiell-rechtlichen Charakter der Ermächtigung, wie die Tatsache, dass im § 81g IV StPO im Gegensatz zum § 81b 2. Alternative StPO eine Regelung zu Verurteilten enthalten ist.

Maßgeblich für die Zuordnung ist die primäre Zielrichtung der Maßnahme, die unstrittig ist. § 81b 2. Alternative StPO dient in erster Linie der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten und ist somit im Ergebnis dem Strafprozessrecht zuzuordnen.

Anordnungs- und Durchführungskompetenz

§ 81b StPO nennt nicht ausdrücklich die zur Anordnung und Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung ermächtigten Personen. Gleiches gilt für die Strafprozessordnung insgesamt. Vor dem Hintergrund dieser fehlenden Regelung wird die Zuständigkeit der Polizei teilweise aus den Generalklauseln der Polizeigesetze, die die Polizeien zur Strafverfolgungsvorsorge ermächtigen, hergeleitet.¹⁸

Gegen diese Herleitung spricht, dass beide Alternativen des § 81b StPO Strafprozessrecht darstellen. Unterschiedliche Zuständigkeitsgrundlagen sind deshalb nicht nachvollziehbar. Die Zuständigkeit ergibt sich vielmehr in beiden Fällen aus der Zuständigkeit und Verantwortung der verschiedenen Behörden für die einzelnen Verfahrensabschnitte. Im Rahmen des vorgerichtlichen Ermittlungsverfahrens ist gem. § 161 I StPO die Staatsanwaltschaft und gemäß § 163 StPO auch jeder örtlich und sachlich zuständige Polizeivollzugsbeamte zur Anordnung einer erkennungsdienstlichen Behandlung befugt. Dazu bedarf es nicht einer Eigenschaft als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft i.S.d. § 152 GVG.¹⁹ In problematischen Fällen, bei denen sich der Beschuldigte weigert, obliegt die Anordnungskompetenz in Anbetracht der Nachrangigkeit von Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens.²⁰ Nach erfolgter Anklageerhebung geht die Anordnungsbefugnis auf das mit der Sache befasste Gericht über.²¹ Inwieweit die Staatsanwaltschaft und die Polizei nach der Anklageerhebung noch eine Anordnungskompetenz für erkennungsdienstliche Maßnahmen zum Zwecke des Erkennungsdienstes haben, spielt in der Praxis keine Rolle.²² Die Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung obliegt den zuständigen Polizeivollzugsbeamten oder den damit beauftragten Regierungsbeschäftigten der Polizeibehörden. Zuständig ist in diesem Zusammenhang i.d.R. die Kriminalpolizei.²³

Sofern erkennungsdienstliche Maßnahmen entgegen internen Regelungen von Schutzpolizeibeamten angeordnet werden, handelt es sich dabei um eine rechtlich „unschädliche sachliche Unzuständigkeit,“, die nicht zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme führt.²⁴

§ 81b StPO ist eine der wenigen strafprozessualen Befugnisnormen, in der ausdrücklich die Befugnis zur Anwendung des unmittelbaren Zwanges enthalten ist („... auch gegen seinen Willen,“). Die ergänzende Anwendung der polizeirechtlichen Vorschriften über die Art und Weise der Zwanganwendung ergibt sich zum einen daraus, dass die Strafprozessordnung in diesem Bereich keine konkreten Aussagen erhält und insofern nicht abschließend ist. Und zum anderen ergibt sich die Anwendung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁵ Die polizeirechtlichen Vorschriften über die Art und Weise der Zwanganwendung haben somit einen ergänzenden und beschränkenden Charakter, der rechtsstaatlich geboten ist. Für die Durchsetzung einer erkennungsdienstlichen Behandlung mit unmittelbarem Zwang bedarf es keiner richterlichen Anordnung, da sich die Zwanganwendung direkt aus der Ermächtigungsgrundlage herleiten lässt und ein Richtervorbehalt nicht vorgesehen ist. Im Bereich der Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten soll es dabei auch keine Rolle spielen, ob der § 81b 2. Alternative StPO dem Strafprozessrecht oder materiellen Polizeirecht zugeordnet wird,²⁶ was aber den meisten Bestimmungen in den Polizeigesetzen widerspricht, da diese ausdrücklich eine richterliche Anordnung verlangen.²⁷

