

Enrico Wachter: Legendierte Kontrollen und die Preisgabe des strafverfahrensrechtlichen Schutzes?

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Potsdam). Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars zur Verteidigung der Schwerpunkthausarbeit im Schwerpunktbereich 5 „Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrecht“ in der Prüfungskampagne WiSe 2022/2023 bei Herrn PD Dr. Felix Ruppert (Lehrstuhlvertreter des Lehrstuhls für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie) entstanden.

A. Problemaufriss

Im Rahmen verdeckter Ermittlungen gegen Organisationen aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität ist es jahrzehntelange Ermittlungspraxis, Durchsuchungen, die zum Zwecke der Strafverfolgung bei Drogenkurieren durchgeführt werden, auf gefahrenabwehrrechtliche Befugnisnormen zu stützen.¹ Dieses Vorgehen bietet den Vorteil, dass das Gefahrenabwehrrecht im Gegensatz zum Strafprozessrecht regelmäßig keine dem Betroffenen zu eröffnende (vgl. §§ 105 I, 35 I StPO) richterliche Durchsuchungsanordnung vorsieht, aus der sich Rückschlüsse auf die verdeckten Ermittlungen ergeben.² Auf diese Weise können Beweismittel gesichert werden, ohne dass die meist im Ausland befindlichen Hintermänner vor dem gegen sie laufenden Ermittlungsverfahren gewarnt werden.³ Erst nach deren Einreise in die Bundesrepublik Deutschland wird zu offenen Ermittlungsmaßnahmen gegriffen und die gesamte Organisation ausgehoben.⁴

Der Bundesgerichtshof äußerte in zwei obiter dicta⁵ in den Jahren 2010 und 2011 Zweifel an der Zulässigkeit dieses als „legendierte Kontrollen“ bezeichneten Ermittlungsvorgehens und löste damit eine wissenschaftliche Debatte aus. Diese wurde noch einmal dadurch befeuert, dass der zweite Strafsenat in seiner Grundsatzentscheidung⁶ aus dem Jahr 2017 legendierte Kontrollen für grundsätzlich zulässig erklärte. Im Kern geht es dabei um das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einer effektiven Strafverfolgung und dem strafverfahrensrechtlichen Schutz des Beschuldigten. Legendierte Kontrollen stellen nämlich häufig die einzige Möglichkeit dar, um kriminellen Organisationen habhaft zu

werden.⁷ Gleichzeitig tangieren sie wesentliche Verfahrensrechte des Beschuldigten.

Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, eine mögliche Preisgabe des strafverfahrensrechtlichen Schutzes durch die Verletzung von Beschuldigtenrechten bei legendierten Kontrollen am Beispiel der allgemeinen Straßenverkehrskontrolle nach § 36 V StVO zu untersuchen. Dazu wird zunächst der Frage nach der Zulässigkeit derartiger Maßnahmen nachgegangen (B.). Sodann werden die von den legendierten Kontrollen tangierten Verfahrensrechte auf eine mögliche Verletzung hin überprüft (C.). Abschließend wird die Verwertbarkeit der auf diese Weise erlangten Erkenntnisse im Strafverfahren beleuchtet (D.).

B. Suche nach einer Rechtsgrundlage

Gemäß dem aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 I, II 1, 2 Hs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) folgenden⁸ Vorbehalt des Gesetzes bedürfen legendierte Kontrollen wie jeder Grundrechtseingriff⁹ einer gesetzlichen Grundlage.¹⁰ Bei legendierten Kontrollen fragt sich, welchem Rechtsregime eine solche zu entnehmen ist. Denn die Durchsuchung und die anschließende Sicherstellung dienen einerseits der Sicherung von Beweismitteln für ein Strafverfahren und sollen andererseits das Inverkehrbringen von Betäubungsmitteln verhindern.¹¹ Die Polizei wird hier also – ihrer Doppelfunktion¹² entsprechend – sowohl zu Zwecken der Strafverfolgung als auch zu Zwecken der Gefahrenabwehr tätig. Zu der Frage, an welchen Eingriffsvoraussetzungen solche doppelunktionalen Maßnahmen zu messen sind, werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten vertreten. Angesichts der unterschiedlichen

¹ Nowroussian, Legendierte Kontrollen – Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 26. April 2017 – 2 StR 247/16, Kriminalistik 2018, S. 320.

² Müller/Römer, Legendierte Kontrollen – Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, NStZ 2012, S. 543 (544).

³ Zöller, Die zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten im Strafverfahren – Gegenwart und Zukunft von § 161 StPO, StV 2019, S. 419 (425).

⁴ Zöller, StV 2019, S. 419 (425).

⁵ BGH v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09 = NStZ 2010, S. 294; BGH v. 21.7.2011 – 5 StR 32/11 = StraFo 2011, S. 358 (359).

⁶ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173.

⁷ Nowroussian, Noch einmal zur aktiven Täuschung: Legendierte Kontrollen, Kriminalistik 2012, S. 174 (175).

⁸ Kingreen in: Handbuch des Staatsrechts, Band XII, 3. Auflage 2014, § 263 Rn. 3.

⁹ Zu den beeinträchtigten Grundrechten Schefer, Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren – Zur Zulässigkeit sogenannter „legendierter Kontrollen“, 2019, S. 35 ff.

¹⁰ BVerfG v. 14.3.1972 – 2 BvR 41/71 = NJW 1972, S. 811 (813).

¹¹ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3175).

¹² Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Auflage, 2020, Rn. 162.

Eingriffsvoraussetzungen der Durchsuchung nach den jeweiligen Rechtsgebieten ist die entscheidende Frage zur Bewertung der Zulässigkeit legendierter Kontrollen daher diejenige nach einer Rechtsgrundlage.¹³

I. Prüfungsmaßstab für doppelfunktionale Maßnahmen

1. Lösungsvorschläge

a) Wahlrecht

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs¹⁴ und Teilen der Literatur¹⁵ genügt es, wenn die Maßnahme auf eine Rechtsgrundlage aus dem Gefahrenabwehrrecht oder aus dem Strafprozessrecht gestützt werden kann. Dies beruht auf der Annahme, dass es weder einen Anwendungsvorrang des Strafprozessrechts vor dem Gefahrenabwehrrecht noch einen umgekehrten Vorrang gebe.¹⁶

b) Schwerpunktlösung

In Anlehnung an die sogenannte Schwerpunktheorie, die ursprünglich für die Rechtswegbestimmung für Klagen gegen polizeiliche Maßnahmen entwickelt wurde,¹⁷ stellt die wohl noch herrschende Meinung in der Verwaltungsrechtsprechung

und in der Literatur auf den Schwerpunkt der Maßnahme ab.¹⁸ Je nach dem, in welchem polizeilichen Aufgabenbereich jener liegt, sei aus diesem Rechtskreis eine Ermächtigungsgrundlage heranzuziehen.¹⁹ Ob dieser Schwerpunkt aus der Sicht eines verständigen Bürgers in der Lage des Betroffenen²⁰ oder anhand der Zielrichtung der Polizeimaßnahme und des verfolgten Zwecks²¹ oder aber durch eine Kombination dieser Aspekte²² zu ermitteln ist, ist innerhalb dieser Ansicht streitig. Zum Teil wird im Zweifel eine präventive Maßnahme angenommen.²³

c) Vorrang der Repression

Ein Teil der Literatur vertritt den Standpunkt, dass ab dem Vorliegen eines strafprozessualen Anfangsverdachts²⁴ bzw. mit Erlangung der Beschuldigtenstellung²⁵ ein polizeiliches Handeln zum Zwecke der Strafverfolgung den Vorgaben der Strafprozessordnung zu genügen habe und ein Rückgriff auf das Polizeirecht versperrt sei, selbst wenn die Voraussetzungen des Gefahrenabwehrrechts gegeben sind. Überwiegend wird dieser Vorrang der Repression vor der Prävention damit begründet, dass bei einem Rückgriff auf das Gefahrenabwehrrecht der besondere Schutz des Beschuldigten durch die Umgehung der teilweise strengeren Voraussetzungen der Strafprozessordnung unterlaufen würde.²⁶ Andere leiten ihn aus dem Legalitätsprinzip ab, das den Ermittlungsbehörden

¹³ *Albrecht*, Die Legende von der Gefahrenabwehr – Besprechung von BGH 2 StR 247/16 – 26. April 2017, HRRS 2017, S. 446 (449); *Herzog*, „Allgemeine Verkehrskontrollen“ als getarnte Ermittlungen in: Barton, Stephan/Fischer, Thomas/Jahn, Matthias/Park, Tido [Hrsg.], Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, S. 37 (38).

¹⁴ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3176); BGH v. 15.11.2017 – 2 StR 128/17 = NStZ-RR 2018, S. 84 (85); BGH v. 17.1.2018 – 2 StR 180/17 = NStZ-RR 2018, S. 146 (147); BGH v. 10.06.2021 – 5 StR 377/20; ebenso LG Münster v. 1.9.2014 – 9 Qs 41/14 = NStZ 2016, S. 126 (127).

¹⁵ *Ahlers*, Grenzbereich zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, 1998, S. 133; *Altvater*, Legendierte Kontrollen in: FS für Reinhold Schlothauer (Fn. 13), S. 3 (5 ff.); *Brodowski*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, JZ 2017, S. 1124 (1126); *Cerny/Fickentscher*, Die Rechtsprechung des BGH zu legendierten Kontrollen – eine „drohende Gefahr“ für den Rechtsstaat, NStZ 2019, S. 697 (700); *Elisath*, Der geplante „Zufallsfund“, Kriminalistik 2018, S. 339 (341); *Nowrouzian*, Heimliches Vorgehen und aktive Täuschung im Ermittlungsverfahren, 2015, S. 97 ff.; *ders.*, Kriminalistik 2012, S. 174 (176); *ders.*, Repression, Prävention und Rechtsstaat – Zur Zulässigkeit und zu Folgefragen legendierter Kontrollen, NStZ 2018, S. 456 (254 f.); *Schwan*, Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfolgungsrechtes von dem der Gefahrenabwehr, VerwArch 70 (1979), S. 109 (129 f.); *Sievers*, „Legendierte Kontrollen“, Die Kriminalpolizei 1/2018, S. 7 (10).

¹⁶ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3176); *Cerny/Fickentscher*, NStZ 2019, S. 697 (699); *Nowrouzian* (Fn. 15), S. 97 ff.; *ders.*, Legendierte Kontrollen – Zum Verhältnis von Ermittlungsverfahren und Gefahrenabwehr, Kriminalistik 2013, S. 105 (106 f.).

