

Akademischer Rat z. A. Dr. Horst Dreier, Universität Würzburg

Erkennungsdienstliche Maßnahmen im Spannungsfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

I. Einleitung: Zur Doppelfunktion der Polizei

Die Polizei erfüllt eine Doppelfunktion¹, denn sie agiert sowohl repressiv als auch präventiv. Repressiv wird sie als Hilfsorganisation der Staatsanwaltschaft (§§ 152, 160, 161 StPO, 152 I GVG)² auf deren Ersuchen bzw. im Wege des „ersten Zugriffs“ (vgl. § 163 I StPO)³ auch aus eigener Initiative strafverfolgend tätig. Präventiv handelt sie zur Vermeidung von Schäden an Rechtsgütern der Allgemeinheit oder Einzeler⁴ und nimmt insofern gemeinsam mit den Ordnungsbehörden⁵ Aufgaben der allgemeinen Gefahrenabwehr wahr⁶.

Diese tradierte Janusköpfigkeit zieht naturgemäß Zuordnungsschwierigkeiten nach sich. Oft ist es selbst für den eingreifenden Beamten kaum möglich, das *tatsächliche* Handeln in einem konkreten Geschehenszusammenhang einem der *rechtlich* klar geschiedenen Systeme zuzuordnen. Für den rechtsschutzsuchenden Betroffenen ist die zutreffende Einordnung indes von unmittelbarer Bedeutung⁷. Denn der Duplizität der Funktionen korrespondiert ein gespaltener Rechtsweg⁸. Für Klagen gegen präventivpolizeiliches Handeln

ist gem. § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Rechtsschutzgesuche gegen strafprozessuale Maßnahmen der Polizei, die aufgrund einer heute vorherrschenden „funktionalen“ Betrachtungsweise als Justizbehörde angesehen wird⁹, unterfallen entweder den Sonderregeln für Justizverwaltungsakte nach §§ 23 ff. EGGVG oder dem richterlichen Rechtsschutzsystem des extensiv interpretierten § 98 II 2 StPO¹⁰.

In welcher ihrer beiden Funktionen die Polizei nun jeweils tätig wird, läßt sich auch anhand des Kriteriums der „objektiven Auslegung des wirklichen Willens der tätig werdenden Behörde“¹¹ nicht immer eindeutig bestimmen¹². Polizeiliches Handeln vereint nicht selten Elemente repressiver Strafverfolgung und präventiver Gefahrenabwehr in sich¹³. In der Praxis stellt man für die Wahl des richtigen Rechtsweges in solchen Fällen zumeist auf das jeweils „überwiegende“ Moment ab¹⁴;

Trennungslinie nun zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Über häufig deklungsgleiche Maßnahmen müßten dann in einigen Fällen die ordentlichen, in anderen die Verwaltungsgerichte entscheiden (diesen Punkt hebt auch *Schenke* NJW 1975, 1529 hervor). Ausschlaggebend für den Rechtsweg wäre der Zufall. Nicht auszuschließen wäre zudem, daß es zu unterschiedlichen Auslegungen gleicher Rechtsvorschriften, zu einem „Durcheinander und Gegeneinander der verschiedenen Gerichtsverfahren“ (*BVerwGE* 6, 86/89 f.) und damit zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit käme (*BVerwGE* 47, 255/262; zurückhaltender in diesem Punkt *Amelung* JZ 1975, 528). Insgesamt wäre damit der Ordnungsfunktion der Rechtswegzuweisungen nicht gedient. – *Markworth* DVBl. 1975, 578 begründet seine Gegenposition zu *BVerwGE* 47, 255 gerade damit, daß bei „Doppelmotivation polizeilichen Handelns“ dem rechtsschutzsuchenden Bürger ein einheitlicher Rechtsweg nach § 40 VwGO zur Verfügung stehen sollte – muß dann aber zugestehen, daß bei allen auf Ersuchen oder im Auftrag der StA durchgeführten polizeilichen Maßnahmen § 23 EGGVG einschlägig wäre. – Die aus der Doppelfunktion der Polizei resultierende und keineswegs immer transparente Kontrollzuständigkeit unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten hält das *BVerwG* insgesamt für eher erträglich als eine Trennung der Rechtsweg für Maßnahmen der Polizei und der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Strafverfolgung. Die prinzipielle Gleichwertigkeit aller Gerichtszweige (*BVerwGE* 37, 369/372) wird davon nicht berührt.

⁹ Begründet vor allem durch *Schenke* VerwArch 60 (1969), 332 ff.; in der Rechtsprechung neben *BVerwGE* 47, 255 schon früh *BayVGH* BayVBl. 1967, 97 (s. ferner *VG Frankfurt* DVR 1984, 273/276 f.). In der Literatur ist diese Auffassung ebenfalls herrschend: *Schenke* VerwArch 62 (1971), 176 ff.; *Mansperger* (Fn. 3), S. 16; *M. Cramer*, Die erkennungsdienstliche Behandlung (§ 81 b StPO), Diss. Frankfurt/M. 1978, S. 39 f.; *Schwan* VerwArch 70 (1979), 109, 129; *Dörr* NJW 1984, 2259; *Kleinkecht/Meyer*, StPO, 37. Aufl., 1985, RdNr. 2 zu § 23 EGGVG; *Löwe/Rosenberg*, StPO, 23. Aufl., RdNr. 8 ff. zu § 23 EGGVG; *Küsel*, GVG, 1981, RdNr. 21 zu § 23 EGGVG; *Drews* u. a. (Fn. 4), S. 572; *Kopp*, VwGO, 7. Aufl., 1986, § 179 RdNr. 6; nunmehr wohl auch *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 8. Aufl., 1985, § 40 RdNr. 57; skeptisch *Götz* JuS 1985, 872. Eine Mindermeinung sieht die Polizei nur dann als Justizbehörde an, wenn und soweit sie Maßnahmen auf Ersuchen der StA trifft; bei aus eigener Initiative ergriffenen Strafverfolgungsmaßnahmen soll der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Für diesen eher „institutionellen“ Begriff der Justizbehörden s. *Holland* JuS 1968, 560; *Markworth* DVBl. 1975, 575 ff.; *Frenz/Emmerig* DNP 1961, 170 ff.; *Geiger*, FS 45. DJT, 1964, S. 72 f.; *Samper* BayVBl. 1967, 98; *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 8. Aufl., 1980, § 179 RdNr. 3 u. 5.

¹⁰ *Götz* JuS 1985, 871 favorisiert die ausdehnende Interpretation des § 98 II 2 StPO z. B. auch für Fälle der zwischenzeitlich eingetretenen Erledigung (anders *Dörr* NJW 1984, 2258 ff.). Zum Rechtsschutz gegen strafprozessuale Eingriffe im einzelnen *Rieß/Thym* GA 1981, 189 ff. (insbes. 199 ff., 207 ff.); *Amelung* NJW 1979, 1687 ff.

¹¹ Dazu noch immer lesenswert *Emmerig* DVBl. 1958, 339 f.

¹² Dies nicht zuletzt deshalb, weil angesichts der Offenheit mancher Situationen und der Mehrschichtigkeit der Handlungsmotive der Polizei selbst nicht immer klar sein dürfte, ob sie jemanden als Störer oder als Straftäter in Anspruch nimmt. Vgl. aus der Sicht des Polizeipraktikers *Honnacker* CuR 1986, 290 („Gemengelage von Strafverfolgung und Prävention“).

¹³ Standardbeispiel ist der Fall einer Geiselnahme, da es zugleich um die strafrechtliche Verfolgung der Geiselnahmer als auch um den Schutz der Geisel geht. – Die RiStBV sehen in der Anlage A unter B III für solche Fälle eine „enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei“ und im Falle des Konflikts eine „Güter- und Pflichtenabwägung“ vor (s. Abdruck bei *Kleinkecht/Meyer* [Fn. 9], S. 1741 f.). Damit ist das Problem freilich eher bezeichnet als gelöst.

¹⁴ Z. B. *OVG Berlin* NJW 1971, 637; *OVG Münster* NJW 1980, 855. Ob die Schwergewichtslehre sich, wie das *OVG Münster* annimmt, als h. M. einstufen

¹ *Emmerig* DVBl. 1958, 338 ff.; *Schwan* VerwArch 70 (1979), 109 ff., 126 ff.

² Vgl. *BVerwGE* 47, 255/263 („verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft“) unter Bezug auf *Peters*, Strafprozeß, 2. Aufl., 1966, S. 156. Das rechtliche Verhältnis zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft ist immer wieder Gegenstand heftiger, auch rechtspolitischer Kontroversen gewesen: vgl. z. B. *Görgen* ZRP 1976, 59 ff.; *Ulrich* ZRP 1977, 158 ff.; *Rupperecht* ZRP 1977, 275 ff.; *Schoreit* ZRP 1981, 73 ff. Speziell zum Datenbereich *Uhlig* DVR 1985, 65 ff.; ferner *Schoreit* NJW 1985, 169 ff.; *ders.* DRiZ 1986, 54 ff. Allgemein *Gössel* GA 1980, 325 ff.; *Rüping* ZStW 1983, 894 ff.

³ Faktisch ist das strafprozessuale Ermittlungsverfahren weitgehend in die Hand der Polizei übergegangen (*BVerwGE* 47, 255/262 f.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 19. Aufl., 1985, S. 53; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 182 f.; *Mansperger*, Die verwaltungs- und verfassungsrechtliche Problematik des polizeilichen Erkennungsdienstes, Diss. Würzburg 1971, S. 11). An der rechtlichen Gesamtverantwortung der StA für das Ermittlungsverfahren ändert dies nichts (*Rüping* ZStW 1983, 909 ff., 915).

⁴ Zum Begriff der Gefahrenabwehr und der Störungsbeseitigung s. nur *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 220 ff.

⁵ Die Bezeichnung dieser „zivilen“ Behörden der Gefahrenabwehr in den Ländern, in denen die sog. „Entpolizeilichung“ stattgefunden hat (Trennungssystem: Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein), ist uneinheitlich: vgl. *Scholler/Broß*, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1982, S. 97 ff.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Arndt* u. a., Besonderes Verwaltungsrecht, 1984, S. 116 f.; *Friauf*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Besonderes Verwaltungsrecht*, hrsgg. v. *Ingo v. Münch*, 7. Aufl., 1985, S. 189 f., 192 f.; *Drews* u. a. (Fn. 4), S. 48 ff.; *Kiefer*, Ordnungsverwaltung, in: *D. Grimm* (Hrsg.), Einführung in das öffentliche Recht, 1985, S. 90 ff. In Hamburg ist jede Fachbehörde zugleich (Sonder-)Ordnungsbehörde. Die restlichen vier Bundesländer mit Einheitssystem unterscheiden innerhalb der Polizei zwischen Polizeibehörden und Polizeivollzugsdienst. Die Differenz zwischen beiden Systemen ist mithin eine terminologische und organisatorische, keine rechtswesentliche. Dem Gegenstandsbereich des Rechts der Gefahrenabwehr nach gibt es keine Differenz.

⁶ Vgl. zu Fällen der Unaufschiebbarkeit (z. B. § 1 II NSOG) nur *Drews* u. a. (Fn. 4), S. 118 ff. – auch hier spricht man verwirrenderweise vom „Recht des ersten Zugriffs“ *Friauf*, [Fn. 5], S. 235; *Saipa*, Polizeirecht, in: *H. Faber/H.-P. Schneider*, Niedersächsisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1985, S. 354. Allgemein zu den unterschiedlichen Einteilungsbegriffen der Polizei (formell, materiell, institutionell) s. *Wolff/Bachof*, VerwR III, 4. Aufl., 1978, S. 9 ff., 15 ff.; *Schenke* (Fn. 5), S. 113 ff.; *Scholler/Broß* (Fn. 5), S. 16 ff.; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1985, S. 9 f.

