

Die Staatsanwaltschaft in der Versammlung

Simon Pschorr

2023-12-15T16:25:25

Der Gaza-Konflikt prägt aktuell die deutsche Meinungslandschaft. Bürger*innen bringen ihre Meinung in den sozialen Medien und auf der Straße zum Ausdruck. Zuletzt mehrten sich Kundgebungen in deutschen Großstädten, die [handgreiflich](#) eskalierten oder – hinreichend wahrscheinlich strafrechtlich relevant – [zu Hass aufstachelten](#). Die Versammlungsbehörden reagierten darauf wiederholt mit [überschießenden](#) Versammlungsverboten, um [antisemitischen Straftaten vorzubeugen](#). In [Frankfurt](#) und [München](#) wurde Anträgen gegen Verbotsverfügungen stattgegeben. Erneut wird über [Änderungen des Versammlungsrechts](#) diskutiert. Einen anderen Umgang wählte nunmehr die Staatsanwaltschaft Wuppertal: Sie entsandte nach [Berichten in den sozialen Medien](#) einen Staatsanwalt in eine Großdemonstration am 11.11.2023. Anders als bei den [Tag-X-Demos](#) soll sich dieser nicht nur am Rande der Versammlung bereitgehalten haben, sondern mit einem Dolmetscher durch die Versammlung gegangen sein, um die strafrechtliche Relevanz von Parolen zu prüfen. Nun sind [Polizeidolmetscher](#) regelmäßig bei Pro-Palästina-Demos im Einsatz und auch Staatsanwält*innen dürfen von ihrer Versammlungsfreiheit – [in den Grenzen des Mäßigungsgebots](#) – Gebrauch machen. Doch ist die Präsenz auf einer Versammlung in Amtsfunktion keinesfalls (verfassungsrechtlich) unproblematisch. Das Vorgehen der Wuppertaler Behörden hätte einer Ermächtigungsgrundlage bedurft, doch halten weder die Versammlungsgesetze noch die Strafprozessordnung eine solche bereit. Diese Maßnahme der Verfolgungsvorsorge entpuppt sich bei genauer Analyse als strafprozessual unzulässige strategische Überwachung aufgrund eines Generalverdachts, deren Ziel mit milderer Maßnahmen auf gesetzlicher Grundlage erreicht werden kann.

Eingriffswirkung der Präsenz der Staatsgewalt

Eine Ermächtigungsgrundlage für das Vorgehen der Wuppertaler Staatsanwaltschaft ist nur nötig, wenn die Präsenz eines Staatsanwalts in einer Versammlung einen Eingriff in Grundrechte – konkret in die Versammlungsfreiheit – bedeutete. Der Nordrhein-Westfälische Landesgesetzgeber ging 2021 davon aus, dass die Präsenz der Ordnungsbehörden, genauer der Polizei, bei Versammlungen unter freiem Himmel selbstverständlich erforderlich sei, um die Einhaltung von Recht und Gesetz sicherzustellen, weshalb es einer besonderen Regelung nicht bedürfe (LT-Drs. 17/12423, [S. 82](#)). Der darin zum Ausdruck kommende Generalverdacht gegenüber jeder politisch engagierten kollektiven Erörterung und Kundgabe von Meinungen – gleichsam ein [Versammeln unter Aufsicht](#) – ist einer polizeistaatlichen Ordnung immanent, verkennt jedoch die Grundwertungen des Art. 8 Abs. 1 GG.¹⁾ Versammlungen sind vielmehr ein staatsfreier Raum

