

Prüfung strafverfahrensrechtlicher Zwangsmaßnahmen¹⁾

Der nachfolgende spezifisch *strafverfahrensrechtliche Aufbauvorschlag* weicht aus didaktischen und sachlichen Gründen in der Prüfungsabfolge von dem traditionellen *prozessualen Aufbauschema* ab, da er die Prüfung der Zuständigkeit (II.) von jener der sonstigen Verfahrens- und Formvorschriften (s.u. III.2.) abtrennt und letztere erst nach, u.U. aber auch zusammen mit den materiellen Tatbestandsvoraussetzungen prüft.

Aufbauvorschlag für strafverfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen

O. Vorprüfung

1. Darstellung der berührten Grundrechte (sachlicher, ggf. auch persönlicher Schutzbereich; u.U. auch Eingriffsqualität)
2. Abgrenzung präventives / repressives Tätigwerden (i.d.R. Feststellung ausreichend)

I. Ermächtigungsgrundlage

- Wahl und ggf. Abgrenzung der in Betracht kommenden strafprozessualen Ermittlungsmaßnahme(n)
- **ggf.** Feststellung, ob eine (rechtswirksame) Einwilligung des Betroffenen vorliegt
- **ggf.** zudem: Rechtsgrundlage der Anwendung unmittelbaren Zwangs *

II. Eingriffs-/Anordnungsbefugnis

- Feststellen der "Zuständigkeit" (ggf. hierzu Prüfung der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug beim Rückgriff auf eine entsprechende sekundäre Eingriffsbefugnis)
- **ggf.** zudem: Anordnungs-kompetenz (i.d.R. Annexkompetenz) für die Anwendung unmittelbaren Zwangs *

III. (Materielle und formelle) Rechtmäßigkeit

1. Tatbestandsvoraussetzungen, hier insbesondere
 - Vorliegen eines Tatverdachts (dabei ggf. nähere Qualifizierung des Verdachts bzw. der Anlaßtat)
 - Betroffener der Ermittlungsmaßnahme (i.d.R. hierbei Beschuldigtenstatus feststellen)
 - ggf. sonstige besondere materiell-rechtliche Tatbestandsvoraussetzungen
 - ggf. (Nicht-) Eingreifen eines Beweiserhebungsverbot?
 - ggf. Subsidiaritätsklausel
 - Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme im konkreten Fall
 2. Verfahrens- und Formvorschriften (z.B. Fristen, [Schrift-] Form, Inhalt; Belehrungspflichten)
 3. **ggf.** zudem: materielle und formelle Voraussetzungen der Anwendung unmittelbaren Zwangs *
- IV. **ggf.** Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafverfahren (soweit nach der Aufgabenstellung verlangt)

* Die Anwendung unmittelbaren Zwangs kann auch in III.1 bzw. 2 integriert *oder* anschließend gesondert geprüft werden.

Abweichendes traditionelles öffentlich-rechtliches / prozeßrechtliches Aufbauschema

0. Vorprüfung - s.o. O.
- I. Ermächtigungsgrundlage - s.o. I.
- II. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (einschl. *Anordnungsbefugnis*) - s.o. II. u. III.2-3.
- III. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen (einschl. Verhältnismäßigkeit) - s.o. III.1 u.3.
- IV. Fragen der Verwertbarkeit

Folgt man dem *prozessualen Aufbau*, wobei (wohl dann vorzugswürdig) tw. auch zunächst die *materielle* und erst danach die *formelle* Rechtmäßigkeit geprüft wird, so darf bei zweifelhafter Zuordnung von Eingriffsvoraussetzungen (formell bzw. materiell?) keine Begründung erfolgen, der Aufbau spricht für sich. Ferner ist beim *prozessualen Aufbau* die Rechtmäßigkeitsprüfung, außer bei Fehlen der Anordnungsbefugnis, (auch ungefragt) stets

¹⁾ *Strafverfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen* sind solche Eingriffsmaßnahmen, die auch mittels *unmittelbaren Zwangs* durchgesetzt werden können. Hierzu zählt demnach nicht die *polizeiliche Vernehmung im Strafverfahren*. Da bei dieser Erscheinen und Aussage durch die Polizei nicht erzwingbar sind, erfolgt sie grundsätzlich freiwillig (beachte die Pflicht zu ordnungsgemäßer Belehrung).

