

Die Markierung von Personen mit „künstlicher DNA“ im Strafverfahren Über Maßnahmen mit der Gefahr von überschießenden Eingriffswirkungen

von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Abstract

Beim Einsatz von Markierungssystemen kann es sich um eine nach § 100h StPO zulässige Maßnahme im Zusammenhang mit der Observation von Straftatverdächtigen handeln. Jedoch erlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung, wenn die Maßnahme nicht nur punktuell und auf Einzelpersonen bezogen durchgeführt werden soll. Überdies begründet er konkrete Kautelen für die Durchführung im Einzelfall und verbietet bestimmte, insbesondere massenhafte Einsätze („kDNA-Duschen“) vollständig. Unzulässig ist der Einsatz eines kDNA-Markierungssystems, wenn bzw. solange keine kurzfristige Möglichkeit zur Entfernung der Markierung nach dem Ende einer Observationsmaßnahme besteht.

I. Einleitung

Im Nachklang zu den schweren Ausschreitungen am Rande des G20-Gipfeltreffens in Hamburg im Jahr 2017 wurde polizeilicherseits erwogen, dass man „über eine Art Markierung mit künstlicher DNA (im Folgenden: kDNA) nachdenken“ könne. Gewalttäter könnten mit farbloser Flüssigkeit besprüht werden, um sie später in anderer Kleidung, an anderer Stelle für die Polizei identifizierbar zu machen.¹ Tatsächlich handelt es sich bei einem solchen Einsatz nur um eine der denkbaren Verwendungsmöglichkeiten von kDNA-basierten Markierungssystemen. In der Vergangenheit machte die Methode vor allem im Zusammenhang mit der Präparierung von Gegenständen zum Zwecke der Diebstahlsprävention von sich Reden.² Die hiermit im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen sollen im Folgenden ausgeblendet werden.

Bei der kDNA handelt es sich um synthetisch hergestellte Oligonukleotide, aus denen im Labor ein Code aufgebaut wird. Diese Bausteine sind identisch mit einer biologischen DNA und damit statistisch betrachtet einzigartig. Diese kDNA wird einem Trägerstoff zusammen mit winzigen Kunststoffplättchen („Mikrodots“) beigemischt. Zusatzstoffe lassen die Substanz mittels UV-Licht

(„Schwarzlicht“) sichtbar werden.³ Dieser Markierungsstoff lässt sich dann beispielsweise als Gel auf Gegenstände oder als Spray auf Haut oder Kleidung von Menschen auftragen. Im letzteren Fall soll die Substanz bis zu sechs Wochen an dem Betroffenen bzw. seiner Bekleidung haften.⁴ Im Zusammenhang mit den eingangs erwähnten Konstellationen wären einzelnen Personen oder auch Personengruppen deren Aufenthalt am örtlichen Bereich der Markierung (allerdings nur unter bestimmten Bedingungen, dazu unten unter II.5.) zuzuordnen.

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass es sich bei einer solchen – auch heimlichen – Markierung von Personen zum Zwecke nachfolgender Lokalisierung um einen Eingriff in deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung handelt, woraus sich das Erfordernis einer bereichsspezifischen und normenklaren Ermächtigungsgrundlage ohne weiteres ergibt.⁵

II. Zur Rechtsgrundlage und ihren Voraussetzungen

Erörterungen zur in Betracht kommenden Rechtsgrundlage für einen solchen Einsatz finden sich bislang allenfalls rudimentär. Die einschlägigen Kommentierungen unterscheiden sich – zumeist ohne nähere Begründung – im Falle eines Einsatzes von Markierungssystemen, wenn sie mit technischem Gerät lokalisiert werden können, dadurch, dass entweder die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 StPO⁶ oder aber § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO⁷ für einschlägig gehalten werden. Dabei bleibt jeweils unklar, bei welcher Gelegenheit und sonstigen, näheren Umständen eine Markierung erfolgen darf. Mitunter wird in diesem Zusammenhang ausschließlich die Markierung von Gegenständen thematisiert.⁸ Das übrige Schrifttum verhält sich zur Zulässigkeit dieser Maßnahme gegenüber Menschen – soweit ersichtlich – bislang überhaupt nicht. Allererste Voraussetzung ist selbstverständlich, dass in einem Einsatzszenario wie dem eingangs geschilderten überhaupt eine strafprozessuale Befugnis anwendbar ist.

* Der Verfasser lehrt Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg.

¹ www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-07/g20-krawalle-olaf-scholz-ralf-martin-meyer-polizeitaktik/seite-2 (zuletzt abgerufen am 21.8.2017)

² Näher Wiese, ZRP 2012, 18 ff.; Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24 ff.

³ Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24.

⁴ Wiese, ZRP 2012, 18.

⁵ BVerfGE 65, 1 (41 ff.); vgl. auch Schwabenbauer, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 136 ff.

⁶ Bruns, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 100h Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 100h Rn. 2; Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 100h Rn. 4; Hegmann, in: BeckOK-StPO, 27. Edition (2017), § 100h Rn. 7.

⁷ Eschelbach, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 100h Rn. 7; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. (2015), Rn. 2514; Wolter/Greco, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100h Rn. 12; vgl. auch unten 5.a).