⁷ Einen ersten Überblick zum Rechtsschutz gegen Polizeimaßnahmen vermittelt *Götz* NVwZ 1984, 211 ff.; *ders.* JuS 1985, 869 ff. – Grundlegend für die Rechtswegfrage in Fällen eigenständiger Strafverfolgung durch die Polizei: *BVerwG* v. 3. 12. 1974, E 47, 255 = JZ 1975, 523 = NJW 1975, 893 (Rechtsweg gem. §§ 23 ff. EGGVG aufgrund „funktionaler“ Betrachtung); zustimmend *Naumann* DÖV 1975, 278 f.; *Schenke* NJW 1975, 1529 f.; *Amelung* JZ 1975, 526 ff., ablehnend *Markworth* DVBl. 1975, 575 ff., kritisch *Steinke* Kriminalistik 1976, 6 ff.

⁸ Diese Aufspaltung ist ohne Zweifel mißlich. Eine generelle Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte erzeugte indes neue Probleme: denn da die Staatsanwaltschaft unzweifelhaft Justizbehörde¹ i. S. d. § 23 EGGVG ist, verlief die

doch die umfangreiche, nicht widerspruchsfreie Kasuistik demonstriert die Unabwägbarkeit einer solcherart wertenden Betrachtungsweise stets aufs Neue¹⁵.

Der Problemhorizont erweitert sich, wenn es nicht allein um die Zuordnung faktischer Maßnahmen zu einem bestimmten Rechtsregime, sondern um die Einstufung der Rechtsnormen selbst geht: dann stellt sich neben der Frage des subjektiven Rechtsschutzes auch die nach der Gesetzgebungskompetenz. Denn Polizeirecht ist Ländersache¹⁶, das Strafverfahren hingegen gehört zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 72 I, 74 Nr. 1 GG. Für den Bundes- wie die Landesgesetzgeber besteht mithin Grund, im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung die Grenzen der jeweiligen Gesetzgebungskompetenz exakt zu beachten. Daß im Zuge der Ausarbeitung des Musterentwurfs für ein einheitliches Polizeigesetz (ME)¹⁷ nach Vorlage des ersten Entwurfs eine „Arbeitsgruppe Harmonisierung“ (AGH)¹⁸ eingesetzt werden mußte, um Überschneidungen mit der StPO zu beseitigen und die beiden Regelungskreise nahtlos aneinander zu fügen, kann als Indiz für im einzelnen oft schwierige Abgrenzungsfragen gelten. Diese sollen im folgenden am Beispiel der Anfertigung und Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen gem. § 81 b StPO¹⁹ genauer untersucht werden²⁰.

Die hierzu in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Positionen sind zunächst darzulegen (II.) und auf ihre Tragfähigkeit hin zu untersuchen (III.). Im Ergebnis zeigt sich, daß umfassende neuere Rechtsentwicklungen eine „renovatio“ dieses Bereiches unausweichlich machen (IV.).

II. Erkennungsdienstliche Maßnahmen in Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung

§ 81 b StPO bildete lange Zeit die einzige Rechtsgrundlage für die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen. In die StPO durch das Ausführungsgesetz zum Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung v. 24. 11. 1933 (RGBl. I S. 1000) eingefügt, erhielt die Vorschrift ihre jetzige Fassung durch das

läßt, kann man bezweifeln: s. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl., 1985, RdNr. 426; ausdrücklich gegen die Schwergewichtslehre und für die Eröffnung beider Rechtswege *Drews* u. a. (Fn. 4), S. 572 (anders allerdings *dies.*, S. 139).

¹⁵ Z. B. *BayVG* BayVbl. 1986, 337 (Räumung eines besetzten Domes als Strafverfolgungsmaßnahme); *OVG Münster* NJW 1980, 855 (Beobachtende Fahndung als Maßnahme der Polizei auf dem Gebiet der Strafverfolgung; dazu berechnete Kritik bei *Riegel* JZ 1980, 224; vgl. ferner *Bull. DVR* 1982, 14f.). Charakteristisch auch *BVerwG* NJW 1984, 2233 gegen *VG Kassel* NJW 1984, 1253: Hier hatte der *VG* die Verweigerung der Vorlage einer kriminalpolizeilichen Ermittlungsakte nach § 96 StPO durch den Innenminister des Landes auch dann als Justizverwaltungsakt i. S. d. § 23 EGGVG angesehen, wenn die im Rahmen der Strafverfolgung angelegte Akte zum Zeitpunkt des Antrages nicht mehr Ermittlungszwecken, sondern der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten dient. Das *BVerwG* gelangte unter Hinweis auf funktionale Gesichtspunkte zur Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges.

¹⁶ Zur Gesetzgebungskompetenz im Polizeirecht allg. *Scholler/Broß* (Fn. 5), S. 28 ff.; *Schenke* (Fn. 5), S. 118 f.; *Drews* u. a. (Fn. 4), S. 16 f.

¹⁷ Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder gem. Beschluß der IMK v. 25. 11. 1977 (abgedruckt bei *Heise/Riegel*, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl., 1978).

¹⁸ Vgl. unter II.3. – Auch im Zusammenhang mit der Diskussion um die Kostenerstattung für Polizeieinsätze ist die Kompetenzfrage von Bedeutung gewesen: s. *Kühling* DVBl. 1981, 317 f.; *Württembergischer NVwZ* 1983, 197 ff.; *Broß* DVBl. 1983, 379 ff.

¹⁹ Zu Arten und Methoden des Erkennungsdienstes (anthropometrische Messungen, Personenbeschreibung, Daktyloskopie etc.) auch in historischer Perspektive *Groß/Geerds*, Handbuch der Kriminalistik, Bd. 1, 10. Aufl., 1977, S. 443 ff.; ferner *Mansperger* (Fn. 3), S. 3 ff.; *Cramer* (Fn. 9), S. 26 ff.

²⁰ Illustrativ die konträren Stellungnahmen zu § 81 b 2. Alt. StPO in zwei Lehrbüchern des Polizeirechts: während es bei *Knemeyer* (Fn. 6), S. 77 heißt, diese „verfassungsrechtlich bedenkliche Vorschrift“ dürfe schon jetzt nicht mehr angewendet werden, schreibt *Götz* (Fn. 14), RdNr. 402: „Der Gesetzgeber ist nicht der verbreiteten Auffassung gefolgt, daß die Grundlage der Maßnahme nicht in die StPO, sondern in die Landespolizeigesetze gehöre. Soweit letztere Regelungen enthalten, sind sie wegen der abschließenden bundesrechtlichen Regelung verfassungswidrig.“ Wie *Knemeyer* auch *Samper/Honnacker*, Polizeiaufgabengesetz, 13. Aufl., 1984, Art. 13 Anm. 2 (S. 145).

Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 1950 (BGBl. I S. 455). Die erkennungsdienstliche Behandlung „für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens“ (§ 81 b 1. Alt.)²¹ wirft keine Zuordnungsprobleme auf. Sie ist tat-, genauer: täterbezogen und bezweckt die Überführung bzw. Entlastung des betroffenen Beschuldigten im Hinblick auf einen konkreten strafrechtlichen Vorwurf²². Die anfallenden Unterlagen werden zum Bestandteil der unter der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft stehenden Ermittlungsakte und teilen deren weiteres Schicksal²³. Eine eigene Aufbewahrungskompetenz steht den Polizeibehörden aufgrund § 81 b 1. Alt. StPO nicht zu.

Bis heute umstritten ist hingegen die richtige Qualifizierung der einige „Untiefen“²⁴ aufweisenden Vorschrift des § 81 b 2. Alt. StPO zur Aufnahme von Lichtbildern und Fingerabdrücken sowie der Vornahme von Messungen und ähnlichen Maßnahmen „für Zwecke des Erkennungsdienstes“.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

Das *BVerwG* ordnete in seinem ersten Grundsatzurteil v. 3. 11. 1955²⁵ die auf § 81 b 2. Alt. StPO gestützte Anordnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen noch als Verwaltungsakt auf dem Gebiet der Strafrechtspflege ein. Wegen ihrer Rechtsnatur und ihrer Stellung im Gesamtsystem der StPO könne die Vorschrift ungeachtet der vorbeugenden Natur der Unterlagen, die insofern der „Sicherung der Allgemeinheit“ dienen und „fürsorglicher Natur“ seien²⁶, nicht aus dem strafprozessualen Kontext ausgegliedert werden. Das Sicherungsverfahren der §§ 429 a ff. StPO (a. F.) zeige, daß solche allgemeinen, nicht der Strafverfolgung im engeren Sinn dienenden Regelungen der StPO durchaus nicht fremd seien²⁷.

In seiner Entscheidung vom 25. 10. 1960²⁸ gab der gleiche Senat diesen Standpunkt ausdrücklich auf und stufte die Anfertigung der Unterlagen sowie deren Aufbewahrung ohne nähere Begründung als „polizeiliche Aufgabe“ ein, für deren Überprüfung die Verwaltungsgerichte zuständig seien²⁹. Denn diese Maßnahmen dienten dazu, „der Kriminalpolizei die Bekämpfung zukünftiger Verbrechen und Vergehen im Interesse eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit zu erleichtern“³⁰. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zum Erlaß einer materiell polizeirechtlichen Vorschrift wird seitdem mit Hinweis auf den engen Sachzusammenhang zum Strafverfahrensrecht bejaht³¹.

Im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entnahm das *BVerwG* der Norm auch Regeln für Umfang und Grenzen der – im Normtext nicht erwähnten – Aufbewahrung sowie Voraussetzungen für einen An-

²¹ *BVerwG* NJW 1983, 772 (dazu *Schreiber* BayVbl. 1983, 182). Allgemein zu § 81 b 1. Alt.: *Leineweber*, Die erkennungsdienstliche Behandlung, 1979, S. 5 ff.; *Fuß*, FS Wacke, 1972, S. 310 ff.; *Mansperger* (Fn. 3), S. 10 ff.; *Cramer* (Fn. 9), S. 34 ff.; *Geerds* Jura 1986, 10 ff., 16 ff. behandelt die Abgrenzung zu anderen strafprozessualen erkennungsdienstlichen Maßnahmen wie §§ 163 b, c StPO. – Spezialgesetzliche Vorschriften über erkennungsdienstliche Maßnahmen etwa § 3 I 3 AuslG oder § 86 StVollzG (sehr problematisch § 86 II 2 StVollzG!).

²² Z. B.: Lichtbilder werden Zeugen zur Identifizierung vorgelegt, Fingerabdrücke werden mit Tatortspuren verglichen. Hier geht es also um den „Nachweis von Schuld oder Unschuld des Täters in einem bestimmten gegen ihn anhängig gemachten Strafverfahren“ (*OLG Düsseldorf* NJW 1959, 1790).

²³ Vgl. *Schoreit* CuR 1986, 87; *Nelles*, in: Elektronische Medien im Recht, hrsg. v. B. *Großfeld/P. Salje*, 1986, S. 224.

²⁴ *Schäfer* Kriminalistik 1967, 60.

²⁵ *BVerwGE* 2, 302 = NJW 1956, 234; dazu kritisch *Bachof* MDR 1956, 314 und *Blau* NJW 1956, 805.

²⁶ *BVerwG* NJW 1956, 235.

²⁷ Als Hilfsargument führt das Gericht mögliche Inkonsistenzen im Rechtsschutzsystem an.

²⁸ *BVerwGE* 11, 181 = NJW 1961, 571.

²⁹ *BVerwGE* 11, 181/182; s. auch *BVerfGE* 16, 89/94. Intensive Begründung bei *VG Frankfurt* DVR 1984, 273/276 f.

³⁰ *BVerwGE* 11, 181/183.

³¹ S. nur *BVerwG* NJW 1983, 773.

spruch des Betroffenen auf Vernichtung der Unterlagen³². Die Notwendigkeit der Aufbewahrung bestimmt sich danach unabhängig vom Ausgang des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach „kriminalistischen Erfahrungen und Erkenntnissen“³³. Grenzen ergeben sich vor allem aus der Zweckbestimmung der Unterlagen, der Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen, nicht als potentiell Verdächtiger in neue Straf- und Ermittlungsverfahren verwickelt zu werden, und dem allgemeinen öffentlichen Interesse an einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung³⁴. Die Aufbewahrung werde unverhältnismäßig, wenn keine Anhaltspunkte mehr dafür vorlägen, daß „der Betroffene künftig oder anderwärts gegenwärtig mit guten Gründen als Verdächtiger in den Kreis potentieller Beteiligter an einer noch aufzuklärenden strafbaren Handlung einbezogen werden könnte und daß die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen – den Betroffenen schließlich überführend oder entlastend – fördern könnten.“³⁵

Die Instanzgerichte sind dieser jüngeren Rechtsprechung des *BVerwGE* im wesentlichen gefolgt. Sie betrachten § 81 b 2. Alt. StPO als präventivpolizeiliche Norm, die gleichwohl zur Erleichterung künftiger Täterermittlung diene³⁶; ebenso teilt man ganz überwiegend die Auffassung, daß der Vorschrift nicht nur die Voraussetzungen für die Anfertigung, sondern auch für die Aufbewahrung zu entnehmen seien³⁷.