Konkurrenzverhältnis der einzelnen Ermächtigungen

Inwieweit die Länder Kompetenzspielräume in einzelnen Sachbereichen haben, ist davon abhängig, ob der Bundesgesetzgeber abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Für den Sachbereich des Erkennungsdienstes gibt es neben dem § 81b 2. Alternative StPO mittlerweile in allen Polizeigesetzen Ermächtigungsgrundlagen für die Durchführung von erkennungsdienstlichen Behandlungen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten.²⁸ Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass § 81b 2. Alternative StPO keinen abschließenden Charakter hat.

Die Beurteilung, ob eine Regelung abschließend ist, bemisst sich nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerfG* nach der Gesamtwürdigung des einschlägigen Normenkomplexes. Entscheidend ist dabei, ob eine umfassende und lückenlose Regelung vorliegt bzw. aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte und Gesetzesmaterialien zumindest als abschließende Regelung vom Gesetzgeber gewollt war.²⁹ Bei der Regelung im Zusammenhang mit dem DNA-Identifizierungsgesetz spricht einiges für diese abschließende Regelung, da in diesem Bereich sehr umfangreiche Regelungen vorhanden sind und der Bundesgesetzgeber in Teilen sogar noch nachgebessert und diese Materie mehrfach behandelt hat. Gleiches gilt für den Bereich der Telekommunikationsüberwachung, sodass davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber in diesen beiden Bereichen abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Derartig umfangreiche und detaillierte Regelungen fehlen jedoch bei der Regelung des Sachbereiches „Erkennungsdienst,“. Hinzu kommt, dass die mit einer erkennungsdienstlichen Behandlung einhergehenden Grundrechtseingriffe weitaus geringer sind, als beispielsweise bei einer DNA-Entnahme, sodass der Bundesgesetzgeber hier nicht zwingend Handlungsbedarf gesehen hat. Würde man den § 81b

2. Alternative StPO als abschließende Regelung betrachten, so müsste man in logischer Konsequenz zu dem Ergebnis kommen,

dass erkennungsdienstliche Behandlungen gegen Strafunmündige, rechtskräftig Verurteilte oder Personen, gegen die Strafverfahren eingestellt worden sind, zur Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten rechtlich nicht möglich sind, weil die Bundesländer hier keine Regelungskompetenz besitzen. Es gibt aber keine Hinweise, dass dies vom Bundesgesetzgeber gewollt war. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber den Bereich des Erkennungsdienstes nicht abschließend geregelt hat und die polizeirechtlichen Regelungen in den Bundesländern ergänzend angewendet werden können.³⁰ Die Regelungen in den Polizeigesetzen gelten demzufolge immer dann, wenn keine Beschuldigteneigenschaft vorliegt, so zum Beispiel bei Strafunmündigen und rechtskräftig Verurteilten.³¹

Gleiches gilt für Personen, gegen die ein Ermittlungsverfahren nach den §§ 153 ff. oder § 170 II StPO eingestellt worden ist bzw. freigesprochenen Personen.³² Wird jedoch ein konkretes Ermittlungsverfahren geführt und handelt es sich bei den Betroffenen somit um einen Beschuldigten, so ist

§ 81b 2. Alternative StPO als einschlägige Norm maßgeblich, insbesondere vor dem Hintergrund einer verfassungskonformen Auslegung dieser Problematik.³³ Allerdings dürften die Fälle, bei denen erkennungsdienstliche Behandlungen auf der Grundlage der Polizeigesetze durchgeführt werden, nur eine sehr geringe Anzahl sein.

