

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 842

**Die Determination
polizeilicher Tätigkeit in den
Bereichen der Straftatenverhütung
und der Verfolgungsvorsorge**

Von

Marion Albers



Duncker & Humblot · Berlin

MARION ALBERS

Die Determination polizeilicher Tätigkeit
in den Bereichen der Straftatenverhütung
und der Verfolgungsvorsorge

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 842

Die Determination
polizeilicher Tätigkeit in den
Bereichen der Straftatenverhütung
und der Verfolgungsvorsorge

Von

Marion Albers



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Albers, Marion:

Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen
der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge /

Marion Albers. – Berlin : Duncker und Humblot, 2001

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 842)

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10383-1

Alle Rechte vorbehalten
© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-10383-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 1999 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen worden. Für die Betreuung und die schnelle Anfertigung des Erstgutachtens danke ich Professor Dr. Dieter Grimm. Auch bei Professor Dr. Christoph Gusy bedanke ich mich für die schnelle und zuverlässige Erstellung des Zweitgutachtens. Mit Anregungen, Kritik und Unterstützung haben mir außerdem insbesondere Dr. Ulrike Bumke und Dr. Bernd Schütze weitergeholfen. Gabriele Kaiser und Wolfgang Rohrhuber verdanke ich zahlreiche kompetente Hilfen beim Umgang mit dem Computer.

Für die Veröffentlichung habe ich die Arbeit auf den Stand vom 1. Juli 2000 gebracht.

Karlsruhe, im August 2000

Marion Albers

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	15
B. Gang der Untersuchung.....	17

1. Kapitel

Charakteristika des überkommenen Polizeirechts

A. Die grundlegenden Muster der rechtlichen Determination polizeilicher Tätigkeit.....	19
I. Die Differenz von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	19
II. Die Regelung und die Trennung von Aufgaben und Befugnissen.....	21
B. Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung	26
I. Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht.....	26
II. Bindungen und Flexibilität der Aufgabenzuweisungen.....	29
1. Öffentliche Sicherheit als Schutzgut	30
2. Gefahren für die öffentliche Sicherheit als Anknüpfungspunkt	32
a) Komponenten und Strukturen des Gefahrenbegriffs	33
b) Die Interpretationen des Gefahrenbegriffs in den polizeigesetzlichen Aufgabenzuweisungen	39
3. Die Abwehr der Gefahren als Ziel- und Tätigkeitsbeschreibung	46
III. Grundformen und Modifikationen der Befugnisse.....	46
1. Der Bereich gesetzlich zu regelnder Befugnisse	47
2. Die Struktur der Generalermächtigungen.....	48
a) Gefahrensituationen und Ungewißheitskonstellationen	49

b) Die Entscheidung über das Einschreiten und die Wahl der erforderlichen Maßnahmen.....	56
c) Die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Personen.....	58
3. Die Strukturen der Standardbefugnisse.....	62
IV. Fazit: Konzeption und Bruchlinien der Gefahrenabwehr.....	67
C. Die Mitwirkung an der Verfolgung von Straftaten.....	69
I. Die rechtliche Rolle der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung.....	69
II. Bindungen und Flexibilität der Aufgabenzuweisungen.....	71
1. Der Bezug auf Straftaten.....	72
2. Der Verdacht einer Straftat als Anknüpfungspunkt.....	73
a) Komponenten und Strukturen des Verdachtsbegriffs.....	73
b) Der Verdacht einer Straftat in den strafprozessualen Aufgabenzuweisungen.....	75
3. Die Ermittlung des Sachverhalts zur Entscheidung über die Anklageerhebung.....	80
III. Die Konstruktion der strafprozessualen Befugnisse.....	81
1. Der Bereich gesetzlich zu regelnder Befugnisse.....	81
2. Die Strukturen der Befugnisse.....	83
a) Sachverhaltserforschung und Tatbezogenheit.....	84
b) Die Auswahl und die Grenzen der Ermittlungsmaßnahmen.....	85
c) Die Möglichkeiten der Inanspruchnahme von Personen.....	88
IV. Fazit: Die Justizförmigkeit der Strafverfolgung.....	91
D. Unterschiede und Interdependenzen zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung.....	92