2. Meinungsstand in der Literatur

In der rechtswissenschaftlichen Literatur lassen sich mit einer gewissen Vergrößerung drei Meinungsgruppen unterscheiden.

a) Die wohl überwiegende, in der Kommentarliteratur fast ausschließlich vertretene Auffassung teilt Prämissen wie Folgerungen der Rechtsprechung. § 81 b 2. Alt. StPO wird als materielles Polizeirecht begriffen³⁸; zur Regelung im Rahmen der StPO sei der Bundesgesetzgeber wegen des engen sachlichen Zusammenhangs mit den strafverfahrensrechtlichen Aufgaben der Polizei befugt gewesen³⁹.

b) Die Gegenansicht⁴⁰ ordnet – in der Sache *BVerwGE* 2, 302 folgend – die Maßnahmen dem Strafverfahren zu. § 81 b StPO wird somit in beiden Alternativen als repressive Regelung betrachtet⁴¹. Obwohl im Falle der 2. Alt. die erkennungsdienstliche Behandlung nicht zur Durchführung eines konkreten Ermittlungsverfahrens diene, sei sie letztlich doch ein „Akt der vorgezogenen, antizipierten Strafverfolgung“⁴². Ihr Hauptzweck bestehe – wie auch das *BVerwGE* anerkennt – in der Erleichterung künftiger Täterermittlung⁴³. Gefahrenabwehr meine aber die Verhinderung der Begehung von Straftaten, nicht deren bessere und leichtere, vielleicht auch schnellere Aufklärung⁴⁴. Einen echten Vorbeugungseffekt gebe es nicht; die aufbewahrten Unterlagen dienten lediglich als Belastungs- resp. Überführungsmaterial⁴⁵. Wegen der als ausschlaggebend angesehenen repressiven Komponente liegt die Gesetzgebungsbefugnis dieser Auffassung zufolge beim Bund, ohne daß es zur Begründung dafür des Rückgriffs auf die Figur des Sachzusammenhangs⁴⁶ bedürfte. Rechtsschutz wäre den einschlägigen prozessualen Vorschriften gemäß durch die ordentlichen Gerichte zu gewähren⁴⁷.

c) Eine dritte Meinung schließlich folgt der Rechtsprechung in der Frage der sachlichen Zuordnung zum Polizeirecht, hält aber einen die Annexkompetenz des Bundes begründenden Zusammenhang zwischen Maßnahmen zu Zwecken des Erkennungsdienstes und dem Sachkomplex Strafprozessrecht nicht für gegeben⁴⁸. Mangels Gesetzgebungsbefugnis für diese so ganz dem Gefahrenabwehrrecht zugeordnete Materie wäre § 81 b 2. Alt. StPO verfassungswidrig und nichtig⁴⁹. Diese Ansicht führt zur Aufhebung der Sperrwirkung des § 81 b 2. Alt. StPO⁵⁰ gegenüber dem Landesgesetzgeber und unterstellt Maßnahmen zu Zwecken des Erkennungsdienstes ausschließlich der Regelungszuständigkeit der Länder⁵¹.

³² *Schwan* *VerwArch* 70 (1979), 109ff.; *Sydow* *ZRP* 1977, 119ff.; *Benfer* *NJW* 1980, 902; *Kickartz*, Ermittlungsmaßnahmen zur Gefahrforschung und einstweilige polizeiliche Anordnungen, 1984, S. 188 f.

³³ Vgl. auch *Blau* *NJW* 1956, 805; *Hust* *Kriminalistik* 1965, 500; *Naumann* *DÖV* 1975, 278; *Amelung* *NJW* 1979, 1668 A. 8.

³⁴ *Schwan* *VerwArch* 70 (1979), 121.

³⁵ *Sydow* *ZRP* 1977, 125. Nach *Mansperger* (Fn. 3), S. 83 wird in „der Praxis ... der Erkennungsdienst als Erleichterung für die Polizei bei (der) Bekämpfung zukünftiger Verbrechen gesehen“; ähnlich *Cramer* (Fn. 9), S. 57. *Kickartz* (Fn. 40), S. 188 stellt für die Zuordnung zum Strafprozessrecht entscheidend auf den Verwendungszweck (Überführung des Täters in späteren Strafverfahren) ab.

³⁶ *Benfer* *NJW* 1980, 902.

³⁷ Vgl. *Fuß*, *FS* Wacke, 1972, S. 320 (jedenfalls ‚auch‘); ähnlich *Hust* *Kriminalistik* 1965, 500: vorbeugender Nebeneffekt; s. ferner *Götz* (Fn. 14), RdNr. 402. Besonders klar erhellt dies daraus, daß erkennungsdienstliche Maßnahmen unzulässig sind, wenn sich eine (erneute) Straffälligkeit des Betroffenen anschließen läßt (*Schäfer* *Kriminalistik* 1967, 63 f.). Die Wiederholungsgefahr ist konstitutive Voraussetzung für die Anfertigung der Unterlagen (*BayVGH* *BayVBl.* 1982, 757; s. auch *VG Wiesbaden* *Die Polizei* 1979, 131).

³⁸ Dazu aus der Fülle der Literatur nur *Bullinger* *AöR* 96 (1971), 237ff. Allgemein: *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 423ff., 438ff.

³⁹ So deutlich *Kickartz* (Fn. 40), S. 193. *Naumann* *DÖV* 1975, 278 will offenbar für alle Fälle der Anfertigung der Unterlagen den Rechtsweg nach §§ 23ff. EGGVG, für Fälle der Aufbewahrung den Rechtsweg nach § 40 VwGO eröffnen.

⁴⁰ *Mansperger* (Fn. 3), S. 30ff., 41; entsprechende Andeutung bei *Knemeyer* (Fn. 6), S. 76 f. *Afnichtbar* scheint die S. 77 vertretene Auffassung, § 81 b 2. Alt. StPO dürfe „jetzt schon“ nicht mehr angewendet werden (Verwerfungskompetenz der Exekutive?), „weil das Polizeirecht als spezielleres Gesetz eine Befugnis zur Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen für präventiv-polizeiliche Zwecke“ biete: denn die der allgemeinen Methodenlehre entnommene Kollisionsregel des „lex specialis derogat legi generali“ kann nicht das Gesetzgebungskompetenzgefüge des Grundgesetzes überspielen, da sie nur auf derselben Normebene gilt. S. auch *Krause* *JuS* 1975, 162: „... deshalb kann etwa die Frage, ob das Landesrecht als lex specialis vorgeht, überhaupt erst aufgeworfen werden, wenn feststeht, daß das Land in dem fraglichen Sachbereich überhaupt gesetzgeberisch tätig werden durfte.“ Um eben diese Frage geht es zunächst.

⁴¹ *Mansperger* (Fn. 3), S. 41.

⁴² Zur Sperrwirkung und zum ‚Ergänzungsverbot‘ für die Bundesländer s. *BVerwGE* 36, 193/210 ff.; 36, 314; 56, 110/119; präzise zu Voraussetzungen und Grenzen *Fugmann* *NJW* 1981, 2228 f.

⁴³ Auch für *Riegel* läßt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Falle des § 81 b 2. Alt. StPO nur „zur Not“ bejahen, da kaum zu bestreiten sei, daß „hier die Nähe zum Polizeirecht bzw. zu polizeitypischem Handeln

³² Ansatzweise *BVerwGE* 11, 181/182; deutlicher *BVerwGE* 26, 169/170ff.

³³ *BVerwGE* 11, 181/183. Ihren Niederschlag haben diese in den sog. ‚Richtlinien‘ gefunden, die auf einer Arbeitstagung der Leiter der Landeskriminalämter mit dem Bundeskriminalamt am 7. 7. und 8. 7. 1953 als einheitliche Arbeitsgrundlage vereinbart wurden (vgl. *Steinwender*, *Daktyloskopie*, Bedeutung und Anwendung, 1955, S. 172 A. 19, Text S. 172ff.). Nunmehr gelten offenbar die bei *Prante*, *Die Personenerkennung*, Teil I, 1982, S. 179ff. abgedruckten, vom Arbeitskreis II der IMK am 15. 8. 1982 empfohlenen „Erkennungsdienstlichen Richtlinien“, die z. T. wiederum auf die sog. „KpS-Richtlinien“ (GMBL 1981, 119) verweisen (dazu *BayVerfGH* *DVBl.* 1986, 35; *Hess* *VGH* *JZ* 1984, 1118). Auf Dauer ist in diesem z. Zt. eher undurchsichtigen Bereich eine gesetzgeberische Lösung unerlässlich.

³⁴ Dazu allg. *H.-J. Vogel* *NJW* 1978, 1217ff.

³⁵ *BVerwGE* *NJW* 1983, 773, 1339; s. auch *BVerwGE* 26, 169/171f. Ausführlich zur ‚kriminalistischen Abwägung‘ *Cramer* (Fn. 9), S. 53ff.; allgemeine Probleme der Prognosemöglichkeiten benennt *Geerds* *MSchrKrim* 1960, 92ff., 104ff.

³⁶ Sehr früh bereits *OLG Düsseldorf* *NJW* 1959, 1790 (s. auch *VG Berlin* *NJW* 1955, 964); nunmehr etwa *VG Freiburg* *NJW* 1980, 901; *VG Neustadt* *NJW* 1965, 1934; *VG Frankfurt* *DVR* 1985, 234; *OVG Berlin* *JR* 1971, 392; *OVG Hamburg* *DVBl.* 1977, 253; *OVG Hamburg* *Die Polizei* 1977, 230; *BayVGH* *DVBl.* 1966, 904; *OVG Münster* *NJW* 1972, 2147 = *OVGE* (Münster) 27, 314; *OVG Münster* *DÖV* 1983, 603; *VGH Mannheim* *NJW* 1973, 1663. S. ferner (teils zu Kriminalakten und Unterlagen des Verfassungsschutzes) *VG Kassel* *NJW* 1977, 692; *VG Wiesbaden* *Die Polizei* 1979, S. 131 f. (m. Anm. *Ahlf*); *VG Wiesbaden* *DVBl.* 1981, 790; *VG Darmstadt* *DVBl.* 1979, 743; *VG Köln* *NVwZ* 1983, 112; *VGH Bad.-Württ.* *MDR* 1983, 607. – Speziell zu Auskunftsrechten: *OVG Bremen* *NVwZ* 1983, 358/360; *VG Frankfurt* *KJ* 1985, 70; *VG Berlin* *DVR* 1985, 125.

³⁷ *VG Frankfurt* *DVR* 1985, 234/237 sieht allerdings in § 81 b 2. Alt. StPO keine der Rechtsprechung des *BVerfG* zur sog. ‚Wesentlichkeitstheorie‘ (s. etwa *BVerfGE* 47, 46/79ff.); Überblick bei *Umbach*, *FS* Faller, 1984, S. 111ff.) genügende gesetzliche Grundlage für die Aufbewahrung der Unterlagen zu präventiv-polizeilichen Zwecken.

³⁸ Vgl. *Löwe/Rosenberg* (Fn. 9), § 81 b RdNr. 3; *Kopp*, *VwGO* (Fn. 9), § 179 RdNr. 7; *Redeker/v. Oertzen* (Fn. 9), § 40 RdNr. 57; *Roxin* (Fn. 3), S. 206; *Thomas* *BayVBl.* 1969, 52ff.; *Kohlhaas*, Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Maßnahmen, 2. Aufl., 1975, S. 9, 29; *Geerds* *Jura* 1986, 8.

³⁹ S. nur *Leineweber* (Fn. 21), S. 71.; *Götz* (Fn. 14), RdNr. 402, 422; *Dreus* u. a. (Fn. 4), S. 189. Trotz einiger Bedenken wegen des strafprozessualen Bezuges i. E. wohl auch *Fuß*, *FS* Wacke, 1972, S. 317 ff.