⁸ Günther, in: MüKo-StPO (2014), § 100h Rn. 7.

1. Zum strafprozessualen Charakter der kDNA-Markierung

Im Ansatz kommen für die rechtliche Bewältigung der genannten Konstellationen sowohl eine polizeirechtliche (vgl. etwa § 10 Abs. 1 S. 2 HambPolDVG) wie auch eine strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Für einen präventiv-polizeilichen Charakter der kDNA-Markierung der eingangs erwähnten Gewalttäter könnte im Falle eines erkennbaren Einsatzes von entsprechenden Sprühpistolen oder -gewehren eine abschreckende Wirkung sprechen: Durch das Wissen um die Markierung durch die Polizei könnten sich Gewalttäter von weiteren Taten wegen eines erhöhten Entdeckungsrisikos abhalten lassen. Regelmäßig wird in solchen Fällen aber zugleich auch eine Straftat zumindest versucht worden sein, so dass ebenso regelmäßig von einem doppelunktionalen Charakter der Maßnahme auszugehen sein wird.

In solchen Konstellationen, in denen ein strafprozessualer Anfangsverdacht besteht und die Gefahrenabwehr nicht unzweifelhaft im Vordergrund steht, ist nach hier vertretener Ansicht auf das repressive Eingriffsinstrumentarium zurückzugreifen. Lediglich situationsbedingt kann im Einzelfall die Gefahrenabwehr (wieder) in den Vordergrund treten. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn der Schutz von hochrangigen Rechtsgütern vor gegenwärtigen Gefahren zu besorgen ist. Andersherum schließt also ein strafprozessualer Anfangsverdacht einen präventiven Schwerpunkt keineswegs grundsätzlich aus. Vielmehr kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall durchaus verlangen, dass der gewichtige Belang einer wirksamen Strafrechtspflege (vorübergehend oder gar endgültig) zurückzustehen hat. In allen anderen Zweifelskonstellationen ist das strafprozessuale Regelungsregime einschlägig.⁹ Damit gerät in den eingangs angeführten Situationen zuvorderst § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO in den Blick.

2. Beschränkung auf Straftaten von erheblicher Bedeutung

§ 100h Abs. 1 S. 2 StPO gestattet den Einsatz von technischen Observationsmitteln lediglich in Fällen von Straftaten von erheblicher Bedeutung. Was diesen Begriff angeht, so ist auf das gängige, auch vom BVerfG akzeptierte¹⁰ – wenngleich nicht unumstrittene – Verständnis¹¹ zurückzugreifen, wonach es sich um solche Taten handeln muss, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung empfindlich zu beeinträchtigen. Trotz der Leerformelhaftigkeit dieser Begrifflichkeit darf als gesichert gelten, dass jedenfalls Bagatelldelikte nicht als solche in Betracht kommen. Andererseits können auch Vergehen eine Straftat von erheblicher Bedeutung darstellen,

wenngleich diesbezüglich einschränkend und richtigerweise eine Straffrahmenobergrenze von drei Jahren gefordert wird.¹² Dahinter steht der Gedanke, dass jedenfalls die schweren und schwersten denkbaren Fälle solcher Straftatbestände mittelschweren Charakter besitzen.

Soweit die hier interessierenden Maßnahmen bei den eingangs geschilderten Ausschreitungen (auch am Rande eines Versammlungsgeschehens) in Erwägung gezogen werden, so ließen sich diese Voraussetzung ohne weiteres bei – insbesondere schweren – Landfriedensbrüchen (§§ 125, 125a StGB), Körperverletzungsdelikten (§§ 223 ff. StGB) etc. bejahen. Nicht in Betracht können diese dagegen bei versammlungsrechtlichen Straftatbeständen der §§ 22 ff. VersG kommen, wozu beispielsweise Verstöße gegen das Verbot des Tragens von Waffen oder das Vermummungsverbot (§ 27 VersG) zählen.

3. Insbesondere: kDNA als technisches (Observations)Mittel

Der Einsatz von „technischen Mitteln“ wird in der Strafprozessordnung in zahlreichen Ermittlungsbefugnissen als Datenerhebungsmethode genannt und reicht von der Verwendung eines Richtmikrofons oder der „Wanze“ in § 100c Abs. 1 StPO über Drohnen zur Herstellung von Bildaufnahmen oder im Zusammenhang mit bildgebenden Messverfahren im Rahmen der Verkehrsüberwachung nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO (auch insoweit werden technische Mittel eingesetzt¹³) bis hin – neuerdings – zur Infiltration von IT-Systemen mittels Überwachungssoftware („Staatstrojaner“) in den §§ 100a Abs. 1 S. 2 und 100b Abs. 1 StPO. Dies zeigt, dass es sich hierbei um einen weitestgehend offenen Begriff handelt, der überdies auch noch kriminaltechnischen Neuerungen zugänglich ist.¹⁴ Gleichwohl verdient die Frage Aufmerksamkeit, ob es sich auch beim Aufbringen einer bestimmten Substanz – erstens – um den Einsatz eines solchen Mittels handelt, das als *technisch* anzusehen ist und – zweitens – es sich überhaupt um ein *Observationsmittel* handelt, das zum nämlichen Zweck eingesetzt wird.

a) Zum technischen Charakter des Mittels

Es mag im Ansatz bezweifelt werden, ob es sich bei einer mit kDNA versetzten Substanz überhaupt um ein Mittel handelt, das eine technische Eigenschaft besitzt. Das ist deswegen nicht abwegig, weil sie isoliert betrachtet nicht mehr „kann“, als unter Verwendung bestimmter UV-Licht-Quellen („UV-Taschenlampen“¹⁵) erfasst und bei einem anschließenden Abgleich mit einem Vergleichsmuster identifiziert werden zu können. Damit unterscheidet sich die Substanz beispielsweise von einem Peilsender oder anderer Ortungstechnologie (GPS-Systeme o.ä.).