unmittelbarer Demokratie.²⁾ Die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen, ist deshalb nicht nur dann betroffen, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst wird, sondern auch dann, wenn die [Art und Weise ihrer Durchführung](#) durch staatliche Maßnahmen (auch nur) faktisch beschränkt wird. Ein Eingriff liegt unter anderem vor, wenn staatliche Maßnahmen Personen von der Teilnahme an Versammlungen abschrecken. Die Präsenz staatlicher Hoheitsträger hinterlässt bei (potentiellen) Versammlungsteilnehmer*innen den Anschein der Observation und Überwachung, selbst wenn es der Polizei allein um den Schutz der Versammlung oder „lediglich“ um eine Beobachtung der Versammlung geht ([VGH München Rn. 23](#)). Muss man damit rechnen, dass die eigene Anwesenheit oder das Verhalten bei einer Veranstaltung durch Behörden registriert wird, kann dies von einer Teilnahme abschrecken oder zu ungewollten Verhaltensweisen zwingen, um den Erwartungen der beobachtenden Polizeibeamten möglicherweise gerecht zu werden, sog. „[chilling effect](#)“ ([VG Leipzig Rn. 21](#), vgl. auch [VG Freiburg Rn. 35](#)). Angesichts dessen wird die Entsendung von Polizist*innen in Versammlungen mittlerweile ganz herrschend als faktischer Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG gewertet (etwa [VGH München Rn. 23](#); [OVG Lüneburg](#); [VG Göttingen Rn. 19](#); vgl. auch [VG Magdeburg Rn. 23](#)).³⁾ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass zu einer öffentlichen Versammlung jedermann Zugang habe. Schließlich verlangen Amtsträger*innen nicht als Grundrechtsberechtigte, sondern in amtlicher Funktion, also als Grundrechtsverpflichtete Zutritt ([VGH München Rn. 25](#)). Suchen Staatsanwält*innen Versammlungen in amtlicher Funktion – wie hier zusammen mit Dolmetscher*innen – auf, um Versammlungsinhalte zu dokumentieren und das Versammlungsgeschehen zu beobachten, bedeutet das mithin einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit und bedarf also einer Ermächtigungsgrundlage.

Strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage

Die Versammlungsgesetze sehen deshalb Rechtsgrundlagen für die Entsendung der Polizei in öffentliche Versammlungen vor.⁴⁾ Ausschließlich das nordrhein-westfälische Versammlungsgesetz beschränkt sich auf eine rechtliche Regelung der Entsendung in Versammlungen in geschlossenen Räumen (§ 23 Abs. 3 NRWersG). Sachsen-Anhalt hat auf die Kodifikation jedweder Ermächtigungsgrundlagen verzichtet, hielt man dort nur die Anwesenheit der Polizei im Einvernehmen mit der Versammlungsleitung (für die kein Regelungsbedarf besteht) für verfassungskonform.⁵⁾

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Anwesenheit von Vertreter*innen der Staatsanwaltschaft ist jedoch keinem Versammlungsgesetz zu entnehmen, beschränken sich die Regelungen doch auf die Polizei im institutionellen Sinne, mithin den Polizeivollzugsdienst.⁶⁾ Dieser stellt zwar gem. § 152 Abs. 2 GVG i.V.m. der maßgeblichen Landesverordnung Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, ist aber weder in die Staatsanwaltschaft eingegliedert⁷⁾ noch im Angesicht des Versammlungsrechts strukturell vergleichbar, werden Polizist*innen doch präventiv

in Versammlungen entsandt, während die Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung repressiv tätig wird. Deshalb kann nicht gleichsam *a maiore ad minus* aus der Ermächtigung der Polizei auch auf die Ermächtigung der Staatsanwaltschaft zur Anwesenheit in Versammlungen geschlossen werden.