¹⁷ Vgl. BVerwG v. 3.12.1974 – I C 11.73 = NJW 1975, S. 893.

¹⁸ OVG Berlin v. 11.11.1970 – I B 34/70 = NJW 1971, S. 637; VGH Mannheim v. 27.9.2004 – I S 2206/03 = NVwZ-RR 2005, S. 540; VGH München v. 14.1.1986 – 21 B 85 A.390 = NVwZ 1986, S. 655; OVG Münster v. 13.9.1979 – IV A 259/78 = NJW 1980, S. 855; *Achenbach*, Vorläufige Festnahme, Identifizierung und Kontrollstelle im Strafprozeß, JA 1981, S. 660 (662); v. *Albedyll* in: HK-VwGO, 7. Auflage 2018, § 40 Rn. 106, Doppelfunktionale Maßnahmen der Vollzugspolizei, Kriminalistik 2003, S. 737 (745); *Kölbel* in: MüKo-StPO, Band II: §§ 151–332 StPO, 2016, § 160 Rn. 10; *Lenk*, Vertrauen ist gut, legendierte Kontrollen sind besser – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, StV 2017, S. 692 (696 f.); *ders.*, Lätet der BGH das Ende der Schwerpunktheorie ein?, NVwZ 2018, S. 38 (41); *Roggan*, Zur Doppelfunktionalität von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen am Beispiel der Online-Durchsuchung – Zugleich eine Besprechung von BGH, 2 StR 247/16 („legendierte Kontrollen“), GSZ 2018, S. 52 (54 f.); *Zöller*, Möglichkeiten und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung, NVwZ 2005, S. 1235 (1240).

¹⁹ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, S. 737 (740 f.).

²⁰ BVerwG v. 3.12.1974 – I C 11.73 = NJW 1975, S. 893; VGH Mannheim v. 27.9.2004 – I S 2206/03 = NVwZ-RR 2005, S. 540; VGH München v. 14.1.1986 – 21 B 85 A.390 = NVwZ 1986, S. 655.

²¹ BVerwG v. 25.8.2004 – 6 C 26/03 = NJW 2005, S. 454.

²² VGH München, v. 5.11.2009 – 10 C 09.2122.

²³ *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auflage 2022, § 2 Rn. 11.

²⁴ *Gubitz*, Anmerkung zum Beschluss des LG Münster vom 1.9.2014 – 9 Qs-220 Js 66/14-41/14, NStZ 2016, S. 128; *Hefendehl*, Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, StV 2001, S. 700 (705); *Lange-Bertalot/Aßmann*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, NZV 2017, S. 572 (576); *Müller/Römer*, NStZ 2012, S. 543 (546); *Schoreit*, Datenverarbeitung im Bereich der Strafverfolgung und „gesamtpolizeilicher Auftrag“, DRiZ 1982, S. 401 (402); *Tsambikakis* in: L/R, StPO, Band III/1: §§ 94–111a, 27. Auflage 2019, § 105 Rn. 24a; *Wohlers/Jäger* in: SK-StPO, Band II: §§ 94–136a, 5. Auflage 2016, § 105 Rn. 5c.

²⁵ *Mosbacher*, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2016, S. 706 (708); *ders.*, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2018, S. 129 (130).

²⁶ *Gubitz*, NStZ 2016, S. 128; *Mosbacher*, JuS 2016, S. 706 (708); *ders.*, JuS 2018, S. 129 (130); *Müller/Römer*, NStZ 2012, S. 543 (546 f.); *Tsambikakis* in: L/R, StPO (Fn. 24), § 105 Rn. 24a.

lediglich einen Spielraum bei der Auswahl ihrer Instrumente einräumt (Auswahlermessen), während das Polizeirecht den Behörden sogar einen Spielraum hinsichtlich der Frage zubilligt, ob sie überhaupt eingreifen (Entschließungsermessen).²⁷ Unterstützend beruft man sich teils auf einen Umkehrschluss aus einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts²⁸, nach der nur das Gefahrenabwehrrecht einschlägig ist, solange die Maßnahme nicht zielgerichtet zu Zwecken der Strafverfolgung erfolgt und sich der Verdacht einer Straftat erst *bei* und nicht bereits *vor* der Maßnahme ergibt.²⁹ Andere³⁰ ziehen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Lockspitzeinsatz heran, nach der die Rechtmäßigkeit der Maßnahme anhand der Strafprozessordnung zu bestimmen ist, wenn deren Regelungen enger sind als die des Polizeirechts³¹ bzw. wenn die Maßnahme der Ergreifung und Strafverfolgung einer bestimmten Person dient³².

d) Obligatorische Doppelprüfung

Nach einer anderen Literaturmeinung ist das polizeiliche Maßnahmenbündel der doppelunktionalen Maßnahme in ein repressives und ein präventives Element aufzuspalten, welche dann getrennt von dem anderen nach ihrem jeweiligen Rechtsregime zu betrachten sind, da das eine Rechtsregime nicht durch das andere substituiert werden könne.³³ Dies habe häufig ein gespaltenes Rechtmäßigkeitsurteil zur Folge.³⁴

2. Stellungnahme

a) Zum Wahlrecht

Ganz im Gegensatz zu seiner heutigen Auffassung erachtete der fünfte Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Jahr 2011 die Beweisgewinnung im Rahmen einer legendierten Kontrolle mit Blick auf den in § 105 StPO geregelten Richtervorbehalt für nicht unbedenklich.³⁵ Diese Bedenken stehen auch im Zentrum der rechtswissenschaftlichen Diskussion über die Zulässigkeit legendierter Kontrollen. Es wird insofern von einem „Befugnis-Shopping“³⁶ bzw. einer „Flucht ins Polizeirecht“³⁷ gesprochen. Konkret wird befürchtet, dass den Ermittlungsbehörden durch das ihnen vom Bundesgerichtshof zugestandene Wahlrecht die Möglichkeit eingeräumt werde, die in der Regel strengeren Eingriffsvoraussetzungen des Strafprozessrechts systematisch zu umgehen.³⁸ Diese Sorge erscheint berechtigt, wenn man bedenkt, dass den Dauerdelikten des Betäubungsmittelstrafrechts stets eine gegenwärtige Gefahr innewohnt³⁹ und sich auch außerhalb dieses Bereiches bei strafrechtlich relevantem Verhalten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung problemlos konstruieren lassen⁴⁰.

Sinn und Zweck des Richtervorbehalts ist es, die Rechtsstaatlichkeit der Durchsuchung zu gewährleisten.⁴¹ Dies soll einerseits durch die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen der Durchsuchung durch eine unabhängige Stelle geschehen.⁴² Andererseits soll dies vor allem dadurch gewährleistet werden, dass von vornherein und nicht erst nach geschehener Durchsuchung sichergestellt wird, dass nicht aus

²⁷ *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, S. 572 (576).

²⁸ BVerwG v. 25.8.2004 – 6 C 26/03 = NJW 2005, S. 454.

²⁹ *Müller/Römer*, NStZ 2012, S. 543 (546).

³⁰ *Gubitz*, NStZ 2016, S. 128; *Müller/Römer*, NStZ 2012, S. 543 (546).

³¹ BGH v. 7.3.1995 – 1 StR 685/94 = NJW 1995, S. 2237 (2238).

³² BGH v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99 = NJW 2000, S. 1123 (1127).

³³ *Albrecht*, Zur Rechtmäßigkeit legendierter Kontrollen in: Stein, Ulrich/Greco, Luis/Jäger, Christian/Wolter, Jürgen [Hrsg.], Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung – Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, S. 435 (453); *Bertram*, Die Verwertung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009, S. 221; *Kugelman*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage 2011, Kap. 1 Rn. 64, Kap. 13 Rn. 7; *Löffelmann*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, JR 2017, S. 596 (599); *Schefer* (Fn. 9), S. 201; *Schoch*, Besonderes Verwaltungsrecht, 2019, Kap. 1 Rn. 21; *ders.*, Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei, JURA 2013, S. 1115 (1119); *Thiel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Auflage 2020, § 4 Rn. 25; *Wolter*, Beweisverbote und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines tatverdächtigen – BGH NJW 1991, 265 –, JURA 1992, S. 520 (526).

³⁴ *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 453; *Bertram* (Fn. 33), S. 221.

³⁵ BGH v. 21.7.2011 – 5 StR 32/11 = StraFo 2011, S. 358 (359).

³⁶ *Bertram* (Fn. 33), S. 215; *Brodowski*, JZ 2017, S. 1124 (1126); *Eschelbach* in: S/S/W, StPO, 4. Auflage 2020, § 100e Rn. 25; *Schefer* (Fn. 9), S. 175; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Auflage 2021, § 28 Rn. 29b; *Zöller*, StV 2019, S. 419 (427).

³⁷ *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, S. 572 (575).

³⁸ *Albrecht*, HRSS 2017, S. 446 (450); *Börner*, Das Ende legendierter Polizeikontrollen, StraFo 2018, S. 1 (3); *Herzog* in: FS für Schlothauer (Fn. 13), S. 37 (38); *Jäger*, Die Suche nach den scheinbaren Zufallsfunden, JA 2018, S. 551 (553); *Kempf*, Zur Rechtswidrigkeit so genannter legendierter Kontrollen in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz [Hrsg.], Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 673 (680); *Lange-Bertalot/Aßmann*, NZV 2017, S. 572 (574); *Löffelmann*, JR 2017, S. 588 (599); *Mansdörfer*, Traue nie einem Polizisten, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteil-2str24716-beweise-legendierte-verkehrskontrolle-verwertbar-strafverfahren-auf-den-kopf-gestellt/> [Stand: 10.10.2022]; *Mosbacher*, JuS 2018, S. 129 (130); *Schiemann*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.4.2017 – 2 StR 247/16, NStZ 2017, S. 657 (657 f.); *Zöller*, StV 2019, S. 419 (427).

³⁹ *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (681).

⁴⁰ *Löffelmann*, JR 2017, S. 588 (599).

⁴¹ BVerfG v. 5.8.1966 – 2 BvR 586/62 = BVerfGE 20, S. 162 (223).

