

Antje Dittmer

# Die vorläufige Festnahme gemäß § 127 Abs. 2 StPO

Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung präventiven und  
repressiven polizeilichen Handelns



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

# Inhalt

<b>Einleitung</b>	<b>17</b>
<b>1. Teil: Grundlagen</b>	<b>21</b>
A. Die systematische Stellung des § 127 Abs. 2 StPO	21
B. Prozessuale und materiell-rechtliche Bedeutung der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO	22
C. Der Zweck der vorläufigen Festnahme	22
D. Das Prinzip der verfahrensbezogenen Prävention	23
E. Abgrenzung zu sonstigen Festnahmerechten und Freiheitsbeschränkungen	24
I. Ergänzende Regelungen zu § 127 Abs. 2 StPO	24
1. Das private Festnahmerecht gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 StPO	24
2. Das vorläufige Festnahmerecht im beschleunigten Verfahren gemäß § 127 b Abs. 1 StPO	25
3. Die vorläufige Festnahme bei Straftaten in der Sitzung gemäß § 183 S. 2 GVG	26
II. Festnahmerechte zu sonstigen Zwecken	26
1. Die vorläufige amtliche Festnahme zur Identitätsfeststellung gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 StPO	26
2. Die Festnahme von Störern gemäß § 164 StPO	27
III. Festnahmerechte in Spezialgesetzen	27
IV. Festnahmerechte nach den Landespolizeigesetzen	27
V. Sonstige Freiheitsbeschränkungen	28
F. Die vorläufige Festnahme im Spannungsfeld des Verfassungsrechts	28
I. Der Schutz der persönlichen Freiheit	28
II. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung	29
III. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 104 GG	31
<b>2. Teil: Der Tatbestand des § 127 Abs. 2 StPO</b>	<b>33</b>
A. Festnahmeberechtigte	33
I. Sachliche Zuständigkeit	33
II. Örtliche Zuständigkeit	34
III. Verpflichtung zur Festnahme?	34
B. Gefahr im Verzug	35

C.	Voraussetzungen eines Haftbefehls	37
I.	Dringender Tatverdacht	38
	1. Gegenstand des Verdachts	38
	2. „Dringlichkeit“ des Verdachts	39
	3. Beurteilungsgrundlage und Beweiswürdigung	40
II.	Haftgrund	40
	1. Das Merkmal „bestimmte Tatsachen“	40
	2. Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO)	42
	3. Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO)	43
	a) Begriff	43
	b) Sich dem Verfahren entziehen	43
	c) Kriterien für die Feststellung de Fluchtgefahr	45
	4. Verdunklungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO)	45
	a) Begriff	46
	b) Verdunklungshandlungen	46
	aa) Einwirkung auf sachliche Beweismittel	47
	bb) Einwirkung auf Beweispersonen	48
	cc) Veranlassung eines Dritten	49
	c) Kriterien für die Feststellung der Verdunklungsgefahr	49
	d) Gefahr für die Wahrheitsermittlung	51
	5. Haftgrund der „Schwere der Tat“ (§ 112 Abs. 3 StPO)	51
	a) Entstehungsgeschichte	51
	b) Dringender Tatverdacht einer der in § 112 Abs. 3 StPO genannten Taten	52
	c) Restriktive Auslegung des Haftgrundes der „Schwere der Tat“	53
	aa) Wortlaut und Gesetzesmotive	53
	bb) Verfassungskonforme Auslegung durch das BVerfG	54
	cc) Kritik an der Entscheidung des BVerfG	55
	dd) Fazit: Möglichkeit einer Wiedervorlage?	57
	6. Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112 a StPO)	59
	a) Voraussetzungen des § 112 a StPO	59
	aa) Dringender Tatverdacht einer sog. „Anlaßtat“	59
	(1) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§ 112 a Abs. 1 Nr. 1 StPO)	60
	(2) Wiederholte schwerwiegende Straftaten gegen die Rechtsordnung (§ 112 a Abs. 1 Nr. 2 StPO)	61
	(a) Dringender Tatverdacht einer Katalogtat	61
	(b) Wiederholte oder fortgesetzte Begehung	61
	(c) Schwerwiegende Beeinträchtigung der Rechtsordnung	62
	bb) Wiederholungsgefahr	62
	cc) Erforderlichkeit der vorläufigen Festnahme	64
	dd) Subsidiarität	64