VIII. Rechtsschutz

Im Rahmen der Strafverfolgung handelt es sich bei den erkennungsdienstlichen Maßnahmen um Justizverwaltungsakte gem. § 23 EGGVG bzw. Prozesshandlungen. Unter dem Begriff Prozesshandlung wird „jede Prozess gestaltende Betätigung des Gerichts, der StA oder eines anderen Verfahrensbeteiligten, sei sie eine Entscheidung, eine Erklärung, ein Antrag oder ein Realakt, auch die Einwirkung eines Dritten, die den Prozess erst ermöglicht oder ganz oder teilweise zu einer Beendigung zwingt,“ verstanden.³⁴ Inwieweit es sich bei dem Begriff Prozesshandlung um einen Oberbegriff handelt, der den Justizverwaltungsakt einschließt, bleibt unregelt. Praktisch bietet es sich daher an, immer dann von einer Prozesshandlung zu sprechen, wenn kein Justizverwaltungsakt vorliegt, dies ist i.d.R. der Fall, wenn der Maßnahme kein Verhaltensgebot vorausgegangen ist, wie bei faktischen Eingriffen. So umfassen Prozesshandlungen Maßnahmen, die dem Betroffenen vorher nicht bekannt gegeben wurden oder Maßnahmen im Rahmen des sofortigen Vollzuges.

§ 23 EGGVG umfasst alle Maßnahmen, die der Regelung eines Einzelfalles dienen und in die Rechte von Betroffenen eingreifen, was bei erkennungsdienstlichen Behandlungen zur Strafverfolgung regelmäßig der Fall ist. Im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit ist der Durchführungsort maßgeblich.

Für den Begriff der Justizbehörden ist die funktionale Sichtweise entscheidend, sodass neben den Gerichten und der StA auch die Polizeibehörden zu den Justizbehörden i.S.d. § 23 EGGVG zählen, wenn sie zur Strafverfolgung tätig werden.³⁵

Teilweise wird argumentiert, dass § 98 II S. 2 StPO trotz originärer Zuständigkeit der Strafermittlungsbehörden analog anzuwenden sei.³⁶ Begründet wird dies im Wesentlichen mit zwei Argumenten. Zunächst einmal mit dem v.g. effektiven Rechtsschutz. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass der Rechtsweg so gestaltet sein muss, dass eine wirksame und lückenlose gerichtliche Überprüfung möglich sei.³⁷ Dazu gehöre insbesondere, dass Gerichte entsprechende Anträge so auslegen, dass sie nicht an einer schwer zu durchschauenden Rechtsmittelsystematik scheitern.³⁸ Dies bedingt zwingend, dass vergleichbare Zwangsmaßnahmen auch der gleichen Überprüfung unterliegen, da eine ansonsten sehr verwirrende Lösung dieser Problematik nicht mit Art. 19 IV GG vereinbar und insofern verfassungswidrig wäre. Hinzu käme, dass es gegebenenfalls zu unterschiedlichen Entscheidungen kommen könne, obwohl im Einzelfall ggfs. gleiche Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Neben den verfassungsrechtlichen Überlegungen werden zudem systematische Überlegungen angeführt. Die Strafprozessordnung weise in einigen anderen Bereichen³⁹ dem Ermittlungsrichter die Überprüfung von Zwangsmaßnahmen zu, bei denen die Strafermittlungsbehörden in eigener Zuständigkeit und Kompetenz Anordnungen treffen. Dies sei gerade auch bei Maßnahmen nach § 81b StPO der Fall, sodass die Anrufung des Ermittlungsrichters einen effektiven Rechtsschutz biete. Zudem gilt dies nach heute überwiegender Auffassung auch für bereits erledigte Maßnahmen.⁴⁰

Gegen die Befürwortung einer analogen Anwendung des 98 II S. 2 StPO wird angeführt, dass bei der Anordnung von erkennungsdienstlichen Behandlungen eine Präventivkontrolle des Richters nicht vorgesehen sei und § 98 II S. 2 StPO somit mangels Vergleichbarkeit nicht analog angewendet werden könne.⁴¹ Unterstützt wird diese Ansicht durch die Geringfügigkeit des Grundrechtseingriffs, der mit einer erkennungsdienstlichen Behandlung verbunden ist. Zudem bedarf es überhaupt erst einer planwidrigen Regelungslücke, um eine analoge Anwendung zu ermöglichen. Diese ist nicht zu erkennen. Der Gesetzgeber hat bereits mehrfach die Strafprozessordnung nachgebessert und den aktuellen Entwicklungen angepasst. Im Bereich der erkennungsdienstlichen Behandlungen hat er dagegen, trotz Aufforderung einzelner Vertreter des Schrifttums,⁴² bislang keinen weiteren Regelungsbedarf gesehen.