⁴² BVerfG v. 5.8.1966 – 2 BvR 586/62 = BVerfGE 20, S. 162 (223).

sachfremden Einflüssen in den Rechtskreis des Einzelnen in weiterem Umfang eingegriffen wird, als es der Zweck der Durchsuchung erfordert.⁴³ Daher sind in dem schriftlich abzusetzenden Beschluss Inhalt, Zweck und Ausmaß des Eingriffes in die Grundrechte des Betroffenen hinreichend genau zu umgrenzen, damit der Eingriff messbar und kontrollierbar bleibt.⁴⁴ Die Funktion des Richtervorbehalts besteht demnach in einer Kontrolle von besonders eingriffsintensivem Verwaltungshandeln.

Diesen Verlust einer präventiven Rechtsstaatlichkeitskontrolle versucht der Bundesgerichtshof durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes im Falle einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen zu kompensieren.⁴⁵ Dies ist aus zweierlei Gründen bedenklich: Zum einen liegt es in der Natur des Richtervorbehalts als präventive Kontrolle, dass sich dessen Schutz nicht im Nachhinein kompensieren lässt.⁴⁶ Zum anderen lässt sich die Differenzierung zwischen rechtsmissbräuchlichen und unschädlichen Umgehungen der Strafprozessordnung nicht begründen. Jede Umgehung des Gesetzes ist rechtsmissbräuchlich.⁴⁷ Dagegen lässt sich auch nicht überzeugend einwenden, dass die Ermittlungsbehörde ihre Kompetenzen nicht überschreitet, wenn sie von ihren präventiven Befugnissen Gebrauch macht.⁴⁸ Der Rechtsmissbrauch setzt ja gerade voraus, dass sich der Handelnde innerhalb seiner Kompetenzen bewegt. Sonst wäre es kein Rechtsmissbrauch, sondern ein Rechtsbruch. Der Rechtsmissbrauch kennzeichnet sich dadurch, dass die Rechtsausübung unstatthaften Zwecken dient.⁴⁹ Im Falle legendierter Kontrollen fällt die Wahl nicht zum Zwecke der Gefahrenabwehr auf die präventiven Befugnisse, da jene genauso durch eine strafprozessuale Durchsuchung erreicht werden könnte.⁵⁰ Stattdessen stellt die Desinformation des Beschuldigten die tragende Motivation dar.⁵¹ Da dies aber ein illegitimer Grund ist, ist ein Rechtsmissbrauch stets zu bejahen.⁵²

Auch mit der Effektivität der Gefahrenabwehr lässt sich diese Missachtung der Beschuldigtenrechte nicht rechtfertigen. Der Bundesgerichtshof führt an, dass die Gefahrenabwehrbehörden ohne ein Wahlrecht nicht adäquat und flexibel auf neue, häufig nicht vorhersehbare Gefahrenlagen reagieren könnten.⁵³ Im Falle legendierter Kontrollen dürfte eine unvorhersehbare Gefahrenlage aber kaum auftreten, da die gesamte Situation von langer Hand durch die Polizei geplant ist und gezielt herbeigeführt wird.⁵⁴ Ebenso wenig verfährt das Argument, es sei nicht hinnehmbar, dass gegen einen Störer im ordnungsrechtlichen Sinne, der gleichzeitig Beschuldigter im strafprozessualen Sinne ist, lediglich auf Grundlage des Strafprozessrechts vorgegangen werden könne, während gegen den bloßen Störer die weiteren Befugnisse des Gefahrenabwehrrechts zulässig seien.⁵⁵ Diese Argumentation verkennt, dass die strafprozessuale Zwecksetzung die grundrechtlichen Wirkungen einer Maßnahme in der Regel verstärkt, da strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen nicht nur die durch die unmittelbare Durchführung verkürzten Grundrechte betreffen, sondern wegen der mit ihnen verbundenen zielgerichteten Erhebung, Speicherung und Verwertung personenbezogener Daten auch einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen.⁵⁶ Die Problematik besteht daher gar nicht darin, dass das staatliche Instrumentarium bei einer Verweisung auf das Strafprozessrecht kleiner wird. Sie besteht darin, dass bei Anerkennung eines Wahlrechts für die Polizei der Schutz vor hoheitlichen Grundrechtseingriffen für den Beschuldigten, der in den Anwendungsbereich einer polizeilichen Gefahrenabwehrnorm gerät, gegenüber dem Beschuldigten, gegen den nur auf Grundlage der Strafprozessordnung vorgegangen werden kann, kleiner wäre.⁵⁷

Ein Wahlrecht lässt sich des Weiteren auch nicht mit der Gleichrangigkeit von Strafprozessrecht und Gefahrenabwehrrecht begründen, weil sich davon nicht zwingend auf ein Wahlrecht schließen lässt,⁵⁸ wie die Lehre von der obligatorischen Doppelprüfung beweist. Vor allem aber würde ein Wahlrecht der Gefahrenabwehr einen faktischen

⁴³ BVerfG v. 5.8.1966 – 2 BvR 586/62 = BVerfGE 20, S. 162 (223).

⁴⁴ BVerfG v. 5.8.1966 – 2 BvR 586/62 = BVerfGE 20, S. 162 (223 f.).

⁴⁵ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178); ebenso *Cerny/Fickentscher*, NStZ 2019, S. 697 (799).

⁴⁶ *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (675).

⁴⁷ *Mitsch*, Strafverfolgung durch legendierte Verkehrskontrollen – Präventivpolizeiliches Eingreifen zur Erlangung strafprozessual verwertbarer Erkenntnisse, NJW 2017, S. 3124 (3126); *Zöller*, StV 2019, S. 419 (427).

⁴⁸ *Altwater* in: FS für Schlothauer (Fn. 15), S. 3 (12); *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 103; *Sievers*, Die Kriminalpolizei, 1/2018, S. 7.

⁴⁹ *Börner*, StraFo 2018, S. 1 (3).

⁵⁰ *Börner*, StraFo 2018, S. 1 (3).

⁵¹ *Börner*, StraFo 2018, S. 1 (3).

⁵² *Börner*, StraFo 2018, S. 1 (3).

⁵³ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3176).

⁵⁴ *Löffelmann*, JR 2017, S. 588 (598).

⁵⁵ *Nowroussian*, NStZ 2018, S. 254.

⁵⁶ *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (452); *Bertram* (Fn. 33), S. 218 f.

⁵⁷ Vgl. *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126).

⁵⁸ *Schefer* (Fn. 9), S. 173.

Vorrang einräumen, da nicht davon auszugehen ist, dass die Ermittlungspersonen freiwillig auf den Rückgriff auf das „bequemere“⁵⁹ Gefahrenabwehrrecht verzichten würden, wenn es ihnen offenstände.⁶⁰ Dies zeigt sich in besonderer Brisanz, wenn eine der Gefahrenabwehr entsprechende Befugnis im Strafprozessrecht nicht existiert, da dies durch den Rückgriff auf eine gefahrenabwehrrechtliche Befugnisnorm überspielt werden könnte und damit die bundesgesetzgeberische Entscheidung, eine entsprechende Norm nicht zu schaffen, unterlaufen werden würde.⁶¹

Nicht überzeugen kann schließlich auch das Argument, der Gesetzgeber hätte die Gefahr der Umgehung der strafprozessualen Vorschriften bei der Schaffung von § 161 II StPO a.F.,⁶² der die Verwendung außerstrafprozessual gewonnener Erkenntnisse im Strafverfahren regelte und dem heutigen § 161 III StPO⁶³ entspricht, gesehen und hingenommen⁶⁴. Weder ergibt sich dieser Befund aus der vom Bundesgerichtshof zitierten Bundesratsdrucksache⁶⁵, noch ließe sich eine Argumentation überzeugend auf eine solche gesetzgeberische Unbekümmertheit stützen⁶⁶.

Diese treffend als „Rosintheorie“⁶⁷ bezeichnete Auffassung, die es den Ermittlungspersonen ermöglicht, sich stets die ihnen am günstigsten erscheinenden Befugnisnormen herauszusuchen, ist aus den genannten Gründen abzulehnen.

b) Zur Schwerpunktlösung

Denselben Einwänden sieht sich auch die Schwerpunktlösung ausgesetzt. Die Möglichkeit der Umgehung strafprozessualer Vorschriften besteht hier angesichts der Unbestimmtheit der Schwerpunktbestimmung ebenfalls, da diese bei präventiver Schwerpunktsetzung gänzlich unberücksichtigt blieben.⁶⁸ Umgekehrt würde eine repressive Schwerpunktsetzung eine effektive Gefahrenabwehr dadurch behindern, dass ein Rückgriff auf die gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen versperrt wäre.⁶⁹ Zudem ist diese Ansicht ebenso nicht mit der heutigen Grundrechtsdogmatik vereinbar, da der nicht schwerpunktmäßig verfolgte Zweck und damit die gesteigerte

Beeinträchtigung des informationellen Selbstbestimmungsrechts, die mit der doppelten Zwecksetzung einhergeht, unberücksichtigt bleibt.⁷⁰

c) Zum Vorrang der Repression

Der Annahme eines Vorranges der Strafverfolgung gegenüber der Gefahrenabwehr ist zugutezuhalten, dass sie die Umgehung der Verfahrenssicherungen der Strafprozessordnung unmöglich macht. Gleichwohl wird auch sie nicht der mit der doppelten Zwecksetzung einhergehenden gesteigerten Grundrechtsrelevanz gerecht.

Außerdem erscheint bereits zweifelhaft, ob ein solcher Vorrang tatsächlich existiert. Zutreffend hat der Bundesgerichtshof hierzu festgestellt, dass das Legalitätsprinzip ein solches Über- oder Unterordnungsverhältnis von Strafverfolgung und Gefahrenabwehr nicht bedingt.⁷¹ Dieses sieht lediglich eine Verpflichtung zum Tätigwerden vor.⁷² Das vorübergehende Nichteinschreiten der Ermittlungsbehörden aus ermittlungstaktischen Gründen stellt aber angesichts des rechtsstaatlichen Gebots einer effektiven Strafverfolgung kein Untätigbleiben dar.⁷³ Wenn sich in einer solchen Observationssituation nun eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ergibt, wäre es nicht im Sinne des Legalitätsprinzips, die Ermittlungsbehörden zum Einschreiten auf strafprozessualer Grundlage zu verpflichten, wenn dies eine Gefährdung der weiteren Ermittlungen bedeuten würde.⁷⁴

Die angeführten Judikate des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts statuieren keinen Anwendungsvorrang der Normen der Strafprozessordnung. Die Gerichte gingen in diesen Entscheidungen jeweils von rein repressiven oder rein präventiven Maßnahmen aus. Dass sich in einem solchen Fall ein Rückgriff auf das jeweils andere Rechtsregime verbietet, ist offensichtlich.⁷⁵

Stattdessen lassen sich aber gesetzliche Anhaltspunkte für die Gleichrangigkeit von Strafprozessrecht und Gefahrenabwehrrecht anführen. Zutreffend wird in diesem

⁵⁹ Löffelmann, JR 2017, S. 588 (599).