3. Gesetzgeberische Aktivitäten

Die alte Frage nach der Zulässigkeit strafprozessualer Befugnisse in den Landespolizeigesetzen³² erlangte durch Beschluß und Vorlage des Musterentwurfes (ME) durch die Innenministerkonferenz am 11. Juni 1976 neue Aktualität. Die aus Vertretern der Landesjustizverwaltungen, der Landesinnensressorts, des BMJ und es BMI bestehende „Arbeitsgruppe Harmonisierung“ wurde mit der Aufgabe betraut, den Entwurf auf Kollisionen mit der StPO hin zu überprüfen³³. Dabei folgte die Arbeitsgruppe der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung, daß die Landesgesetzgeber zur Nachbesserung der als unvollständig empfundenen bundesgesetzlichen Strafverfolgungsbestimmungen im Wege der Erweiterung polizeilicher Befugnisse nicht berechtigt seien³⁴. Im Sinne einer strikten Trennung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung sollte die StPO nur Vorschriften enthalten, „die der Durchführung eines auf eine bestimmte Straftat ausgerichteten Ermittlungsverfahrens dienen“³⁵. Demgemäß wurde vorgeschlagen, den § 81 b StPO auf die 1. Alt. zu reduzieren und auf diese Weise als reine Repressivregelung auszugestalten³⁶. An Stelle von § 81 b 2. Alt. StPO sah der ME die Befugnis zur Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen ausdrücklich vor, und zwar in § 10 I Nr. 1 als Mittel zur Identitätsfeststellung gem. § 9 ME, in § 10 I Nr. 2, „wenn dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht“. Zwischenzeitlich haben nun zwar nahezu alle Bundesländer eine dem § 10 ME wörtlich oder doch sinngemäß entsprechende Vorschrift in ihre Polizeigesetze aufgenommen³⁷. Indes unterblieb die nach der Gesamtkonzeption notwendige Novellierung des § 81 b StPO³⁸. Die Folge ist, daß zur Zeit zwei Rechtsgrundlagen für erkennungsdienstliche Maßnahmen zu präventiven Zwecken vorliegen. Die damit gestellte Abgrenzungsfrage setzt eine klare Bestimmung der Rechtsnatur des § 81 b 2. Alt. StPO voraus.

III. Probleme und Kritik

Den skizzierten Auffassungen über die rechtliche Qualifizierung des § 81 b 2. Alt. StPO liegen unterschiedliche Prämissen über Ziel, Zweck und Funktion dieser Vorschrift zugrunde. Diese sind nachfolgend auf ihre Tragfähigkeit hin zu untersuchen.

1. § 81 b 2. Alt. StPO als materielles Polizeirecht

a) Die Qualifizierung des § 81 b 2. Alt. StPO als materielles polizeirechtliche Vorschrift beruht methodisch im wesentlichen auf einem Subtraktionsargument. So stellt das *BVerwG* fest, daß hier im Unterschied zur 1. Alt. der konkrete Bezug

wesentlich größer ist als zur Strafverfolgung im engeren Sinn“ (DÖV 1978, 19; vgl. *ders.* ZRP 1978, 15f.; *ders.* BayVbl. 1977, 687; ihm folgend *Leineweber* [Fn. 21], S. 97f.). Der rechtspolitische Vorschlag geht dahin, § 81 b StPO auf eine rein repressive Regelung zu reduzieren.

³² Vgl. nur *Schenke* JR 1970, 48ff.; *Seebode* MDR 1976, 540 m. w. N.; s. ferner *Schwann* AöR 102 (1977), 253ff.; *ders.* VerwArch 70 (1979), 115ff.

³³ Zur Entwicklung vgl. Teil A der Begründung zum ME 1978 (*Heise/Riegel* [Fn. 17], S. 13ff.).

³⁴ Die Vorschläge der AGH finden sich bei *Heise/Riegel* (Fn. 17), S. 48f., 53, 65; s. ferner *Löwe/Rosenberg* (Fn. 9), Erg. Bd., 1980, RdNr. 4ff. zu § 163 b. Das Abstimmungsproblem bei der Identitätsfeststellung wurde durch Gesetz v. 14. 4. 1978 (BGBl. I S. 497) auf der Ebene der StPO gelöst.

³⁵ Begründung zum ME 1978, Teil A, Pkt. 1.52 (*Heise/Riegel* [Fn. 17], S. 15).

³⁶ Vgl. *Heise/Riegel* (Fn. 17), S. 53; zu weiteren Möglichkeiten der Identitätsfeststellung und erkennungsdienstlichen Behandlung aufgrund der StPO vgl. *Achenbach* JA 1981, 660ff.; *Geerds* Jura 1986, 7ff., 10ff., der de lege ferenda § 81 b 2. Alt. StPO ebenfalls aus der Strafprozeßordnung ausgliedern möchte (S. 17).

³⁷ Vgl. z. B. § 13 NSOG, Art. 13 BayPAG; Auflistung der Landesnormen bei *Knemeyer* (Fn. 6), S. 76.

³⁸ Man hat die Frage im Rechtsausschuß zurückgestellt: BT-Drs. 8/1482, S. 11.

zur Aufklärung einer Straftat im Wege der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens fehle. Daraus folgert es, daß eine originär strafverfahrensrechtliche Kompetenz nicht vorliegen könne und schlägt die Norm ihrem sachlichen Gehalt nach „als Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben außerhalb einer konkreten Strafverfolgung“³⁹ dem Recht der allgemeinen Gefahrenabwehr zu. Der spezifisch präventivpolizeiliche Gehalt des § 81 b 2. Alt. StPO wird nicht besonders begründet, sondern in stehenden Redewendungen schlicht konstatiert. Hiernach dienen Aufnahme wie Aufbewahrung „allein (sic!) dazu ... der Kriminalpolizei die Bekämpfung künftiger Verbrechen und Vergehen im Interesse eines wirksamen Schutzes der Allgemeinheit zu erleichtern“⁴⁰. Die Maßnahmen werden beschrieben als Elemente der „vorsorgenden Bereitstellung von sächlichen Hilfsmitteln für die sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben, die der Kriminalpolizei hinsichtlich der Erforschung und Aufklärung durch § 163 StPO zugewiesen“⁴¹ sind. Ziel ist offenbar die bessere, schnellere, effektivere Aufklärung zukünftiger, erst noch zu erwartender Straftaten. So steht zwar, vermittelt über den Begriff des Beschuldigten⁴², der Anlaß der Anfertigung der Unterlagen durchaus im Kontext eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, das auf diese Weise den Anknüpfungspunkt für die erkennungsdienstliche Behandlung bietet; der Zweck der Anordnung und die Funktion der Aufbewahrung der Unterlagen liegen dem *BVerwG* zufolge aber gänzlich „außerhalb des Strafverfahrens“⁴³. Damit bleibt das Problem der späteren Verwendung der Unterlagen zur Überprüfung eines konkreten Tatverdachts, das der Einsatz „zur Durchführung des Strafverfahrens“ i. S. d. § 81 b 1. Alt. StPO, ausgeblendet. Denn ein derartiges Gebrauchmachen von den bei der erkennungsdienstlichen Behandlung gewonnenen Daten diene ja eindeutig der Strafverfolgung und nicht (mehr) der Gefahrenabwehr. Doch erscheint die Auffassung des *BVerwG* insofern sinnvoll, als bei der Aufbewahrung für künftige Zwecke zunächst noch nicht klar ist,

³⁹ *BVerwGE* 26, 169/170.

⁴⁰ *BVerwGE* 11, 181/183. In *BVerwGE* 26, 169/170 heißt es noch plastischer: „Die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen dient hauptsächlich der repressiven (sic!) Verbrechensbekämpfung“. Der direkt folgende Satz: „Sie ist keine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses“ dient allein der Begründung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

⁴¹ *BVerwG* NJW 1983, 772; ähnlich *OVG Münster* DÖV 1983, 604: „künftige Täterermittlung durch die Polizei“ und „möglichst wirksame polizeiliche Ermittlungstätigkeit zur Aufklärung von Straftaten“.

⁴² Die StPO definiert den Begriff des Beschuldigten an keiner Stelle eindeutig, setzt ihn auch in § 157 StPO lediglich voraus. Allerdings wird zwischen dem Verdächtigen (vgl. §§ 102, 163 b I, 163 c II StPO) und dem Beschuldigten (vgl. §§ 81 a, 81 b, 112, 136, 163 a StPO) unterschieden. So herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Beschuldigteneigenschaft nicht jedem Tatverdächtigen zukommt, sondern nur einem durch ausdrückliche oder konkludente behördliche Maßnahmen zum Beschuldigten Gewordenen (vgl. *Rüping*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, S. 38; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, RdNr. 478; zu weitgehend *OVG Berlin* JR 1971, 393, wonach jeder Tatverdacht zur Begründung des Beschuldigtenstatus ausreicht). Strafunmündige, Verurteilte etc. können in diesem strafprozessualen Sinn allerdings niemals „Beschuldigte“ sein. Daraus wurde z. T. gefolgert, § 81 b 2. Alt. StPO biete gegen diese Personengruppen keine Eingriffsgrundlage (*Steinke* Kriminalistik 1972, 289; Begründung zu § 10 ME, abg. bei *Heise/Riegel* [Fn. 17], S. 52; *OVG Münster* DÖV 1983, 603 unter Berufung auf *Heise*, PolG NW, 2. Aufl., der sich wiederum wie der ME auch allein auf *Kleinknecht/Meyer*, § 81 b RdNr. 1 B stützt; *Kleinknecht/Meyer* haben ihre Ansicht aber seit der 36. Aufl. geändert). Diese Argumentation ist zumindest dann inkonsequent, wenn man § 81 b 2. Alt. StPO als polizeirechtliche Norm versteht. Zwingende Folge einer präventiv-polizeilichen Klassifizierung ist eine an den Kriterien des Polizeirechts orientierte Auslegung des Begriffs des Beschuldigten. Danach sind strafrechtlich entscheidende Verantwortlichkeitsfragen ganz ohne Belang. So nimmt die Lehre überwiegend und zu Recht an, daß dem Begriff des Beschuldigten im Fall des § 81 b 2. Alt. StPO auch Strafunmündige wie Schuldunfähige etc. unterfielen (vgl. *Löwe/Rosenberg* [Fn. 9], § 81 b RdNr. 6 – anders bei Vernehmungen, vgl. § 136 RdNr. 4; *Kohlhaas* [Fn. 38], S. 12 ff.; *Leineweber* [Fn. 21], S. 18 ff.; *Kleinknecht/Meyer* [Fn. 9], § 81 b RdNr. 7. *Fugmann* NJW 1981, 2228 schließt sich der Mindermeinung an, will aber – im Unterschied zu *Fuß*, FS Wacke, 1972, S. 306 f., 322 – den Verurteilten ebenfalls als Beschuldigten qualifizieren). In diesem Sinne konsequent *VG Freiburg* NJW 1980, 901 (m. Anm. *Benfer*); anders – und unzutreffend – *OVG Münster* DÖV 1983, 604.