Beschuldigten ist es ohne Weiteres zuzumuten, erkennungsdienstliche Behandlungen zu dulden und im Nachgang zu der Maßnahme einen Antrag gem. §§ 23ff. EGGVG zu stellen, falls sie nicht mit der Maßnahme einverstanden sind.

Gleiches gilt für die Umwidmung von Daten, die zum Zweck der Strafverfolgung erhoben wurden und (primär) zukünftig für die Strafverfolgungsvorsorge genutzt werden sollen. Die Umwidmung stellt einen Justizverwaltungsakt dar, weil die Strafverfolgungsvorsorge Teil des Strafprozessrechtes ist. Sie ist ebenfalls mit einem Antrag gem. § 23 EGGVG anzufechten.

Fazit

Die Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO muss im Lichte der Rechtsprechung des *BVerfG* neu bewertet werden. Erkennungsdienstliche Behandlungen nach § 81b StPO müssen demnach in logischer Konsequenz auch nach der 2. Alternative

dem Strafprozessrecht zugeordnet werden. Somit sind sie als Justizverwaltungsakte zu qualifizieren. Die Zuordnung zum materiellen Polizeirecht ist nicht mehr haltbar. Unterstützt wird diese Auffassung durch die Rechtsprechung des BVerwG. Mit Urteil vom 23.11.2005 hat sich das BVerwG zum wiederholten Male für die Zuordnung des § 81b 2. Alternative StPO zum Bereich der Strafverfolgungsvorsorge ausgesprochen.

§ 81b StPO stellt selber die Rechtsgrundlage für die Anwendung von unmittelbarem Zwang dar. Die Vorschriften der Polizeigesetze über die Art und Weise der Zwanganwendung sind aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ergänzend und beschränkend anzuwenden.

Die Durchsetzung von erkennungsdienstlichen Behandlungen mit Zwang auf der Grundlage der Strafprozessordnung ist ohne richterliche Anordnung zulässig. Ein Richtervorbehalt ist im § 81b StPO nicht vorgesehen.

In problematischen Fällen ist die Staatsanwaltschaft als Herrin des Verfahrens zu beteiligen. Diese hat über die Anordnung zu entscheiden, da der Anknüpfungspunkt ein aktuelles und konkretes Strafverfahren darstellt und die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft nachrangig gegenüberstehen.

Beschuldigte müssen die Maßnahme dulden, auch wenn sie nicht damit einverstanden sind. Das gilt sowohl für die Strafverfolgung als auch für die Strafverfolgungsvorsorge. Insofern ist es Beschuldigten zuzumuten, die erkennungsdienstliche Behandlung über sich ergehen zu lassen und im Nachgang dazu einen Antrag gem. §§ 23ff. EGGVG zur Überprüfung der Maßnahme zu stellen. Dies ist unschädlich, da die erkennungsdienstlichen Unterlagen jederzeit vernichtet werden können und es sich zudem nur um einen geringfügigen Grundrechtseingriff handelt.

Umwidmungen von personenbezogenen Daten, die auf der Grundlage des § 81b 1. Alternative StPO erlangt worden sind und für den Zweck der zukünftigen Verfolgung von Straftaten gespeichert werden sollen, sind ebenfalls Justizverwaltungsakte und den Betroffenen mitzuteilen.

Anmerkungen

BVerfGE, 103, 21.

BVerfGE, 113, 348.