Auch in der Strafprozessordnung sucht man eine Spezialermächtigung zur Entsendung von Staatsanwält*innen in Versammlungen vergeblich. Einzig die [Ermittlungsgeneralklausel](#) des § 161 Abs. 1 S. 1 StPO könnte als Eingriffsgrundlage herangezogen werden. Danach kann die Staatsanwaltschaft Ermittlungen jeder Art selbst vornehmen. Allerdings legitimiert die Norm angesichts des [Wesentlichkeitsgrundsatzes](#) nur [wenig intensive Grundrechtseingriffe](#), etwa die Aufforderung zur Herausgabe einzelner [IP-Adressen](#), nicht aber ein verdecktes Verhör ([BGH Rn. 18](#)). Kurzfristige Observationen werden von § 161 StPO erfasst.⁸⁾ Doch kommt der vorliegenden Maßnahme eine über die reine Informationsgewinnung oder auch nur kurzfristige Observation im Rahmen einer Überwachung hinausgehende Grundrechtsrelevanz⁹⁾ zu: Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG führt zu einer besonderen Bloßstellung der (scheinbar besonders gefährlichen) Versammlung und ihrer Teilnehmer. Das macht eine Spezialermächtigung erforderlich.

Weiterhin könnte eine Anwendung des § 161 Abs. 1 S. 1 StPO an Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG scheitern. Weil Art. 8 Abs. 2 GG (für Versammlungen unter freiem Himmel) einen [Eingriffsvorbehalt](#) vorsieht, findet das Zitiergebot Anwendung ([BVerfG hier](#) und [hier](#)). Keine Norm der Strafprozessordnung benennt Grundrechte, in welche sie eingreift.¹⁰⁾ Zwar findet das Zitiergebot nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weder Anwendung [auf vorkonstitutionelles Recht](#) noch auf die Fortentwicklung von bereits bestehenden Eingriffsbefugnissen ([BVerfG Rn. 14 f.](#)).¹¹⁾ Erweitert der Gesetzgeber Eingriffsgrundlagen jedoch [deutlich](#), so muss er dem Zitiergebot Rechnung tragen. Eine Generaleingriffsbefugnis der Staatsanwaltschaft für eigene Ermittlungen wurde in § 161 Abs. 1 S. 1 StPO erstmals mit dem Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) vom 11.08.2000 ([GVBl. S. 1253](#)) normiert ([BayObLG Rn. 28](#)). Dieses weist in Art. 12a nur eine Einschränkung von Art. 10 GG, nicht aber von Art. 8 GG, aus.¹²⁾ Wenn § 161 Abs. 1 S. 1 StPO (auch) als Grundlage des Eingriffs in die Versammlungsfreiheit dienen soll, scheitert sie an Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, sofern man das Zitiergebot nicht noch weiter, konkret auf [finale Eingriffe](#) einschränkt.¹³⁾ Die fehlende Zitation zeigt jedenfalls, dass § 161 Abs. 1 S. 1 StPO nicht für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit konzipiert ist. Ein Konflikt mit Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG kann durch [verfassungskonforme Auslegung](#) der Norm vermieden werden,¹⁴⁾ indem Eingriffe in die Versammlungsfreiheit aus ihrem Anwendungsbereich ausgeschieden werden.

Strafverfolgung oder Prävention?

Bisher wurde unterstellt, dass ein Rückgriff auf die Strafprozessordnung dem Grunde nach zulässig ist. Das setzt voraus, dass die Entsendung eines Staatsanwalts in die Versammlung ein repressives Vorgehen im Anwendungsbereich der strafprozessualen Befugnisse darstellt (vgl. [VG Leipzig Rn. 30](#)).¹⁵⁾ Davon sind präventive Maßnahmen der Gefahrenabwehr, besonders zur Verhütung von Straftaten, abzugrenzen.¹⁶⁾ Werden Staatsanwält*innen zur Wahrnehmung und Dokumentation von Anhaltspunkten für Straftaten während der Versammlung in diese entsandt, dient die Maßnahme nicht zugleich der Verhinderung eben jener Straftaten, also nicht der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit.