⁶⁰ Jäger, JA 2018, S. 551 (552).

⁶¹ Schefer (Fn. 9), S. 177.

⁶² BGBl. I S. 3204.

⁶³ BGBl. I S. 1725.

⁶⁴ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3177).

⁶⁵ BR-Drs. 275/07, S. 148.

⁶⁶ Misch, NJW 2017, S. 3124 (3127).

⁶⁷ Gusy, Polizeiliche Videoüberwachung, StV 1991, S. 499.

⁶⁸ Bertram (Fn. 33), S. 212; Schefer (Fn. 9), S. 191.

⁶⁹ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (451).

⁷⁰ Bertram (Fn. 33), S. 219.

⁷¹ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3176).

⁷² Löffelmann, JR 2017, S. 588 (599).

⁷³ Diemer in: KK-StPO, 8. Auflage 2019, § 152 Rn. 6.

⁷⁴ Löffelmann, JR 2017, S. 588 (600).

⁷⁵ Schefer (Fn. 9), S. 197 f.

Zusammenhang auf § 10 III Zollverwaltungsgesetz (ZollVG) verwiesen.⁷⁶ Diese Norm ermächtigt die Zollbediensteten zur Durchführung von Personendurchsuchungen, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Person verbotene Gegenstände bei sich führt. Der mit dem Wortlaut des § 152 II StPO wortgleichen Formulierung „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ ist zu entnehmen, dass die Eingriffsvoraussetzungen von § 10 III ZollVG immer nur dann vorliegen, wenn auch ein strafprozessualer Anfangsverdacht gegen den Betroffenen besteht.⁷⁷ Würde in einer solchen Situation nun aber der Rückgriff auf das Gefahrenabwehrrecht durch den Vorrang des Strafprozessrechts gesperrt werden, liefe die Norm gänzlich leer.⁷⁸ Der Gesetzgeber geht mithin von einem Nebeneinander der beiden Materien aus. Dieser Befund wird durch § 393 I 2 AO bestätigt, der bestimmt, dass Zwangsmittel gegen den Steuerpflichtigen, gegen den ein Straf- oder Steuerordnungswidrigkeitenverfahren geführt wird, im Besteuerungsverfahren unzulässig sind, wenn er dadurch gezwungen werden würde, sich selbst zu belasten. Dieser Norm liegt die Annahme der Gleichrangigkeit von Straf- und Verwaltungsverfahren zugrunde.⁷⁹

Überdies weist diese Auffassung die große Schwäche auf, dass sie die Effektivität der Gefahrenabwehr einschränkt. Die Befugnisnormen des besonderen Verwaltungsrechts können nicht gleichwertig durch strafprozessuale Befugnisse ersetzt werden, da sie auf die speziellen Gefahrenlagen zugeschnitten sind, deren Bewältigung sie zu dienen bestimmt sind.⁸⁰ Die immer weiter voranschreitende Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Straftat⁸¹, die eigentlich dem Schutz der Bürger dienen soll, würde nun aber den Effekt haben, dass der Anwendungsbereich dieser speziellen Eingriffsbefugnisse immer kleiner werden würde.⁸²

Einen allgemeinen Vorrang des Strafprozessrechts vor dem Gefahrenabwehrrecht gibt es daher nicht.

d) Zur obligatorischen Doppelprüfung

Eine sachgemäße Handhabung doppelfunktionaler Maßnahmen bietet nur eine differenzierende Lösung. Deshalb verdient die Lehre von der obligatorischen Doppelprüfung den Vorzug. Dieser Ansatz gewährleistet eine effektive Gefahrenabwehr durch einen Rückgriff auf die gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisnormen, ohne gleichzeitig einen strafprozessual nicht gerechtfertigten Eingriff mitzulegitimieren.⁸³ Durch die Berücksichtigung beider verfolgter Zwecke wird zudem der gesteigerten Eingriffsintensität der Maßnahme gebührend Rechnung getragen.⁸⁴

Gegen diese Auffassung wird eingewandt, dass eine gleichzeitige Erfüllung repressiver und präventiver Zwecke logisch nicht denkbar und praktisch undurchführbar sei.⁸⁵ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es gerade in der Natur doppelfunktionaler Maßnahmen liegt, dass ihre beiden Zwecke gleichlaufen und damit auch gleichzeitig erfüllt werden können.⁸⁶

Andere meinen, es sei widersprüchlich, ein und denselben Sachverhalt polizeirechtlich als rechtmäßig, strafprozessual aber als rechtswidrig zu beurteilen⁸⁷. Wenn man bedenkt, dass nach unterschiedlichen Regelungen für das Polizeirecht einerseits und für das Strafprozessrecht andererseits die Verwendung derselben Informationen je nach Zweck unterschiedlich zu beurteilen sein kann, erscheint diese Einordnung keineswegs widersprüchlich.⁸⁸ Dass die verschiedenen Zwecksetzungen von vornherein in einer Maßnahme zusammenfallen, ändert hieran nichts.⁸⁹

Dass dieses gespaltene Rechtmäßigkeitsurteil eine doppelte Rechtswegseröffnung zur Folge hat, ist ebenfalls unbedenklich. Befürchtet wird, dass diese die Erlangung von Rechtsschutz erschweren würde.⁹⁰ Die doppelte Rechtswegseröffnung stellt für den Betroffenen aber eher eine Vereinfachung dar.⁹¹ Nach der herkömmlichen Schwerpunkttheorie muss er zunächst selbst den Schwerpunkt der Maßnahme ermitteln, was das Risiko birgt, dass das angerufene Gericht seiner Schwerpunktbestimmung nicht folgt und ihn auf den jeweils

⁷⁶ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173; *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 98; *ders.*, Kriminalistik 2013, S. 105 f.

⁷⁷ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173; *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 98; *ders.*, Kriminalistik 2013, S. 105 (106).

⁷⁸ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173; *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 98; *ders.*, Kriminalistik 2013, S. 105 (106).

⁷⁹ *Nowroussian*, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 99 f.

⁸⁰ *Altwater* in: FS für Schlothauer (Fn. 15), S. 3 (7).

⁸¹ Hierzu *Cerny/Fickentscher*, NStZ 2019, S. 697 (698 f.).

⁸² *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (451); *Altwater* in: FS für Schlothauer (Fn. 15), S. 3 (10).

⁸³ *Bertram* (Fn. 33), S. 221.

⁸⁴ *Bertram* (Fn. 33), S. 219.

⁸⁵ *Schoreit*, DRiZ 1982, S. 401 (403).

⁸⁶ *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (450).

⁸⁷ *Lenk*, StV 2017, S. 692 (697).

⁸⁸ *Bertram* (Fn. 33), S. 221.

⁸⁹ *Bertram* (Fn. 33), S. 221.

⁹⁰ *Ehrenberg/Frohne*, Kriminalistik 2003, S. 737 (746).

⁹¹ *Bertram* (Fn. 33), S. 218.

anderen Rechtsweg verweist. Nach der Lehre von der obligatorischen Doppelprüfung hingegen hängt die Bestimmung des Rechtswegs zunächst davon ab, ob man in die Überprüfung der repressiven wie der präventiven Aspekte einer doppelunktionalen Maßnahme als einen einheitlichen Streitgegenstand betrachtet. Einen solchen hätte das Gericht nach § 17 II 1 GVG sowohl anhand des Polizeirechts als auch an der Strafprozessordnung zu überprüfen. Bejaht man einen einheitlichen Streitgegenstand i.S.v. § 17 II 1 GVG,⁹² so bestünden für den Betroffenen ohnehin keinerlei Schwierigkeiten, da er frei wählen könnte, ob er das Verwaltungsgericht oder das Strafgericht anruft und von diesem eine vollständige Überprüfung der Rechtmäßigkeit beider Maßnahmenelemente erhält. Aber auch, wenn man einen einheitlichen Streitgegenstand i.S.v. § 17 II 1 GVG bei doppelunktionalen Maßnahmen verneint und das Bestreiten zweier Rechtswege fordert⁹³, bestünde für den Betroffenen Sicherheit darüber, welches Gericht zuständig ist. Möchte er die präventive Maßnahmensseite angreifen, so muss er das Verwaltungsgericht anrufen. Möchte er die repressive Maßnahmensseite angreifen, so muss er das Strafgericht anrufen. Möchte er beide Maßnahmenelemente angreifen, so muss er beide Rechtswege bestreiten. Diese Möglichkeit, zwei Gerichte anrufen zu können, bedeutet sogar ein Mehr an Rechtsschutzmöglichkeiten.⁹⁴ Die vorgebrachten Bedenken betreffen demnach nicht die Rechtssicherheit, sondern sind lediglich prozessökonomischer Natur.⁹⁵

Schließlich steht diese Auffassung auch nicht im Widerspruch zu § 161 I, III StPO.⁹⁶ Diese Norm regelt nicht nur die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus doppelunktionalen Maßnahmen, sondern auch von solchen aus rein präventiven Maßnahmen. Ihr verbleibt somit ein Anwendungsbereich.⁹⁷

3. Zwischenergebnis

Die Rechtsgrundlagen des Strafverfahrensrechts und die des Gefahrenabwehrrechts sind bei doppelunktionalen Maßnahmen kumulativ anzuwenden. Soweit es um die

Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu Strafverfolgungszwecken geht, so ist diese am Strafprozessrecht zu messen.⁹⁸

II. Anwendung dieses Ergebnisses auf legendierte Kontrollen

1. Präventive Maßnahmensseite

Die präventive Maßnahmensseite legendierter Kontrollen im Straßenverkehr könnte nach § 36 V StVO rechtmäßig sein. Diese Befugnisnorm ermöglicht die Vornahme anlassloser Straßenverkehrskontrollen.⁹⁹ Straßenverkehrskontrollen sind präventive, verkehrsbezogene Maßnahmen wie die Prüfung der Fahrtüchtigkeit des Fahrzeugführers, der nach den Verkehrsvorschriften mitzuführenden Papiere und des Fahrzeugzustands.¹⁰⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Straßenverkehrskontrollen jedoch rechtswidrig, wenn sie gar nicht der Verkehrsüberwachung, sondern ausschließlich der Strafverfolgung dienen.¹⁰¹ Nach einer Ansicht in der Rechtsprechung¹⁰² dient eine Verkehrskontrolle allerdings jedenfalls auch der Verkehrsüberwachung, wenn dabei die üblichen Kontrollen etwa des Führerscheins sowie der Fahrzeugpapiere durchgeführt werden.¹⁰³ Da auch legendierte Verkehrskontrollen üblicherweise mit derartigen Kontrollen begannen und eine Nachschau im Fahrzeug zunächst etwa der Kontrolle von Rettungseinrichtungen diene, wird vereinzelt angenommen, dass die Feststellung der Personalien sowie die Nachschau im Fahrzeug lediglich als Hintergedanke dem Zweck diene, bestimmte strafbewehrte Gegenstände bzw. Personalien hinsichtlich eines bereits existierenden Strafverfahrens zu erlangen.¹⁰⁴ Deshalb stelle § 36 V StVO eine taugliche Rechtsgrundlage für legendierte Kontrollen dar.¹⁰⁵

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hingegen bezieht sich die Fahrzeugdurchsuchung in einer solchen Konstellation gerade nicht auf verkehrsbezogene Umstände, sondern dient allein dem Auffinden und der Sicherstellung von Beweismitteln, weshalb § 36 V StVO als Rechtsgrundlage für die

⁹² Ahlers (Fn. 15), S. 127 ff.