(selbst bei Verfahrens-/Formfehlern) hilfgutachtlich zumindest bis zu der (bei logischer Prüfungsabfolge) "ersten" fehlenden materiellen Eingriffsvoraussetzung fortzuführen, darf dann aber nur abbrechen, wenn nicht ausdrücklich eine (ggf.) hilfgutachtliche Prüfung verlangt ist.

Erläuterungen mit Beispielen zum *strafverfahrensrechtliche Aufbauvorschlag*

0. Vorprüfung

1. Darstellung der berührten Grundrechte (bzw. Vorliegen eines Grundrechtseingriffs), d.h. Feststellen der einschlägigen Grundrechte bzw. grundrechtsgleichen Rechte hinsichtlich
 - ihres *sachlichen* Schutzbereichs (**ggf.** ist hier auch auf sog. *Grundrechtskonkurrenzen* - insb. bestehende Spezialitätsverhältnisse - hinzuweisen) und
 - (*nur soweit erforderlich*, insb. bei sog. *Bürger- oder Deutschenrechten*) ihres *persönlichen* Schutzbereichs;
 - **nur im Ausnahmefall**: Abklären der Eingriffsqualität i.S.d. sog. *modernen* oder *erweiterten Eingriffsbegriffs*

Aufbauhinweis: Auf die etwaige Frage eines Grundrechtsverzichts bzw. einer Einwilligung sollte erst im Zusammenhang mit der Ermächtigungsgrundlage eingegangen werden.

2. Abgrenzung präventives (= polizeiliches) / repressives (= strafprozessuales) Tätigwerden
 - *stets* zumindest kurzes Feststellen des repressiven Charakters der Maßnahme,
 - **ggf.** ist bei zukunftsgerichteten Maßnahmen (**so bei** §§ 81b [2. Fall], 81g StPO) oder sog. *doppelfunktionalen* Maßnahmen (u.U. auch bei Brechmittelverabreichung) der Maßnahmecharakter näher darzustellen, ausnahmsweise auch anhand der einschlägigen Abgrenzungstheorien (insb. entsprechend dem Schwerpunkt der Maßnahme und der Intention des handelnden Beamten) herauszuarbeiten
Beachte, u.U. kann auch ein paralleles strafverfahrens- und polizeirechtliches Vorgehen zu erwägen sein.

I. Ermächtigungsgrundlage

1. Feststellen der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage(n)
 - **soweit in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht erforderlich** hat hier bei mehreren in Betracht kommenden
 - *Eingriffsvarianten* einer Maßnahme (**z.B.** bei der Verkehrsdatenerhebung im Hinblick auf den Sonderfall der Standortdatenerhebung nach § 100g I 3 StPO, beim Einsatz Verdeckter Ermittler im Hinblick auf § 110b StPO) oder
 - strafverfahrensrechtlichen *Maßnahmen* (**z.B.** liegt eine körperliche Untersuchung oder Durchsuchung bzw. ein körperlicher Eingriff vor? unterfällt der Zugriff auf E-Mails der Telekommunikationsüberwachung oder der Durchsuchung und Beschlagnahme bzw. Postbeschlagnahme? sollen echte Vorratsdaten [i.S.d. § 113a TKG n.F.] oder nur als Verbindungsdaten angefallene Verkehrsdaten erhoben werden? Lauschangriff in oder außerhalb einer Wohnung? kurz- oder langfristige Observation?) oder
 - *Maßnahmerichtungen* (ist der Betroffene Verdächtiger oder Dritter, ggf. sog. Nachrichtenmittler oder Kontaktperson?)

eine Abgrenzung zu erfolgen,

Beachte, bei Fehlen einer speziellen Eingriffsermächtigung kann hier auch die Frage einer analogen Anwendung von Ermächtigungsnormen (**z.B.** der §§ 110a ff StPO auf Vertrauenspersonen) zu erörtern sein, ggf. ist vor einem Rückgriff auf die sog. Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 161, 163 StPO) zu prüfen, ob dieser Rückgriff nicht (auch wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs) ausgeschlossen ist.

Aufbauhinweis: **U.U.** kann hierbei auch bereits (statt unter III.1.) unter bestimmten die Maßnahme mit kennzeichnende Tatbestandsmerkmale (**z.B.** Einsatz technischer Mittel zum Abhören/Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes bei Lauschangriffen) subsumiert werden.