⁹ Vgl. ausf. dazu – auch zu Gegenpositionen – Roggan, Die Polizei 2008, 112 (113 ff.).

¹⁰ BVerfGE 112, 304 (316) – GPS-Einsatz.

¹¹ Vgl. Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 14; Günther, in: MüKo-StPO, § 100g Rn. 24; Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100g Rn. 21, jew. m.w.N.

¹² Günther, in: MüKo-StPO, § 100g Rn. 25; a.A. Meyer-Goßner/Schmitt, § 98a Rn. 5.

¹³ Vgl. nur Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 2.

¹⁴ BVerfGE 112, 304 (316); vgl. auch Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S. 406.

¹⁵ Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24 (26).

Indessen ist dieser Verneinung einer Technikeigenschaft schon deswegen entgegenzutreten, weil das hier interessierende Attribut keine „aktiven“ Eigenschaften eines Mittels verlangt, sondern vielmehr von seiner Wortbedeutung lediglich darauf hindeutet, dass ein Bezug zu „Maßnahmen, Einrichtungen und Verfahren (bestehen muss), die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaftler für den Menschen praktisch nutzbar zu machen“.¹⁶ Deshalb lässt sich generell keine Eingrenzung von einzusetzenden Mitteln auf solche vornehmen, die beispielsweise *aktiv* Signale aussenden, wenngleich dies auf die meisten Fälle der Maßnahmen nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO zutreffen mag.¹⁷

Dass hier tatsächlich der Einsatz von technischen Mitteln in Rede steht, wird durch die Betrachtung der „Gesamtmaßnahme“ bestätigt: Wird die kDNA-versetzte Substanz nämlich mittels Sprühpistolen etc. in Kontakt mit Personen gebracht, so wird damit eine „Mehrteiligkeit“ des Mittels deutlich. Deshalb erscheint auch die Qualifizierung als Markierungssystem, das aus mehreren Komponenten besteht, sachgerecht. Dessen Einsetzbarkeit ließe sich an § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO messen, wenn auch eine Bestimmung zu Observationszwecken zu bejahen wäre.

b) Zum Einsatz als Observationsmittel

Auch was den Einsatz der auf eine Zielperson aufgetragenen kDNA-Substanz als Observationsmittel angeht, könnten im Ansatz Zweifel bestehen, weil dem eingangs geschilderten Szenario nach der Maßnahmezweck lediglich darin bestünde, dieses Individuum zu einem späteren Zeitpunkt an einem anderen als dem Ort der Markierung wieder erkennen zu können und demnach polizeilicherseits überhaupt kein Interesse an einem zumindest nicht ganz kurzzeitigen, aber kontinuierlichen Verfolgen („Beschatten“¹⁸) vorläge bzw. vorliegen müsste. Dann fehlte es an einem im Übrigen eine Observation charakterisierenden, planmäßigen und grundsätzlich verdeckten Beobachten im Sinne eines „Im-Auge-Behaltens“ der Zielperson.¹⁹

Demgegenüber handelt es sich auch in der eingangs beschriebenen Konstellation um eine observierende Maßnahme der Strafverfolgung. In Betracht zu nehmen ist zunächst die generelle Einsetzbarkeit des Mittels: Eine entsprechend markierte Person kann durchaus erleichtert (auch verdeckt) verfolgt und von anderen Personen unterschieden werden. Namentlich bei Dunkelheit wird etwa ermöglicht, dass eine verdächtige Person selbst über eine größere Distanz und unter Einsatz entsprechend starker UV-Licht-Quellen visuell erkannt und gezielt (auch unbemerkt) beobachtet werden kann. Das in Rede stehende Mittel ist also als Observationsmittel, durchaus auch im

Zusammenhang mit einer längerfristigen Observation (§ 163f StPO) einsetzbar. Lediglich auf eine solche Einsetzbarkeit kommt es für die Einschlägigkeit von § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO an, denn der Wortlaut der Regelung verlangt zwar nicht ausdrücklich, dass das technische Mittel ausschließlich im Zuge einer Observation eingesetzt werden darf. Vielmehr nennt sie als Maßnahmezweck nur die Erforschung des Sachverhalts oder – hier besonders interessierend – die Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Beschuldigten. Aus dem Umstand des Einsatzes technischer Observationsmittel kann jedoch offenbar auf einen Observationszweck geschlossen werden.²⁰ Das ist deswegen nicht zu beanstanden, weil der Begriff der Observation weder eine zeitliche Mindestdauer noch eine Durchgängigkeit im Sinne einer Ununterbrochenheit kennt (vgl. § 163f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO für längerfristige Maßnahmen) und ihm insoweit eine gewisse Beliebigkeit eigen ist. Dies bedeutet u.a., dass beispielsweise auch Verkehrsteilnehmer im Rahmen der von der inzwischen herrschenden – den *Verf.* nach wie vor nicht überzeugenden²¹ – Meinung akzeptierten Zulässigkeit von massenhaften Verkehrsüberwachungsmaßnahmen auf der Basis der hier interessierenden Vorschrift polizeilicherseits (etwa durch ein „Blitzerfoto“) *observiert* werden (sollen).²²