⁹³ Graulich, Strafverfolgungsvorsorge – Gegenstand und rechtliche Verortung, NVwZ 2014, S. 685 (690); Schenke, Von der Doppelnatur des Verwaltungshandelns, VerwArch 104 (2013), S. 486 (498); Schoch, JURA 2001, S. 628 (631).

⁹⁴ Bertram (Fn. 33), S. 218.

⁹⁵ Bertram (Fn. 33), S. 218.

⁹⁶ So aber Brodowski, JZ 2017, S. 1124 (1126).

⁹⁷ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (449 f.); Schefer (Fn. 9), S. 203.

⁹⁸ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (453); dies., HRRS 2017, S. 446 (449 f.); Bertram (Fn. 33), S. 215.

⁹⁹ Müller/Römer, NStZ 2012, S. 543 (546).

¹⁰⁰ OLG Celle v. 23.7.2012 – 31 Ss 27/12 = StraFo 2012, S. 418 (421); Hühnermann in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Auflage 2022, § 36 Rn. 12.

¹⁰¹ BGH v. 31.1.1984 – 4 StR 350/83 = NJW 1984, S. 1568 (1569).

¹⁰² OLG Düsseldorf v. 5.6.1996 – 5 Ss 160/96 – 49/96 I = NZV 1996, S. 458 (459).

¹⁰³ OLG Düsseldorf v. 5.6.1996 – 5 Ss 160/96 – 49/96 I = NZV 1996, S. 458 (459).

¹⁰⁴ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 108 f.; ders. Kriminalistik 2012, S. 174 (176 f.).

¹⁰⁵ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 109; ders. Kriminalistik 2012, S. 174 (177).

Durchführung von legierten Kontrollen ausscheide.¹⁰⁶ Dem ist zuzustimmen: Die Annahme, dass entsprechende Maßnahmen lediglich als Hintergedanke der Gewinnung von Beweismitteln dienen, erscheint realitätsfern. Die Durchführung verkehrsbezogener Kontrollen dient einzig der Tarnung der eigentlichen Absichten der Ermittlungsbehörden. Die Sicherstellung der Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs spielt demnach nicht einmal eine untergeordnete Rolle. § 36 V StVO kommt deswegen nicht als Ermächtigungsgrundlage für legierte Kontrollen in Betracht.

Es verbleiben aber noch die Befugnisse der Landespolizeigesetze.¹⁰⁷ Nach diesen ist eine Durchsuchung zulässig, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person eine Sache mit sich führt¹⁰⁸ bzw. sich in der zu durchsuchenden Sache eine andere Sache befindet,¹⁰⁹ die sichergestellt werden darf. Die Sicherstellung wiederum kann erfolgen, um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren.¹¹⁰ Eine solche liegt in den Fällen legierter Kontrollen in Gestalt des drohenden Inverkehrbringens von Betäubungsmitteln vor.¹¹¹ Die Voraussetzungen einer Durchsuchung nach dem Polizeirecht sind somit bei legierten Kontrollen regelmäßig erfüllt.

2. Repressive Maßnahmenseite

Wegen des Richtervorbehalts in § 105 StPO kommen die §§ 102, 105 StPO als Rechtsgrundlage für legierte Kontrollen nur in Betracht, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Durchsuchung im Rahmen ihrer Eilbefugnis bei Gefahr im Verzug anordnen können. Gefahr im Verzug liegt vor, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde.¹¹² Aufgrund der Erkenntnisse aus den verdeckten Ermittlungen wissen die Ermittlungsbehörden in den typischen Fällen legierter Kontrollen einige Zeit im Voraus von bevorstehenden Ausführungshandlungen. Ein richterlicher Beschluss sollte daher regelmäßig mühelos eingeholt werden können.¹¹³ Die §§ 102, 105 StPO taugen aus diesem Grund in aller Regel nicht als Ermächtigungsgrundlage für legierte Kontrollen. Nur wenn die Strafverfolgungsbehörden im konkreten Fall

überraschend Kenntnis von den kriminellen Handlungen erlangen, so dass keine Zeit bleibt, um einen Durchsuchungsbeschluss zu beantragen, kann die Durchsuchung ausnahmsweise auf § 102, 105 StPO gestützt werden.¹¹⁴

Ein Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161 I 1, 163 I StPO) scheidet im Falle legierter Kontrollen aus, da die Durchsuchung bereits spezialgesetzlich in §§ 102, 105 StPO geregelt ist.

IV. Ergebnis

Abgesehen von absoluten Ausnahmesituationen, in denen Gefahr im Verzug besteht, sind die bestehenden strafprozessualen Rechtsgrundlagen nicht geeignet, das Phänomen legierter Kontrollen hinreichend abzudecken. Ihre repressive Maßnahmenseite stellt sich demnach als rechtswidrig dar. Ihre präventive Maßnahmenseite stellt sich hingegen regelmäßig als rechtmäßig dar.

C. Legierte Kontrollen im Konflikt mit den Verfahrensrechten des Beschuldigten

Mit der Durchführung legierter Kontrollen gehen mehrere Verletzungen der Beschuldigtenrechte einher, die im Folgenden näher betrachtet werden.

I. Offenheitsgrundsatz: Die Zulässigkeit aktiver Täuschung

Aus §§ 105 II, 106 I StPO, die die Anwesenheit von Durchsuchungszeugen sowie des Inhabers des Durchsuchungsobjekts vorschreiben, und § 107 StPO, der die Aushändigung einer schriftlichen Durchsuchungsmittelteilung auf Verlangen des Betroffenen vorschreibt, ergibt sich der offene Charakter der Durchsuchung. Diese Regelungen sollen dem Betroffenen einerseits die Anpassung seines Verhaltens an die Durchführung der Maßnahme und andererseits die Überprüfung des Vorliegens der Eingriffsvoraussetzungen während bzw. nach der Durchführung der Maßnahme ermöglichen.¹¹⁵ Eben diese Überprüfungsmöglichkeit hat der von einer legierten Durchsuchung Betroffene aber gerade

¹⁰⁶ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3175).

¹⁰⁷ BGH v. 10.6.2021 – 5 StR 377/20.

¹⁰⁸ Z.B. Art. 21 I Nr. 1 PAG Bay; § 34 I Nr. 1 ASOG Bln; § 21 I Nr. 2 BbgPolG; § 36 I Nr. 1 HSOG.

¹⁰⁹ Z.B. Art. 22 I Nr. 3 PAG Bay; § 35 I Nr. 3 ASOG Bln; § 22 I 1 Nr. 3 BbgPolG; § 37 I 1 Nr. 3 HSOG.

¹¹⁰ Z.B. Art. 25 Nr. 1 a) PAG Bay; § 38 Nr. 1 ASOG Bln; § 25 I Nr. 1 BbgPolG; § 40 Nr. 1 HSOG.

¹¹¹ Vgl. BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3175).

¹¹² BVerfG v. 3.4.1979 – 1 BvR 994/76 = NJW 1979, S. 1539 (1540).

¹¹³ Albrecht, HRRS 2017, S. 446 (462); Gubitzi, NSZ 2016, S. 128; Jäger, JA 2018, S. 551 (552); Lange-Bertalot/Aßmann, NZV 2017, S. 572 (574); Lenk, StV 2017, S. 692 (697); Mitsch, NJW 2017, S. 3124; Mosbacher, JuS 2016, S. 706; ders., JuS 2018, S. 129; Müller/Römer, NSZ 2012, S. 543 (544); Schefer (Fn. 9), S. 215.

¹¹⁴ So etwa bei BGH v. 17.1.2018 – 2 StR 180/17 = NSZ-RR 2018, S. 146.

¹¹⁵ BVerfG v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04 = NJW 2006, S. 976 (981).

nicht. Zwar wird die Maßnahme in seiner Anwesenheit durchgeführt, so dass sie ihm nicht verborgen bleibt. Da ihm aber vorgetäuscht wird, es handele sich um eine rein präventive Maßnahme, wird er seiner Rechtmäßigkeitskontrolle jedoch den Prüfungsmaßstab des Gefahrenabwehrrechts zugrunde legen und nicht den des strengeren Strafprozessrechts. Insofern ist auch bei legendierten Kontrollen das Gebot zur Offenheit verletzt.¹¹⁶

Einer Stimme in der Literatur zufolge sei die aktive Täuschung des Beschuldigten allerdings grundsätzlich zulässig und im Falle legendierter Kontrollen auch hinsichtlich des Gebotes effektiver Strafverfolgung geboten.¹¹⁷ Dieser Grundsatz wird daraus geschlussfolgert, dass § 136a StPO, als einziges ausdrückliches Verbot aktiver Täuschung der Strafprozessordnung, diese nur für die Beschuldigtenvernehmung verbietet, während § 110a StPO mit dem Einsatz verdeckter Ermittler eine ganz besonders weitgehende aktive Täuschung ausdrücklich erlaubt.¹¹⁸ Diese Einschätzung entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, der zum einen den Einsatz verdeckter Ermittler für weniger eingriffsintensiv erachte als die Telekommunikationsüberwachung¹¹⁹ und zum anderen die Ermittlungsgeneralklausel (§ 161 I 1 StPO) als ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz des Scheinkäufers¹²⁰ anerkennt.¹²¹ Auch die obergerichtliche Rechtsprechung sei dieser Auffassung gefolgt, indem sie die Zulässigkeit des Lockspitzeinsatzes anerkennt.¹²²

Diese Auffassung ist auf vielfache Kritik gestoßen.¹²³ Bezweifelt wird bereits die Existenz eines gesetzlichen Anhaltspunkts für die grundsätzliche Zulässigkeit der Täuschung im Strafverfahren, da sich § 136a StPO und § 110a StPO kein Regel-Ausnahme-Verhältnis entnehmen lasse.¹²⁴ In der Tat fällt es bei genauerer Betrachtung schwer, einen allgemeinen Grundsatz aus diesen Normen abzuleiten. Wäre die Täuschung allgemein verboten, wäre eine Regelung, wie sie § 136a StPO enthält, obsolet. Umgekehrt müsste man sich fragen, worin der Zweck einer Regelung wie in

§ 110a StPO liegen würde, wenn die Täuschung allgemein zulässig wäre. Stattdessen ist davon auszugehen, dass die Täuschung weder grundsätzlich verboten noch als Ermittlungsinstrument allgemein zulässig ist.