Auch die Verfolgung einer in der Vergangenheit liegenden konkreten Straftat wird nicht bezweckt, sollen doch Handlungen während der (zum Zeitpunkt der Entsendung noch bevorstehenden) Versammlung, die strafrechtlich relevant werden könnten, überwacht werden. Vielmehr handelt es sich um eine sog. Vorfeldmaßnahme, die zwar zeitlich präventiv,¹⁷⁾ aber mit dem Ziel der späteren Strafverfolgung getroffen wird, mithin um einen Fall der Strafverfolgungsvorsorge¹⁸⁾. Solche Maßnahmen (etwa § 81b Var. 2 StPO, § 484 I, IV StPO, § 18 HmbPolDVG) hat der Gesetzgeber nicht klar im Spannungsfeld präventiv vs. repressiv verortet.¹⁹⁾ Allein der Zweck der Verfolgung künftiger Straftaten vermag ihnen den Charakter strafprozessualer Ermittlungstätigkeit nicht zu verschaffen,²⁰⁾ schon weil Straftaten ganz regelmäßig auch polizeirechtliche Schutzgüter tangieren.²¹⁾ Vielmehr hängt die Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Vorgehen daran, ob die Maßnahme im Zuge eines konkreten Ermittlungsverfahrens gegen eine konkrete Tat oder aber außerhalb eines solchen erfolgt ([BVerwG Rn. 3 ff.](#)). Strafprozessuale Befugnisse der Staatsanwaltschaften sind zum Schutz der Bürger vor staatlicher Übergriffigkeit und Willkür auf Maßnahmen aufgrund eines Anfangsverdachts zu beschränken.²²⁾ Ermittlungshandlungen ohne einen solchen sind der präventiven Gefahrenvorsorge zuzuordnen ([BVerwG Rn. 18](#)).²³⁾ Die Zuständigkeit liegt dann nicht bei der Staatsanwaltschaft ([BVerwG Rn. 18 f.](#)).²⁴⁾ Dagegen spricht auch nicht, dass diese, um entscheiden zu können, ob ein Anfangsverdacht tatsächlich vorliegt, bereits im Vorfeld der Bejahung eines solchen Verdachts Ermittlungen anstellen muss.²⁵⁾ Diese "Vorerhebungen"²⁶⁾ vor Einleitung eines Ermittlungsverfahrens basieren auf einem verdachts-begründenden Anlass und sind strikt von unzulässigen Vorfeldermittlungen zu unterscheiden, die ohne und ganz unabhängig von einem solchen Anlass allein mit dem Zweck erwarteter Straftaten vorzubeugen, durchgeführt werden.²⁷⁾ Werden Staatsanwälte zur Dokumentation verdachtsunabhängig befürchteter Straftaten in Versammlungen entsandt, um sodann die Strafverfolgung einzuleiten, fehlt es im maßgeblichen Zeitpunkt der Entsendung an einem Anfangsverdacht. Dementsprechend handelt es sich um eine Form strafprozessual unzulässiger strategischer Überwachung²⁸⁾ bestimmter

Gruppen und Personen aufgrund eines unspezifischen Generalverdachts. Der Zulässigkeit solcher Maßnahmen steht das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit entgegen.

Nicht erforderliche Maßnahme

Demnach kann die Entsendung von Staatsanwälten in Versammlungen nicht auf bestehende Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden. Die Strafprozessordnung findet auf diese präventive Maßnahme keine Anwendung und hält im Übrigen keine geeignete Ermächtigungsgrundlage bereit. Der einzig in Betracht kommende § 161 Abs. 1 S. 1 StPO kann einen derart intensiven Grundrechtseingriff nicht tragen und bezweckt einen solchen Eingriff auch nicht, was sich in der Nichterfüllung des Zitiergebots gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG manifestiert. Diese Rechtslage schränkt auch die Effektivität der Strafverfolgung nicht ein. Nehmen die zuständigen Beamten der Polizeibehörden Straftaten während einer Versammlung wahr, haben sie gem. §§ 161 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 163 Abs. 2 S. 1 StPO die zur Strafverfolgung notwendigen Informationen den Staatsanwaltschaften zuzuleiten, auch wenn sie aus präventivpolizeilichen Maßnahmen stammen ([BGH Rn. 53](#)).²⁹⁾ Das zeigt: Die Entsendung von Staatsanwälten in Versammlungen ist nicht erforderlich. Erachten Staatsanwaltschaften ein schnelles eigenes Eingreifen für notwendig, so können und müssen sie das "von der Seitenlinie aus" sicherstellen.