Zusammengefasst: Weil die Strafprozessordnung den Begriff der Observation nicht über die Wendung der „planmäßig angelegte(n) Beobachtung“ (§ 163f Abs. 1 S. 1 StPO) hinaus definiert und damit praktisch jedes nicht unabsichtliche Erfassen von Beschuldigten in der Öffentlichkeit durch polizeiliche Ermittler erfasst, kann auch der Begriff des Observationsmittels in technisch-methodischer Hinsicht nicht stärker konkretisiert werden. Als technisches Observationsmittel im Sinne des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO lässt sich – nach herrschender Meinung (s.o.) – ein am Straßenrand postiertes Gerät zur Dokumentation von Verkehrsordnungswidrigkeiten ebenso einordnen wie ein Markierungssystem, das alleine zum Zwecke der späteren Wiedererkennung eines Beschuldigten an anderem Ort eingesetzt wird.

4. Betroffene der Maßnahme

Ein technisches Observationsmittel darf grundsätzlich nur bei Beschuldigten und unter einfachen, freilich weitgehend leerlaufenden Subsidiaritätsbedingungen²³ eingesetzt werden (§ 100h Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 StPO). Nur ausnahmsweise können entsprechende Maßnahmen unter qualifizierten Subsidiaritätsbedingungen auch gegen Kontaktpersonen des Beschuldigten gerichtet werden (§ 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO). Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer unvermeidbaren Mitbetroffenheit von Dritten (§ 100h Abs. 3 StPO), wie sie auch von anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen her bekannt ist

¹⁶ Vgl. nur Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. (2015), Stichwort „Technik“.

¹⁷ Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 7.

¹⁸ BGHSt 44, 13 (15).

¹⁹ Näher Lensch, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl. (2010), Stichwort „Observation“.

²⁰ Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 4; Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 2; Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1.

²¹ Roggan, NJW 2010, 1042 ff.

²² BVerfG, NJW 2010, 2717 f.; näher auch Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1, jew. m.w.N.; Bruns, in: KK-StPO, § 100h Rn. 4; a.A. Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 6a.

²³ Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 15; Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 16; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 4; ähnl. Günther, in: MüKo-StPO, § 100h Rn. 19 („wenn [...] zweckmäßig“).

(etwa §§ 100b Abs. 3 S. 3, 100c Abs. 3 S. 3, 100f Abs. 3 StPO).

a) Einsatz von Markierungssystemen gegen Beschuldigte

Keiner näheren Betrachtung bedarf der Umstand, dass eine Maßnahme gegen einen Beschuldigten die Bestimmung einer Zielperson als solchen voraussetzt. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist dafür eine ausdrückliche Bezeichnung nicht nötig, doch muss ein Strafverfolgungsorgan eine Maßnahme getroffen haben, die erkennbar darauf abzielt, wegen einer möglichen Straftat gegen diese Person vorzugehen.²⁴ Die Observation einer Person (und sei diese auch nur von kurzer Dauer) stellt eine solche Maßnahme dar und erfährt eine Manifestation, wenn auch noch ein technisches Mittel wie das hier interessierende Markierungssystem zu entsprechenden Zwecken eingesetzt wird.

Unproblematisch erlangt eine Einzelperson den Beschuldigtenstatus, wenn ausschließlich diese markiert wird. Jedenfalls im Ansatz ebenso unzweifelhaft kann auch die zeitgleiche Markierung einer Personengruppe eine entsprechende Wirkung haben, was freilich nur dann gelten kann, wenn ein strafverfolgerisches Vorgehen gegen sämtliche Einzelpersonen intendiert ist. Problematisch dagegen ist der Einsatz des Observationsmittels, wenn sich – selbst unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums²⁵ – ein Tatverdacht nur gegen eine Teilmenge der in Betracht kommenden Personengruppe begründen lässt und Unverdächtige mehr oder weniger zwangsläufig (mit-)markiert würden. Nicht etwa kann die Maßnahme dann einen (fiktiven) Beschuldigtenstatus von sämtlichen Betroffenen mitsamt den daraus resultierenden Folgen begründen. Vielmehr kann eine solche nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Einsatz des Markierungssystems auch gegenüber Nichtbeschuldigten zulässig wäre.