Vielmehr ist auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen und nach der Eingriffsintensivität zu differenzieren: Ermittlungsmaßnahmen von geringer Eingriffsintensivität können auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden, während Ermittlungsmaßnahmen von höherer Eingriffsintensivität wegen des Vorbehalts des Gesetzes einer speziellen Ermächtigungsgrundlage bedürfen.¹²⁵ In diesem Sinne ist auch die gesetzgeberische Einordnung zu verstehen, § 161 I StPO als Rechtsgrundlage für den Scheinkäufer genügen zu lassen. Bei der legendierten Durchsuchung kommt ein Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel aber ungeachtet der Eingriffsintensität schon deshalb nicht in Betracht, da für die Durchsuchung schon eine spezielle Ermächtigungsgrundlage besteht.¹²⁶

Ebenso wenig lässt sich der gesetzgeberischen Wertung, dass der Einsatz eines verdeckten Ermittlers von geringerer Eingriffsintensivität sei als die Telekommunikationsüberwachung, entnehmen, dass er die Täuschung generell als harmlos erachtet. Die Täuschung durch einen verdeckten Ermittler ist für den Betroffenen gegenüber der heimlichen Telekommunikationsüberwachung insofern weniger belastend, als dass er sich bei Ersterem der Gegenwart einer anderen Person bewusst ist und seine Kommunikation darauf einstellen kann. Die Täuschung bei legendierten Kontrollen stellt sich gegenüber der Verheimlichung hingegen als eingriffsintensiver dar, weil sie den Betroffenen nicht nur über den Eingriff im Unklaren lässt, sondern ihn zusätzlich in falscher Sicherheit wiegt.¹²⁷

Schließlich ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der Anerkennung der Zulässigkeit des Lockspitzeinsatzes entnehmen lässt, dass der Bundesgerichtshof von der grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung ausgeht. Wäre dem so, hätte er wohl kaum in einer Entscheidung¹²⁸ zu

¹¹⁶ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (440).

¹¹⁷ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 39 ff., 113 ff.; ders., Darf der Staat aktiv täuschen, um verdeckte Ermittlungsmaßnahmen geheim zu halten?, Kriminalistik 2011, S. 370 (372 f.); ders., Kriminalistik 2012, S. 174 (175); ders., Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden? – Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren, NSTZ 2015, S. 625 (627).

¹¹⁸ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 39 ff.; ders., Kriminalistik 2011, S. 370 (371 f.); ders., Kriminalistik 2012, S. 174 (175); ders., NSTZ 2015, S. 625.

¹¹⁹ BT-Dr. 12/989, S. 41.

¹²⁰ BR-Dr. 65/99, S. 46.

¹²¹ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 68 f.; ders., NSTZ 2015, S. 625 (626).

¹²² Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 70 ff.; ders., NSTZ 2015, S. 625 (626).

¹²³ Vgl. Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (441 ff.); dies., HRRS 2017, S. 446 (452 f.); Gubitz, NSTZ 2016, S. 128; Herzog in: FS für Schlothauer (Fn. 13), S. 37 (38); Müller/Römer, NSTZ 2012, S. 543 (544 ff.); Wohlers/Jäger in: SK-StPO (Fn. 24), § 105 Rn. 5c.

¹²⁴ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (441 f.); Müller/Römer, NSTZ 2012, S. 543 (545).

¹²⁵ Erb in: L/R, StPO, Band V/2: §§ 158–211, 27. Auflage 2018, § 161 Rn. 44.

¹²⁶ Wohlers/Jäger in: SK-StPO (Fn. 24), § 105 Rn. 5c.

¹²⁷ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (441).

¹²⁸ BGH v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09 = NSTZ 2010, S. 294.

legendierten Kontrollen mögliche Rechtsgrundlagen für die Täuschung des Beschuldigten diskutiert.¹²⁹

Für die Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage für die aktive Täuschung spricht stattdessen, dass nach den Ausführungen des Bundesgerichtshof zur verdeckten Online-Durchsuchung bereits die heimliche Durchsuchung im Vergleich zur offenen Durchsuchung nach §§ 102 ff. StPO wegen ihrer erhöhten Eingriffsintensität einer speziellen Rechtsgrundlage mit hohen formellen und materiellen Anforderungen, wie sie die §§ 100a ff. StPO vorsehen, bedürfe.¹³⁰ Angesichts dessen ist für die aktive Täuschung erst recht eine Ermächtigungsgrundlage zu verlangen.¹³¹ Eine Norm, die die aktive Täuschung des Beschuldigten über den Grund der Durchsuchung vorsieht, existiert jedoch nicht. Auch die §§ 147 II, 101 V StPO regeln mit der Möglichkeit der Versagung des Akteneinsichtsgesuchs des Verteidigers bzw. der Zurückstellung der Offenlegung einer heimlichen Maßnahme zum Schutze des Untersuchungszwecks lediglich heimliches Vorgehen, nicht aber die Täuschung.¹³²

II. Selbstbelastungsfreiheit: Umfang der Belehrungspflicht

Zu Beginn der an die legendierte Kontrolle anschließenden Beschuldigtenvernehmung ist dem Beschuldigten gemäß § 136 I 1 StPO zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Um die noch im Gange befindlichen verdeckten Ermittlungen gegen die Hintermänner nicht zu gefährden, verzichten die Vernehmungsbeamten hierbei darauf, den Beschuldigten über die seiner Festnahme vorausgegangenen Ermittlungen aufzuklären.¹³³ Der Beschuldigte legt daraufhin seiner Entscheidung darüber, ob er sich zur Sache einlassen oder weiterhin schweigen möchte, einen falschen Ermittlungsstand zugrunde. Ob diese Beschränkung seiner Aussagefreiheit zulässig ist, hängt davon ab, ob die Belehrungspflicht nach § 136 I StPO auch die Benennung der bekannten Beweistatsachen und Beweismittel umfasst.

Die herrschende Meinung gesteht dem Vernehmungsbeamten einen gewissen Beurteilungsspielraum zu und sieht ihn lediglich dazu verpflichtet, dem Beschuldigten den Tatvorwurf in groben Zügen so weit zu erläutern, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leiden.¹³⁴ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 136 I 1 StPO, wonach „die Tat“ und nicht „die Beweismittel“ zu eröffnen sind, sowie aus § 147 II StPO, wonach die Akteneinsicht versagt werden kann, soweit dies den Untersuchungszweck gefährdet.¹³⁵ Nach der Gegenansicht sind dem Beschuldigten neben dem gesamten Tatvorwurf auch Beweistatsachen und Beweismittel mitzuteilen.¹³⁶

Dieser Ansicht ist zuzustimmen: Zunächst verfährt die Bezugnahme auf § 147 II StPO nicht, da sich der Gesetzgeber mit der Belehrungspflicht für einen Vorrang des Informationsinteresses des Beschuldigten entschieden hat und dieses gerade nicht unter den Vorbehalt des Strafverfolgungsinteresses gestellt hat.¹³⁷ Ferner verkennt die herrschende Meinung den „Doppelcharakter“¹³⁸ der Vernehmung, die einerseits der Gewährung rechtlichen Gehörs und den Zwecken einer effektiven Verteidigung in Gestalt der Möglichkeit, die erhobenen Verdachtsgründe zu entkräften,¹³⁹ und zum anderen der Wahrheitserforschung und der Beweissicherung dient. Um die Verdachtsgründe entkräften zu können, muss der Beschuldigte diese aber kennen.¹⁴⁰ Dem Zweck der Vernehmung kann demnach nur durch eine Pflicht zur Mitteilung der Beweistatsachen und Beweismittel Genüge getan werden.

Bei legendierten Kontrollen im grenznahen Raum ist zudem problematisch, dass die Belehrung auf den Verdacht des Besitzes von Betäubungsmitteln nach § 29 I Nr. 3 BtMG beschränkt wird, obwohl auch der Verdacht der Einfuhr von Betäubungsmitteln nach § 29 I Nr. 1 BtMG besteht.¹⁴¹ Zutreffend merkt der zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs an, dass die Vernehmung bei Tatmehrheit zunächst auf nur eine Tat beschränkt werden kann.¹⁴² Ob dies auch bei Tateinheit

¹²⁹ Müller/Römer, NSTZ 2012, S. 543 (545).

¹³⁰ BGH v. 31.1.2007 – StB 18/06 = NJW 2007, S. 930 (931).

¹³¹ Albrecht in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (447 f.); dies., HRRS 2017, S. 446 (453).

¹³² BGH v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09 = NSTZ 2010, S. 294.

¹³³ Vgl. BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3174).

¹³⁴ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178); Diemer in: KK-StPO (Fn. 73), § 136 Rn. 8; Kempf in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (687); Rogall in: SK-StPO (Fn. 24), § 136 Rn. 69; Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Auflage 2022, § 136 Rn. 6; Schuhr in: MüKo-StPO, Band I: §§ 1–150, 2014, § 136 Rn. 21.

¹³⁵ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178).

¹³⁶ Albrecht, HRRS 2017, S. 446 (455); Degener, § 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten, GA 1992, S. 443 (466); Gleß in: Löwe/Rosenberg, StPO, Band IV/1: §§ 112–136a, 27. Auflage 2019, § 136 Rn. 22; Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 60.