2. Kapitel

Die Erweiterungen der polizeilichen Aufgaben und Befugnisse

A. Die Hintergründe der Veränderungen des Polizeirechts.....	97
I. Risikogesellschaft und Sicherheitssemantik.....	97
II. Veränderung der Kriminalitätsformen.....	100

III. Technisierung und Vergesetzlichung im Bereich der Informations- und Datenverarbeitung.....	104
IV. Konzeptionen der Polizei: operatives Vorgehen, Vorfeldtätigkeiten, proaktives Handeln	108
B. Die polizeigesetzlichen Regelungen zur Straftatenverhütung und zur Verfolgungsvorsorge.....	116
I. Die Erweiterungen der Aufgabenzuweisungen.....	118
1. Die Aufnahme der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge	118
2. Die Komponenten der Verhütung und der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten oder künftiger Straftaten	121
a) Die Verhütung von Straftaten	123
b) Die Vorsorge für die Verfolgung von (künftigen) Straftaten.....	128
II. Die Erweiterungen der polizeilichen Befugnisse.....	131
1. Befugnisse zur Datenerhebung und zum Einsatz bestimmter Ermittlungsmethoden	132
a) Die Regelungen der Datenerhebung	133
aa) Die Generalemächtigungen zur Datenerhebung.....	133
bb) Neuartige Elemente und Strukturen.....	137
b) Die Regelungen der Ermittlungsmethoden	139
aa) Befragung und Auskunftspflichten.....	139
bb) Erweiterungen der Ermächtigung zur Identitätsfeststellung um die „Schleierfahndung“	141
cc) Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume.....	142
dd) Besondere Mittel der Datenerhebung: längerfristige Observation, verdeckter Einsatz technischer Mittel, Einsatz verdeckter Ermittler und Einsatz von Vertrauenspersonen.....	143
ee) Polizeiliche Beobachtung.....	152
ff) Neuartige Elemente und Strukturen	155
2. Befugnisse zur Informations- und Datenverarbeitung.....	158
a) Die Regelungen der Informations- und Datenverarbeitung.....	158
b) Neuartige Elemente und Strukturen.....	166

3. Befugnisse zur Datenübermittlung und zum Datenempfang	167
a) Die Ermächtigungen zur Datenübermittlung.....	168
b) Ermächtigungen zur Datenübermittlung an die Polizei	173
c) Das automatisierte Abrufverfahren	174
d) Datenabgleich	175
e) Rasterfahndung	176
f) Neuartige Elemente und Strukturen.....	178
III. Fazit: Die grundlegenden Veränderungen der Polizeigesetze	179
C. Die Novellierungen der Strafprozeßordnung.....	183
I. Die Erweiterungen der Befugnisse	184
1. Neue Ermittlungsmethoden.....	184
a) Verdeckter Einsatz technischer Mittel	185
b) Einsatz verdeckter Ermittler	187
c) Polizeiliche Beobachtung.....	190
d) Datenabgleich	191
e) Rasterfahndung	192
f) Neuartige Elemente und Strukturen.....	194
2. Weitere Befugnisse zum Umgang mit Informationen und Daten	197
II. Fazit: Änderungen und Anpassung der Strafprozeßordnung.....	201
D. Unterschiede, Annäherungen und Interdependenzen zwischen Gefahren- abwehr, Straftatenverhütung, Verfolgungsvorsorge und Strafverfolgung.....	203

3. Kapitel

Die Determinationsmuster in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge

A. Die Veränderung der Grundlinien des Polizeirechts	209
I. Die Diskussion um die neuen Aufgaben und Befugnisse	209
II. Das Erfordernis rechtsdogmatischer Weiterentwicklungen	215
III. Schwerpunkte der weiteren Untersuchung.....	217