References

- Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 2.
- Ridder/Breitbach/Deiseroth/Lembke § 12 Rn. 5.
- s.a. Ridder/Breitbach/Deiseroth/Lembke § 12 Rn. 6 ff.; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 6; Riedel, JURA 2010, 144, 146; Ketterer/Sauer, JURA 2010, 717, 718; wohl auch Peters/Janz/Groscurth G. Rn. 220; aA Scherff, GSZ 2023, 30, 32.
- §§ 18 Abs. 1, 12 VersG (zu Aufzügen siehe allerdings Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 2; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 25 f.); § 11 BerlVersFG; § 10 SHVersFG; Art. 4 Abs. 3 BayVersG; § 11 NVersG; § 11 HVersFG; § 11 SächsVersG.
- Bücken-Thielmeyer, LKV 2010, 107, 109.
- Dürig-Friedl/Enders/Enders § 12 Rn. 3; Dietel/Gintzel/Kniesel/Kniesel § 12 Rn. 5; Peters/Janz/Lux D. Rn. 132.
- Vgl. MüKo StPO/Kölbel § 161 Rn. 12.
- BeckOK StPO/Sackreuther § 161 Rn. 11.
- MüKo StPO/Kölbel § 161 Rn. 9.
- Baade, JuS 2020, 311, 313.
- Vgl. auch Rottmeier/Eckel, NStZ 2020, 193, 200 mwN.
- Vgl. zum IMSI-Catcher Gercke, MMR 2003, 453, 455.
- Zutreffend Dürig/Herzog/Scholz/Remmert Art. 19 Abs. 1 Rn. 57 f.; Dreier/Kaufhold Art. 19 Abs. 1 Rn. 43 mwN.
- Dürig/Herzog/Scholz/Remmert Art. 19 Abs. 1 Rn. 47; Ridder/Breitbach/Deiseroth/Deiseroth/Kutschka Art. 8 Rn. 364.

- Anders als im Bereich der verdeckten Überwachungsmaßnahmen (vgl. dazu Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafrecht, S. 346 f.) gibt es vorliegend keine parallelen Ermächtigungsgrundlagen (s.o.).
- Vgl. FormB-VerwR/Pörtl/Ruder § 62 Rn. 7.
- Maßgeblich hinsichtlich des Polizeirechts, vgl. Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafrecht, S. 319 mwN.
- Graulich, NVwZ 2014, 685, 686; KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a.
- vgl. Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 418 f.
- Wegen der Unschärfe der Abgrenzung nach der Schwerpunkttheorie berechtigt kritisch Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafrecht, S. 359.
- Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafrecht, S. 257 ff.
- MüKo StPO/Peters § 152 Rn. 34.
- Vgl. auch BVerwG, NJW 1990, 2768, 2769; VGH Mannheim NJW 1987, 3022, jeweils zur Datenerhebung und Aktenführung zu präventiv-polizeilichen Zwecken.
- Vgl. auch KK-StPO/Weingarten § 160 Rn. 11; Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 417.
- KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a.
- KK-StPO/Diemer § 152 Rn. 10.
- So die h.M, KK-StPO/Diemer § 152 Rn. 10 mwN; MüKo StPO/Peters § 152 Rn. 62 f.; Keller/Griesbaum, NStZ 1990, 416, 418.
- Lisken/Denninger/Bäcker B. Rn. 109.
- Vgl. KK-StPO/Weingarten § 161 Rn. 32a; KK-StPO/Weingarten § 163 Rn. 28; MüKo StPO/Kölbel § 163 Rn. 35; Welp, NStZ 1995, 602, 603.