¹³⁷ Albrecht, HRRS 2017, S. 446 (456).

¹³⁸ Rogall in: SK-StPO (Fn. 24), § 136 Rn. 18.

¹³⁹ Rogall in: SK-StPO (Fn. 24), § 136 Rn. 38.

¹⁴⁰ Albrecht, HRRS 2017, S. 446 (455).

¹⁴¹ So etwa bei BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178).

¹⁴² BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178).

möglich sein soll, lässt er jedoch offen.¹⁴³ Richtigerweise ist diese Möglichkeit zu verneinen. Während es sich bei Tatmehrheit um gänzlich andere Taten handelt, die nicht Gegenstand der Vernehmung sind, umreißt die prozessuale Tat das Geschehen, das dem Beschuldigten in diesem Strafverfahren vorgeworfen wird, in tatsächlicher Hinsicht.¹⁴⁴ Für diese Auffassung streitet auch der Wortlaut des § 136 I 1 StPO, der von „der Tat“ spricht, womit die Tat im prozessualen Sinne gemeint ist¹⁴⁵. Die Vernehmungsbeamten verstoßen bei legendierten Kontrollen somit sowohl durch die Nichtbekanntmachung der Beweismittel als auch durch die Beschränkung des Tatvorwurfs gegen ihre Pflicht zur Eröffnung des Tatvorwurfs gemäß § 136 I 1 StPO.

Eine Verletzung dieser Pflicht lässt sich auch nicht damit begründen, dass dem Beschuldigten durch die unvollständige Belehrung seine Verteidigungsmöglichkeit als Kronzeuge gemäß § 46b StGB bzw. § 31 BtMG genommen werde.¹⁴⁶ Zunächst besteht der Zweck dieser Normen in der Förderung der Verbrechensaufklärung und -verhinderung¹⁴⁷, nicht aber darin, dem Beschuldigten ein zusätzliches Verteidigungsmittel an die Seite zu stellen.¹⁴⁸ Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung zu § 31 BtMG auch im Falle der Offenbarung schon bekannten Wissens eine Strafmilderung anerkennt, wenn der Beschuldigte bekannte Erkenntnisse bestätigt und damit diesen eine sichere Grundlage verschafft.¹⁴⁹ Für den an § 31 BtMG angelehnten § 46b StGB soll nichts anderes gelten.¹⁵⁰ Der Beschuldigte wird somit regelmäßig in der Lage sein, Aufklärungs- bzw. Präventionshilfe zu leisten, ohne dass ihm hierfür der vollständige Ermittlungsstand mitgeteilt werden muss.¹⁵¹

III. Anspruch auf rechtliches Gehör: Unvollständige Dokumentation in der Ermittlungsakte

Auch in seiner Grundsatzentscheidung zur Zulässigkeit legendierter Kontrollen äußerte der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum hinsichtlich des fair-trial-Grundsatzes und

des Gebots der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit Bedenken gegen derartige Maßnahmen.¹⁵² Diese richteten sich gegen die Praxis, in derartigen Fallkonstellationen eine selbstständige Ermittlungsakte mit einem eigenen Aktenzeichen¹⁵³ anzulegen, die keinerlei Hinweise auf die vorangegangene Observation enthält. Während die herrschende Lehre diese Bedenken teilt und in dieser Vorgehensweise eine Verletzung des Gebotes der Aktenvollständigkeit und der Aktenwahrheit sieht,¹⁵⁴ wird nach einer Auffassung für legendierte Kontrollen eine Ausnahme von diesen Grundsätzen vorgeschlagen.¹⁵⁵ Danach werden aus den bestehenden gesetzlichen Ausnahmen vom Gebot der Aktenvollständigkeit in §§ 96, 110b III StPO sowie aus der Anerkennung von Vertraulichkeitszusagen gegenüber Zeugen die folgenden fünf Kriterien abgeleitet, unter denen eine solche Ausnahme möglich sei, welche die legendierten Kontrollen erfüllen:¹⁵⁶ 1. Die Unvollständigkeit müsse dem Schutz gewichtiger Aspekte der Gefahrenabwehr und/oder Strafverfolgung dienen, der nicht anders gewährleistet werden könne. 2. Es dürfe keine andere Möglichkeit geben, diesen Schutz zu gewährleisten. 3. Der Anwendungsbereich der Ausnahmen müsse klar konturiert sein. 4. Die Unvollständigkeit dürfe nicht so weit gehen, dass eine effektive Verteidigung gänzlich unmöglich werde. 5. Schließlich dürften die Ausnahmen nicht so zahlreich sein, dass sie zur Regel würden.

Die Geeignetheit dieser Kriterien dahingestellt, sind diese im Falle legendierter Kontrollen entgegen diesem Vorschlag nicht erfüllt. Das Recht auf Akteneinsicht ist für eine effektive Verteidigung essenziell, da es ermöglicht, den Weg der Ermittlungen nachzuvollziehen, dabei begangene Fehler aufzudecken und diese für die Verteidigung verwenden zu können.¹⁵⁷ Verschweigt die Akte bestimmte Ermittlungsmaßnahmen oder täuscht sie über solche, so wird dem Beschuldigten diese Verteidigungsmöglichkeit genommen. Auch eine spätere Offenbarung vermag dieses Defizit – wie vom Bundesgerichtshof erwogen¹⁵⁸ – nicht zu heilen¹⁵⁹. Denn eine effektive Verteidigung beginnt nicht erst

¹⁴³ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3178).

¹⁴⁴ Brodowski, JZ 2017, S. 1124 (1128); Lenk, StV 2017, S. 692 (698).

¹⁴⁵ Gleß in: L/R, StPO (Fn. 136), § 136 Rn. 25.

¹⁴⁶ Dies andeutend Kempf in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (675); vgl. auch BGH v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09 = NSStZ 2010, S. 294.

¹⁴⁷ Vgl. Weber in: Weber/Kornprobst/Maier, BtMG, 6. Auflage 2021, § 31 Rn. 8; BT-Drs. 16/6268, S. 1; BT-Drs. 16/13094, S. 4 f.

¹⁴⁸ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 91.

¹⁴⁹ BGH v. 9.9.1997 – 1 StR 419/97 = StV 1998, S. 599 (600); BGH v. 28.2.2001 – 3 StR 483/00 = StV 2001, S. 462.

¹⁵⁰ Fischer in: Fischer, StGB, 69. Auflage 2022, § 46b Rn. 14.

¹⁵¹ Nowroussian, Heimliches Vorgehen (Fn. 15), S. 93.

¹⁵² BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3179).

¹⁵³ Börner, StraFo 2018, S. 1 (3).

¹⁵⁴ Albrecht, HRRS 2017, S. 446 (456 f.); Börner, StraFo 2018, S. 1 (5); Brodowski, JZ 2017, S. 1124 (1128); Kempf in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (683 f.); Lenk, StV 2017, 692 (698 f.).

¹⁵⁵ Nowroussian, NSStZ 2018, S. 254 (259).

¹⁵⁶ Nowroussian, NSStZ 2018, S. 254 (258).

¹⁵⁷ Lenk, StV 2017, S. 693 (699).

¹⁵⁸ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3179).

¹⁵⁹ Brodowski, JZ 2017, S. 1124 (1128); Kempf in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (683).

in der Hauptverhandlung, sondern bereits im Ermittlungsverfahren. Häufig wird es sogar das Ziel der Verteidigung sein, es gar nicht erst zur Anklage und somit zur Hauptverhandlung kommen zu lassen.

Hinzu kommt, dass durch die unvollständige Aktenführung nicht nur der Beschuldigte und sein Verteidiger, sondern auch der Ermittlungsrichter, der im Vorverfahren über die Anordnung einer möglichen Untersuchungshaft zu entscheiden hat, und insbesondere die Staatsanwaltschaft über die wahren Hintergründe der Durchsuchung im Dunkeln gelassen werden. Seine Funktion als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden¹⁶⁰ kann der Ermittlungsrichter allerdings nicht erfüllen, wenn die Strafverfolgungsbehörden darüber bestimmen können, welche Entscheidungsgrundlage ihm dabei zur Verfügung stehen soll. Die Aufgabe der Staatsanwaltschaft wiederum besteht darin, als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung zu gewährleisten.¹⁶¹ Dieser Aufgabe kann sie aber nur nachkommen, wenn ihr der Sachverhalt vollständig bekannt ist.¹⁶² Werden ihr Informationen vorenthalten, kann kaum von „Verfahrensherrschaft“ die Rede sein. Bei legendierten Kontrollen werden mithin die prozessualen Rollen der Beteiligten im Ermittlungsverfahren verkehrt,¹⁶³ indem der Polizei faktisch die Ermittlungsherrschaft, die eigentlich der Staatsanwaltschaft vorbehalten ist, übertragen wird und der von den Strafverfolgungsbehörden unabhängige Ermittlungsrichter von der Gunst der Polizei abhängig gemacht wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verspätete Dokumentation der verdeckten Ermittlungen in der Ermittlungsakte dem Beschuldigten in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG in doppelter Hinsicht verletzt. Zum einen ist es ihm nicht möglich, entlastende Tatsachen vorzutragen oder fehlerhafte Ermittlungsmaßnahmen anzugreifen. Zum anderen können Ermittlungsrichter und Staatsanwaltschaft jene Umstände auch nicht von Amts wegen berücksichtigen. Unter solchen Umständen ist eine effektive Verteidigung unmöglich, weshalb eine Ausnahme vom Grundsatz der Aktenvollständigkeit und der Aktenwahrheit abzulehnen ist. Eine Beschränkung der Kenntnisnahme der Verteidigung von den verdeckten

Ermittlungen ist nur unter den Voraussetzungen des § 147 II StPO möglich.

D. Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse

Von der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung ist diejenige nach der Verwertbarkeit der Beweismittel zu unterscheiden. Diese soll zunächst unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung beantwortet werden (I.). Sodann soll die Lösung des zweiten Strafsenats des Bundesgerichtshofs dargestellt und diskutiert werden (II.).