b) Einsatz von Markierungssystemen gegen Nichtbeschuldigte

Bei der (Mit-)Markierung von Nichtbeschuldigten kann es sich um eine absichtsvolle wie auch eine unvermeidbare Inanspruchnahme Dritter handeln. Während letztere ohne nähere Begründung ein Fall des § 100h Abs. 3 StPO wäre, wonach der Einsatz von technischen Observationsmitteln auch zulässig ist, wenn Dritte unvermeidbar mitbetroffen werden, handelte es sich im ersteren um eine gesondert begründungsbedürftige Maßnahme, die – wenn überhaupt, dazu im Folgenden – ausschließlich unter qualifizierten Subsidiaritätsbedingungen (s.o.), nämlich (wenn auch nur unwesentlich²⁶) engeren Bedingungen zulässig wäre. Wird ein solches Vorgehen durch Strafverfolgungsorgane in Erwägung gezogen, so kann die Entscheidung, auf welcher Rechtsgrundlage die Markierung von Unverdächtigen erfolgen soll, selbstverständlich nicht willkürlich, sondern nur mit Blick auf den Einzelfall und vor dem

Ergreifen der Maßnahme getroffen werden.

Es ist jedenfalls im Ansatz nicht abwegig, die gezielte Markierung auch von Nichtbeschuldigten als ermittlungstechnisch sinnvolle Maßnahme zu betrachten, etwa, um sie zu einem späteren Zeitpunkt als Zeugen eines Geschehens am Ort der Markierung befragen zu können. Diese Option scheidet jedoch aus, weil sie damit noch nicht, wie von § 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO verlangt, „in Verbindung“ mit Beschuldigten stehen oder eine solche Verbindung herstellen werden und damit als deren Kontaktpersonen anzusehen wären. Nicht von vornherein unzulässig (praktisch wenig wahrscheinlich) wäre die Maßnahme gegenüber Nichtbeschuldigten jedoch, wenn sich neben einer Kontaktpersonen-Eigenschaft auch die anderweitigen Voraussetzungen dieser Vorschrift begründen lassen.²⁷

In Betracht kommt die Markierung von Nichtbeschuldigten aber vor allem wohl als „unbeabsichtigter Beifang“ bei einem Einsatz gegen Beschuldigte nach § 100h Abs. 3 StPO. Indessen müssen insoweit Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme aufkommen und das selbst dann, wenn man den Einsatz von Markierungssystemen als „unterschwellige Maßnahmen“²⁸ betrachtete: Ein solcher Technischeinsatz lässt sich in ihrer Eingriffsintensität offensichtlich nicht gleichsetzen mit der zufälligen Mitbeobachtung eines Unbeteiligten bei der Nutzung eines Nachtsichtgeräts. In Rechnung zu stellen ist vielmehr, dass in den hier interessierenden Konstellationen zumindest eine Komponente des technischen Observationsmittels in Kontakt mit den Nichtverdächtigen gebracht wird und bei diesen ggf. über einen längeren Zeitraum verbleibt. Das macht diese zu (ggf. unbewussten) Trägern eines Ortungsmittels und ist eher vergleichbar mit dem Einsatz von Peilsendern oder vergleichbaren Observationsmitteln, bei denen es gleichfalls zum physischen Kontakt einer Observationstechnik-Komponente mit einer Person kommt bzw. kommen kann. Deshalb besteht u.a. die Gefahr, dass die Nichtverdächtigen bei der späteren Nutzung von entsprechenden Sichtungsgaräten durch Strafverfolgungsorgane selber in Verdacht geraten können und dies alleine deshalb, weil sie sich zum Zeitpunkt des Markierens am selben Ort aufhielten wie Beschuldigte.²⁹ Ein mit den genannten Konsequenzen für Nichtbeschuldigte verbundener Einsatz von technischen Mitteln wäre schlechthin unverhältnismäßig.

Daraus ergibt sich, dass das Markieren von Personengruppen nur dann zulässig sein kann, wenn die in ihnen vorhandenen Nichtbeschuldigten sämtlich den Status von Kontaktpersonen zu den Beschuldigten besitzen bzw. dies belastbar begründbar ist. Dann kann deren Betroffenheit nach § 100h Abs. 3 StPO (oder – eher theoretisch – nach § 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO) gerechtfertigt werden. Andernfalls ist der Einsatz von Markierungssystemen gegen Personengruppen aus Verhältnismäßigkeitsgründen unzulässig.

²⁴ Vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 25 Rn. 11.

²⁵ *Roxin/Schünemann*, § 25 Rn. 11.

²⁶ *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 16; krit. dazu *Hegmann*, in: BeckOK-StPO, § 100h Rn. 15.

²⁷ Näher *Hauck*, in: LR-StPO, § 100h Rn. 17; *Wolter/Greco*, in: SK-StPO, § 100h Rn. 15; *Günther*, in: MüKo-StPO, § 100h Rn. 12; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100h Rn. 7.

²⁸ *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 7.

²⁹ Vgl. dazu *Wiese*, ZRP 2012, 18 (19), die allerdings den Einsatz von Sprühanlagen im Rahmen des Einbruchsschutzes betrachtet.