⁴³ *BVerwG* NJW 1983, 773; ebenso *Leineweber* (Fn. 21), S. 97.

wann, ob und – wenn ja – welche Unterlagen für die Strafverfolgung benötigt werden. Diese Verwendungsgewißheit führt das Gericht dazu, die Aufbewahrung nicht dem Strafverfahren zuzurechnen. Bereits an dieser Stelle erlangt mithin der Umstand einer fehlenden spezifischen Zweckbindung der Daten ebenso Bedeutung wie die mangelnde Differenzierung der einzelnen Phasen der Datenverarbeitung und -verwendung. Dessen ungeachtet läßt sich die Rechtsnatur des § 81 b 2. Alt. StPO auf Grund der Prämissen der h. M. als ‚präventiv‘ nur insofern charakterisieren, als Vorsorge für eine erleichterte spätere Strafverfolgung getroffen wird. Wenn also im Grunde die „repressive Ahndung künftiger Verbrechen bezweckt“⁶⁴ ist, dann hieße Prävention lediglich Effektivierung der Strafverfolgung. Prävention wäre Verbesserung der Repression⁶⁵.

b) Eine spezifisch gefahrenabwehrrechtliche Dimension des § 81 b 2. Alt. StPO könnte nun darin liegen, daß das Wissen um die Speicherung der Unterlagen den (potentiellen) Täter von der geplanten Tat abhält und es so tatsächlich zur Schadensverhütung kommt. Diese Position vertritt der *BayVGH*⁶⁶. Mit den Methoden der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung werde „in erster Linie (sic!) versucht, künftig drohende Straftaten von vornherein zu verhüten, nicht bloß, solche später leichter aufzuklären und damit strafrechtlich erfolgreich zu ahnden“⁶⁷. Der präventivpolizeiliche Effekt liege in der Risikohöherung: Das Wissen um die Speicherung der Erkennungsmerkmale und die dadurch mögliche schnellere und effektivere Aufklärung der Straftat halte den potentiellen Täter möglicherweise von der Tatausführung ab. Durch „psychische(n) Druck“ komme es zur ‚Abschreckung‘⁶⁸. Als Einwand gegen diese Auffassung liegt – sieht man einmal von der eine deutliche Nähe zu den Strafzwecklehren indizierenden Terminologie („Abschreckung“) ab – die Fragwürdigkeit der geschilderten Wirkungsweise nahe. Der von *Schwan* leicht karikierend „Zipperleineffekt“⁶⁹ genannte Kausalzusammenhang entbehrt bislang der kriminalistischen Bestätigung⁷⁰. Andererseits ist die Annahme einer tatverhindernden Wirkung auch nicht völlig unberechtigt⁷¹; der Effekt wird sich allerdings niemals exakt quantifizieren lassen. Das aber bedeutet, daß man die Möglichkeit der Prävention immer nur als Begleit- und Nebeneffekt in einem insgesamt heterogenen Funktions- und Motivationsbündel ansehen kann. Demgemäß ergibt sich daraus, daß es sich bei der Aufbewahrung des Datenmaterials um „langfristig angelegte Vorsorge“⁷² handelt, auch keine eindeutige Konsequenz für die Rechtsnatur⁷³. Schließlich bleibt zu bedenken, daß gewisse Präventionseffekte auch vom Strafverfahren erwartet werden⁷⁴.

⁶⁴ *VG Neustadt* NJW 1965, 1935.

⁶⁵ Die Rechtsprechung reproduziert diesen Zusammenhang zuweilen höchst unvermittelt. *BayVGH* DVBl. 1966, 904 spricht von der „rein präventivpolizeilichen Aufgabe künftiger Täterermittlungen“; die gleiche, offenbar von *Kleinknecht* stammende Redewendung bei *OVG Münster* NJW 1972, 2147. Eher rätselhaft *OVG Hamburg* DVBl. 1977, 254, wonach die Unterlagen die „Grundlage für Observationen und für die Ermittlung unbekannter oder künftiger Straftäter“ liefern.

⁶⁶ *BayVGH* BayVbl. 1984, 272 (= NJW 1984, 2235; dazu kritisch *Schoreit* NJW 1985, 169ff.). Das Urteil betrifft zwar die Führung von Kriminalakten, kann aber auf die hier vorliegende Problematik übertragen werden. Es ist aufgehoben worden durch *BayVerfGH* DVBl. 1986, 35 (= BayVbl. 1985, 652 m. Anm. *Honnacker*); dazu auch *Schoreit* CuR 1986, 87ff.

⁶⁷ *BayVbl.* 1984, 273.

⁶⁸ *BayVGH* BayVbl. 1984, 277; ähnlich *Mansperger* (Fn. 3), S. 29; *Riegel* DÖV 1978, 18.

⁶⁹ *Schwan* VerwArch 70 (1979), 125, 126.

⁷⁰ Vgl. *Blau* NJW 1965, 805f.; *Harbs* Die Polizei 1961, 132f.; *Hust* Kriminalistik 1965, 499f.; *Schoreit* NJW 1985, 171.

⁷¹ *Thomas* BayVbl. 1969, 50, 52; *Mansperger* (Fn. 3), S. 4, 72f.

⁷² *Cramer* (Fn. 9), S. 134.

⁷³ Deswegen lassen sich aus der These *Peters* (ZStW 88 [1976], 978, 1015); *ders.*, Strafprozeß (Fn. 3), S. 182, daß die Polizei im Wege der Strafverfolgung auch und zugleich präventiv tätig werde, keine Schlüsse auf den Rechtscharakter der Aufgabenzuweisung ziehen.

⁷⁴ Vgl. etwa *Wassermann*, Präventive Kriminalpolitik im Strafverfahren, in:

Der denkbare Hinweis endlich, die mit Hilfe der aufbewahrten Unterlagen rascher erfolgende Überführung und Bestrafung hindere den Täter an weiteren Delikten und wirke insofern unmittelbar schadensverhütend⁷⁵, führt zu keinem anderen Ergebnis. Abgesehen davon, daß damit das Wiederholungsargument wohl überstrapaziert würde, stellt sich die Verhütungswirkung hier ebenfalls nur als Neben- und Begleiteffekt der repressiven Pönalisierung dar⁷⁶. Hinzu tritt, daß sich zum Zeitpunkt der Erhebung des Datenmaterials der Verhütungseffekt für das Einzeldatum gerade nicht nachweisen läßt, weil es sich insofern um Speicherung auf Vorrat handelt⁷⁷. Für die Qualifizierung als originäre Gefahrenabwehrmaßnahme mangelt es sowohl an einer nach Art, Ort und Zeit konkretisierten Gefahrenlage als auch an einer bestimmten Abwehrmaßnahme⁷⁸.

c) Als letzter Kritikpunkt bleibt hervorzuheben, daß auch die Begründung der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nicht recht zu überzeugen vermag. Es wirkt inkonsistent, wenn das *BVerwG* und mit ihm die h. M. bei der Bestimmung der Rechtsnatur der erkennungsdienstlichen Maßnahmen den strafprozessualen Kontext weitgehend ausblendet und ganz auf den vorgeblich präventivpolizeilichen Charakter abstellt, während es die Bundeskompetenz ohne Umschweife aus dem Gedanken des Sachzusammenhanges begründet, was wiederum eine enge Verbindung mit dem Regelungskomplex des Strafverfahrens voraussetzt⁷⁹. Auch diese Interpretation dürfte

Schwind/Berchauer/Steinhilper (Hg.), Präventive Kriminalpolitik, 1980, S. 73ff., 80ff., 83ff.; *Peters* (Fn. 3), S. 182; *Schäfer* GA 1986, 49 spricht von der ‚Einbettung‘ der StPO in das Kriminalitätsabwehrsystem. Zur Ambivalenz und Vieldeutigkeit des Präventionsbegriffes auch *Lüderssen*, in: *Denninger/Lüderssen*, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 295f. Aus der Perspektive einer individualpräventiven Straf- bzw. Schuldtheorie ließe sich formulieren, daß der Realgrund der Strafe in der Vergangenheit, ihr Finalgrund aber in der Zukunft liegt (vgl. *Haffke*, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. III, hrsg. v. *W. Hassemmer* u. *K. Lüderssen*, 1978, S. 165). Für eine Reflexion der einzelnen Straftheorien ist hier nicht der Ort; zur Fragwürdigkeit der Vereinbarkeit der Generalprävention mit dem Menschenwürdegrundsatz *Badura* JZ 1964, 337ff. – Wenig ergiebig für eine systematisch befriedigende Trennung von strafrechtlicher und gefahrenabwehrender Prävention *Weinberger*, Polizeiliche Prävention durch Öffentlichkeitsarbeit, 1984, S. 3ff., 24ff.

⁷⁵ *Schmüt* NJW 1962, 2192; *Koschwitz*, Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung, 1969, S. 89 A. 5, 91ff.; *Mansperger* (Fn. 3), S. 29; *BayVGH* DVBl. 1966, 905; eher als Randnotiz *BVerwGE* 26, 169/171.

⁷⁶ *Kickartz* (Fn. 40), S. 184 bemerkt, es gehe nicht um „die polizeiliche Verhütung der geschehenen Tat, die jetzt verfolgt werden soll, sondern um die Verhütung der nächsten Tat durch zügige Verfolgung der begangenen Tat“. Wenn *Cramer* (Fn. 9), S. 60 zugestehet, daß die erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81 b 2. Alt. StPO sich nicht auf eine „konkret vorliegende strafverfolgende Tätigkeit der Polizei“ beziehen lasse, so ist dem lediglich hinzuzufügen, daß es an einem konkreten Bezug auch in gefahrenabwehrrechtlicher Hinsicht fehlt. Gleiches gilt für *Geerds* Jura 1986, 17.

⁷⁷ *Denninger* KJ 1985, 224 notiert treffend, daß im Grunde genommen jede Art der Informationsspeicherung eine Datensammlung ‚auf Vorrat‘ sei und die restriktiven Bemerkungen in *BVerfGE* 65, 1/46, 47 insofern der Relativierung bedürften. Der bleibende Sinn des prinzipiellen Verbots liegt darin zu verhindern, daß ohne konkreten Anlaß Daten ‚für alle Fälle‘ gesammelt werden. Das Zweckbindungsgebot stellt insofern eine Konkretisierung des Verbots der Datensammlung auf Vorrat dar (*Baumann* DVBl. 1984, 616f.; s. auch *Schoreit* DRiZ 1986, 54f.).

⁷⁸ Gefahrenabwehrendes Handeln muß prinzipiell die Umstände kennen, die die Gefahr zu realisieren geeignet sind, um den Geschehensablauf so zu beeinflussen, daß der Eintritt einer Störung vermieden werden kann. Eine derartige Verdichtung gefahrenbegründender Momente liegt bei § 81 b 2. Alt. StPO nicht vor. Zwar handelt es sich nicht um eine „Abwehr ins Blaue“ (*Staats* DÖV 1979, 159), da Voraussetzung die Beschuldigteneigenschaft ist. Doch als Bekämpfung einer konkreten Gefahr läßt sich die Anfertigung der Unterlagen ebensowenig einstufen, weil es an der Abwehr einer konkreten Gefahr mangelt (deshalb nahm *BayVGH* BayVbl. 1984, 277 eine nicht hinnehmbare Überdehnung des Merkmals der Wiederholungsfahr vor). Das Vorhalten der Unterlagen ist wiederum so diffus und unspezifiziert, daß es sich ebenfalls nicht als Maßnahme zur Abwehr einer konkreten Gefahr qualifizieren läßt. (*Mansperger* [Fn. 3], S. 28 bejaht dies indes ausdrücklich, was von seiner Position her nur konsequent ist. Sein Beispielfall – Kriminalbeamter auf Streife erkennt in der Nähe eines Kinderspielfeldes einen vorbestraften Sittlichkeitsverbrecher aus der Straftäterkartei und verhütet neue Straftaten durch dessen Überwachung – wirkt freilich etwas weit hergeholt).

⁷⁹ Auch *Leinweber* (Fn. 21), S. 6, 7 sieht hier offenbar kein Problem. Konsequenz insofern wiederum *Mansperger* (Fn. 3), passim, der aber mit seiner

sich vor allem aus dem Bestreben erklären, für alle Phasen der Datenverarbeitung und -verwendung eine einheitliche Gesetzgebungskompetenz zu begründen. Wegen des strikt dualistisch ausgestalteten Gesetzgebungssystems des Grundgesetzes⁸⁰ wird auf der Grundlage dieser Position im übrigen die Zulässigkeit der parallelen, § 10 I Nr. 2 ME entsprechenden polizeirechtlichen Rechtssetzung prekär. Nimmt man an, mit § 81 b 2. Alt. StPO sei eine abschließende und erschöpfende Regelung der erkennungsdienstlichen Behandlung zu präventiven Zwecken getroffen worden⁸¹, so wären wegen der damit entfaltenen Sperrwirkung die landesrechtlichen Normen verfassungswidrig und nichtig⁸². Geht man hingegen davon aus, der Bundesgesetzgeber habe den Ländern für die Kategorie der ‚Nicht-Beschuldigten‘ bewußt einen Regelungsfreiraum lassen wollen, reduziert man die sehr viel prinzipieller und umfassender gemeinten landespolizeirechtlichen Vorschriften auf eine bloße Auffangfunktion: sie dienen dann lediglich zur Erfassung der wenigen Ausnahmefälle, die durch das Raster der StPO-Norm fallen⁸³.