I. Lösung der obligatorischen Doppelprüfungslehre

Aus Sicht der Lehre von der obligatorischen Doppelprüfung weisen legendierte Kontrollen eine rechtmäßige präventive und eine rechtswidrige repressive Maßnahmenseite auf. Im Falle solch eines gespaltenen Rechtmäßigkeitsurteils beurteilen einige Vertreter der obligatorischen Doppelprüfungslehre die Verwertbarkeit der gewonnenen Erkenntnisse nach denselben Voraussetzungen, als läge eine rein präventive Maßnahme vor.¹⁶⁴ Diese Auffassung verkennt den Kerngedanken der Lehre von der obligatorischen Doppelprüfung, der darin besteht, dass bei doppelunktionalen Maßnahmen eine Maßnahme vorliegt, die gleichzeitig mehreren Zwecken dient.¹⁶⁵ Bei der Mitverfolgung repressiver Zwecke liegt aber keine bereichsübergreifende Zweckänderung vor, weshalb die Verwertbarkeit der Erkenntnisse im Strafverfahren bereichsintern zu beurteilen ist.¹⁶⁶

Mithin muss untersucht werden, ob ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot vorliegt. Dazu ist eine umfassende Abwägung im Einzelfall zwischen den widerstreitenden Interessen – also dem Interesse an Wahrheitsfindung sowie effektiver Strafrechtspflege einerseits und dem verletzten Interesse des Beschuldigten andererseits – vorzunehmen.¹⁶⁷ Nach Auffassung der Rechtsprechung ist bei dieser Abwägung der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffes zu beachten, wonach kein Beweisverwertungsverbot ausgelöst wird, wenn dem Erlass einer Durchsuchungsanordnung keine rechtlichen Hindernisse entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Beweismittel als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich gewesen wären.¹⁶⁸ Da diese Lösung jedoch die unvermeidbare Folge nach sich ziehen würde, dass der Richtervorbehalt stets unterlaufen werden könnte und

¹⁶⁰ BVerfG v. 26.5.1976 – 2 BvR 294/76 = NJW 1976, S. 1735.

¹⁶¹ *Beulke/Swoboda* (Fn. 12), Rn. 132.

¹⁶² *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (682).

¹⁶³ *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (681).

¹⁶⁴ *Schnarr*, Die Verwendung präventiv erhobener Daten zu repressiven Zwecken, StraFo 1998, S. 217 (222).

¹⁶⁵ *Bertram* (Fn. 33), S. 224.

¹⁶⁶ *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (453); *Bertram* (Fn. 33), S. 223 f.

¹⁶⁷ BGH v. 11.11.1998 – 3 StR 181/98 = NJW 1999, S. 959 (961).

¹⁶⁸ BVerfG v. 8.11.2001 – 2 BvR 2257/00 = StV 2002, S. 113; BGH v. 17.2.1989 – 2 StR 402/88 = NStZ 1989, S. 375.

somit leerliefe, kann dem Gesichtspunkt des hypothetischen Ersatzeingriffes bei bewusster Missachtung oder gleichwertiger Verkennung des Richtervorbehalts keine Bedeutung zukommen.¹⁶⁹ Bei legendierten Kontrollen wird der Richtervorbehalt willkürlich und systematisch umgangen. Es bleibt damit bei der üblichen Abwägung. Zwar werden legendierte Kontrollen regelmäßig zur Verfolgung schwerer Delikte eingesetzt, die anders nicht aufgeklärt werden könnten; jedoch stellt die grobe Missachtung des Richtervorbehalts angesichts der Bedeutung für den Beschuldigten einen schweren Verfahrensverstöß dar, der ein Beweisverbot rechtfertigt. Die bei der Durchsuchung erlangten Beweismittel sind mithin im Strafverfahren nicht verwertbar.¹⁷⁰

Ob die Angaben des Beschuldigten aus dem Ermittlungsverfahren verwertbar sind, hängt davon ab, ob die vollständige Eröffnung des Tatvorwurfs und die damit verbundene Vernehmung nachgeholt worden sind.¹⁷¹

II. Lösung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof geht von der gefahrenabwehrrechtlichen Rechtmäßigkeit der Durchsuchung aus und beurteilt die Verwertbarkeit der Beweismittel nach § 161 II StPO a.F.¹⁷² (heute § 161 III StPO). Diese Regelung erlaubt die Verwertung von personenbezogenen Daten im Strafverfahren, die aufgrund einer außerstrafprozessualen Maßnahme erlangt worden sind, wenn es um die Verfolgung von Taten geht, zu deren Aufklärung die Anordnung einer gleichartigen strafprozessualen Maßnahme zulässig gewesen wäre.¹⁷³

Umstritten ist, ob im Zeitpunkt der Umwidmung bloß die materiellen¹⁷⁴ oder aber auch die formellen¹⁷⁵ Voraussetzungen der hypothetisch gebliebenen Ermittlungsmaßnahme nach dem Strafprozessrecht vorliegen müssen. Dafür, dass sowohl die materiellen als auch die formellen Eingriffsvoraussetzungen vorzuliegen haben, spreche, dass das Rechtsschutzniveau des tatsächlichen Eingriffs dem des hypothetischen entsprechen müsse.¹⁷⁶ Tatsächlich besteht aber schon keine Gefahr für den

Beschuldigten, wenn die materiellen Voraussetzungen der Maßnahme vorliegen, da deren Vorliegen bei Anwendung der Umwidmungsnorm ohnehin durch ein Gericht geprüft werden.¹⁷⁷ Es genügt demnach grundsätzlich das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen.

Allerdings ist in Bezug auf legendierte Kontrollen zu bedenken, dass hier gezielt auf das Gefahrenabwehrrecht zurückgegriffen wird, um ohne vorherige Einholung einer Durchsuchungsanordnung Beweismittel für das Strafverfahren zu sichern. § 161 III StPO soll allerdings die Verwertung von Erkenntnissen aus gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen, die mangels strafprozessualen Anfangsverdachts nicht auf das Strafprozessrecht hätten gestützt werden können, für das Strafverfahren ermöglichen („Zufallsfunde“).¹⁷⁸ Die Norm ist keine Generalklausel für die uneingeschränkte Verwertung gefahrenabwehrrechtlich gewonnener Informationen.¹⁷⁹ § 161 III StPO ist deshalb nur bei echten Zufallsfunden und nicht bei „gezielten“ Zufallsfunden anzuwenden.¹⁸⁰ Der Bundesgerichtshof hätte die Verwertbarkeit daher ebenfalls nach oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen beurteilen müssen.

E. Fazit und Ausblick

Rückblickend ist festzuhalten, dass legendierte Kontrollen wegen Umgehung des Richtervorbehalts aus Sicht des Strafverfahrens unzulässig sind. Darüber hinaus beeinträchtigen sie die Rechtsstellung des Beschuldigten, indem ihm die Möglichkeit auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Eingriffs genommen, seine Aussagefreiheit beschränkt und sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wird.

Da legendierte Kontrollen andererseits häufig die einzige Möglichkeit darstellen, den Tätern bestimmter Kriminalitätsbereiche habhaft zu werden, ist nicht zu verkennen, dass aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden ein Bedürfnis nach derartigen Maßnahmen besteht. Deshalb appellieren auch einige kritische Stimmen an den Gesetzgeber,

¹⁶⁹ BGH v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06 = NJW 2007, S. 2269 (2273); *Albrecht*, HRRS 2017, S. 446 (452); *Hauschild* in: MüKo-StPO (Fn. 134), § 105 Rn. 39; *Mosbacher*, JuS 2016, S. 706 (707); *Tsambikakis* in: L/R, StPO (Fn. 24), § 105 Rn. 140; *Wohlers/Jäger* in: SK-StPO (Fn. 24), § 105 Rn. 75.

¹⁷⁰ Ebenfalls für ein Verwertungsverbot *Albrecht*, HRRS 2017, S. 446 (453); *Börner*, StraFo 2018, S. 1 (4); *Jäger*, JA 2018, S. 551 (553); *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (686); *Lenk*, StV 2017, S. 692 (698); *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126).

¹⁷¹ *Albrecht*, HRRS 2017, S. 446 (456).

¹⁷² BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3177).

¹⁷³ *Erb* in: L/R, StPO (Fn. 125), § 161 Rn. 78.

¹⁷⁴ BGH v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 = NJW 2017, S. 3173 (3177); *Albrecht*, HRRS 2017, S. 446 (449); *Böse*, Beweisverwertungsverbot bei „legendierten Kontrollen“, JZ 2019, S. 323 (327); *Brodowski*, JZ 2017, S. 1124 (1127); *Erb* in: L/R, StPO (Fn. 125), § 161 Rn. 79; *Ziegler* in: S/S/W, StPO (Fn. 36), § 161 Rn. 27.

¹⁷⁵ *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126).

¹⁷⁶ *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126).

¹⁷⁷ *Brodowski*, JZ 2017, S. 1124 (1127).

¹⁷⁸ *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126).

¹⁷⁹ *Zöller* in: HK-StPO, 6. Auflage 2019, § 161, Rn. 31.

¹⁸⁰ *Erb* in: L/R, StPO (Fn. 125), § 161 Rn. 79; *Gubitz*, NSTZ 2016, S. 128; *Mitsch*, NJW 2017, S. 3124 (3126); *Zöller* in: HK-StPO (Fn. 179), § 161, Rn. 31.

eine entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen.¹⁸¹ Zu beachten ist jedoch, dass sich aus der Gesamtschau der dargestellten Verletzungen von Verfahrensgarantien ein eklatanter Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz ergibt, der nicht durch das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung gerechtfertigt werden kann, weshalb die Schaffung einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage ausgeschlossen scheint.¹⁸² Zudem erscheint zweifelhaft, ob der Effektivität der Strafverfolgung mit einer solchen Rechtsgrundlage – sowie mit

der Anerkennung ihrer Zulässigkeit durch die Rechtsprechung – überhaupt geholfen wäre, da sich informierte Täter wohl kaum täuschen ließen, wenn die Zulässigkeit von legendierten Kontrollen allgemein bekannt wäre.¹⁸³ Dem zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts liegt eine Verfassungsbeschwerde gegen die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vor.¹⁸⁴ Das letzte Wort in der Diskussion um die Zulässigkeit legendierter Kontrollen ist also noch nicht gesprochen.

¹⁸¹¹⁸¹ Vgl. *Cerny/Fickentscher*, NStZ 2019, S. 697 (701); *Lange-Bertalot/Aßmann*; NZV 2017, S. 536 (576); *Lenk*, StV 2017, S. 692 (697); *Müller/Römer*, NStZ 2012, S. 543 (547).

¹⁸² *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (685).

¹⁸³ *Albrecht* in: FS für Rogall (Fn. 33), S. 435 (455).

¹⁸⁴ *Kempf* in: FS für Fischer (Fn. 38), S. 673 (688).