5. (Weitere) Verhältnismäßigkeitsfragen

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass der Einsatz von Markierungssystemen gegenüber Personen nur unter der Bedingung seiner Verhältnismäßigkeit zulässig sein kann. Je nach Durchführung der Maßnahme kann er eine unterschiedlich belastende Wirkung für die Betroffenen haben, so dass es differenzierter Betrachtungen zur Rechtfertigungsfähigkeit bedarf.

a) Eingriffsintensität

Jedenfalls dann, wenn eine Markierung von Personen auf eine Weise erfolgt, dass lediglich an deren Körper befindliche Sachen, also Kleidungsstücke, Taschen etc. mit einer kDNA-Substanz gekennzeichnet werden, ist von einer Maßnahme geringerer Eingriffsintensität zu sprechen. Das gilt insbesondere dann, wenn sich Markierung und spätere Lokalisierung als punktuelle Beweiserhebungen darstellen. Für die Betroffenen besteht die Möglichkeit, nach entsprechender Kenntniserlangung sich der markierten Gegenstände zu entledigen und einer abermaligen Erkennung mittels UV-Taschenlampe damit zu entziehen. In solchen Fällen reicht die Maßnahme in ihrer Relevanz für die informationelle Selbstbestimmung nicht an den Einsatz anderer technischer Ortungsmittel (wie etwa das GPS-System) heran. Das gilt auch deswegen, weil die Lokalisierung nicht mittels elektronischer Komponenten (Satelliten etc.) erfolgt und ein weitgehend lückenloses Bewegungsbild³⁰ im Maßnahmezeitraum nicht erstellt wird. Eine solche Maßnahme ist damit von einer vergleichsweise geringen „Beobachtungsintensität“: Während menschliche Sinnesorgane – beispielsweise auch unter Zuhilfenahme der genannten UV-Licht-Quellen – in ihrer Leistungsfähigkeit begrenzt sind, ist die Wahrnehmungskompetenz (Zuverlässigkeit, Detailgenauigkeit, Präzision), Merk-, Auswertungs- und Analysefähigkeit im Allgemeinen sowie ihre weit reichende Unabhängigkeit von Umweltfaktoren im Besonderen bei elektronischer Ortungstechnik ungleich größer.³¹ Deshalb weisen solche Datenerhebungsmethoden auch eine höhere (Intimsphären-)Verletzungsneigung auf.³²

Dies darf den Blick allerdings nicht darauf verstellen, dass auch der Einsatz der hier interessierenden technischen Mittel mit einer erheblichen Eingriffsintensität verbunden sein kann. Dazu gibt namentlich das eingangs geschilderte Einsatz-Szenario Anlass. Denn wenn der Maßnahmezweck darin besteht, Straftäter auch dann zu einem späteren Zeitpunkt lokalisieren zu können, wenn diese ihre Kleidungsstücke etc. zuvor, möglicherweise mehrfach, wechselten und zu dem späteren Zeitraum überhaupt nicht mehr in deren Besitz sind, spricht alles dafür, nicht (nur) diese Gegenstände zu markieren, sondern die Personen als solche. Es sind dann solche Körperpartien mit der kDNA-versetzten Substanz in Kontakt zu bringen, die typischerweise unbedeckt und damit gleichsam sicht- und markier-

bar sind. Sollte es zutreffen, dass die Substanz an entsprechenden Körperpartien bis zu sechs Wochen haftet, von dort möglicherweise auch nicht ohne weiteres entfernt werden kann und die Markierung damit im Einzelfall lange über den anlassgebenden Sachverhalt hinausreicht, so gewönne die Maßnahme nicht nur eine atypische, sondern auch besonders gesteigerte Grundrechtsrelevanz. Letztere kann Wirkungen bis hin zu erforderlichen Verhaltensanpassungen besitzen, etwa wenn eine markierte Person öffentlich zugängliche Orte mit UV-Licht (Diskotheken etc.) zu meiden hätte, um dort nicht als „polizeilich gekennzeichnete Person“ aufzufallen. Aber auch bei auf den anlassgebenden Sachverhalt folgenden Personenkontrollen unter Verwendung der genannten UV-Taschenlampen durch die Polizei ließe sich der frühere Einsatz des Markierungssystems nicht verbergen. Auf die Bedeutung solcher „maßnahme-überschießenden“ Eingriffswirkungen wird unter dem Gesichtspunkt der Eignung zurückzukommen sein. Bereits an dieser Stelle lässt sich aber sagen, dass die belastende Wirkung für die Betroffenen wesentlich über ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins, wie dies angesichts der Existenz anderer Datenerhebungsbefugnisse konstatiert wird,³³ hinausgehen kann.

Vorläufig zusammenfassend ist festzustellen, dass der Einsatz der hier interessierenden technischen Observationsmittel mit einer durchaus neuartigen und erheblichen Eingriffsintensität verbunden sein kann. Auf diesen Umstand wird jeder angedachte Einsatz von (kDNA-)Markierungssystemen Rücksicht zu nehmen haben. Zugleich ist aus eben diesen Gründen einer Anwendbarkeit der §§ 161, 163 StPO – jedenfalls in den hier besprochenen Konstellationen – eine Absage zu erteilen.

b) Eignungsfragen

Eine Maßnahme kann nur dann rechtmäßig sein, wenn sie geeignet zur Erreichung ihres Zwecks, vorliegend also der Erhebung strafverfahrensrelevanter Daten bzw. Informationen ist. Das ist dann gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte (Ermittlungs-)Erfolg eintritt, derselbe also gefördert werden kann.³⁴ Eignungsfragen stellen sich im hiesigen Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt des Beweiswerts der (Wieder-)Lokalisierbarkeit eines Beschuldigten unter spezifischen Modalitäten der Maßnahmendurchführung sowie der bereits genannten überschießenden Eingriffswirkungen.

aa) Spezifische Anforderungen an die Durchführung des Techniqueinsatzes

Soll der Einsatz eines Markierungssystems die Anwesenheit einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort, ggf. mit bestimmten anderen Personen zusammen, beweiskräftig belegen (Maßnahmezweck), so sind an die Durchführung der Markierung spezifische Anforderungen zu stellen. Die genannte

³⁰ BVerfGE 112, 304 (317).