Art. 14 bayPAG; § 13 bbgPolG; § 23 berlASOG; § 11 a bremPolG; § 36 bwPolG; § 7 hambGDatPol; § 19 hessSOG; § 31 SOG M-V; § 15 ndsSOG; § 14 PolG NRW; 11 rlpPOG; § 10 saarlPolG; § 20 sächsPolG; § 21 SOG LSA; § 183 shLVwG; § 16 thürPAG; § 24 BPolG. *BVerwG*, Urteil v. 23. November 2005, NJW 2006, 1225, 1226; *OVG Münster*, NJW 1972, 2147, 2147; *OLG Düsseldorf*, NJW 1959, 1790, 1790; *Ender*, Antrag auf Vernichtung erkennungsdienstlicher Unterlagen, Kriminalistik 1964, 591, 594; *Fuss*, Rechtsfragen des polizeilichen Erkennungsdienstes, in: Festschrift für Wacke, Köln 1972, 305, 317; *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Auflage, München 2008, Rn. 506; *Holland*, „Verwaltungsrechtsschutz gegenüber erkennungsdienstlichen Maßnahmen der Kriminalpolizei - BVerwGE 26, 169,, JuS 196, S. 559, 560; *Limbeck*, Die erkennungsdienstliche Behandlung und die DNA-Identitätsfeststellung gem. § 81 g StPO: Maßnahmen des Erkennungsdienstes im Vergleich, Schriftenreihe Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 100, Hamburg 2007, S. 46; Meyer-Goßner, StPO, Kommentar, 50. Auflage 2007, § 81b, Rn. 3. *BVerwGE* 11, 182; 26, 169; 66, 192; 66, 202; *BVerwG*, DÖV 1973, 752; *BVerwG*, DÖV 1990, 117; *OVG Münster*, NJW 1972, 2174; *VGH Mannheim*, DÖV 1973, 463; *VGH Mannheim*, NJW 1987, 2762; *VGH Mannheim*, DÖV 1988, 83; a.A. *VGH Kassel*, NVwZRR 1994, 653.

Benfer, „Anmerkung zum VG Freiburg, Urteil v. 3. April 1979,, NJW 1980, 902; *Blau*, „Anmerkung zu BVerwG, Urteil v. 3. November 1955,, NJW 1956, 805, 806; *Cramer*, Die erkennungsdienstliche Behandlung, Dissertation, Frankfurt a.M. 1978, S. 58f.; *Dreier*, Erkennungsdienstliche Maßnahmen im Spannungsfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JZ 1987, 1009, 1014.

Vgl. hierzu auch *BVerfGE* 4, 60, 67 ff.: 68, 319, 327ff.

BVerfGE 88, 203, 313.

BVerfG, NJW 2001, 879 ff.

BVerfGE, 113, 348. Der niedersächsische Gesetzgeber hat als Ausfluss dieses Urteils u. a. am 25. November 2007 das ndsSOG geändert und den Bereich der Strafverfolgungsvorsorge wieder entfernt.

So auch das *OVG Lüneburg*, Urteil v. 26. Februar 2009, Az: 7 A 1325 u. Beschluss v. 16. September 2009, Az: 11 ME 402/09, Leitsätze; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Auflage, Mannheim 2009, § 1, Rn. 11.

Siehe beispielhaft *OVG Lüneburg*, Urteil v. 26. Februar 2009, Az: LB 431/08, Juris, Rn. 41.

BVerwG, NJW 1961, 571; NJW 1967, 1192, NJW 1983, 772; NJW 1990, 136; NJW 2006, 1225.

BVerwGE, 11, 181, 182

BVerwGE, 28, 169, 171.

VGH München, NJW 1984, 2235, 2239.

So etwa das *OVG Berlin*, Beschluss v. 24. Juni 2004, Az: 1 S 76/03, Juris, Rn. 6.

BVerwG, NJW 2006, 1225, 1226.

So auch *Baumanns*, Die erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81b 2. Alt. StPO als Maßnahme der Strafverfolgungsvorsorge, Die Polizei 2008, 79, 84; *Meyer-Goßner* (2007), § 81b Rn. 13.

Vgl. Zur Nachrangigkeit von Ermittlungspersonen den Beschluss des *BVerfG* v. 11. Juni 2010, 2BvR 1046/08, Rn. 26.

Frister, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 4. Auflage, München 2007, G 260.

Baumanns (2008), 79, 84 vertritt die Auffassung, dass Maßnahmen des Erkennungsdienstes nicht der Verfahrensherrschaft des zuständigen Gerichts unterliegen und Staatsanwaltschaft und Polizei auch nach Anklageerhebung weiterhin eine Anordnungscompetenz haben.