2. § 81 b 2. Alt. StPO als Akt antizipierter Strafverfolgung

a) Die Mindermeinung dagegen bestreitet den vorgeblich „präventiven“ Gehalt des § 81 b 2. Alt. StPO. Im traditionellen Verständnis gefahrenabwehrende, d. h.: die Begehung von Straftaten verhindernde Effekte seien von der Norm nicht zu erwarten. Damit entfalle die Berechtigung, sie materiell dem Recht der Gefahrenabwehr zuzuschlagen. Diese Auffassung beruht auf einem engen Gefahrenabwehr- und einem weiten Strafrechtspflegebegriff. Die Sammlung von Unterlagen, die der Überführung von Beschuldigten im späteren Strafverfahren gelten, dient ihr zufolge der Erleichterung der Verfolgung künftiger Straftaten und sei deshalb nicht der Gefahrenabwehr zuzurechnen. Dies setze den Eintritt des durch das Delikt realisierten Schadens bereits voraus; Gefahrenabwehr sei aber immer nur bis zum Augenblick des Eintritts eines Schadens möglich⁸⁴. Die sicherheitsrechtliche Dimension der Polizeitätigkeit wird also strikt prospektiv gesehen: sie erscheint definitionsgemäß als in die Zukunft gerichtet, während weitere Aspekte und Effekte anderen Regelungsregimen unterstellt werden. Deswegen kann man hier von einem engen Begriff der Gefahrenabwehr sprechen⁸⁵. Der Strafverfolgungsbegriff hingegen ist weit zu nennen, weil man entgegen einer verbreiteten Gleichsetzung bzw. Parallelisierung von „repressiv“ und „retrospektiv“ auch zukünftige Begleit- und Nebeneffekte bestimmter polizeilicher Maßnahmen dem Recht des Straf-

prozesses zuordnet⁸⁶. Die general- und spezialpräventiven Wirkungen, die von jeder Strafverfolgung, von jedem Strafverfahren und von jedem Strafvollzug ausgehen sollen⁸⁷, führten ja auch nicht dazu, all diese Akte nun dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen; für den „Präventionsnebeneffekt“⁸⁸ des § 81 b 2. Alt. StPO könne nichts anderes gelten. Zudem will man allgemein strafverfahrensrechtliche und spezifisch gefahrenabwehrrechtliche Prävention klar scheiden, weil ansonsten die Abgrenzung zwischen den Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern prekär würde⁸⁹. Kurz: Der „Erkennungsdienst“ des § 81 b 2. Alt. StPO firmiert als Strafverfolgungszwecken dienender ‚Wiedererkennungsdienst‘.

b) Der Mindermeinung ist innere Kohärenz nicht abzuspüren. Gleichwohl vermag sie die Vorschrift des § 81 b 2. Alt. StPO ebenfalls nicht in all ihren Facetten zu begreifen. Auch hier zeigt sich eine gewisse Vernachlässigung der im zeitlichen Ablauf wechselnden Zweck- und Funktionsbestimmung der erkennungsdienstlichen Daten sowie das Bedürfnis, den Gesamtvorgang von der Herstellung über die Aufbewahrung bis hin zur Wiederverwendung einem zentralen Gesichtspunkt zu unterstellen und die rechtliche Qualifikation allein daran auszurichten.

Gegen den weiten Strafrechtspflegebegriff ließe sich zunächst einwenden, daß das Vorgehen der Strafverfolgungsinstanzen im allgemeinen *retrospektiv*, also auf ein bereits begangenes Delikt bezogen ist; es wirkt *repressiv*, weil es auf die Überführung des Täters zielt. § 81 b 2. Alt. StPO weist den rückwärts gewandten Zug eindeutig nicht auf. Hier geht es nicht um Vergangenes, sondern um Zukünftiges. Der Blick ist nach vorn gerichtet, auf kommende Fälle. Man produziert gleichsam Beweismittel auf Vorrat: Die erkennungsdienstlichen Unterlagen stellen – als Prüfstein für Schuld oder Unschuld – Überführungsmaterial dar, für das neben dem Täter auch noch das Delikt fehlt. Eine derartige strikt strafprozessuale Sicht hat zur Folge, daß die Mindermeinung das Problem der ‚überschüssigen‘ Datenspeicherung nicht befriedigend lösen kann. Denn sicher ist, daß nicht alle erkennungsdienstlichen Unterlagen zur Aufklärung späterer Delikte benötigt werden; zum Zeitpunkt ihrer Anfertigung ist aber nicht klar, welche Daten in Zukunft einmal heranzuziehen sein werden. Auf die Frage, wie die Anfertigung und Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen der Strafverfolgung dienen soll, wenn sie eventuell nie wieder benötigt werden, hat die Mindermeinung wegen ihrer strafverfahrensrechtlich verengten Perspektive keine Antwort.

c) Schließlich vermag man aus der StPO-Optik der Möglichkeit und Bedeutung einer rein präventiven Verwendung der Unterlagen nicht hinlänglich gerecht zu werden: also etwa der Verwendung einer Gewalttäter-Kartei zur Effektivierung der Gefahrenabwehr bei Großdemonstrationen. Hier läge primär nicht Strafverfolgung vor, weil die schadensverhütende Prävention (frühzeitige Identifizierung der Störer, verstärkter Sicherungseinsatz der Polizei an den zentralen Stellen etc.) Haupt- und nicht nur Nebeneffekt wäre. Aus dem gleichen Grund ist der Mindermeinung der Blick für die Funktion landespolizeirechtlicher Gesetze über Anfertigung, Aufbewahrung und Wiederverwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen zu rein präventiv-polizeilichen Zwecken verstellt.

Auffassung das Problem der (Wieder-)Verwendung der polizeilichen Unterlagen zu Zwecken der Strafverfolgung nicht befriedigend lösen kann.

⁸⁰ Scholz, Festgabe BVerfG, Bd. II, 1976, S. 252ff.; Fiedler DÖV 1977, 580ff.; Erläuterung an einem Spezialproblem bei Wolfrum DÖV 1982, 674ff. Aus der Judikatur des BVerfG: E 7, 342/347; 20, 238/248; 21, 106/115; 32, 319/327; 36, 314/319; 61, 149/173 ff. Nuancenreicher Überblick bei Maunz/Dürig, GG, Art. 74 RdNr. 7ff.

⁸¹ Fugmann NJW 1981, 2229 stuft § 81 b 2. Alt. StPO zwar als materielles Polizeirecht ein, hält § 10 I Nr. 2 NRW PolG aber für verfassungswidrig und nichtig, weil der Bundesgesetzgeber mit Sperrwirkung für die Länder die Eingriffsschwelle für erkennungsdienstliche Maßnahmen beim ‚Beschuldigten‘ festgelegt habe; ähnlich Hust Kriminalistik 1965, 500; Fuß, FS Wacke, 1972, S. 325f. (mit dem Versuch verfassungskonformer Auslegung). Der Ansatz von Mansperger (Fn. 3) führt zur Nichtigkeit der bundesgesetzlichen Norm (S. 37ff.) und zur alleinigen Geltung der landesrechtlichen Regelungen (S. 57ff.). – Hamann/Grünning, Gefahrenabwehr, 1985, S. 53 wollen sogar bundes- wie landesrechtliche Vorschriften heranziehen und eine Maßnahme auf beide Normen stützen!

⁸² So konsequenterweise Fugmann NJW 1981, 2229; unentschieden Nelles (Fn. 23), S. 215, 230f.

⁸³ So aber – wie unter Fn. 62 gezeigt: fälschlicherweise – OVG Münster DÖV 1983, 603. Nicht ganz eindeutig Riegel, Polizei- und Ordnungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, S. 131.

⁸⁴ Schwan VerwArch 70 (1979), 121.

⁸⁵ Die Gegenposition markiert Mansperger (Fn. 3), S. 74ff.; dessen extensiver Gefahren(abwehr)begriff führt allerdings dazu, polizeiliche Eingriffe schon weit im Vorfeld einer konkreten Gefahr zuzulassen. Dazu mit Recht kritisch Cramer (Fn. 9), S. 133f.

⁸⁶ So im Ergebnis Schwan VerwArch 70 (1979), 122, 126; Sydow ZRP 1977, 124f.; ähnlich für Kriminalakten allg. Schoreit NJW 1985, 172. Cramer (Fn. 9), S. 134 spricht von „Prävention auf lange Sicht und mit repressiven Zwecken“ (ähnlich S. 136).

⁸⁷ Schwan VerwArch 70 (1979), 122. Eingehend zum Präventionscharakter der StPO Schäfer GA 1986, 51ff.

⁸⁸ Schwan VerwArch 70 (1979), 124 A. 56; nach Schoreit NJW 1985, 172 ist bei polizeilichen Kriminalakten „die Prävention allenfalls ein Nebenzweck, der in der Bedeutung hinter den gravierenden Maßnahmen der Strafverfolgung zurücktritt“; ähnlich Hust Kriminalistik 1965, 500.

⁸⁹ Vgl. Schenke JR 1970, 51.

3. Zwischenergebnis

Die kritische Durchmusterung der unterschiedlichen Rechtsauffassungen hat deren Unzulänglichkeit erwiesen. Weder die Einstufung des § 81 b 2. Alt. StPO als Maßnahme der Gefahrenabwehr noch ihre Qualifizierung als rein strafprozessuale Vorschrift vermag vollständig zu überzeugen. Die analysierten Zuordnungsprobleme haben ihre objektive Ursache. In der Norm vermengen und überlagern sich offenbar Elemente repressiver und präventiver Art in kaum zu entwirrender Weise. Dieser Umstand hat den Ausgangspunkt für die auch verfassungsrechtlich gebotene Neugestaltung des gesamten Rechtskomplexes zu bilden.

IV. Umriss einer Neugestaltung

1. ‚Operatives‘ Vorgehen als dritte Rechtsebene?

Wegen der wechselseitigen Durchdringung repressiver und präventiver Momente stellt sich § 81 b 2. Alt. StPO weder als echte strafverfahrensrechtliche Vorschrift noch als originäre Norm der Gefahrenabwehr dar. Eben deshalb liegt der Gedanke nahe, diese Form erkennungsdienstlicher Maßnahmen gemeinsam mit anderen auf eigentümliche Art und Weise zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfahren oszillierenden gesetzlichen Regelungen als eigenständigen, dritten Rechtskomplex zu begreifen. Dafür scheinen insbesondere zwei Gründe zu sprechen. Zum einen tragen führende Polizeipraktiker seit geraumer Zeit vor, daß sich längst eine die herkömmliche Zweiteilung von Prävention und Repression überwindende dritte Ebene polizeilicher Tätigkeit ausgeformt habe⁹⁰. Angesichts moderner Erscheinungsformen der Kriminalität, etwa im bandenmäßig organisierten Drogenhandel, soll nunmehr eine mit dem Leit- und „Oberbegriff“⁹¹ *operativ* gekennzeichnete polizeiliche Arbeitsweise von entscheidender Bedeutung sein. Diese Handlungsmodalität – verstanden als Ausdruck eines der Polizei obliegenden umfassenden Sicherheitsauftrages – entzieht sich offenbar der überkommenen Doppelpurigkeit mit ihrem strikten „tertium non datur“.

Zum zweiten könnte man auf Veränderungen im positiven Recht selbst aufmerksam machen. War die immer prekäre Balance zwischen Bürgerfreiheit und Polizeibefugnissen lange Zeit durch die Eingriffsvoraussetzungen des Vorliegens einer konkreten Gefahr⁹² und der Beschränkung der polizeilichen Inanspruchnahme auf den Störer sowie den Notstandspflichten gewahrt worden⁹³, verzichteten nunmehr einige Vorschriften der neuen Polizeigesetze ausdrücklich auf diese Voraussetzungen⁹⁴. Danach können Personen polizeipflichtig werden,

obwohl keine konkrete Gefahr vorliegt⁹⁵. Eine zunehmend präventive Ausrichtung der StPO wiederum indizieren komplementär zu dieser Senkung der Eingriffsschwelle einige strafprozessuale Normen, die auch Unverdächtige und Nichtzeugen bestimmten Kontroll- und Untersuchungsmaßnahmen unterwerfen⁹⁶. Damit scheint ein Normenkomplex entstanden zu sein, bei dem letztendlich „Strafverfolgung und Gefahrenabwehr nicht mehr zu unterscheiden“⁹⁷ sind. In der bejahrten Vorschrift des § 81 b 2. Alt. StPO hatte sich diese Ambivalenz schon immer verborgen⁹⁸; mit den Rechtsänderungen der letzten Jahre und wegen der durch die neuen Informationstechnologien enorm gesteigerten Verwendungsmöglichkeiten erhobener Daten ist sie nun auch an anderer Stelle sichtbar geworden⁹⁹.