b)	Verfassungsrechtliche Bedenken	64
aa)	Formelle Verfassungswidrigkeit wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes	65
(1)	Bundeskompentenz gemäß Art. 72 Abs. 1, 74 Nr. 1 4. Alt. GG	66
(a)	Verfahrensbezug des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr?	66
(b)	Stellungnahme: Verstoß gegen die Unschuldsvermutung	67
(c)	Ergebnis	70
(2)	Bundeskompentenz kraft Natur der Sache, kraft Sachzusammenhang sowie Annexkompetenz	70
bb)	Fazit	72
III.	Verhältnismäßigkeit	73
D.	Voraussetzungen eines Unterbringungsbefehls	74
I.	Dringende Gründe	75
II.	Öffentliche Sicherheit	75
III.	Rechtsnatur	76
E.	Kein Ausschluß der vorläufigen Festnahme	77
I.	Bagatelldelikte	77
II.	Antragsdelikte	77
III.	Privatklagedelikte	78
<b>3. Teil:</b>	<b>Das Verhältnis von § 127 Abs. 2 StPO zu den einzelnen Haftgründen</b>	<b>79</b>
A.	Überblick über die Änderungen des Untersuchungshaftrechts	79
B.	Die Funktion des Merkmals „Gefahr im Verzug“	82
I.	Sicherung der Festnahme selbst	82
II.	Gleichsetzung der „Gefahr im Verzug“ mit den Haftgründen	83
III.	Sicherung der Vollziehung des erwarteten Haftbefehls	83
IV.	Sicherung der Zwecke der Untersuchungshaft im Fall einer qualifizierten Gefährdungslage	85
C.	Bedeutung des Merkmals „Gefahr im Verzug“ für die einzelnen Haftgründe	85
I.	Haftgründe der Flucht- und Verdunklungsgefahr (§§ 112 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StPO)	85
II.	Haftgrund der Flucht (§ 112 Abs. 1 Nr. 1 StPO)	86

III.	Haftgrund der „Schwere der Tat“ (§ 112 Abs. 3 StPO)	86
1.	Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung des BVerfG für die Anwendbarkeit des Haftgrundes der „Schwere der Tat“ auf § 127 Abs. 2 StPO	87
2.	Mögliche andere Bezugspunkte der „Gefahr im Verzug“	88
3.	Ergebnis	89
IV.	Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112 a StPO)	89
1.	Voraussetzungen der vorläufigen Festnahme wegen Wiederholungsgefahr und des polizeilichen Gewahrsams	90
a)	Die vorläufige Festnahme bei Wiederholungsgefahr (§ 127 Abs. 2 i.V.m. § 112 a Abs. 1 StPO)	90
b)	Der polizeiliche Gewahrsam, § 204 Abs. 1 Nr. 2 LVwG S.-H. (bzw. § 13 Abs. 1 Nr. 2 MEPolG)	91
c)	Die Bedeutung des Merkmals „Gefahr im Verzug“	92
d)	Fazit	96
2.	Konsequenzen für die Zuordnung der polizeilichen Maßnahme zu einem der beiden Rechtsgebiete	96
a)	Die Doppelfunktion der Polizei und die daraus resultierenden Abgrenzungsprobleme	96
aa)	Präventive und repressive Eingriffsbefugnisse der Polizei	96
bb)	Abgrenzungsprobleme	98
b)	Erfordernis einer eindeutigen Zuordnung der polizeilichen Freiheitsentziehung zu einem der beiden Rechtsgebiete	99
aa)	Alternativität von Polizeirecht und Strafprozeßrecht	99
(1)	Meinungsstand	99
(2)	Stellungnahme	100
(3)	Fazit	103
bb)	Genereller Anwendungsvorrang des § 127 Abs. 2 StPO?	103
c)	Möglichkeiten einer eindeutigen Zuordnung	105
aa)	Differenzierung nach dem Schwergewicht des Zweckes	105
bb)	Differenzierung in zeitlicher Hinsicht	105
cc)	Zwischenergebnis	106
dd)	Wahlrecht des handelnden Polizeibeamten	106
ee)	Ergebnis	108
d)	Fazit	108
3.	Anwendungsvorrang des polizeilichen Gewahrsams aus Gründen der Verhältnismäßigkeit	109
a)	Geringere Eingriffsintensität des polizeilichen Gewahrsams	109
aa)	Das Verfahren nach der Freiheitsentziehung	109
bb)	Die vorläufige Festnahme als „Vorstadium zur Untersuchungshaft“?	110
cc)	Auswirkungen der unterschiedlichen Wertungen in Polizeirecht und StPO auf die Eingriffsintensität	112
dd)	Ergebnis	113