B. Die Determinationswirkungen der zentralen verfassungsrechtlichen Aussagen.....	219
I. Die Vorgaben grundgesetzlicher Kompetenzbestimmungen	219
1. Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern	219
2. Das Gebot der Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten.....	221
II. Die neuartigen Bindungen der Grundrechtsgewährleistungen	230
1. Die Schutzzinhalte der Grundrechte, insbesondere: das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	231
a) Die grundlegenden Aussagen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	233
b) Der Schutz durch weitere grundrechtliche Bindungen	238
2. Grundrechtsanforderungen und gesetzliche Regelungen	239
a) Vorgaben für die Begrenzung und Strukturierung des polizeilichen Umgangs mit Informationen und Daten	240
b) Anwendungsbedingungen und Einsatzfähigkeit des Übermaßverbots.....	241
c) Die Anforderungen an die gesetzliche Gestaltung von Kenntnismöglichkeiten der Betroffenen.....	246
C. Die rechtsdogmatische Ausarbeitung der polizeigesetzlichen Regelungsstrukturen und Regelungselemente	250
I. Das Netzwerk von Aufgaben und Befugnissen.....	251
II. Die Eigenständigkeit der Aufgaben der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge.....	252
1. Das Verhältnis zwischen Gefahrenabwehr, Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge.....	252
2. Grundzüge der Konkretisierung der neuen Aufgabenzuweisungen	254
a) Die Verhütung von Straftaten	256
b) Die Vorsorge für die Verfolgung von (künftigen) Straftaten.....	261
3. Die Gesetzgebungskompetenz für die Verfolgungsvorsorge.....	265
III. Die Konkretisierung der Befugnisse zur Straftatenverhütung und zur Verfolgungsvorsorge.....	275
1. Generalemächtigungen und neue Befugnisse	275

2. Die Determination durch die Regelungsmuster der Befugnisse zur Datenerhebung und zum Einsatz besonderer Ermittlungsmethoden	276
a) Der Gehalt der Regelungselemente und -strukturen der Erhebungsbefugnisse	276
aa) Die Bestimmung der (Verwendungs)Zwecke.....	277
bb) Die Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit.....	280
cc) Die Beschreibungen und Differenzierungen von Personen.....	282
dd) Offene und verdeckte Datenerhebungen.....	295
b) Die gesteigerten Anforderungen weiterer Regelungselemente bei den Befugnissen zum Einsatz besonderer Ermittlungsmethoden.....	295
aa) Eingrenzungen des Straftatenkreises	297
bb) Die Anforderungen an die Prognose einer künftigen Begehung bestimmter Straftaten	300
cc) Die Bindung der Maßnahmen an Subsidiaritätsklauseln.....	305
dd) Die Sicherungen durch Entscheidungs- oder Beteiligungsvorbehalte und durch Berichtspflichten	308
3. Die Determination durch die Regelungsmuster der Befugnisse zur Informations- und Datenverarbeitung.....	312
a) Rückbindungen und Fortführungen der polizeilichen Tätigkeit	313
b) Die Möglichkeiten zu Zweckänderungen	316
aa) Grundlinien der Zulässigkeit von Zweckänderungen.....	317
bb) Zweckänderungen bei Einsatz besonderer Ermittlungsmethoden....	323
c) Rechtswidrigkeitsfolgen in den polizeilichen Informations- und Datenverarbeitungsprozessen.....	329
4. Die Determination durch die Übermittlungs- und Empfangsbefugnisse....	333
IV. Die Gestaltung der Kenntnismöglichkeiten betroffener Personen	334
1. Bedeutung und Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten	334
2. Insbesondere: Unterrichtungspflichten und ihre Grenzen.....	336
V. Die Institutionalisierung von Kontrollen.....	344
VI. Fazit: Ausdifferenzierung und neue Dogmatisierung des Polizeirechts.....	347
Zusammenfassung und Ergebnisse	352

Inhaltsverzeichnis

13

Literaturverzeichnis..... 369

Sachregister 397

Einleitung

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die polizeiliche Tätigkeit gilt in klassisch-rechtsstaatlicher Perspektive als Prototyp rechtlich gebundenen und begrenzten Handelns. Struktur und Handlungsmöglichkeiten der Polizei als Institution werden als paradigmatischer Ausdruck des Verhältnisses der Bürger zum Staat beschrieben.¹ Die Aufgabe der Gefahrenabwehr, auf die sich das Polizei- und Ordnungsrecht gegründet hat, ist zentrales Element und Modell für die Ausbildung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts gewesen, das durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes geprägt wurde und unter anderem rechtsförmliche Handlungsmuster, Rechtsbindungen der zu treffenden Entscheidungen, insbesondere auch des Ermessens, sowie Vorgaben für die Inanspruchnahme von Personen einschloß.² Das Polizeirecht erschien als solider Kern des deutschen Verwaltungsrechts³, und ihm, so meinte man feststellen zu können, „fehlt ... der Reiz des Neuen“⁴.