Aufbauhinweis: Gesucht wird i.d.R. eine den Eingriff rechtfertigende Zwangsmaßnahme, weshalb - soweit die Aufgabenstellung nicht anderes vorgibt - nur die als einschlägig erachtete Eingriffsmaßnahme weiter geprüft wird. Kommen ausnahmsweise mehrere Maßnahmen alternativ in Betracht, so sind jedoch diese Maßnahmen in der Regel getrennt nacheinander durchzuprüfen.

2. **ggf.** Feststellen, ob eine (rechtswirksame) Einwilligung des Betroffenen vorliegt

Voraussetzung ist insofern, daß die betroffene Person über die • nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw. Verstandesreife und -kraft verfügt, • dispositionsbefugt ist und • in Bedeutungskennntnis (ggf. aufgrund erfolgter Belehrung) sowie • frei (d.h. ohne Willensmängel) • vor der Maßnahme in diese (ausdrücklich oder konkludent) eingewilligt hat; ggf. bestehen zudem noch besondere gesetzliche Einwilligungsvoraussetzungen.

Merke, wenngleich nach bisher h.M. eine rechtswirksame Einwilligung eine Eingriffsbefugnis entbehrlich macht, ist dies zunehmend fraglich geworden, da der Gesetzgeber - etwa bei den molekulargenetischen Eingriffsmaßnahmen - tw. besondere Eingriffsvoraussetzungen auch bei freiwilligem Handeln kennt (so insb. bei § 81h StPO); tw. wird deshalb nunmehr nur eine Befreiung von einem Richtervorbehalt oder bestimmten Eingriffsgrenzen angenommen.

3. **ggf. Erörterung der Rechtsgrundlage der Anwendung unmittelbaren Zwangs**, soweit die Eingriffsmaßnahme mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt wurde bzw. werden soll

Merke, nach neuerer Ansicht ist Rechtsgrundlage nicht das Polizeirecht, sondern die Strafprozeßordnung selbst. Meist impliziert die strafrechtliche Ermächtigungsnorm auch die zwangsweise Durchsetzung der Maßnahme - und dies im Wege der Annexkompetenz (Ausnahme: § 81c VI 2 StPO).

II. Eingriffs-/Anordnungsbefugnis

d.h. Feststellen der "Zuständigkeit":

- enthält das Gesetz eine *besondere Zuständigkeitsnorm*,

ggf. mit Unterscheidung zwischen einer primären und einer nur bei *Gefahr im Verzug* greifenden sekundären Anordnungsbefugnis (dann ist hier zu prüfen, ob insofern die strengen materiellen und formalen Voraussetzungen beachtet wurden, wobei neben der • Erforderlichkeit der Zuständigkeitsverlagerung [etwa: kein Vorliegen einer erforderlichen richterlichen Anordnung] und • sekundären Zuständigkeit [ggf. Eigenschaft als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft festhalten], • der Definition [vgl. § 81a Abs. 2 StPO] und • konkreten, tatsächengestützten (!) Subsumtion unter den Begriff der Gefahr im Verzug auch • die [erfolgten?] Versuche des Einholens einer richterlichen bzw. staatsanwaltlichen Entscheidung und • die zeitnah [erfolgte?] Dokumentation der gegebenen Gefahr-im-Verzug-Lage darzustellen sind),

- *oder* ist mangels besonderer Regelungen auf die *allgemeinen Zuständigkeitsnormen* (§§ 160 i.V.m. 161; **163**; 162, 165, 166 StPO) zurückzugreifen?

Beachte: Fragen *sachlicher* (zur Zuständigkeit des Ermittlungsrichters siehe §§ 162, 165, 166, 169 StPO; 21e I 1 GVG; nach Anklageerhebung aber das mit der Sache befaßte Gericht, vgl. §§ 81 III, 98 II 4, 202, 219 StPO) und *örtlicher* (siehe §§ 162 I u. II, 169 StPO, 143, 167 GVG; aber auch etwa §§ 125, 126a II StPO) Zuständigkeit kommt eher selten Bedeutung zu (vgl. **aber** § 100d I 1 StPO), ebenso Fragen der *funktionalen* Zuständigkeit.

Aufbauhinweis: *Wenngleich nachstehend besondere formelle Anordnungsvoraussetzungen (z.B. Schriftformerfordernis oder inhaltliche Anforderungen an die Anordnung in § 100b II StPO) mit unter III.2. geprüft werden, könnten sie der Sachnähe wegen auch hier angesprochen werden.*

- **ggf.** Anordnungszuständigkeit der Anwendung unmittelbaren Zwangs (vgl. oben I.3.)