Fuß, in: FS für Wacke (1972), 306; neben den ungeschriebenen und geschriebenen Rechtsgrundsätzen sind auch

organisationsinterne Vorgaben und Weisungen zu beachten, z. B. der Erlass des IM NRW über den Erkennungsdienst vom 19. Januar 1998 i.d.F.d.B. v. 17. August 1999 (MBI. NRW S. 1052) oder der Erlass des saarländischen Ministeriums für Inneres & Sport; „Erkennungsdienstliche Richtlinien Saarland“, in Kraft seit dem 10. September 2008.

VG Würzburg, Beschluss v. 8. September 2009, Az: W 5 S 09.879, Juris, Rn. 3.

So auch Götz (2008), § 18, Rn. 11.

OLG LSA, Beschluss v. 6. Dezember 2005, Az: Wx 14/05, Juris, Rn. 21.

Art. 15 II S. 1 bayPAG; § 20 II S. 1 berIASOG; § 12 II S. 1 bremPolG; § 30 II S. 1 hessSOG; § 50 II S. 1 SOG M-V; § 16 II S. 1 ndsSOG; § 10 II S. 1 PolG NRW; § 12 II S. 1 rlpPOG; § 11 III S. 1 saarlPolG; § 18 IV sächsPolG; § 35 II S. 1 SOG LSA; § 199 II S. 1 shLVwG; § 17 II S. 1 thürPAG; § 25 II S. 1 BPolG.

Vgl. Fn. 3.

BVerwGE 98, 265, 300; 109, 190, 229; 113, 348, 371.

Baumanns (2008), 79, 84; Rachor, in: Lisken/Denninger (2007), F 464 u. 473; a.A. wohl Eisenberg/Puschke, Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 23.11.2005 – 6 C 2.05, JZ 2006, 729, 730; Schenke (2009), § 1, Rn. 12, der allerdings auch die Regelungen im Zusammenhang mit dem „genetischen Fingerabdruck“, als nicht abschließend betrachtet.

OVG Münster, NJW 1999, 2689, 2690; Die Befugnisse in den Polizeigesetzen der Länder wurden im Nachgang zu § 81b I 2. Alternative StPO in den Ländern in die Polizeigesetze aufgenommen und sollten die Befugnis aus der StPO ablösen. Der Bundesgesetzgeber hat die 2. Alternative des § 81b StPO nicht gestrichen, sodass vor dem Hintergrund einer verfassungskonformen Auslegung die Polizeigesetze nur die Bereiche regeln, die nicht vom § 81b StPO erfasst sind.

Vgl. FAQ's zur ED-Behandlung, Version 2.0 (Stand: 01.10.2008), Hrsg. LKA NRW, S. 9.

BVerwG, NJW 1956, 256.

Meyer-Goßner (2007), Einleitung, Rn. 94 ff.

Meyer-Goßner (2007), § 23 EGGVG, Rn. 2.

OLG Koblenz, StV 2002, 127 ff.; OLG Braunschweig, NSTZ 1991, 551 ff.; OLG Oldenburg, NSTZ 1990, 504 ff.; OLG Stuttgart, MDR 1986, 689 ff.; Krach (2003), 140, 141; Rogall (2006), § 81b, Rn. 68.

So die ständige Rechtsprechung, vgl. dazu BVerfGE 67, 43, 58; 51, 150, 156.

BVerfGE 96, 44, 49.

§§ 100b I S. 3, 100 d I S. 2, 111 e II S. 3 und 128 StPO.

BGHSt 28, 57, 58; 28, 160, 161; 37, 79, 82; Frister, in Lisken /Denninger (2007), K 207; Meyer-Goßner (2007), § 98 Rn. 23.

BVerwGE 47, 255, 258ff; Amelung, Probleme des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, NJW 1979, 1687, 1688. Frister, in: Lisken/Denninger (2007), K Rn. 204.

EGGVG zu stellen. Sämtliche verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind nicht mehr notwendig, was eine Stärkung der Staatsanwaltschaft und einen Ressourcengewinn für die Polizei bedeutet, da aufwendige Verfahren wegfallen.

Personenbezogene Daten, die auf der Grundlage des § 81b 1. Alternative erhoben worden sind und für die Strafverfolgungsvorsorge verwendet werden sollen, sind ebenfalls als Justizverwaltungsakte zu klassifizieren. Die Umwidmung muss den Betroffenen bekannt gegeben werden, damit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG ausreichend Rechnung getragen wird.