Die Strukturen des überkommenen Rechts der Polizei haben sich in den vergangenen Jahren verändert. In den Länderpolizeigesetzen ist die traditionelle Aufgabe der Gefahrenabwehr um die Aufgaben der Verhütung von Straftaten, der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten und der Vorbereitung für die Gefahrenabwehr ergänzt worden. Zugleich sind zahlreiche Befugnisregelungen aufgenommen worden, die sich nur noch begrenzt der Abwehr von Gefahren zuordnen lassen.

Diese Entwicklungen sollen in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Zu den die Untersuchung leitenden Überlegungen zählt die These, daß sich das Polizeirecht aus dem allgemeinen Ordnungs- oder Gefahrenabwehrrecht ausdifferenziert. Zu den Hintergründen gehören vor allem veränderte Formen des Umgangs mit Risiken und eine veränderte Sicherheitssemantik auf Gesellschaftsebene, aber auch gewandelte Kriminalitätsformen sowie vorfeldorien-

¹ *Wagner*, AK-PolG NRW, Einl. A Rn 1, mit Hinweis auf *Wacke*, Polizei, Sp. 1897: „Wo uns ... die Polizei gegenübertritt, da wissen wir, wie weit die Staatsgewalt gehen darf.“

² *Forsthoff*, Anrecht, S. 51; *Menger*, Bestimmung, S. 300; *Ossenbühl*, Ermessens- und Beurteilungsspielraum, S. 463; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 11 ff.

³ *Wolff*, Gestaltung, S. 134.

⁴ *Frotscher*, Schutz, S. 695.

tierte, proaktive und operative Konzeptionen der Polizei. Mit den neuen gesetzlichen Regelungen entwickelt sich das Polizeirecht zu einem eigenständigen Rechtsgebiet, so wie sich andere Bereiche, etwa das Umweltschutzrecht und das technische Sicherheitsrecht, mit eigenen Strukturmerkmalen verselbständigt haben. Es behält einerseits Elemente der Gefahrenabwehr bei und erhält andererseits neuartige Elemente, die durch die Ausrichtung auf eine der Differenz von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung vorgelagerten Ebene geprägt sind. Diese Ebene - markiert mit der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge - ist durch den Bezug auf Straftaten gekennzeichnet und in spezifischer Weise gestaltet: keineswegs allein durch bestimmte Vorsorgemuster, sondern auch etwa durch Handlungsformen oder Regelungselemente, die man aus dem Nachrichtendienst kennt, oder durch Elemente, die auf die Nahtstellen zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung reagieren.

Es handelt sich nicht schlicht um eine Verstärkung des Präventionselements im Polizeirecht. Vielmehr werden die Aufgaben und Befugnisse unter mehreren Gesichtspunkten auf das Vorfeld der vormals aufgrund bestimmter Einschreitschwellen begrenzten Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungstätigkeit der Polizei erstreckt und in einer darauf zugeschnittenen Form geregelt. Daran knüpft die Unterscheidung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung wieder an. Zwischen der Verhütung von Straftaten im Vorfeld, ihrer Verhinderung im Sinne traditioneller Gefahrenabwehr, der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten und der Verfolgung begangener Straftaten lassen sich vor einem solchen Hintergrund Zusammenhänge herstellen und neue Interdependenzen herausarbeiten.