III. (Materielle und formelle) Rechtmäßigkeit

Aufbauhinweis: *Grundsätzlich hat die Prüfung mit den materiellen Eingriffsvoraussetzungen zu beginnen, wobei allerdings, soweit sachliche Gründe dafür sprechen, materielle und formelle Tatbestandsvoraussetzungen (wie etwa bei § 81a I 2 StPO) zusammen geprüft werden können.*

1. (Materielle) Tatbestandsvoraussetzungen

- Vorliegen eines Tatverdachts und

Merke: Jede strafverfahrensrechtliche Eingriffsmaßnahme erfordert zumindest einen Anfangsverdacht (arg. § 163 I 1 StPO) und muß verhältnismäßig sein; im Rahmen sog. *Vorermittlungen* zur Abklärung des Vorliegens eines Straftatverdachts sind nur allgemeine "Ermittlungstätigkeiten" ohne Eingriffscharakter zulässig.

- **ggf.** nähere Qualifizierungen des Verdachts bzw. der (Anlaß-) Tat (**z.B.** hins. dem Verdachtsgrad, Erfordernis "bestimmter Tatsachen" / einer "Straftat von erheblicher Bedeutung" / "schweren Straftat" (§ 100a II StPO) oder "besonders schweren Straftat" (§ 100c II StPO) - die dann jeweils auch im konkreten Einzelfall eine entsprechend erhebliche etc. sein muß! - / Katalogstraftat [meist mit abschließender Bezeichnung der zulässigen Anlaßtaten], bestimmter Begehungs- oder Beteiligungsformen [regelmäßig sind Täterschaft und Teilnahme erfaßt], der ausnahmsweisen Einbeziehung des Vorbereitungsstadiums [hingegen ist das Versuchsstadium regelmäßig mit erfaßt]);

Aufbauhinweis: *Hier kann - etwa bei Katalogstraftaten - eine knappe materiellrechtliche Tatbestandsprüfung der Strafbarkeit geboten sein.*

- **ggf.** Betroffener der Ermittlungsmaßnahme (**z.B.** Verdächtiger, Beschuldigter; "andere Person" [= Dritter], Zeuge; Nachrichtenmittler, Kontaktperson? - *soweit nicht ausnahmsweise bereits unter I. eine Prüfung erforderlich war*)
- sonstige besondere materielle Tatbestandsvoraussetzungen
- **ggf.** (Nicht-) Eingreifen eines (allgemeinen oder besonderen, einfachgesetzlichen oder verfassungsrechtlichen) Beweiserhebungsverbotes (**z.B.** §§ 81c III, 81e I 3, 81g II 2, 96, 97, 100a IV 1, 100c IV u. V 1 u. VI 1, [136a I u. II], 160a StPO; bei Eingriff in den Kernbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ggf. Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz)

- **ggf. Wahrung der Subsidiarität** einer Maßnahme (z.B. sog. abgemilderte [§ 100h I StPO], einfache [§ 100h II 2 Nr. 1, 163f I 2 u. 3 StPO], qualifizierte [§§ 100a I Nr. 3, 100h II 2 Nr. 2 StPO], strenge [§§ 100c I Nr. 4?, 100g I 2, 110a I 4 StPO] Subsidiaritätsklausel; hierbei ist auch zu klären, welche anderen - zulässigen - Maßnahmen hier konkret mit welchem Ermittlungserfolg in Betracht kämen)
- **Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme** im konkreten Fall (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit?)

Aufbauhinweis: Die Verhältnismäßigkeit kann auch als eigenständiger letzter Punkt (III.4) geprüft werden.

2. **Verfahrens- und Formvorschriften** (z.B. Fristen, [Schrift-] Form, Inhalt; Belehrungspflichten)
3. **ggf. materielle und formelle Voraussetzungen** (regelmäßig vorherige Androhung erforderlich!) der **Anwendung unmittelbaren Zwangs**
Beachte, die Grenzen der Anwendung unmittelbaren Zwangs ergeben sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, das durch die Wertungen der Polizeigesetze des Bundes und der Länder näher konkretisiert wird (die insofern allenfalls analog angewandt werden können).