³¹ Ausf. Schwabenbauer, S. 137.

³² Zum fehlenden expliziten Kernbereichsschutz bei § 100h näher Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 20.

³³ BVerfGE 125, 260 (320).

³⁴ Vgl. nur Sachs, in: Sachs, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 20 Rn. 150 sowie Schwabenbauer, S. 207 ff.

Information kann nur dann hinreichend verlässlich generiert werden, wenn ein bestimmter kDNA-Code nur in einem möglichst kleinen Zeitfenster, an einem möglichst konkret abgrenzbaren Ort sowie ggf. gegenüber einem abgrenzbaren Personenkreis in einer unveränderlichen Weise in (Körper-)Kontakt gebracht und dies alles präzise dokumentiert wird. Sodann besteht zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuordnung hinsichtlich der eingangs genannten Tatsachen. Demzufolge ist beispielsweise darauf zu achten, dass es nicht zu einer Vermischung unterschiedlicher kDNA-Muster im Rahmen des Einsatzes kommt und damit ggf. eine wiederholte Verwendung einer bestimmten Sprühpistole zu vermeiden ist. Auch wäre die Verwendung eines bestimmten kDNA-Musters an verschiedenen Orten auszuschließen. Diese und andere Kautelen führen im Falle ihrer Nicht-Beachtung zu einer Reduzierung des Beweiswerts des Ergebnisses des Abgleichs der kDNA-Muster am Ort der Markierung einerseits und dem der späteren Lokalisierung andererseits. Beispielsweise das Abgleichergebnis, dass sich eine Person zu einem beliebigen Zeitpunkt irgendwo in einer Stadt in einem unbestimmbaren personellen Umfeld aufgehalten hat, ist indiziell annähernd bedeutungslos. Entsprechend fraglich wäre insgesamt die Eignung der Markierung von Personen zur Erlangung strafverfahrensrelevanter Informationen.

Daraus ergibt sich, dass nicht zuletzt verfassungsrechtliche Überlegungen konkrete Anforderungen an die Durchführung der hier interessierenden Maßnahmen stellen.

bb) Überschießende Eingriffswirkungen

Typischerweise erstreckt sich die unmittelbar belastende (Eingriffs-)Wirkung von heimlichen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, auch dem Einsatz technischer Observationsmittel nach § 100h StPO, auf den Zeitraum der Beweiserhebung. Nach deren Ende ist ein noch in der Sphäre des Beschuldigten oder eines unvermeidbar Mitbetroffenen befindliches technisches Mittel unverzüglich zu entfernen. Das folgt schon daraus, dass ein weiterer (möglicherweise sogar erkannter) Verbleib den Zweck der Erlangung strafverfahrensrelevanter Informationen nicht (mehr) zu fördern vermag. Keine in diesem Sinne überschießende Eingriffswirkung wird entfaltet, wenn eine Überwachungsmaßnahme lediglich unterbrochen wird und das Mittel während dieses Zeitraums nicht aus der Sphäre des Betroffenen entfernt wird. Gleiches gilt, wenn das Wissen um das Vorhandensein von Observationsmitteln während der Beweiserhebung erlangt wird, denn strafprozessuale Observationsmaßnahmen sind unabhängig von der Wahrnehmung der Betroffenen zulässig („auch ohne Wissen“),³⁵ und dies selbst dann, wenn ein entsprechendes Wissen die Eingriffsintensität möglicherweise steigert.

Ein Verbleiben eines Observationsmittels beim ehemals beobachteten Individuum nach dem Ende der entsprechenden Beweiserhebung ist wegen fehlender Eignung unverhältnismäßig und hat damit zu unterbleiben. Mit Blick auf den hier interessierenden Einsatz von Markierungssystemen ist daher zu differenzieren: Auf die Markierung eines mitgeführten Gegenstands ist der Beschuldigte hinzuweisen, etwa im Rahmen einer zeitnahen Beschuldigtenvernehmung durch die Polizei. Auch unvermeidbar betroffene Nicht-Beschuldigte (Kontaktpersonen) sind entsprechend zu informieren. Rechtstechnisch handelt es sich hierbei um eine Benachrichtigung im Sinne des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO, die allenfalls unter den Bedingungen des § 101 Abs. 5 S. 1 StPO hinausgezögert werden könnte. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks wird sich bei einem offenen Auftreten der Strafverfolgungsorgane gegenüber dem Beschuldigten aber nicht begründen lassen, denn mit Hilfe der kDNA-Markierung werden sich im Falle der Observationsbeendigung keine weiteren verfahrensrelevanten Informationen gewinnen lassen.³⁶ Deshalb wird die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungspersonen generell (auch im Hinblick auf Nicht-Beschuldigte) entsprechend anzuweisen haben.³⁷ Durch die Mitteilung wird dieser in die Lage zur Unbrauchbarmachung des markierten Gegenstands als Observationsmittel versetzt.