Indes vermögen beide Hinweise keinen dritten Rechtskomplex zu konstituieren. Der Begriff des ‚operativen‘ Vorgehens ist ersichtlich eine polizeitaktische Metapher ohne prägenden rechtssystematischen Gehalt. Er beschreibt nur die oft schwierige Gratwanderung zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, hebt aber die für die Polizei verbindliche Trennung zwischen Prävention und Repression nicht auf¹⁰⁰. Und auch die neuen Vorschriften der StPO und der Landespolizei-

⁹⁰ *Dreus* u. a. (Fn. 4), S. 186: „Damit wird auch die Unterscheidung von Störer und Nichtstörer gegenstandslos.“ S. a. *Friauf* (Fn. 5), S. 227. *Saipa* (Fn. 6), S. 372f., 375f. spricht von der Polizeipflicht des „Jedermann“. – Im Bereich des § 9 I Nr. 2 ME kommt es so zur Ersetzung der personalen Störerhaftung durch eine „Ortshaftung“ (*Hoffmann-Riem* JZ 1978, 337; krit. auch *Thiele* DVBl. 1979, 708, und *Wagner*, Polizeirecht, 2. Aufl., 1985, S. 29ff., 80ff., 164ff., 185f.). Ein Versuch restriktiver Interpretation der „Ortshaftung“ bei *Darmstadt*, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, 1983, S. 205 ff.

Die Forderung, um „der Rechts- und Verhaltenssicherheit der Bürger willen ... an der engen, auf unmittelbare Gefahren bezogenen Funktionsbestimmung der Polizei festzuhalten“ (*Ehrhardt* u. a., Vorgänge 18 [1979], H. 39, S. 28; s. auch *Funk/Werkentin*, Vorgänge 24 [1985], H. 78, S. 117ff.) greift schon deshalb zu kurz, weil Bedingung der Rechts- und Verhaltenssicherheit der Bürger eine effektive und erfolgreiche Bekämpfung der Kriminalität ist, wofür die Strafverfolgungsinstanzen wie die Organe der Gefahrenabwehr geeigneter und rechtsstaatlich klarer Befugnisse bedürfen. Wirksame Gefahrenabwehr kann so durchaus einen Beitrag zugunsten der Grundrechtsrealisierung leisten (*Martens* DÖV 1982, 90). Wegen des prinzipiellen Vorrangs der Freiheit des einzelnen vor staatlichem Tun muß die Kompetenz der Sicherheitsbehörden trotz der allgemeinen Schutzpflicht des Staates (dazu *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, insb. S. 21 ff., 52f.) aber immer punktuell und in jedem Fall begründungsbedürftig bleiben.

⁹¹ Vgl. § 163c, d StPO; allg. dazu *Keller* StVert 1984, 521 ff.; s. auch *Rüping* ZStW 1983, 904. Signifikant ist die Kontrollstellenregelung (einerseits § 111 StPO, andererseits § 9 I Nr. 4 ME). Von daher ist die Kritik zu verstehen, mit § 111 StPO werde reines Polizeirecht auf die Ebene der StPO verlagert (so insb. *Steinke* NJW 1978, 1962f.; dagegen *Riegel* NJW 1979, 147f.; s. ferner *Kurtz* NJW 1979, 1377 ff.).

⁹² *Keller* StVert 1984, 522.

⁹³ Schon früh registrierte *Schäfer* Kriminalistik 1967, 62 die Überlagerung strafverfolgender und gefahrenabwehrender Momente: Die erkennungsdienstliche Behandlung eines Beschuldigten erfolge immer auch, „um Vergleichsmaterial für die Prüfung zu erhalten, ob er in anderen Fällen als Täter aufgetreten ist. Bei näherer Untersuchung des ‚besonderen kriminalpolizeilichen Interesses‘ würde es sich durch zahlreiche Einzelfälle beweisbar herausstellen lassen, daß dieses Interesse und die Zwecke des Erkennungsdienstes deckungsgleich sind und sein müssen.“ – Das gleiche Problem war schon immer bei der Razzia virulent geworden (vgl. *Kickartz* [Fn. 40], S. 200ff.). Mit § 9 I Nr. 2 ME sollte eine eindeutige Rechtsgrundlage geschaffen werden (*Rasch* [Fn. 92], S. 103; *Sigrist* JR 1976, 399f.). Bemerkenswerterweise bieten nach *Kleinkecht/Meyer* (Fn. 9), § 163 RdNr. 33 die §§ 163 b, 94, 95, 102, 103, 111 b eine Rechtsgrundlage für die Razzia, wobei diese Normen mit gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften „kombiniert“ werden könnten.

⁹⁴ S. auch *Staats* DÖV 1979, 158. In einem 1985 verabschiedeten Entwurf der IMK zur Ergänzung des ME ist in einem einzufügenden § 7a die „Gefahrenvorsorge“ ausdrücklich als Polizeiaufgabe benannt. Kritisch zur damit verbundenen Aufweitung präziser Eingriffstatbestände (allg.: *Martens* DÖV 1982, 89ff.) die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (Kurzfassung in DRiZ 1986, 110). Weitere Kritik bei *Schoreit* CuR 1986, 226ff.; *ders.* DRiZ 1986, 54ff. Zum Entwurf Stand März 1986 kritisch *Riegel* CuR 1986, 346f.

¹⁰⁰ Das schließt nicht aus, daß bestimmte, von operativen Zügen geprägte faktische Polizeistategien (V-Männer, Lockspitzel etc.: dazu *Rogall* GA 1985, 1 ff.) Rechtsfragen aufwerfen (s. *Preuß* KJ 1981, 109ff.; *Dencker* FS Dünnebier, 1982, S. 447 ff.; *Keller*, StVert 1984, 521 ff.). Aber die Kategorie des Operativen kann nicht die Kompetenzordnung des Grundgesetzes überspielen. – Zum V-Mann-Problem speziell *BGH* JZ 1984, 430 m. Anm. *Fezer*; s. jüngst *BGH* NJW 1986, 1764.

⁹⁰ *Stümper* Kriminalistik 1975, 49ff.; *ders.* Kriminalistik 1979, 254ff.; *ders.*, FS Samper, 1982, S. 1 ff.; noch weitergehend *Herold* Die Polizei 1972, 133ff.; einschränkend *ders.* RuP 1980, 79ff.

⁹¹ *Stümper* Kriminalistik 1975, 50; *ders.*, FS Samper, 1982, S. 3 f.; etwas abweichende Verwendung des Begriffs bei *Schäfer* GA 1986, 49ff.

⁹² Vgl. zu den unterschiedlichen Gefahrenbegriffen *Rasch*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 1982, S. 4ff.

⁹³ Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder (AE PolG), 1979, S. Vf.; *Hoffmann-Riem* JZ 1978, 337. Nach *Götz* (Fn. 14), RdNr. 138 sind mit den Merkmalen der konkreten Gefahr und der an die Störereigenschaft gebundenen Polizeipflichtigkeit die Grundlagen bezeichnet, „auf denen der eigentümliche, rechtsstaatlich-limitierende, d. h. den Einsatz der Staatsgewalt zur Durchsetzung von Zwecken des Gemeinwohls mit dem Mittel von Geboten und Verboten in engen Grenzen haltende Charakter des Polizei- und Ordnungsrechts ruht“.

⁹⁴ Die vertraute Nichtstörer-Problematik (Inanspruchnahme des sog. Notstandspflichten) ist kein Gegenbeweis, da hier die Voraussetzungen wie die Folgen besonders geartet sind (vgl. nur *Dreus* u. a. [Fn. 4], S. 301ff., 331ff.; zum verfassungskräftigen Gebot möglicher Schonung des Nichtstörers vgl. noch immer *Dürig* AöR 79 [1953/54], 81ff.). – Allerdings verbirgt sich die angesprochene Problematik hinter den polizeirechtlichen Standardproblemen des „Gefahrenverdachts“ und der „Anscheinsgefahr“. *Schwabe* DVBl. 1982, 656 nimmt deshalb zu Recht an, daß sich etwa § 9 I Nr. 2 u. 3 ME auch als gesetzliche Umschreibung einer Situation des Gefahrenverdachts verstehen ließen.

gesetze, die in der Literatur z. T. ausdrücklich als „Mischbefugnisse“¹⁰¹ bezeichnet werden, bedürfen ungeachtet gewisser innerer Strukturähnlichkeiten schon wegen der „streng alternative(n) Kompetenzverteilung“¹⁰² des Grundgesetzes der unzweideutigen Zuordnung zum Bundes- oder Landesrecht. Dem, was aus der Perspektive der Polizei als dritte Handlungsebene erscheint, entspricht keine dritte Rechtsebene¹⁰³. Aufgabe einer Neugestaltung des Rechts der erkennungsdienstlichen Maßnahmen kann es mithin nicht sein, die Grenzen zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu verwischen, sondern diese deutlicher zu ziehen.

2. Strikter Dualismus und bereichsspezifischer Datenschutz

a) Die Schwierigkeiten einer präzisen Erfassung des § 81 b 2. Alt. StPO rühren weniger von der Unzulänglichkeit oder gar Untauglichkeit der traditionellen Zweiteilung der polizeilichen Tätigkeit als der Unklarheit der Norm selbst her. Rechtsprechung und Literatur werden zu höchst unterschiedlich ausfallenden Konstruktionen und Deutungen gezwungen, weil der Gesetzeswortlaut entscheidende Lücken aufweist; die Vermengung und Überlagerung präventiver und repressiver Elemente ist in erster Linie Folge der mangelnden Exaktheit der Vorschrift. Weil § 81 b 2. Alt. StPO nichts über die Voraussetzungen der Aufbewahrung und der Wiederverwendung sagt und somit die verschiedenen Phasen des Datengebrauchs im Normtext nicht erfaßt sind, können die Auslegungsergebnisse – wie dargelegt – so unterschiedlich ausfallen¹⁰⁴. Der Hauptgrund für diese Unsicherheit liegt darin, daß die Aufbewahrung der erkennungsdienstlichen Unterlagen ihrerseits einen Informationseingriff darstellt¹⁰⁵, die Daten selbst aber in diesem Stadium noch völlig neutral, gleichsam ‚multivalent‘ sind: erst mit der späteren Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung wird eine rechtliche Zuordnung und damit eine (nachträgliche) Qualifizierung der Aufbewahrung vorgenommen¹⁰⁶. Geboten ist aber eine klare Zweckbindung der Daten vor ihrer (Wieder-)Verwendung.

b) Den vom *BVerfG* im Volkszählungsurteil formulierten allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben¹⁰⁷ im Bereich des gesamten Datenrechts (Grundsatz der Normenklarheit; Grundsatz der Zweckgebundenheit; bereichsspezifischer Datenschutz; Trennung von Erhebung, Speicherung, Weitergabe und Verwendung)¹⁰⁸ ist für die erkennungsdienstlichen Maß-

nahmen zunächst dadurch nachzukommen, daß Aufbewahrungs-, Wiederverwendungs- und Lösungsmodalitäten einer – auf der Ebene der Landespolizeigesetze ansatzweise bereits realisierten – Regelung zugeführt werden. Neben der Anordnung unterfällt auch die Aufbewahrung der Unterlagen zu repressiven Zwecken der Kompetenz des StPO-Gesetzgebers. Denn da der Rechtscharakter der Aufbewahrung der Unterlagen von der durch die spätere Verwendung aktualisierten und konkretisierten Zweckbindung abhängt, kommt bei zu erwartender Wiederverwendung der Daten zu Zwecken der Strafverfolgung auch nur eine strafprozessuale Aufbewahrungskompetenz in Betracht. Damit wäre die Unstimmigkeit der Position des *BVerwG* beseitigt, wonach die Aufbewahrung generell präventiven Charakter haben, zugleich aber der späteren Strafverfolgung dienen soll. Indem man anerkennt, daß die Aufbewahrung zu repressiven Zwecken eine Maßnahme auf dem Gebiet des Strafprozesses darstellt, beugt man zudem einer uferlosen Ausdehnung des Präventionsbegriffes im Polizeirecht vor. Bei der näheren Ausgestaltung der Aufbewahrung und Wiederverwendung erkennungsdienstlicher Unterlagen zu Strafverfolgungszwecken wäre vor allem der Sachleistungsbefugnis und Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft gebührend Rechnung zu tragen¹⁰⁹.