IV. *soweit verlangt: Frage der Verwertbarkeit* bei rechtswidrig erlangtem/n Beweismittel(n), d.h. i.d.R. *Fehlerfolgenbetrachtung* anhand der zuvor festgestellten materiellen und formellen Fehler, ohne diese auf einschlägige Beweiserhebungsverbote zu begrenzen:

- 1a. greifen hinsichtlich der *erlangten Beweismittel selbst* spezielle einfachgesetzliche **Verwendungs-/ Verwertungsverbote** (z.B. §§ 81a III Hs. 1, 81 c III 5, 81g II 1, 100a IV 2, 100c V 3 u. VI 1 Hs. 2 u. VI 2, [136a III 2²⁾], 160a StPO)
 bzw. greift ein besonderes **verfassungsrechtliches Verwertungsverbot** (z.B. aufgrund des Rechtsstaatsprinzips bzw. Grundsatzes des fairen Verfahrens [Art. 20 III GG, Art. 6 EMRK], Allgemeinen Persönlichkeitsrechts [Art. 2 I i.V.m. 1 I GG]; etwa: Selbstbelastungsfreiheit/*nemo-tenetur-Grundsatz*)?
 - *Beachte*, hier ist **u.U.** auch die Frage der **Umwidmung gefahrenabwehrrechtlich erlangter Beweismittel** (§§ 100d V Nr. 3, 161 II u. III StPO) anzusprechen.
- 1b. *anderenfalls*: Rückgriff auf die allgemeine "**Lehre von den Beweisverboten**", dann kurze Darstellung der
 - allgemeinen Grundregeln (nicht jeder Rechtsfehler bzw. jedes Beweiserhebungsverbot zieht ein Verwertungsverbot nach sich, dies ist eher die Ausnahme; es erfolgt jeweils eine Einzelfallbetrachtung) und
 - der Entscheidungskriterien (insb. entspr. der sog. *modifizierten Abwägungslehre*; Rechtskreisgedanke, Schutzzweck, Güter- u. Interessenabwägung, kaum mehr: hypothetischer rechtmäßiger Ersatzeingriff) und
 - ggf. Widerspruchserfordernis (vgl. sog. *Widerspruchslösung*³⁾) mit
 - konkreter Entscheidung (**Abwägungskriterien** sind hierbei insb. die *konkrete Schwere und Bedeutung des Fehlers* [Vereitelung des Regelungszwecks, erhebliche Verkürzung der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten, Schwere der Grundrechtsverletzung, vorsätzliche Regelverletzung?] und die *konkrete Bedeutung des staatlichen Interesses an der Wahrheitsermittlung und Strafverfolgung* [Schwere der Straftat, fehlende Beeinträchtigung des Beweiswerts, sog. "bloße Ordnungsvorschrift", ausnahmsweise hypothetischer Ersatzeingriff, ggf. auch Entlastungsfunktion des Beweismittels?])
2. **ggf. Frage mittelbarer Verwertung als Ermittlungsansatz** (zw. ob - abgesehen von der Gewinnung eines Anfangsverdachts - mit rechtswidrig erlangten Beweismitteln weitere Eingriffsmaßnahmen begründet werden können, ähnlich: Frage des Vorhalts)
 oder Eingreifen eines **Fernwirkungsverbots** (in Abgrenzung zur *Fortwirkung* bzw. Fällen der *Fehleridentität*; grds. wird keine Fernwirkung von Beweisverboten angenommen)
3. **ggf. Frage der Verwertung von Zufallsfunden** zu • Beweiszwecken oder • nur als Ermittlungsansatz (siehe §§ 100d V Nr. 1, 100i II 2, 108 II u. III, 477 II 2 StPO)

² **Merke:** § 136a StPO greift nur bei Vernehmungen und begründet dort ein *absolutes* Beweisverwertungsverbot, so daß jegliche Abwägung ausscheidet. In sog. *vernehmungsfähnlichen Lagen* können sich (z.B. beim Einsatz verdeckt ermittelnder Personen, insb. bei Hörfällen) aus dem Rechtsstaatsprinzip Verwertungsverbote ergeben.

³ **Beachte:** Das *Widerspruchserfordernis* der sog. *Widerspruchslösung* - welche bei Belehrungsmängeln im Zusammenhang mit Vernehmungen mittlerweile eine spezielle Fehlerfolge darstellt (u.U. kommt hier eine erneute Vernehmung nach qualifizierter Belehrung in Betracht) - findet zunehmend auch bei anderen Beweiserhebungsfehlern Anwendung.