Anders verhält es sich bei der Markierung des Körpers des Betroffenen: In solchen Fällen ist der Betroffene nicht nur zu benachrichtigen, sondern ihm auch die Entfernung der Markierung, ggf. mittels spezieller Reinigungsmittel, zu ermöglichen. Sollte dies aus hier nicht bekannten Gründen unmöglich sein, etwa weil sich die kDNA-Substanz selbst in kleinsten Hautfalten festsetzt,³⁸ so stellte sich die Maßnahme aufgrund zwingend zu vermeidender, überschießender Eingriffswirkungen als unverhältnismäßig und damit *a priori* unzulässig dar.

c) Anforderungen an den Einsatz aus Zumutbarkeitsgründen

Näherer Betrachtung bedarf im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsüberlegungen schließlich die Zumutbarkeit, mithin die Frage, ob die Markierung von Personen bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zum mit ihr verfolgten Zweck der Erlangung verfahrensrelevanter Informationen steht.³⁹

Dabei ergibt eine Gesamtschau im Allgemeinen, dass es auf die Erlangung von Erkenntnissen mit möglichst hohem Beweiswert ankommen muss. Damit ist regelmäßig die Verwendung identischer kDNA-Muster an verschiedenen Orten, unterschiedlichen Zeiten etc. (s.o.) unvereinbar. Ebenso allgemeingültig ist die Inanspruchnahme nichtverdächtiger Kontaktpersonen durch einen möglichst präzisen Einsatz der Markierungstechnik weitestgehend

³⁵ Vgl. bspw. *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100f Rn. 1; *Hegmann*, in: BeckOK-StPO, § 100h Rn. 3.

³⁶ Allg. zu Gründen der Zurückstellung einer Benachrichtigung wg. Gefährdung des Untersuchungszwecks *Wolter/Jäger*, in: SK-StPO, § 101 Rn. 29; *Hauck*, in: LR-StPO, § 101 Rn. 39; *Günther*, in: MüKo-StPO, § 101 Rn. 56; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 101 Rn. 19.

³⁷ Zur originär staatsanwaltschaftlichen Zuständigkeit näher *Hauck*, in: LR-StPO, § 101 Rn. 43.

³⁸ Vgl. die Herstellerangaben, www.selectadna.de/dna-dusche.html.

³⁹ Vgl. nur *Sachs*, Art. 20 Rn. 154 sowie *Schwabenbauer*, S. 215 ff.

auszuschließen. Droht die Markierung auch Unbeteiligte zu treffen (kDNA-, „Dusche“⁴⁰), ist sie aufgrund ihrer Unzumutbarkeit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Auch wird im Einzelfall auf die Eingriffsintensität der konkret durchzuführenden Maßnahme zu achten sein, so dass einer Beschränkung auf die Markierung von mitgeführten Gegenständen grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist.

III. Fazit

Nach dem Gesagten kommt der Einsatz eines kDNA-Markierungssystems im Zusammenhang mit gewalttätigen Auseinandersetzungen, wie sie im einleitend skizzierten Einsatz-Szenario erwogen wurden, auf der Grundlage des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO durchaus in Betracht und dies auch parallel zu anderen Beweiserhebungen (etwa Bildaufnahmen nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO etc.). Die Maßnahme vermag dann im Einzelfall eine sinnvolle Ergänzung zu letzteren darzustellen. Problematisch dürfte dagegen regelmäßig die mit den genannten verfassungsrechtlichen Maßstäben vereinbare Durchführung der

Maßnahme sein: Immer dann, wenn eine kDNA-Markierung nicht nur Beschuldigte und deren Kontaktpersonen betrifft, sondern auch Unbeteiligte (sich straffrei verhaltende Versammlungsteilnehmer, zufällige Passanten, Schaulustige etc.) zu betreffen droht, lässt sie sich nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn nicht sicher gewährleistet ist, dass die Markierung nach dem Ende der Observation kurzfristig und vollständig von Körperteilen entfernt werden kann. Der entsprechende Nachweis ist von etwaigen Befürwortern der Maßnahme zu erbringen.

Bereits im Ansatz unzulässig ist der Einsatz des Markierungssystems bei bloßen Verstößen gegen das Vermummungsverbot bei Versammlungen. Insoweit handelt es sich schon nicht um erhebliche Straftaten. Überdies läge hierin neben der Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung auch ein unzulässiger Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG, weil deren Schutzwirkung nach zutreffender Ansicht durch solche Straftaten, nimmt die Versammlung insgesamt nicht zugleich auch einen gewalttätigen und damit unfriedlichen Verlauf, nicht etwa entfällt.⁴¹

⁴⁰ www.selectadna.de/dna-dusche.html; vgl. auch *Wiese*, ZRP 2012, 18 (20).

⁴¹ Vgl. nur *Höfling*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 8 Rn. 35 mwN.