Mit der – hier im einzelnen nicht auszuförmulierenden – Eingrenzung der strafprozessualen Zwecken dienenden Anfertigung, Aufbewahrung und Wiederverwendung der Unterlagen ließe sich der Raum für landespolizeirechtliche Parallelbestimmungen im Ansatz ebenso exakt auf präventiv-polizeiliche Ziele und Zwecke beschränken. Hier dürfen Material- und Datenbestände angelegt werden, die die Polizei nicht zur Überführung von Straftätern, sondern zur Abwehr von Gefahren im Sinne der rechtzeitigen Verhinderung drohender Schäden einsetzt: als Beispiele mögen die ‚Polizeiliche Beobachtung‘¹¹⁰ oder die bereits erwähnte Demonstrationstraftäter-Kartei dienen¹¹¹. Die Differenz der Aufgaben zieht also die Trennung der Informationsbestände nach sich.

Im Ergebnis hätte man also zwei prinzipiell getrennte ‚Stränge‘ erkennungsdienstlicher Maßnahmen: einen strafprozessualen und einen gefahrenabwehrrechtlichen mit jeweils klar geregelter Verfügungsbefugnis sowie präzisen Detailregelungen zu den verschiedenen Stadien der Datenverarbeitung¹¹². Dem Streit um die ‚richtige‘ Zuordnung des § 81 b 2. Alt. StPO wäre dadurch der Boden entzogen.

c) Selbstverständlich ist bei aller prinzipiellen Trennung beider Komplexe ihr enger sachlicher Zusammenhang nicht zu übersehen. Oft bildet die Gefahrenabwehr nur eine Vorstufe zur Strafverfolgung; andererseits zeitigt die effektive Strafverfolgung gefahrenabwehrende Wirkungen. Von daher wird in vielen Fällen das für Strafverfolgungszwecke genutzte Material auch und zugleich der Gefahrenabwehr dienlich sein und umgekehrt. Diese Möglichkeit der Doppelverwendung darf aber im Unterschied zur jetzigen Praxis nicht zur Folge haben, daß sich – zudem unter weitgehender Ausschaltung und Umgehung der im Strafverfahren leitungsbefugten Staats-

¹⁰¹ Vgl. *Heise/Riegel* (Fn. 17), S. 27; *Bull. DVR* 1982, 4. Andere gleichsinnige Begriffe lauten: Bekämpfung abstrakter Gefahren durch die Polizei, polizeiliche Tätigkeit im Vorfeld der Gefahrenabwehr, Gefahrenvorsorge, Vorfeldarbeit; s. dazu *Seebode*, Neue Entwicklungen im Strafverfahrens- und Polizeirecht, in: *Polizei und Kriminalpolitik* (BKA-Vortragsreihe Bd. 26), 1981, S. 106 ff.

¹⁰² *Brohm DÖV* 1983, 525; s. auch *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 676 ff.; ebenso treffend aber auch *Bothe*, AK-GG, Bd. 2, 1984, Art. 30 RdNr. 27, Art. 70 RdNr. 21: Doppeltzuständigkeiten ließen sich faktisch niemals ganz ausschließen.

¹⁰³ Kriminalpolizeilich noch so erwünschte Zugriffs- und Verwertungsbedürfnisse müssen sich in das Prokrustesbett des Dualismus von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr pressen lassen: „Mitten durch die polizeiliche Tätigkeit geht die Zäsur; unter polizeizeitlichem Aspekt mag man dies bedauern, unter dem Gesichtspunkt rechtsstaatlicher Funktionsteilung und Kontrollmöglichkeit ist es gerechtfertigt“ (*Denninger*, in: *Denninger/Lüderssen* [Fn. 74], S. 307); s. auch *Bull. DVR* 1982, 3.

¹⁰⁴ S. unter II.2, 3.

¹⁰⁵ Zum Eingriffscharakter staatlicher Informationsbeschaffung im weitesten Sinne *Schlink*, Die Amtshilfe, 1982, S. 169 ff. m. w. N.; ferner *Gusy VerwArch* 74 (1983), 91 ff. Im einzelnen ist die Schwelle, an der staatlichem Tun der Charakter eines Informationseingriffs zukommt, nicht immer leicht zu bestimmen (so auch *Denninger* KJ 1985, 232 ff.; sehr gründlich *VG Köln NVwZ* 1983, 112 ff.; s. ferner *Vahle DNP* 1985, 219 ff.); bei erkennungsdienstlichen Maßnahmen liegt aber ohne jeden Zweifel ein Eingriff vor.

¹⁰⁶ S. auch *Schoreit NJW* 1985, 171.

¹⁰⁷ *BVerfGE* 65, 1/41 ff., 54, 62, 64 ff.; diese Vorgaben beschränken sich nicht auf Formen automatischer Datenverarbeitung (*Baumann DVBl.* 1984, 612 f.).

¹⁰⁸ Vgl. *Simitis NJW* 1984, 398 ff.; *Baumann DVBl.* 1984, 612 ff.; *Podlech Leviathan* 1984, 85 ff.; *Hufen JZ* 1984, 1072 ff.; *Denninger KJ* 1985, 215 ff.;

kritisch zum Urteil des *BVerfG Krause* JuS 1984, 284 ff.; ablehnend *H. Schneider DÖV* 1984, 161 ff. Speziell zum Erfordernis der Normenklarheit *Bäumler JR* 1984, 361 ff. (zum Erfordernis verständlicher Normen s. auch § 35 I GG II). – Zu den Problemen des umfassenden Neuansatzes von *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984 erhellend *Hufen ZUM* 1986, 194 ff.; jüngst *Schlink Der Staat* 25 (1986), 233 ff.

¹⁰⁹ *Schoreit ZRP* 1981, 74 f.; *ders. DRiZ* 1986, 54 f.; *ders. CuR* 1986, 225, 227; *Uhlig DVR* 1985, 65 ff.; *Ernesti ZRP* 1986, 59.

¹¹⁰ Jedenfalls soweit sie als Mittel der Gefahrenabwehr eingesetzt wird: s. *AE PolG* (Fn. 93), S. 53 ff.; *Riegel DÖV* 1978, 506; *Bull. DVR* 1982, 14 f.

¹¹¹ *Schoreit CuR* 1986, 230 nennt als weiteres Beispiel die präventive Einzelfallbehandlung hartnäckiger Rückfalltäter.

¹¹² Im Ansatz ähnlich *Uhlig DVR* 1985, 68 ff., 75; *Schoreit CuR* 1986, 92, 230 ff.; *Riegel RiA* 1985, 268; *Denninger KJ* 1985, 220, 234 f., 239. Nur in bezug auf eine je bestimmte bereichsspezifische Verwendung kann die gesetzliche Ausgestaltung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Anders wohl *Kubica/Leineweber NJW* 1984, 2071 f.

anwaltschaft – der gesamte Informationsbestand bei den Polizeibehörden konzentriert¹¹³. Vielmehr sind Voraussetzungen und Umfang des ‚Transfers‘ der Daten wegen des damit erfolgenden Zweckbindungswechsels durch Übermittlungsvorschriften zu regulieren; obwohl diese vermutlich vergleichsweise großzügig ausfallen dürften, würden sie im Vergleich zur jetzigen Praxis einschränkend wirken. Nur so läßt sich ein Ausgleich zwischen individuellem Grundrechtsschutz und der Effektivität staatlicher Verwaltung finden.

3. Ausblick

Wegen der Überschneidung strafprozessualer und gefahrenabwehrrechtlicher Materien und der daraus resultierenden Notwendigkeit präziser Grenzregulierungen kann die an dieser Stelle lediglich grob skizzierte Neuformation des Rechts der erkennungsdienstlichen Maßnahmen nur in enger sachlicher Kooperation zwischen Bundes- und Landesgesetzgeber erfolgen¹¹⁴. Für viele klärungsbedürftige Einzelprobleme dürf-

¹¹³ Dieser Aspekt einer drohenden Unterhöhlung staatsanwaltschaftlicher Kompetenzen durch Entzug des relevanten Informationsmaterials wird bei der Diskussion um die gebotene Begrenzung der „vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten“ und der Verortung entsprechender Kompetenzen bei der Polizei als Gefahrenabwehrbehörde oder der Staatsanwaltschaft von Bedeutung sein (zum Präventionsproblem allgemein vgl. *Albrecht* KritV 1986, 54 ff., 61 ff.). Instrukтив *VG Frankfurt* DVR 1984, 273 ff.

¹¹⁴ Da die Neuregelung jedenfalls im Bereich des § 81 b 2. Alt. StPO spätestens seit *BVerfGE* 65, 1 verfassungsrechtlich geboten, dem Gesetzgeber das Problem ausweislich der Diskussionen im Zusammenhang mit den Beratungen des ME 1978 zudem ohnehin seit langem bekannt ist, dürften die für eine

te der Satz gelten, daß nicht nur der Teufel, sondern auch die Rechtsstaatlichkeit im Detail steckt¹¹⁵. Auf Bundes- und Landesgesetzgeber kommt hier wie im gesamten Bereich des besonders grundrechtssensiblen Sicherheitsrechts eine große Aufgabe und ein „beachtliches Pensum“¹¹⁶ zu. Bei Gelingen des Gesamtunternehmens wäre auch ein weiteres Stück ‚informationeller Gewaltenteilung‘¹¹⁷ realisiert.

Zwischenzeit zu gewährenden Übergangsfristen (vgl. *BVerwG* DVBl. 1984, 443/445; *OVG Berlin* NJW 1986, 2004/2005; *BayVerfGH* DVBl. 1986, 35/37) nicht allzu großzügig veranschlagt werden (in diesem Zusammenhang zu beachten *BVerfGE* 41, 251/267 f.; 51, 268/290 ff.; 58, 257/280 ff.).

¹¹⁵ *Denninger*, in: *Denninger/Lüderssen* (Fn. 74), S. 309.

¹¹⁶ *Bäumler* JR 1984, 365; s. auch *Schlück* Der Staat 25 (1986), 249 f. Überblick zum Regelungsbedarf im Sicherheitsrecht bei *Riegel* RiA 1985, 265 ff.; s. auch die Entschließung der Datenschutzbeauftragten v. 27./28. 3. 1984 (DÖV 1984, 504 ff., insbes. 506 f.).

¹¹⁷ Der Begriff ist in *BVerfG* 65, 1/69 eher beiläufig erwähnt. Zum Konzept *Schlück* (Fn. 105), S. 11 ff., 31 ff., 62 ff.; *Bull* DÖV 1979, 690 ff.; *Goebel*, Amtshilfe durch Informationshilfe, 1981, S. 25 ff., 50 ff.; kritisch *Schneider* DÖV 1984, 163, eher ablehnend *Scholz/Pitschas* (Fn. 108), S. 112 ff., 116 ff. Ob der Begriff der „Gewaltenteilung“, der im demokratischen Verfassungsstaat des Grundgesetzes gegenüber dem Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts und der dem korrespondierenden Staatslehre ohnehin einer Neubestimmung bedürfte (vgl. *Jarass*, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975, S. 93 ff., 125 ff., 145 ff.; *Zimmer*, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S. 19 ff., 38 ff., 196 ff. und passim; *Möfle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 161 ff., 185 ff.), besonders glücklich gewählt ist, mag bezweifelt werden. Die Sache selbst, nämlich die grundrechtsschützende Funktion „amtshilfefester“ staatlicher Binnendifferenzierung, hält stand. – Zur Umformulierung des Konzepts der Gewaltenteilung in ein staatsinternes Differenzierungssystem ansatzweise *Lubmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964, S. 74 f., 85.