Quer dazu liegt die rechtliche Erfassung staatlicher Informations- und Datenverarbeitung, aufgrund derer staatliche Tätigkeit anders konzipiert wird als zuvor und das Polizeirecht - auch - informationsrechtlich zu denken ist. Auch wenn dies einen Bedarf an gesetzlichen Vorschriften für polizeiliches Vorgehen hervorgerufen hat, das vorher nicht regelungsbedürftig erschien, ist die Regelung der Befugnisse zu Informations- und Datenverarbeitungen den sachlichen Veränderungen des Polizeirechts in der theoretischen Analyse nachgeschaltet. Im Zentrum stehen die Erweiterungen der polizeilichen Aufgaben um die Straftatenverhütung und um die Verfolgungsvorsorge sowie die diesen Aufgaben zugeordneten, die Tätigkeit vorverlagernden Regelungsinhalte der polizeilichen Befugnisse. Wegen der Interdependenzen zwischen sämtlichen Aufgaben und Befugnissen handelt es sich um eine Gesamtmodifikation der polizeilichen Tätigkeit.

Da sich polizeiliche Tätigkeiten und Polizeirecht so grundlegend ändern, muß dessen Dogmatik in weiten Teilen neu entwickelt werden. Eine Ausgangsbasis dafür bleibt die traditionell elementare Unterscheidung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung mit ihren rechtlichen, insbesondere freiheitsschützenden Funktionen. Eine Analyse der Hintergründe der Veränderungen und der in die Polizeigesetze aufgenommenen Bindungen polizeilicher Tätigkeit, insbe-

sondere der neuartigen Formen der Determination, sichert die Grundlagen und liefert Ansätze zur Dogmatisierung des neuen Polizeirechts. Ziel der Untersuchung ist es, die neuen Strukturen und Elemente des Polizeirechts in ihrer Eigenständigkeit, aber zugleich in den zu berücksichtigenden Bezügen zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung zu erarbeiten.

B. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel sollen die Charakteristika des überkommenen Polizeirechts herausgearbeitet werden. Ausgangspunkte sind die inhaltliche Differenz von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sowie die Trennung von Aufgaben und Befugnissen, die als zentrale dogmatische Unterscheidung seit dem MEPOlG die Polizeigesetze prägt (Punkt A.I.). Polizeirecht ist Gefahrenabwehrrecht, indem der Polizei die Aufgabe der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zugewiesen ist (Punkt A.II.1.). Die Analyse der polizeilichen Befugnisse kann nach Ausführungen dazu, welche Tätigkeit der gesetzlichen Regelung bedarf, in eine Analyse der Generalklausel und der Standardbefugnisse unterteilt werden (Punkt A.II.2.). Dabei gilt das Interesse auch den Bruchlinien des überkommenen Gefahrenabwehrrechts, die hinsichtlich der Einführung von Elementen der Vorsorge und der Erkennbarkeit von Gefahrenlagen, aber auch bei den Standardbefugnissen auszumachen sind. Daneben ist die Polizei nach Maßgabe der Strafprozeßordnung für die Verfolgung von Straftaten zuständig (Punkt B.I.). Bei den Befugnissen zur Verfolgung begangener Straftaten unterscheiden sich die Systematik der Strafprozeßordnung und die Struktur der Regelungen von den Polizeigesetzen (Punkt B.II.). Danach können Unterschiede und Interdependenzen zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung festgehalten werden (Punkt C.). All dies bietet eine Basis für das Verständnis der Novellierungen der Polizeigesetze.

Das zweite Kapitel wird sich mit den Erweiterungen der polizeilichen Aufgaben und Befugnisse befassen. Zu den Hintergründen gehören auf gesellschaftlicher Ebene die Semantik der Risikogesellschaft, auf Kriminalitätsebene die Veränderungen der Kriminalitätsformen, auf Informationsebene die Technisierung und Vergesetzlichung im Bereich der Informations- und Datenverarbeitung und auf der Ebene der Polizei die auf diese Entwicklung reagierenden oder darauf ausgerichteten Konzeptionen (Punkt A.). Der nächste Abschnitt geht der in den Polizeigesetzen neu geregelten Aufgaben der Verhütung und der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten nach (Punkt B.I.). Die Erweiterungen polizeilicher Befugnisse gliedern sich in Ermächtigungen zur Datenerhebung und zum Einsatz bestimmter Ermittlungsmethoden, Befugnisse zur Informations- und Datenverarbeitung sowie Empfangs- und Übermittlungsbefugnisse. Bei deren Analyse sollen vor allem die neuen Elemente und Strukturmerkmale herausgearbeitet werden (Punkt B.II.). Daran anschließend werden die