b)	Gleiche Eignung	113
aa)	Eignung zur Abwendung einer konkret drohenden Gefahr	113
bb)	Eignung zur Abwendung einer abstrakt fortbestehenden Gefahr	113
cc)	Ergebnis	114
c)	Fazit	114
4.	Ergebnis	115
<b>4. Teil:</b>	<b>Die Durchführung der vorläufigen Festnahme</b>	<b>117</b>
A.	Die durch § 127 Abs. 2 StPO legitimierten Mittel	117
I.	Meinungsstand	117
II.	Stellungnahme	119
III.	Ergebnis	120
B.	Rückgriff auf die landesrechtlichen Vorschriften über die Anwendung unmittelbaren Zwangs	120
I.	Darstellung der Ausgangssituation	120
II.	Meinungsstand	122
1.	Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Landesrecht	122
2.	Keine Anwendbarkeit von Landesrecht	124
III.	Kritische Würdigung	124
1.	Vereinbarkeit landesrechtlicher Regelungen strafprozessualer Befugnisse mit Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, Art. 31 GG und § 6 EGStPO	125
2.	Auswirkungen eines Rückgriffs auf Landesrecht auf die Kompetenzen der Staatsanwaltschaft	129
3.	Unzulässige Vermengung von Repression und Prävention	130
4.	Gefahr der Rechtszersplitterung	130
5.	Möglichkeit einer analogen Anwendung des UZwG?	131
6.	Fazit	132
IV.	Konsequenzen für die Zulässigkeit des Schußwaffengebrauchs	132
1.	Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 258 Abs. 2 Nr. 3 LVwG S.-H. (bzw. § 42 Abs. 2 Nr. 3 MEPolG)	132
2.	Kriminalpolitische Notwendigkeit des Schußwaffengebrauchs zur Durchsetzung einer vorläufigen Festnahme	134
C.	Das Verhältnis von § 127 Abs. 2 StPO zu den allgemeinen Rechtfertigungsgründen	137
I.	Darstellung der Ausgangssituation	137
II.	Meinungsstand	138

1.	Polizeirechtliche Lösung	138
2.	Strafrechtliche Lösung	140
3.	Differenzierende Lösungen	141
	a) Differenzierung zwischen Polizei- und Strafrechtswidrigkeit	141
	b) Differenzierung zwischen staatlichen Handeln und Handeln als Privatperson	142
III.	Stellungnahme	143
IV.	Fazit: ein auswegloses Dilemma?	146
V.	Ergebnis	148
D.	Konsequenzen für den Fall der vorläufigen Festnahme	148
 <b>5. Teil: Das Verfahren nach der Festnahme gemäß § 128 StPO</b>		<b>151</b>
A.	Freilassung durch die Ermittlungsbeamten	151
B.	Unverzögliche Vorführung vor den Richter	152
I.	Zuständigkeit	152
II.	Vorführungsfrist	153
	1. Zulässigkeit polizeilicher Ermittlungen zwischen Festnahme und Vorführung	153
	a) Die Entscheidung des BGH vom 17.11.1989	154
	b) Kritische Würdigung	156
	c) Ergebnis	159
	2. Rechtsfolgen der Fristüberschreitung	159
III.	Vernehmung des Beschuldigten	160
IV.	Richterliche Entscheidung nach § 128 Abs. 2 StPO	161
 <b>6. Teil: Der Rechtsschutz gegen rechtswidrige vorläufige Festnahmen</b>		<b>163</b>
A.	Rechtsschutz gegen eine noch fortdauernde Festnahme	164
B.	Nachträglicher Rechtsschutz gegen eine erledigte Festnahme	164
I.	Statthaftigkeit eines Feststellungsbegehrens	164
II.	Feststellungsinteresse	166
III.	Rechtsgrundlage	167
	1. Direkte oder analoge Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO	167
	2. Anwendung der §§ 23 ff. EGGVG	168
	3. Stellungnahme	169
	a) Bestehen einer Regelungslücke	170
	b) Vergleichbare Interessenlage	171
	4. Ergebnis	173

IV.	Rechtsschutz gegen die Art und Weise der Durchführung einer vorläufigen Festnahme	174
V.	Rechtsschutzlücke im Falle der „nicht erledigten vorläufigen Festnahme“?	174
VI.	Ergebnis	176
<b>7. Teil: Zusammenfassung</b>		<b>177</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>		<b>183</b>